

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 005-2014-OS/CC-90**

Lima, 10 de diciembre de 2014.

SUMILLA:

Las empresas distribuidoras están obligadas a pagar por los retiros físicos de potencia y energía del SEIN, sin respaldo contractual, según las asignaciones efectuadas por el COES y valorizados a Precios en Barra por el mercado regulado.

VISTO:

El expediente sobre la controversia suscitada por la reclamación presentada por CHINANGO S.A.C., en adelante CHINANGO o la reclamante, contra EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A., en adelante EMSEMSA o la reclamada, por concepto de pago por retiro de potencia de potencia y energía activa y reactiva retirada del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, sin respaldo contractual, conforme a las valorizaciones efectuadas por el Comité de Operación Económica del Sistema, en adelante COES, por distintos períodos comprendidos desde agosto de 2011 a febrero de 2014, más los intereses compensatorios y moratorios.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 201400111806, el día 26 de agosto de 2014, CHINANGO presentó reclamación contra EMSEMSA.
2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 189-2014-OS/CD, de fecha 22 de setiembre de 2014, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
3. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2014-OS/CC-90, de fecha 23 de setiembre de 2014, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por CHINANGO. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a la empresa reclamada un plazo máximo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
4. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2014-OS/CC-90, de fecha 23 de octubre de 2014, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 06 de noviembre de 2014.

5. Mediante escrito presentado el día 30 de octubre de 2014, EMSEMSA solicitó la reprogramación de la fecha de Audiencia Única dispuesta por Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2014-OS/CC-89.
6. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 003-2014-OS/CC-90, de fecha 31 de octubre de 2014, se señaló como nueva fecha para la celebración de la Audiencia Única el día 19 de noviembre de 2014.
7. El día 19 de noviembre de 2014 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes, quienes expusieron sus respectivas posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° 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 CHINANGO sostuvo que se mantenía en lo expresado en su escrito de reclamación, EMSEMSA manifestó su voluntad de conciliar sin presentar una propuesta conciliatoria, por lo cual se continuó con la controversia. Seguidamente, la presidencia comunicó que la 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.
8. El día 24 de noviembre de 2014, CHINANGO presentó sus alegatos finales.
9. El día 26 de noviembre de 2014, EMSEMSA presentó sus alegatos finales.
10. 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 CHINANGO:

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

2.1.1. Fundamentos de hecho:

2.1.1.1. Sobre la primera pretensión principal: Facturas impagas por concepto de retiro de potencia y energía del SEIN:

- CHINANGO señala que en aplicación de lo establecido por el Decreto de Urgencia N° 049-2008, mediante el cual se asegura la continuidad en la prestación del servicio eléctrico², en adelante D.U. N° 049-2008, el COES, a través de la Subdirección de Transferencias, emitió los informes que contienen las valorizaciones de las transferencias de potencia, energía activa y energía reactiva, que se indican en el

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

² Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 18 de diciembre de 2008.

Cuadro N° 1, en los cuales se aprecia la asignación a favor de CHINANGO de los retiros de potencia, energía activa y energía reactiva del SEIN efectuados por EMSEMSA durante los meses de enero y febrero de 2012; y, febrero de 2014.

- Agrega que en virtud de tales asignaciones establecidas por el COES en cumplimiento de sus funciones -y no impugnadas por EMSEMSA-, CHINANGO emitió las facturas que se indican en el Cuadro N° 1, a nombre de EMSEMSA, con la finalidad de que esta última efectúe los pagos correspondientes a los referidos retiros de potencia y energía.
- Afirma que a la fecha, EMSEMSA no ha cumplido con cancelar las citadas facturas, cuyo importe en conjunto asciende a un total de S/. 79 582,56 (setenta y nueve mil quinientos ochenta y dos y 56/100 Nuevos Soles), incluido IGV, pese al requerimiento que CHINANGO le hizo para que proceda con el pago respectivo.

Cuadro N° 1: Informes del COES y facturas por potencia y energía

Período	Número de Factura	Importe en S/. (sin IGV)	Importe en S/. (Con IGV 18%)	Fecha de Emisión	Fecha de Vencimiento	Informes de la Subdirección de Transferencias del COES		
						Potencia	Energía Activa	Energía Reactiva
01/12	0917	25 770,22	30 408,86	14/02/12	02/03/12	STR-014-2012 Rev 2	STR-015-2012 Rev 2	STR-016-2012 Rev 2
02/12	0936	25 954,58	30 626,40	13/03/12	29/03/12	STR-024-2012	STR-025-2012 Rev 1	STR-026-2012
02/14	1652	15 718,05	18 547,30	19/03/14	07/04/14	STR-024-2014	STR-025-2014	STR-026-2014
Total		67 442,85	79 582,56					

2.1.1.2. Sobre la segunda pretensión principal: Notas de débito impagas por concepto de retiros de energía y potencia del SEIN:

- Señala que en virtud de los informes emitidos por el COES indicados en el Cuadro N° 2, CHINANGO giró las notas de débito correspondientes a nombre de EMSEMSA por los retiros de potencia y energía activa que esta última efectuó del SEIN en los meses de enero, febrero y marzo de 2013. Precisa que los montos consignados en las referidas notas de débito son producto de los recálculos efectuados por el COES correspondientes a los meses antes mencionados.
- Sostiene que pese a que remitió dichas notas de débito a EMSEMSA, cuyo importe en conjunto asciende a un total de S/. 1 361,16 (un mil trescientos sesenta y uno y 16/100 Nuevos Soles), incluido IGV, requiriéndole el pago de estas, a la fecha, EMSEMSA no ha cumplido con cancelarlas.

Cuadro N° 2: Informes del COES y notas de débito por potencia y energía

Período	Número de Nota de Débito	Importe en S/. (sin IGV)	Importe en S/. (Con IGV 18%)	Fecha de Emisión	Fecha de Vencimiento	Informes de la Subdirección de Transferencias del COES	
						Potencia	Energía Activa
01/13	D-095	422,56	498,62	20/05/13	31/05/13	STR-016-2013 Rev 2	STR-017-2013 Rev 3
02/13	D-098	411,35	485,39	20/05/13	31/05/13	STR-024-2013 Rev 2	STR-025-2013 Rev 2
03/13	D-100	319,62	377,15	20/05/13	31/05/13	STR-033-2013 Rev 1	STR-034-2013 Rev 1
Total		1153,53	1361,16				

2.1.1.3. Sobre la tercera pretensión principal: Notas de débito impagas por concepto de intereses compensatorios y moratorios por retraso en el pago de facturas por retiros de energía y potencia del SEIN:

- CHINANGO señala que EMSEMSA le adeuda intereses compensatorios y moratorios por un monto total de S/. 1 639,11 (un mil seiscientos treinta y nueve y 11/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por el retraso en el pago de facturas por concepto de retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por EMSEMSA, asignados por el COES a CHINANGO, como se describe en el siguiente cuadro:

Número de Nota de Débito	Importe en S/. (sin IGV)	Importe en S/. (con IGV 18%)	Fecha de Emisión	Fecha de Vencimiento	Facturas			
					N°	Periodo	Fecha de Vencimiento	Fecha de Pago
D-068	19,84	23,28	07/11/11	31/12/11	01-001-000756	08/11	03/10/11	25/10/11
D-077	142,22	164,76	16/02/12	29/02/12	01-00010-000812	10/11	01/12/11	07/02/12
D-086	160,57	186,01	17/07/12	31/07/12	01-001-000874	12/11	31/01/12	19/04/12
D-087	89,25	103,51	17/07/12	31/07/12	01-001-000778	09/11	31/11/11	17/12/11
D-088	259,84	302,33	17/07/12	31/07/12	01-001-000986	04/12	31/05/12	25/06/12
D-091	297,70	345,27	27/12/12	31/12/12	01-001-01164	09/12	31/10/12	17/12/12
D-103	11,50	13,57	07/06/13	30/06/13	01-00001-0001272	01/13	28/02/13	06/03/13
D-104	106,70	124,68	07/06/13	30/06/13	01-00001-001248	12/12	30/01/13	15/02/13
D-109	27,86	32,51	10/06/13	30/06/13	01-00001-0001329	03/13	04/05/13	25/05/13
D-110	187,81	218,94	10/06/13	30/06/13	01-00001-0001077	07/12	31/08/12	24/09/12
D-112	106,42	124,25	17/16/13	30/06/13	01-00001-0001199	11/12	31/12/12	17/01/13
Total	1 409,71	1 639,11						

2.1.1.4. Sobre el requerimiento a EMSEMSA del pago de los adeudos:

- Señala que mediante Carta N° CH-TE-005/2014 de fecha 6 de enero de 2014, recibida por EMSEMSA el 17 de enero de 2014, CHINANGO le requirió el pago de los adeudos por los retiros de potencia y energía del SEIN que efectuó y que fueron asignados por el COES a CHINANGO, además de los intereses moratorios y compensatorios por las facturas pagadas luego de su fecha de vencimiento, conceptos que a esa fecha ascendían a la cantidad de S/. 71 205,54 (setenta y un mil doscientos cinco y 54/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
- Agrega que pese al requerimiento, EMSEMSA no ha pagado la suma indicada y además, continua incumpliendo con el pago de los importes por los retiros de potencia y energía efectuados luego de noviembre de 2013 y que han sido asignados por el COES a CHINANGO, ascendiendo a la fecha el importe total adeudado a la suma de S/. 82 582,83 (ochenta y dos mil quinientos ochenta y dos y 83/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

2.1.1.5. Sobre lo señalado por EMSEMSA en la Audiencia Única:

- CHINANGO señala que EMSEMSA no ha contestado la reclamación en la oportunidad debida, pese a que fue válidamente notificada con el escrito de reclamación. Por tanto,

en aplicación del numeral 223.1³ del artículo 223° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, EMSEMSA se encuentra en rebeldía, lo que implica que deben tenerse por aceptados y ciertos los hechos expuestos por CHINANGO en su escrito de reclamación.

- Asimismo, indica que en la Audiencia Única, EMSEMSA no negó ni contradujo los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por CHINANGO en su escrito de reclamación y más bien, reconoció el servicio de energía eléctrica prestado por CHINANGO en los períodos materia de reclamación, por lo que EMSEMSA tiene la obligación de pagar por la energía provista.
- Agrega, que también en la Audiencia Única, los representantes de EMSEMSA señalaron que el reconocimiento del pago sólo podría producirse por su Junta General de Accionistas. Al respecto, sostiene que esta afirmación se refiere a una materia de organización interna de EMSEMSA, no oponible a CHINANGO ni al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc. Por tanto, las formalizaciones internas de EMSEMSA no tienen efecto en la existencia o exigibilidad de las obligaciones de pago involucradas en el presente procedimiento.

2.1.2. Fundamentos de derecho:

a. Decreto de Urgencia N° 049-2008:

- El artículo 2° del D.U. N° 049-2008, dice textualmente lo siguiente:

Artículo 2°.- Transacciones en el Mercado

Los retiros físicos de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional(SEIN), que efectúen las empresas distribuidoras de electricidad, para atender la demanda de sus usuarios regulados, sin contar con los respectivos contratos de suministro con las empresas generadoras, serán asignados a las empresas generadoras de electricidad, valorizados a Precios en Barra de mercado regulado, en proporción a la energía firme eficiente anual de cada generador menos sus ventas de energía por contratos.

En el caso de los retiros sin contrato, los costos variables adicionales con respecto a los Precios de Energía en Barra en que incurran las centrales para atender dichos retiros, serán incorporados en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión. Para tal efecto, se descontará la compensación que les corresponda recibir por aplicación del numeral 1.3 del Artículo anterior. (Resaltado y subrayado de CHINANGO).

- Señala que de conformidad con la norma citada, los retiros de potencia y energía del SEIN que realicen las empresas distribuidoras de electricidad que no se encuentren respaldados en contratos de suministro con empresas generadoras de electricidad,

³ La LPAG en el inciso 1 del artículo 223° establece:

223.1 El reclamado deberá presentar la contestación de la reclamación dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de ésta; vencido este plazo, la Administración declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado. La contestación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el Artículo 113° de la presente Ley, así como la absolución de todos los asuntos controvertidos de hecho y de derecho. Las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o merituadas como ciertas.

deben ser asignados a estas últimas, valorizados a Precios en Barra del mercado regulado y en proporción a la energía firme eficiente anual de cada empresa generadora menos sus ventas de energía por contratos. Situación análoga se señala en la Ley N° 29179.

- Precisa que los retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por EMSEMSA - empresa distribuidora⁴- que no se encuentran contemplados en contratos de suministro con empresas generadoras de electricidad, fueron asignados por el COES a través de su Subdirección de Transferencias, en aplicación del artículo 2° del D.U. N° 049-2008.
- b. Procedimiento para Compensación de los Costos Variables Adicionales y de los Retiros sin Contrato, aprobado por Resolución N° 001-2009-OS-CD, en adelante El Procedimiento:**
- El artículo 4° de esta norma establece:

Artículo 4. DISPOSICIONES GENERALES

4.1. La asignación de los retiros de potencia y energía sin contratos del mercado regulado, así como, sus transferencias asociadas, las efectuará mensualmente el COES, aplicando los criterios y valorizaciones previstos en la presente norma.

4.2. Las empresas distribuidoras con retiros de potencia y energía sin contrato para el mercado regulado, proporcionarán al COES, o al generador que el COES disponga, la información de energía activa, reactiva y potencia de estos retiros, en las formas establecidas por el COES, dentro de los primeros tres (3) días calendario del mes correspondiente.

4.3. Las divergencias o controversias que puedan presentarse por aplicación de la presente norma, se sujetan a lo dispuesto por el Artículo 14, inciso k), de la Ley N° 28832, en lo que resulte aplicable.

4.4. Los Factores de Proporción se calcularán en el primer mes de cada año calendario, con la EFEA que resulta de cubrir la demanda prevista de energía anual con la EFA de las centrales generadoras existentes y aquellas cuya puesta en operación esté prevista de producirse hasta antes del 31 de diciembre de dicho año.

4.5. Las empresas de generación de electricidad, facturarán a las empresas distribuidoras de electricidad los retiros de potencia y energía sin contratos del SEIN y los correspondientes cargos por transmisión de acuerdo a los factores de proporción previstos en el numeral 7.2 de la presente norma.

4.6. Las empresas generadoras remitirán las facturas señaladas en el numeral anterior después que el COES emita la valorización mensual de las transferencias de potencia y energía en los puntos donde se inician las instalaciones de las empresas de distribución. El plazo para efectuar el pago por parte de las distribuidoras, será no mayor a catorce (14) días calendario de recibidas dichas facturas. El vencimiento del plazo señalado, cuando el último día es inhábil, corresponde al primer día hábil siguiente.

4.7. Si las facturas no fueran canceladas ni observadas antes de su fecha de vencimiento, el generador estará facultado a aplicar los intereses a que se refiere el Artículo 176 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas,

⁴ Con concesión otorgada mediante Resolución Suprema N° 016-95-EM.

aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, hasta la oportunidad en que se realice el pago del monto adeudado.

4.8. OSINERGMIN fiscalizará el cumplimiento de la presente norma.

- Según lo establecido por la norma citada, el COES es el ente encargado de asignar los retiros de potencia y energía sin contratos del mercado regulado, así como sus transferencias asociadas, en forma mensual, aplicando los criterios comprendidos en esta resolución.
- Señala que las empresas generadoras facturan a las empresas distribuidoras los retiros de potencia y energía sin contratos del SEIN, conforme a los factores de proporción previstos en El Procedimiento.
- Agrega que según la disposición citada, las generadoras deben remitir las mencionadas facturas a las distribuidoras, luego que el COES emita la valorización mensual de las transferencias de potencia y energía en los puntos donde se inician las instalaciones de las empresas de distribución. El plazo para efectuar el pago de las facturas por parte de las empresas distribuidoras será no mayor de catorce (14) días calendario de recibidas, siendo aplicables los intereses a que se refiere el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, en adelante RLCE, en caso de que las facturas no sean canceladas hasta su fecha de vencimiento y se aplican hasta la oportunidad en que se realice el pago del monto adeudado. Finalmente, señala que le corresponde al Osinergmin la fiscalización del cumplimiento de este procedimiento.
- Sostiene que en aplicación del citado procedimiento, el COES, a través de la Subdirección de Transferencias, asignó a CHINANGO retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por EMSEMSA, durante los meses de enero y febrero de 2012; y, febrero de 2014. En virtud de tal asignación, CHINANGO procedió a emitir las facturas correspondientes a estos retiros por los importes señalados en los informes emitidos por la Subdirección de Transferencias del COES, las cuales a la fecha no han sido canceladas, por lo que corresponde la aplicación de los intereses previstos en el artículo 176° del RLCE.

2.1.3. Sobre la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

- Señala de conformidad con la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante LMOR, el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante RGO y el artículo 2° del TUO del ROSC, la competencia de Osinergmin abarca la solución de las controversias entre generadores -CHINANGO- y distribuidores -EMSEMSA-, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.
- Menciona que la falta de pago por parte de EMSEMSA de los importes correspondientes a los retiros de potencia y energía que efectuó del SEIN -asignados por el COES a CHINANGO-, configura un incumplimiento de una materia sujeta a fiscalización por parte del Osinergmin y por tanto, corresponde someterlo al procedimiento de solución de controversias.

- Precisa que existe como precedente la Resolución N° 6-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN emitida por el Tribunal de Solución de Controversias el 12 de setiembre de 2012, en la cual el generador ELECTROPERÚ solicitó a los órganos de solución de controversias que ordenen a un cliente libre el pago asignado por el COES por el retiro de potencia y energía sin contrato.

2.2. De la reclamada EMSEMSA:

EMSEMSA solicita se declare infundada la reclamación presentada por CHINANGO y nula la resolución de admisión de la reclamación, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

- EMSEMSA sostiene que no se ha agotado la vía administrativa previa, por lo que corresponde declarar improcedente la reclamación presentada por CHINANGO.
- Señala que reconoce el servicio de energía eléctrica materia de la reclamación; sin embargo, no reconoce la deuda reclamada, por cuanto la facultad de reconocimiento de la deuda corresponde a la Junta General de Accionistas de la empresa.
- Asimismo, indica que como se desprende de lo señalado en el Acta de la Audiencia Única realizada el día 19 de noviembre de 2014, no se ha llegado a un acuerdo de conciliación inicial, por cuanto a solicitud de CHINANGO se decidió continuar con el procedimiento administrativo; en tal sentido, para EMSEMSA no se habría agotado la vía administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 218° de la LPAG y el artículo 4° del TUO del ROSC. Agrega que CHINANGO no habría tomado en cuenta lo dispuesto en estos artículos, requisito importante para la comunicación respectiva a la Junta de Accionistas de EMSEMSA y se proceda a su respectiva evaluación.
- Argumenta que al haberse omitido las prerrogativas señaladas en el párrafo precedente, la presente reclamación no podrá ser trasladado ni tratado como punto de agenda en la Junta de Accionistas de EMSEMSA, por cuanto, a decir de EMSEMSA, no existe la posibilidad o voluntad de parte de CHINANGO de conciliar con EMSEMSA sobre el reclamo. Precisa que de conformidad con el numeral 4 del artículo 115° (EMSEMSA en su escrito de alegatos finales no menciona el cuerpo normativo al que corresponde el artículo citado), corresponde y es de competencia única y exclusiva de la Junta de Accionistas emitir obligaciones, en este caso de reconocerlas.
- Precisa que EMSEMSA es una empresa distribuidora de electricidad constituida con capital del Estado, por cuanto es una empresa descentralizada de la Municipalidad Distrital de Paramonga, siendo sus accionistas mayoritario y minoritario, el alcalde Roberto Díaz de la Cruz y la primera regidora Ana Cema Cecil, los cuales son los únicos competentes para reconocer la deuda.
- Indica que CHINANGO en su reclamación ha omitido adjuntar la declaración jurada a la que hace referencia el literal b) del artículo 34° del TUO del ROSC. Asimismo señala que CHINANGO en su escrito de reclamación presenta documentos como OTROSI DECIMOS; sin embargo, debe considerarse que en ningún momento los presenta como medios de prueba, lo cual es un requisito para la admisión de la reclamación, de conformidad con el literal e) del artículo 34° del TUO del ROSC. Por tanto, a decir de EMSEMSA, la Resolución N° 001-2014-OS/CC-90 que admitió el reclamo presentado por CHINANGO debe ser declarada nula.

- De otro lado, manifiesta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38° del TUO del ROSC, el petitorio de la reclamación debe ser publicado en la página web de Osinergmin y en el diario oficial El Peruano, de forma tal que los posibles interesados puedan solicitar su participación en el procedimiento como terceros, invocando legítimo interés mediante la invocación de derechos o intereses legítimos, según sea el caso. A decir de EMSEMSA, en la Resolución N° 001-2014-OS/CC-90 no se aprecia el cumplimiento de la citada norma, por tanto carece de motivación de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 3° de la LPAG. En tal sentido, para EMSEMSA el reclamo al estado del procedimiento deviene en nulo y debe ser revocado en cumplimiento de las normas establecidas en el TUO del ROSC.

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de CHINANGO:

Que se ordene a EMSEMSA:

a) Primera pretensión principal:

El pago de la suma de S/. 79 582,56 (setenta y nueve mil quinientos ochenta y dos y 56/100 Nuevos Soles), incluido IGV, por concepto de potencia y energía activa y reactiva retirada del SEIN sin respaldo contractual, conforme a las valorizaciones efectuadas por el COES, por los períodos de enero y febrero de 2012, y febrero de 2014.

b) Segunda pretensión principal:

El pago de la suma de S/. 1 361,16 (un mil trescientos sesenta y uno y 16/100 Nuevos Soles), incluido IGV, que forma parte de las notas de débito por concepto de recálculos de los retiros de potencia y energía activa del SEIN, conforme a las valorizaciones efectuadas por el COES, por los períodos de enero, febrero y marzo de 2013.

c) Tercera pretensión principal:

El pago de la suma de S/. 1 639,11 (un mil seiscientos treinta y nueve y 11/100 Nuevos Soles), incluido IGV, que forma parte de las notas de débito por concepto de intereses por retiros de potencia y energía del SEIN, conforme a las valorizaciones efectuadas por el COES, por los períodos de agosto, setiembre, octubre y diciembre de 2011; abril, julio, setiembre, noviembre y diciembre de 2012; y, enero y marzo de 2013.

d) Pretensión accesoria a las principales:

El pago de los intereses compensatorios y moratorios devengados y de los que devenguen hasta la fecha de pago efectivo de lo indicado en la primera, segunda y tercera pretensión principal.

Petitorio de EMSEMSA:

Que se declare improcedente la reclamación por no haberse agotado la vía previa administrativa; y en su defecto, se declare infundada la reclamación por cuanto reconocen el servicio de energía eléctrica materia de reclamación pero no la deuda reclamada, por cuanto la facultad de reconocimiento de la deuda corresponde a la Junta General de Accionistas de la empresa.

Materia Controvertida:

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 19 de noviembre 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. Sobre el agotamiento de una vía administrativa previa al procedimiento de solución de controversia:

EMSEMSA argumenta que no se ha agotado la vía administrativa previa según lo dispuesto por el artículo 218° de la LPAG y el artículo 4° del TUO del ROSC, por lo que corresponde declarar improcedente la reclamación presentada por CHINANGO. Es de precisar que EMSEMSA no ha indicado en su disertación, cual es la vía administrativa a la que hace referencia.

Cabe indicar que de conformidad con lo establecido en el artículo 37° del TUO del ROSC, las excepciones, como es el caso de la falta de agotamiento de la vía administrativa, se deducen únicamente junto con la contestación. Por tanto, dado que EMSEMSA no ha contestado la reclamación en la oportunidad debida y que su solicitud la plantea recién en la Audiencia Única, esta deviene en extemporánea.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, este Colegiado considera necesario precisar lo que establece el ordenamiento jurídico respecto de lo solicitado por EMSEMSA y el procedimiento de solución de controversias.

El artículo 218° de la LPAG -referida por EMSEMSA- señala lo siguiente:

Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148° de la Constitución Política del Estado.

(...)

Al respecto, Morón Urbina comenta que *por la regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito*⁵.

Por tanto, el citado artículo no implica -como lo señala EMSEMSA- la existencia de una vía administrativa previa al procedimiento de solución de controversias -procedimiento administrativo-, sino más bien establece que antes de acudir a los procesos judiciales debe reconocerse la competencia de la administración pública -en el presente caso Osinergmin-.

En tal sentido, es de precisar que el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la LMOR define la función de solución de controversias, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia,

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a La Ley del Procedimiento Administrativo General, Novena Edición, Gaceta Jurídica, pág. 644.

entre ellas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre estos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

A su vez, el artículo 44° del RGO establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre estas y los usuarios libres y entre ellos.

El artículo 46° del RGO establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por Osinergmin. Entre otras, las surgidas entre generadores y distribuidores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del regulador (inciso c).

Asimismo, el artículo 2° del TUO del ROSC, establece:

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

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

(...)

Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

De los artículos citados precedentemente se colige que CHINANGO -generadora- y EMSEMSA -distribuidora- califican como partes intervinientes en un procedimiento de solución de controversias y la materia controvertida está vinculada a aspectos de supervisión y fiscalización por parte del regulador; por cuanto los retiros de potencia y energía sin contratos del mercado regulado se encuentran sujetos a supervisión y fiscalización de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 4° de El Procedimiento.

Por tanto, queda acreditada la competencia de Osinergmin para conocer y resolver la presente controversia.

Al respecto, el artículo 47° del RGO precisa que el procedimiento de solución de controversias constituye vía administrativa previa, la cual es obligatoria y de competencia exclusiva de Osinergmin, de acuerdo con las reglas establecidas en dicha norma.

Asimismo, el artículo 4° del TUO del ROSC señala que el procedimiento de solución de controversias en primera y segunda instancia, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial y es de competencia exclusiva de los órganos de Osinergmin.

Por tanto, al ser la materia controvertida competencia de Osinergmin, se colige que el presente procedimiento constituye la vía administrativa previa establecida por el ordenamiento legal y es de competencia exclusiva de Osinergmin.

Por tanto, a criterio de este Colegiado corresponde desestimar la solicitud de improcedencia interpuesta por EMSEMSA.

4.2. Sobre el pedido de nulidad de EMSEMSA:

EMSEMSA manifiesta que se ha incurrido en vicios que acarrearán la nulidad de la Resolución N° 001-2014-OS/CC-90, mediante la cual se admite a trámite la reclamación.

En primer término, señala que CHINANGO en su escrito de reclamación ha omitido adjuntar la declaración jurada a la que hace referencia el literal b) del artículo 34° del TUO del ROSC.

Es de precisar que el literal b) del artículo 34° del TUO del ROSC indica lo siguiente:

Artículo 34°.- Requisitos de la reclamación.

El escrito que contenga la reclamación debe contener la siguiente información:

(...)

b) Nombre y dirección domiciliaria de todos los reclamados. Si se ignora la dirección de uno o más, se expresará esta circunstancia mediante declaración jurada que se entenderá realizada con la presentación de la reclamación.

Tal como se desprende del artículo citado, la declaración jurada a la que se hace referencia, debe presentarse únicamente en el caso que se ignore la dirección domiciliaria del reclamado, situación que no ha ocurrido en el presente caso, dado que CHINANGO en su escrito de reclamación -obra a fojas 82- ha indicado expresamente como dirección de EMSEMSA, la Av. Micaela Bastidas N° 130, urbanización Tres Puentes, distrito de Paramonga, provincia de Barranca, departamento de Lima. Lugar donde se notificó la Resolución N° 001-2014-OS/CC-90, siendo esta debidamente recibida por EMSEMSA según consta en el cargo de recepción que obra a fojas 99.

En segundo término, EMSEMSA señala que CHINANGO no habría cumplido con el requisito establecido en el literal e) del artículo 34° del TUO del ROSC, de ofrecer los medios probatorios, dado que solo presentó documentos en el OTROSI DECIMOS de su escrito de reclamación.

Al respecto, el artículo 201° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente procedimiento⁶, señala:

El defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple con su finalidad.

El artículo 188° del Código Procesal Civil señala:

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

En tal sentido, si bien CHINANGO en su escrito de reclamación no ha indicado expresamente que los documentos contenidos en el OTROSÍ DECIMOS constituyen medios probatorios, estos cumplen con esta finalidad, dado que CHINANGO pretende acreditar los hechos expuestos mediante estos documentos, como se desprende de los fundamentos de hecho expuestos en

⁶De conformidad con lo establecido en la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil que expresamente señala: *Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.*

su escrito de reclamación -fojas 79 a 81-, en los cuales CHINANGO hace constante referencia a los documentos anexados.

Por tanto, de conformidad con el principio de eficacia⁷, debe prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental.

Finalmente, EMSEMSA indica que no se habría cumplido con lo establecido en el artículo 38° del TUO del ROSC que prescribe lo siguiente:

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 60° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el petitorio de la reclamación recibida por el Cuerpo Colegiado será publicada en la página Web de Osinergmin y en el Diario Oficial El Peruano, de forma tal que los posibles interesados puedan solicitar su participación en el procedimiento como terceros, incluso durante el trámite de segunda instancia, invocando legítimo interés mediante la invocación de derechos o intereses legítimos, según sea el caso.

El 26 de setiembre de 2014 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el petitorio de la reclamación presentada por CHINANGO, como consta a fojas 97 del expediente. Asimismo se procedió a la publicación en la página web de Osinergmin, como se evidencia en el ítem *Resumen de Controversias Presentadas* del link siguiente: <http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/Controversias/139.htm?2849>.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-hoc declara que corresponde denegar la solicitud de nulidad planteada por EMSEMSA.

4.3. Sobre el D.U. N° 049-2008:

El artículo 2° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844⁸, en adelante LCE, define el servicio público de electricidad como el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados en el RLCE, asimismo constituyen servicio público la transmisión y distribución de electricidad. Es de destacar que el mencionado artículo precisa que el servicio público de electricidad es de utilidad pública.

A fin de perfeccionar las reglas establecidas en la LCE, se emitió la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832⁹, en adelante Ley N° 28832, mediante la cual se dispuso que es de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad¹⁰.

Posteriormente, se promulga la Ley que establece el mecanismo para Asegurar el Suministro de Electricidad para el Mercado Regulado, Ley N° 29179¹¹, mediante la cual se dictaron medidas para asegurar el suministro de potencia y energía para el servicio público de electricidad que no cuenten con contratos de suministro de electricidad que los respalden,

⁷Contenido en el inciso 1.10 del artículo IV de la LPAG.

⁸ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 19 de noviembre de 1992.

⁹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2006.

¹⁰ Según lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 28832.

¹¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 03 de enero de 2008.

mediante los mecanismos previsto en la Ley N° 28832. Es de precisar, que la indicada norma tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008¹².

Es el caso que estando próximos al término de la vigencia de la Ley N° 29179 y persistiendo una situación con elevados costos marginales, originada por las limitaciones para transmitir energía a través de las líneas de transmisión y la congestión producida en el ducto de Camisea, el Estado dictó reglas que resuelvan la situación mencionada y que a su vez definan el tratamiento de los retiros sin contrato, que se generen a partir del 01 de enero de 2009.

En tal sentido, se aprobó el D.U. N° 049-2008, en cuya exposición de motivos se señaló lo siguiente:

En estos momentos, existe la posibilidad de que, con posterioridad a la fecha de terminación de la vigencia de la Ley N° 29179, algunos Distribuidores efectúen retiros físicos de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), para atender la demanda de sus usuarios regulados, sin contar con los respectivos contratos de suministro con Generadores. Dichos retiros crearían problemas económicos y financieros graves, extraordinarios y no previstos en la normatividad vigente, consistentes en el rompimiento de la cadena de pagos, haciendo peligrar la estabilidad económica sistema eléctrico y la continuidad del Servicio Público de Electricidad.

El D.U. N° 049-2008, estableció -entre otras disposiciones- que los retiros físicos de potencia y energía del SEIN sin respaldo contractual que efectúen las distribuidoras para atender a sus usuarios regulados, serán asignados a las generadoras y valorizados a Precios en Barra, en proporción a la energía firme eficiente anual de cada generador menos sus ventas de energía por contratos. En este caso, los costos variables adicionales en que incurran las generadoras serán incorporados en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión.

Finalmente se dispuso que Osinergmin debía aprobar las disposiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el D.U. N° 049-2008; en cumplimiento de ello, se aprobó El Procedimiento.

4.4. Sobre la primera pretensión principal:

CHINANGO señala que en aplicación del D.U. N° 049-2008, el COES le asignó los retiros de potencia, energía activa y energía reactiva del SEIN efectuados por EMSEMSA durante los meses de enero y febrero de 2012; y, febrero de 2014.

Al respecto, el artículo 2° del D.U. N° 049-2008 señala lo siguiente:

Los retiros físicos de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), que efectúen las empresas distribuidoras de electricidad, para atender la demanda de sus usuarios regulados, sin contar con los respectivos contratos de suministro con las empresas generadoras, serán asignados a las empresas generadoras de electricidad, valorizados a Precios en Barra de mercado regulado, en proporción a la energía firme eficiente anual de cada generador menos sus ventas de energía por contratos.

(...)

¹² Como lo dispone la Única Disposición Final de la Ley N° 29179.

El COES realiza estas valorizaciones¹³ de acuerdo con lo dispuesto en las normas y procedimientos aprobados por las autoridades competentes del sector¹⁴. Entre estos, El Procedimiento para Compensación de los Costos Variables Adicionales y de los Retiros sin Contrato -aprobado por Osinergmin para que se aplique lo dispuesto en el D.U. N° 049-2008-, que en su artículo 4° señala:

(...)

4.1. La asignación de los retiros de potencia y energía sin contratos del mercado regulado, así como, sus transferencias asociadas, las efectuará mensualmente el COES, aplicando los criterios y valorizaciones previstos en la presente norma.

(...)

Los retiros en exceso de potencia y energía realizados por EMSEMSA en los periodos reclamados, ocurren durante la vigencia del D.U. N° 049-2008; por tanto, le correspondió al COES valorizarlos a precios en barra, en proporción a la energía firme eficiente anual de cada generador¹⁵ sustrayendo sus ventas de energía por contratos.

En este sentido, el COES asignó a CHINANGO los retiros de potencia y energía sin respaldo contractual realizados por EMSEMSA según consta en los informes que se indican a continuación:

Período	Informes de la Subdirección de Transferencias del COES		
	Potencia	Energía Activa	Energía Reactiva
01/12	COES/D/DO/STR-INF-014-2012 Rev 2	COES/D/DO/STR-INF-015-2012 Rev 2	COES/D/DO/STR-INF-016-2012 Rev 2
02/12	COES/D/DO/STR-INF-024-2012	COES/D/DO/STR-INF-025-2012 Rev 1	COES/D/DO/STR-INF-026-2012
02/14	COES/D/DO/STR-INF-024-2014	COES/D/DO/STR-INF-025-2014	COES/D/DO/STR-INF-026-2014

Extraído del escrito de reclamación presentado por CHINANGO -a fojas 80- y no cuestionado por EMSEMSA.

Es de precisar que si EMSEMSA consideraba que las asignaciones efectuadas por el COES afectaban sus intereses, obligaciones o derechos, tenía expedito su derecho a cuestionarlos en los plazos previstos de conformidad con lo establecido en el artículo décimo primero del Estatuto del COES¹⁶.

En tal sentido, EMSEMSA contaba con los canales impugnatorios para cuestionar las valorizaciones efectuadas por el COES; sin embargo, no hizo ejercicio de este derecho, según lo manifestó CHINANGO¹⁷, hecho que fue confirmado por EMSEMSA en la Audiencia Única¹⁸ y

¹³ El literal g) del artículo 14° de la Ley N° 28832, establece que:

El COES tiene a su cargo las siguientes funciones administrativas:

g) Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES.

¹⁴ El artículo 4° del D.U. N° 049-2008 señala que Osinergmin aprobará las disposiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el mencionado Decreto de Urgencia.

¹⁵ El numeral 1.16 del artículo 1° de El Procedimiento define la Energía Firme Eficiente Anual (EFEA) como la Energía Firme Anual (EFA) de cada generador que resulta luego de ordenar las EFA de las centrales de generación sobre la base de sus costos variables hasta cubrir la demanda anual.

¹⁶ El numeral 11.1 del artículo décimo primero del Estatuto de COES señala: (...) *Cualquier Integrante Registrado podrá impugnar las decisiones de la Dirección Ejecutiva, emitidas directamente por ésta o a través de la Dirección de Operaciones o de la Dirección de Planificación de Transmisión, siempre que estén destinadas a producir efectos sobre sus intereses, obligaciones o derechos dentro de una situación concreta. (...).*

¹⁷ Según lo manifestado en su escrito de reclamación de fojas 1 al 82.

corroborado con la revisión del portal de internet del COES¹⁹- <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/directorio/reconsideraciond.aspx> y <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/directorio/recursosapelacion.aspx>. Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que estas asignaciones se efectuaron válidamente, por el ente legalmente competente para hacerlo y con sujeción al marco legal vigente.

Las decisiones del COES son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes del sistema de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.1²⁰ del artículo 6° y en el artículo 4°²¹ del Reglamento del COES, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2008-EM, en adelante Reglamento del COES.

Por tanto, no corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc revisar lo determinado por el COES, dado que la decisión sobre a qué generador se le asignará los retiros de potencia y energía del SEIN sin respaldo contractual efectuados por EMSEMSA ya ha sido adoptada válidamente por este, como entidad técnica competente para tal análisis según el numeral 4.1 del artículo 4° de El Procedimiento, más aun considerando que no ha sido impugnada por ninguna de las partes a través los procedimientos establecidos para ello, como se señaló precedentemente.

En la línea de lo anterior y en aplicación de lo dispuesto por El Procedimiento, correspondía a CHINANGO facturar a EMSEMSA los retiros de potencia y energía sin respaldo contractual de conformidad con lo señalado en los numerales 4.5 y 4.6 del artículo 4° de El Procedimiento que expresamente señalan:

4.5. Las empresas de generación de electricidad, facturarán a las empresas distribuidoras de electricidad los retiros de potencia y energía sin contratos del SEIN y los correspondientes cargos por transmisión de acuerdo a los factores de proporción previstos en el numeral 7.2 de la presente norma.

4.6. Las empresas generadoras remitirán las facturas señaladas en el numeral anterior después que el COES emita la valorización mensual de las transferencias de potencia y energía en los puntos donde se inician las instalaciones de las empresas de distribución. El plazo para efectuar el pago por parte de las distribuidoras, será no mayor a catorce (14) días calendario de recibidas dichas facturas. El vencimiento del plazo señalado, cuando el último día es inhábil, corresponde al primer día hábil siguiente.

CHINANGO facturó los retiros de potencia y energía efectuados por EMSEMSA sin respaldo contractual que le fueron asignados por el COES según el siguiente cuadro:

¹⁸ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 221° del Código Procesal Civil se entiende por Declaración asimilada *Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.*

¹⁹ El numeral 11.6 del artículo décimo primero del Estatuto del COES expresamente señala: *En caso un Integrante Registrado interponga un recurso de reconsideración o apelación, la Dirección Ejecutiva procederá a publicarlo en el Portal de Internet del COES, el día hábil siguiente de la presentación del recurso.*

²⁰ Artículo 6°.- *Aplicación y modificación de Procedimientos:*

6.1 Los Procedimientos aprobados por Osinergmin son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los Agentes.

²¹ Artículo 4°.- *Autoridad:*

Las decisiones que emitan la Dirección Ejecutiva y el Directorio del COES en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen carácter obligatorio para todos los Agentes. (...).

Período ¹	Número de Factura ¹	Importe en S/. (sin IGV) ¹	Importe en S/. (Con IGV 18%) ¹	Fecha de Emisión ¹	Notificada a EMSEMSA ²
01/12	0917	25 770,22	30 408,86	15/02/12 ²²	17/02/2012
02/12	0936	25 954,58	30 626,40	13/03/12	15/03/12
02/14	1652	15 718,05	18 547,30	19/03/14	24/03/14

1) Extraído del escrito de reclamación presentado por CHINANGO -a fojas 80- y no cuestionado por EMSEMSA.

2) Elaborado sobre la base de los cargos de las facturas anexadas por CHINANGO en fojas 57, 61 y 65.

En tal sentido, estas facturas debieron ser canceladas por EMSEMSA dentro del plazo de catorce (14) días naturales de recibidas. Lo cual no ocurrió, según lo indicado por CHINANGO - en su escrito de reclamación y en la Audiencia Única- y ha sido reconocido por EMSEMSA -en la Audiencia Única-, de conformidad con lo establecido en el artículo 221° del Código Procesal Civil²³.

Por tanto, a criterio de este colegiado, EMSEMSA debe cumplir con el pago por retiro de potencia y energía activa y reactiva retirada del SEIN, sin respaldo contractual, conforme con las valorizaciones efectuadas por el COES durante los periodos reclamados, dado que postura contraria implicaría el rompimiento de la cadena de pagos, haciendo peligrar la estabilidad económica del sistema eléctrico y la continuidad del servicio público de electricidad.

Es de destacar que EMSEMSA reconoció las asignaciones de retiros de energía y potencia que efectuó el COES a favor de CHINANGO en los periodos de agosto, setiembre, octubre y diciembre de 2011; abril, julio, setiembre, noviembre y diciembre de 2012; y, enero y marzo de 2013; en tal sentido, procedió al pago correspondiente. Si bien los pagos indicados se realizaron tardíamente, es decir, fuera de plazo, implica el reconocimiento de EMSEMSA de su obligación establecida sobre la base de las valorizaciones efectuadas por el COES.

En consideración al análisis expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que debe accederse a lo solicitado por CHINANGO en su primera pretensión principal.

4.5. Sobre la segunda pretensión principal:

CHINANGO señala que el COES realizó los recálculos correspondientes a los retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que EMSEMSA efectuó del SEIN, durante los meses de enero, febrero y marzo de 2013, como consta en los informes que se indican a continuación:

Periodo	Informes de la Subdirección de Transferencias del COES	
	Potencia	Energía Activa
01/13	COES/D/DO/STR-INF-016-2013 Rev 2	COES/D/DO/STR-INF-017-2013 Rev 3
02/13	COES/D/DO/STR-INF-024-2013 Rev 2	COES/D/DO/STR-INF-025-2013 Rev 2
03/13	COES/D/DO/STR-INF-033-2013 Rev 1	COES/D/DO/STR-INF-034-2013 Rev 1

Extraído del escrito de reclamación presentado por CHINANGO -a fojas 80- y no cuestionado por EMSEMSA

El COES efectuó los recálculos indicados por los mismos fundamentos sobre los cuales asigna los retiros de potencia y energía sin respaldo contractual, expuestos en el numeral anterior. EMSEMSA contaba con los canales impugnatorios para cuestionar las decisiones del COES que

²² Dato extraído de la Factura N° 0917 a fojas 65.

²³ El artículo 221° del Código Procesal Civil señala: *Declaración asimilada.- Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.*

contienen los recálculo efectuados, como se indicó en el análisis efectuado en el punto anterior; sin embargo, no lo hizo.

Las decisiones del COES que no han sido objeto de impugnación son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes del sistema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Reglamento del COES.

Sobre la base del recálculo efectuado por el COES, CHINANGO emitió las siguientes notas de débito:

Periodo	Número de Notas de Débito	Importe en S/. (sin IGTV)	Importe en S/. (con IGTV 18%)	Fecha de Emisión
01/13	D-0095	422,56	498,62	20/05/13
02/13	D-0098	411,35	485,39	20/05/13
03/13	D-0100	319,62	377,15	20/05/13

Extraído del escrito de reclamación presentado por CHINANGO -a fojas 80- y no cuestionado por EMSEMSA.

En este sentido, considerando el análisis realizado para la primera pretensión principal no corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc revisar lo determinado por el COES, por cuanto los recálculos han sido determinados por este, como entidad técnica competente y con sujeción al marco legal vigente. Por tanto, EMSEMSA debe cumplir con el pago por concepto de recálculos de los retiros de potencia y energía activa y reactiva retirada del SEIN, sin respaldo contractual, conforme con las valorizaciones efectuadas por el COES durante los periodos reclamados.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que debe accederse a lo solicitado por CHINANGO en su segunda pretensión principal.

4.6. Sobre la tercera pretensión principal:

CHINANGO señala que EMSEMSA le adeuda intereses compensatorios y moratorios por retraso en el pago de las facturas por concepto de retiros de potencia y energía del SEIN, sin respaldo contractual, asignados a CHINANGO conforme con las valorizaciones efectuadas por el COES por los periodos de agosto, setiembre, octubre y diciembre de 2011; abril, julio, setiembre, noviembre y diciembre de 2012; y, enero y marzo de 2013.

Es de precisar que habiendo el COES asignado a CHINANGO los retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por EMSEMSA por los periodos mencionados, CHINANGO emitió las facturas correspondientes según lo establecen los numerales 4.5 y 4.6 del artículo 4° de El Procedimiento.

Estas facturas debieron ser canceladas por EMSEMSA dentro del plazo de catorce (14) días naturales de recibidas, según lo establece el numeral 4.6 del artículo 4° de El Procedimiento; sin embargo, según obra en autos -a fojas 5, 8, 11, 14, 17, 20, 23, 26, 29, 32, 35 y 79-, EMSEMSA las canceló en fecha posterior a lo dispuesto por la norma, hechos que no han sido cuestionados por la reclamada. EMSEMSA canceló las facturas según se indica a continuación:

Periodo	Número de Factura	Fecha de Vencimiento	Fecha de Pago
08/11	0756	03/10/11	25/10/11
09/11	0778	31/11/11	17/12/11

10/11	0812	01/12/11	07/02/12
12/11	0874	31/01/12	19/04/12
04/12	0986	31/05/12	25/06/12
07/12	01077	31/08/12	24/09/12
09/12	01164	31/10/12	17/12/12
11/12	01199	31/12/12	17/01/13
12/12	01248	30/01/13	15/02/13
01/13	01272	28/02/13	06/03/13
03/13	01329	04/05/13	25/05/13

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.7 del artículo 4° de El Procedimiento, si las facturas no fueran canceladas ni observadas antes de su fecha de vencimiento, el generador estará facultado a aplicar los intereses a que se refiere el artículo 176° del RLCE, hasta la oportunidad en que se realice el pago del monto adeudado.

Asimismo, el artículo 176° del RLCE 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.

Al haberse verificado que las facturas emitidas por CHINANGO -durante los periodos indicados- han sido canceladas tardíamente, es decir, después de su fecha de vencimiento, corresponde el pago de los intereses compensatorios y moratorios que se hayan generado desde la fecha de vencimiento de las facturas emitidas por retiros de potencia y energía del SEIN sin respaldo contractual por los periodos de agosto, setiembre, octubre y diciembre de 2011; abril, julio, setiembre, noviembre y diciembre de 2012; y, enero y marzo de 2013 hasta la fecha efectiva de pago.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por CHINANGO respecto del pago de intereses que debe abonar EMSEMSA conforme lo dispone el artículo 176° del RLCE.

4.7. Sobre los intereses

De acuerdo al análisis efectuado en el ítem anterior, los intereses se computarán desde la fecha del vencimiento de los comprobantes de pago -notas de débito- que no hayan sido cancelados oportunamente; lo cual ocurre, de conformidad con el numeral 4.6. de El procedimiento, a partir de transcurridos los catorce (14) días calendario de recibidos estos comprobantes.

De este modo, se deben computar los intereses desde el momento en el cual CHINANGO solicita el pago a EMSEMSA y transcurre el periodo indicado en el párrafo precedente; es decir, con la recepción de las facturas Nos. 0917, 0936 y 1652 recibidas con fechas 17 de febrero de 2012, 15 de marzo de 2012 y 24 de marzo de 2014, respectivamente, según consta en los cargos de recepción de las facturas presentadas por CHINANGO en fojas 57, 61 y 65 sobre la primera pretensión principal.

Respecto de la segunda pretensión principal desde la recepción por EMSEMSA de las Notas de Débito Nos. D-0095, D-0098 y D-0100 recibidas con fecha 20 de mayo de 2013, según consta en la Carta N° CH-TE-006/2014.

En cuanto a la tercera pretensión principal, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 1249° del Código Civil, que señala lo siguiente:

No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

En este sentido, cabe mencionar el cuarto párrafo del artículo 92° de la LCE, que si bien está incluido en el Título VI. Prestación del Servicio Público de Electricidad de la LCE, refuerza lo prescrito por el Código Civil²⁴. Este artículo señala:

...
Precisase que los intereses aplicable a las relaciones que se generen por la prestación del servicio público de electricidad, en cualquier aspecto, se efectuará a una tasa nominal y simple, no procediendo capitalización alguna.

Al respecto, es de precisar que el anatocismo o “*interés de interés*” ha sido expresamente prohibido por el ordenamiento legal según los dispositivos precedentemente citados, prohibiéndose capitalización alguna.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por CHINANGO respecto del pago de intereses que debe abonar EMSEMSA conforme lo dispone el artículo 176° del RLCE, respecto de las pretensiones accesorias a la primera y a la segunda pretensión principal e infundado respecto de la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal.

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 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 1°.- Desestimar la solicitud de EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A. respecto de la improcedencia de la reclamación de CHINANGO S.A.C., por las razones expuestas en el numeral 4.1. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Desestimar la solicitud de nulidad de EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A., por las razones expuestas en el numeral 4.2. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3°.- Declarar FUNDADA la primera pretensión principal de CHINANGO S.A.C. y por tanto, declarar que EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A.

²⁴ De conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, *Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.*

se encuentra obligada a pagar a CHINANGO S.A.C. por concepto de potencia y energía activa y reactiva retirada del SEIN sin respaldo contractual, conforme con las valorizaciones efectuadas por el COES, por los períodos de enero y febrero de 2012; y febrero de 2014; por las razones expuestas en el numeral 4.4. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 4°.- Declarar FUNDADA la segunda pretensión principal de CHINANGO S.A.C. y por tanto, declarar que EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A. se encuentra obligada a pagar a CHINANGO S.A.C. por concepto de recálculos de los retiros de potencia y energía activa del SEIN, conforme a las valorizaciones efectuadas por el COES, por los períodos de enero, febrero y marzo de 2013; por las razones expuestas en el numeral 4.5. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Declarar FUNDADA la tercera pretensión principal de CHINANGO S.A.C. respecto del pago de intereses y declarar que EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A., debe pagar por este concepto a CHINANGO S.A.C., conforme se señala en el numeral 4.6. de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 6°.- Declarar FUNDADAS la pretensión accesoria a la primera pretensión principal y la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de CHINANGO S.A.C. respecto del pago de intereses y declarar que EMPRESA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS MUNICIPALES DE PARAMONGA S.A., debe pagar por este concepto a CHINANGO S.A.C., conforme se señala en el numeral 4.7. de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 7°.- Declarar INFUNDADA la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de CHINANGO S.A.C. respecto del pago de intereses, conforme se señala en el numeral 4.7. de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 8°.- 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 9°.- 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 de Consejo Directivo de Osinergmin 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.

David Abraham Grández Gómez
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Gloria Cadillo Ángeles
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Julio César López Beltrán
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc