

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 005-2013-TSC/ 28-2007-TSC-OSINERGMIN**

Expediente : 28-2007-TSC-OSINERGMIN.

Partes : EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ S.A
ETESELVA S.R.L.
RED DE ENERGÍA DEL PERU S.A.
EDELNOR S.A.A
LUZ DEL SUR S.A.A
ELECTRONOROESTE S.A

Materia : Pago de resarcimientos por compensaciones por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia.

Apelantes : ETESELVA S.R.L. y RED DE ENERGÍA DEL PERU S.A.

Resolución Impugnada : Resolución Nº 005-2007-OS/CC-29

Lima, 03 de junio de 2013.

SUMILLA:

La interpretación del artículo 3.5. y de la Décimo Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos debe ser conjunta y complementaria con otras normas. El Tribunal precisa que la norma de calidad generaliza la responsabilidad de todos los actores (numeral 3.5) y no admite excepciones. Si la intención del legislador hubiera sido atribuir responsabilidad, solamente a los generadores por las interrupciones, carecería de lógica cargar a todos los miembros del COES con dicha responsabilidad

El Tribunal declaró infundados los Recursos de Apelación.

VISTOS:

La sentencia, de fecha 20 de noviembre de 2012, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que resuelve declarar infundados los recursos de casación interpuestos por OSINERGMIN y por RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A., en adelante REP, contra la Sentencia expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 14 de mayo de 2010, que confirmó la sentencia expedida por la Cuarta Sala Especializada

en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 18 de diciembre de 2008, que a su vez declaró fundada la demanda de ELECTROPERÚ mediante la cual solicitó se declare nulo el artículo 1° de la Resolución N° 004-2007-TSC/28-2007-TSC-OSINERGMIN.

Las Resoluciones Nos. 23 y 25, de fechas 03 de abril de 2013 y 10 de mayo de 2013, respectivamente, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante las cuales se ordena dar cumplimiento a lo dispuesto en las Sentencias indicadas en el párrafo anterior. Los recursos de apelación interpuestos por REP y ETESELVA S.R.L., en adelante ETESELVA, contra la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. El 14 de septiembre de 2006 y 25 de setiembre de 2006, mediante escritos con registro de Mesa de Partes de OSINERGMIN Nos. 741915 y 746970, EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ, presentó reclamación contra ETESELVA por concepto de resarcimiento por la compensación pagada a su cliente EMPRESA CONCESIONARIA DE ELECTRICIDAD DE UCAYALI SOCIEDAD ANÓNIMA., en adelante ELECTROUCAYALI, por mala calidad de suministro en el punto de entrega de Pucallpa 60 Kv, correspondiente al primer y segundo semestres de 2004 y primer semestre de 2005. Como pretensión subordinada la reclamación estaba dirigida contra ELECTROUCAYALI, en caso no se declare fundada la pretensión principal.
- 1.2. El 15 de septiembre de 2006, mediante escrito con registro de Mesa de Partes de OSINERGMIN N° 742389, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra el COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL, en adelante COES, por concepto de resarcimiento por la compensación por interrupciones por rechazo de carga de mínima frecuencia, pagada a sus clientes EDELNOR S.A.A., en adelante EDELNOR y LUZ DEL SUR S.A.A., en adelante LUZ DEL SUR, correspondiente al primer semestre de 2005. Como pretensión subordinada la reclamación estaba dirigida contra EDELNOR y LUZ DEL SUR, en caso no se declare fundada la pretensión principal.
- 1.3. El 25 de septiembre de 2006, mediante escrito con registro de Mesa de Partes de OSINERGMIN N° 746945, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra EDEGEL S.A., en adelante EDEGEL, por concepto de resarcimiento por la compensación por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia pagada a su cliente LUZ DEL SUR, correspondiente al primer semestre de 2004. Como pretensión subordinada la reclamación estaba dirigida contra LUZ DEL SUR, en caso no se declare fundada la pretensión principal.

- 1.4. El 02 de octubre de 2006, mediante escrito con registro de Mesa de Partes de OSINERGMIN N° 750068, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra ETESELVA, por concepto de resarcimiento por compensación por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia pagada a sus clientes EDELNOR, LUZ DEL SUR y ELECTRONOROESTE S.A., en adelante ENOSA, correspondiente al segundo semestre de 2004 y al segundo semestre de 2005. Como pretensión subordinada la reclamación estaba dirigida contra EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, en caso no se declare fundada la pretensión principal.
- 1.5. El 05 de octubre de 2006, mediante escrito con registro de Mesa de Partes de OSINERGMIN N° 751632, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra REP por concepto de resarcimiento por compensación por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia pagada a sus clientes EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, correspondiente al segundo semestre de 2005. Como pretensión subordinada la reclamación estaba dirigida contra EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, en caso no se declare fundada la pretensión principal.
- 1.6. El 10 de noviembre de 2006, mediante Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 613-2006-OS/CD, se acordó acumular las reclamaciones presentadas y se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvieron la presente controversia en primera instancia.
- 1.7. El 11 de diciembre de 2006, mediante Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2006-OS/CC-29, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia, y admitió a trámite las reclamaciones presentadas por ELECTROPERÚ con números de registros de Mesa de Partes de OSINERGMIN Nos. 741915, 746945, 750068 y 751632, dispuso el traslado de éstas a las reclamadas para que contesten las reclamaciones. De otro lado, mediante el artículo 4° de la misma resolución se declaró improcedente y no se admitió a trámite la reclamación presentada con registro de Mesa de Partes de OSINERGMIN N° 742389.
- 1.8. El 26 de enero de 2007, mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nos. 799586, 799547, 799738, 799468, 799998 EDELNOR, ETESELVA, EDEGEL, REP y ENOSA, respectivamente, contestaron la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.9. El 31 de enero de 2007, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 801913, LUZ DEL SUR contestó la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.10. El 07 de febrero de 2007, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 804443, ELECTROUCAYALI contestó la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

- 1.11. El 18 de enero de 2007, mediante escrito de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 794697, ELECTROPERÚ interpuso apelación contra el artículo 4° de la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2006-OS/CC-29.
- 1.12. Mediante Resolución N° 001-2007-TSC/24-2007-TSC-OSINERGMIN, de fecha 30 de marzo de 2007, se declaró infundada la apelación indicada en el numeral 1.11 de la presente resolución, declarándose agotada la vía administrativa.
- 1.13. El 13 marzo de 2007, se llevó a cabo la Audiencia Única en la cual se fijaron los puntos controvertidos con la asistencia de los representantes de ELECTROPERÚ, EDEGEL, REP, EDELNOR, ETESELVA, ENOSA y ELECTROUCAYALI.
- 1.14. El 18 de abril de 2007, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 832625, ELECTROPERÚ se desiste de la reclamación con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 746945 contra EDEGEL.
- 1.15. El 26 de abril de 2007, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2007-OS/CC-29 (rectificada por Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 006-2007-OS/CC-29), el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc resolvió:
 - a) Declarar fundada la reclamación -Registro N° 741915- presentada por ELECTROPERÚ contra ETESELVA y ordena que se le pague a la reclamante por las cantidades que canceló a ELECTROUCAYALI por las interrupciones por mala calidad del suministro por el primer y segundo semestre de 2004 y por el primer semestre de 2005, respectivamente más intereses compensatorios y moratorios.
 - b) Declarar fundada la reclamación -Registro N° 750068- presentada por ELECTROPERÚ contra ETESELVA y ordena que se le pague a la reclamante por las cantidades que canceló a EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, por las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, ascendentes a S/. 1 411,69, sin IGV y por el segundo semestre de 2004; y S/. 8 843,16, sin IGV, por el segundo semestre de 2005, montos referidos en las facturas Nos. 005-0004954 y 005-0005619, respectivamente, más intereses compensatorios y moratorios.
 - c) Declarar fundada la reclamación -Registro N° 751632- presentada por ELECTROPERÚ contra REP y ordena que se pague a la reclamante por las cantidades que canceló a EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, por las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, ascendentes a S/. 26 055,26 sin IGV, por el segundo semestre de 2005, más intereses compensatorios y moratorios respectivos.
 - d) Aprueba el desistimiento de la pretensión respecto de la reclamación contra EDEGEL -Registro N° 746945-, declarándose concluido el procedimiento.

- e) Rechaza los pedidos de nulidad de la acumulación de las pretensiones de ELECTROPERÚ contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 613-2006-OS/CD.
 - f) Declarar improcedente el pedido de pago de costas y costos de ELECTROPERÚ.
- 1.16. El 25 de mayo de 2017, mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 849411, 849451 y 849219, ETESELVA y REP presentaron Recursos de Apelación contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mencionada anteriormente.
- 1.17. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2007-OS/CC-29, de fecha 28 de mayo de 2007, el Cuerpo Colegiado concedió las apelaciones interpuestas por ETESELVA y REP y dispuso se eleven los actuados al Tribunal de Solución de Controversias.
- 1.18. Mediante Resolución N° 001-2007-TSC/28-2007-TSC-OSINERGMIN, de fecha 25 de junio de 2007, este Tribunal dispuso que se corra traslado de las apelaciones interpuestas por ETESELVA y REP a ELECTROPERÚ, otorgando un plazo de 15 días hábiles para la absolución de la apelación.
- 1.19. Mediante escritos con números de registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 880250, 880260 y 880256, ELECTROPERÚ absuelve el traslado de las apelaciones.
- 1.20. Mediante Resolución N° 002-2007-TSC/28-2007-TSC-OSINERGMIN, de fecha 02 de agosto de 2007, se cita a las partes para la Vista de la Causa para el día 17 de agosto de 2007.
- 1.21. Con fecha 17 de agosto de 2007 se llevó a cabo la Audiencia de Vista de la Causa, con la asistencia de ELECTROPERÚ, ETESELVA y REP, quienes sustentaron sus respectivas posiciones.
- 1.22. Mediante escritos con números de registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 893607, 893542 y 893683, REP, ETESELVA, y ELECTROPERÚ, respectivamente, presentaron sus alegatos.
- 1.23. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN N° 004-2007-TSC/ 28-2007-TSC-OSINERGMIN, de fecha 09 de noviembre de 2007, se resolvió:
- a) Mediante artículo 1° declarar fundadas las apelaciones interpuestas por ETESELVA y REP respecto de los expedientes Nos. 750068 y 751632 y se ordena al COES la determinación de los generadores responsables de las

transgresiones a fin de que asuman el pago de las correspondientes compensaciones.

- b) Mediante artículo 2° declarar infundada la apelación interpuesta por ETESELVA respecto del expediente N° 741915, ratificando lo resuelto en los artículos 2° y 9° de la resolución impugnada.
- 1.24. ELECTROPERÚ interpuso demanda contencioso administrativa a fin que se declare nulo el artículo 1° de la Resolución N° 004-2007-TSC/ 28-2007-TSC-OSINERGMIN, en el extremo que declara fundadas las apelaciones interpuestas por ETESELVA y REP.
- 1.25. Mediante Sentencia N° 15, de fecha 18 de diciembre de 2008, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda presentada por ELECTROPERÚ, por tanto, nula la Resolución N° 004-2007-TSC/ 28-2007-TSC-OSINERGMIN y en consecuencia, fundada la reclamación de ELECTROPERÚ contra ETESELVA y REP e improcedente el pedido de costas y costos.
- 1.26. Mediante Sentencia de fecha 14 de mayo de 2010, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia confirmó la Resolución N° 15 emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- 1.27. Mediante Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundados los recursos de casación interpuestos por OSINERGMIN y por REP contra la Sentencia expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 14 de mayo de 2010.
- 1.28. Mediante las Resoluciones Nos. 23 y 25, de fechas 03 de abril de 2013 y 10 de mayo de 2013, respectivamente, expedidas por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima se ordena dar cumplimiento a lo dispuesto en las Sentencias indicadas en los párrafos precedentes.

2. Argumentos de las partes

2.1. De las partes apelantes

2.1.1. De ETESELVA

Apelación con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 849411 sobre la Reclamación de ELECTROPERÚ -Registro N° 750068-.

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en la resolución emitida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -respecto de la reclamación de ELECTROPERÚ contra ETESELVA por concepto de resarcimiento por compensación por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia pagada a sus clientes EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, correspondiente al segundo semestre de 2004 y al segundo semestre de 2005- y sus alegatos, ETESELVA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.1.1.1. Los argumentos no adecuados sobre los que se sustenta la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29:

ETESELVA señala que lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mediante la expedición de la Resolución materia de impugnación, es producto de una lectura, entendimiento y aplicación no correcta de lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5. del Título Tercero de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante NTCSE y que es claro que el referido acto administrativo se encuentra abiertamente reñido con lo dispuesto en la NTCSE, contraviene el principio de legalidad en materia administrativa, y por tanto, es susceptible de ser declarado nulo, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG.

2.1.1.2. La Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y la racionalidad económica que sustenta la regla de responsabilidad establecida en esa disposición para su aplicación a los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia.

ETESELVA precisa que de conformidad con lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE, para los casos específicos de interrupciones por actuaciones de los relevadores de protección mínima o también conocidas como interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia (que son especies de transferencias de energía en condiciones de mala calidad), las interrupciones referidas son atribuibles exclusivamente a los generadores miembros integrantes del sistema, sin perjuicio de la función del COES, de investigar e identificar de entre éstos (es decir, de entre los generadores), mediante el análisis técnico correspondiente, a aquellos responsables definitivos de dichas interrupciones, y por tanto, obligados a la realización final de las compensaciones debidas. Agrega que corrobora lo manifestado, el texto expreso de la referida disposición.

Añade que a la luz de la lectura de la disposición antes citada, es claro que, si bien

para la generalidad de casos de transferencias de energía en condiciones de mala calidad, la opción normativa ya tomada ha sido facultar al COES para que investigue e identifique, dentro de todo el universo de actores del sistema, a aquellos responsables definitivos de dichas transferencias en condiciones de mala calidad, y por tanto, a aquellos a los que legalmente se les podría exigir la asunción final de las compensaciones a las que hubiere lugar; para el caso específico de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia o de interrupciones por la actuación de los relevadores de mínima frecuencia (como se prefiera), la opción normativa ya elegida ha sido establecer una suerte de atribución o responsabilidad objetiva exclusivamente "en cabeza" de aquellos generadores que, en mérito del análisis técnico a ser realizado por el COES, sean identificados por éste como responsables definitivos de dichas interrupciones, y por tanto, responsables finales del pago de las compensaciones debidas.

ETESELVA argumenta que por tal razón, cualquier imputación de responsabilidad o atribución que se pretendiese hacer a actor del mercado eléctrico nacional distinto a los generadores, en los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, es contraria a lo dispuesto por la Décimo Disposición Final de la NTCSE.

ETESELVA advierte que si bien desde una perspectiva estrictamente teórica-conceptual, se podría sostener la validez de discutir la pertinencia o impertinencia de la referida opción normativa ya tomada con relación a los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, lo que de manera alguna resulta válido es que las entidades de la administración pública -incluyendo aquellas encargadas de resolver controversias como el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, en este caso, sustenten la emisión de los actos administrativos de su competencia, en una opinión particular que podrían tener sobre la referida discusión, máxime si la actuación de éstas se encuentra reglada y ajustada estrictamente a la aplicación de la normativa vigente, lejos de toda elucubración ajena a ésta.

ETESELVA coincide con la opción normativa que en principio se haga responsables -responsabilidad objetiva- de las interrupciones a los generadores y luego, de entre éstos, se determine al responsable, quien deberá asumir las compensaciones definitivamente. Esto porque los generadores, a diferencia de los transmisores, se encuentran en una mejor posición para evitar los riesgos de la ocurrencia de las interrupciones y sus consecuencias.

ETESELVA sostiene además que la aplicación de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE no afecta la cadena de pagos en el mercado eléctrico nacional, dado que las compensaciones debidas son pagadas inmediatamente por los distribuidores a los usuarios finales y éstos son pagados por los generadores con quienes tenga contrato; sin perjuicio, del responsable técnicamente determinado.

Para ETESELVA, la única diferencia, es que en el caso de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia se atribuye la responsabilidad al final únicamente a generadores y en los otros casos de mala calidad de suministro o producto, se puede atribuir a generadores, transmisores o clientes finales.

2.1.1.3. La no adecuada utilización de la Teoría de Interpretación Jurídica.

ETESSELVA señala que de la teoría de la interpretación de las normas que se desprende de la doctrina jurídica desarrollada a lo largo de la historia hasta la fecha, sirve para desentrañar el significado último de las normas cuando "el que quieren decir éstas" o "el sentido de éstas" no queda claro de su lectura inicial. Por ello, sostiene que sólo hay un problema de interpretación jurídica, y por tanto es adecuado el uso de la teoría de la interpretación jurídica referida, en tanto que "el que quiere decir una norma" o "el sentido de ésta" no queda claro de su lectura inicial.

Sostiene que de la lectura inicial de la Décimo Tercera Disposición Final, así como del numeral 3.5. del Título Tercero de la NTSCE, "lo que quieren decir dichas normas" o "el sentido de éstas" es absolutamente claro, y por tanto, de dichas disposiciones no se desprende problema alguno de interpretación.

ETESSELVA señala que no es correcto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc haya hecho uso de la teoría de la interpretación jurídica en este caso, dado que no existe problema de interpretación alguno y que haya sustentado el resultado de su interpretación (y por tanto su resolución) en la aplicación única, exclusiva y preferente de un método de interpretación sistemático que no es evidente, al considerar que existe un problema interpretativo en la aplicación del primer párrafo de la Décimo Tercera Disposición Final, el segundo párrafo de dicha disposición y el numeral 3.5 del Título Tercero de la NTCSE.

Al respecto, ETESSELVA advierte que la teoría de interpretación jurídica engloba varios métodos de interpretación -y no solo el sistemático- para desentrañar el sentido último de las normas. Agrega que estas herramientas son necesarias para una correcta labor interpretativa; sin embargo, su aplicación en la labor de interpretación tiene un orden de prelación.

Además, ETESSELVA señala que al desconocer el método de interpretación jurídica utilizado para motivar la resolución impugnada, considera que se ha utilizado un método antojadizo de interpretación, lo que justifica su interposición del recurso.

ETESSELVA hace referencia a los postulados doctrinarios nacionales e internacionales preponderantes sobre la teoría de interpretación de las normas, destacando que ésta se sirve de diversos métodos de interpretación, entre los cuales destacan, en orden de prelación: (i) el literal (cuya aplicación es preferente a la aplicación de los siguientes métodos, dado que si del resultado de la aplicación de éste desaparece el problema de interpretación, no hay necesidad de recurrir a los demás); (ii) la ratio legis; (iii) el sistemático por comparación; (iv) el sistemático por ubicación; (v) el histórico y (vi) el sociológico.

ETESSELVA reitera que a su entender no era necesario utilizar la teoría de la interpretación jurídica; sin perjuicio de ello, procede a aplicar los métodos interpretativos al caso concreto, para demostrar con ello, lo que a su criterio es, la errada interpretación del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y la utilización por parte de éste de un método de interpretación antojadizo y ajeno a los métodos que sirven a la teoría de interpretación jurídica.

Sostiene además que como resultado de la aplicación de todos los referidos métodos de interpretación jurídica al presente caso, no se desprenderá de manera alguna, a decir de ETESELVA, la posición errada adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con relación a la interpretación y aplicación del primer y segundo párrafo de la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 del Título Tercero de la NTCSE (que supone entender que en los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, los generadores son los que deben pagar las compensaciones y éstas les deben ser devueltas por cualquier actor del mercado eléctrico que el COES defina, incluyendo transmisores), sino más bien, se desprende que de conformidad con lo dispuesto en las referidas normas, ante casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, el COES, mediante el análisis técnico respectivo, debe determinar, dentro de los generadores, a aquellos que de forma definitiva deben asumir dichas interrupciones y por tanto las compensaciones debidas.

El método literal.

ETESELVA señala que el primer método del que se sirve la teoría de interpretación de las normas es el literal, y supone la utilización de las reglas lingüísticas, es decir, las reglas gramaticales y el diccionario. Aplicando este método para la interpretación de la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5. del Título Tercero de la NTCSE, ETESELVA opina que no se puede señalar una cosa distinta a la mencionada en el párrafo precedente.

La Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE señala:

"Décimo Tercera.- Las interrupciones originadas por la actuación de los relevadores de protección de mínima frecuencia, cuyo ajuste ha sido establecido por los Comités de Operación Económica de los Sistemas (COES) son atribuibles al generador. El COES determinará al miembro responsable de estas interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia aplicando lo establecido en el numeral 3.5. de la Norma."

Asimismo, el numeral 3.5. del Título Tercero de la NTCSE señala:

"3.5. En caso de transferencias de energía en condiciones de mala calidad, desde un Comité de Operación Económica del Sistema (COES) o entre integrantes de un COES, este Comité está obligado a investigar e identificar, a través de un análisis estrictamente técnico, a los integrantes del sistema responsables por el incumplimiento con la calidad de producto v suministro; y, en quince (15) días calendario de ocurrido el hecho elevará a la Autoridad el respectivo informe, técnicamente sustentado, para que los integrantes del sistema responsables efectúen las retribuciones respectivas a los Suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus Clientes por faltas ajenas. La Autoridad fiscalizará el fiel cumplimiento de este plazo en función de su competencia, definida en el Título Cuarto de la presente Norma y aplicando otros numerales que crea conveniente. Tratándose de casos en los que: i) El Coordinador de la Operación en Tiempo Real resulte responsable, asume responsabilidad el encargado de dicha función; ii) Sea difícil o imposible identificar a los responsables, todos los miembros del COES asumen responsabilidad solidaria, a excepción de aquellos cuya intervención en la deficiencia sea

manifiestamente imposible. "

De las normas citadas, ETESELVA advierte que mientras que en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE se hace uso del verbo "atribuir" (en sentido pasivo) para señalar a qué sujetos o actores del mercado eléctrico nacional se puede responsabilizar por las interrupciones verificadas y el adverbio "responsable" para efectos de definir la función del COES de determinar precisamente al responsable definitivo de dichas interrupciones y remitir ello al procedimiento respectivo, en el numeral 3.5. del Título Tercero de la Norma Técnica se hace uso del verbo "responsabilizar" para señalar a quienes, dentro del espectro de posibles atribuibles o responsables según la regla general establecida en la Décimo Tercera Disposición Final, puede el COES atribuir definitivamente dichas interrupciones, y por tanto, las compensaciones debidas.

ETESELVA agrega de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, los verbos atribuir y responsabilizar son sinónimos. En efecto, en dicho texto, el significado del verbo responsabilizar es hacer a alguien responsable de algo, o atribuirle algo a alguien; y el significado del verbo atribuir es señalar o asignar algo a alguien.

ETESELVA añade que, mientras la Décimo Tercera Disposición Final establece de manera general a qué actores del mercado eléctrico se les puede responsabilizar o atribuir las interrupciones verificadas (en este caso a los generadores) y especifica la labor del COES, consistente en definir entre dichos generadores al responsable final y definitivo de éstas (enmarcando dicha labor a un procedimiento específico, que sería el numeral 3.5. del Título Tercero de la NTCSE), el numeral 3.5 establece el procedimiento para que el COES determine, dentro del universo posible de personas a quienes se les puede atribuir o responsabilizar por dichas interrupciones (en este caso conformado por generadores), a qué generadores efectivamente se les atribuirá o responsabilizará final y definitivamente por éstas.

Sobre la base de ello, ETESELVA cuestiona la consideración del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y pregunta en qué parte de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE se relaciona el verbo "atribuir" con la idea de pago en primera instancia por parte de los generadores para no alterar la cadena de pagos, y al adverbio "responsable" con la idea de que se ha dispuesto que los generadores que han asumido las compensaciones en primera instancia pueden repetir contra los otros actores distintos a los generadores; y de otro lado,, en qué parte del numeral 3.5 de la NTCSE se ha permitido obviar la regla general de atribución o responsabilidad establecida por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE.

ETESELVA considera que en la medida que del funcionamiento normal del mercado eléctrico nacional, se desprende que ante casos de transferencia de energía en condiciones de mala calidad y ante casos específicos de interrupciones por rechazo por mínima frecuencia, siempre se verificarán pagos por compensaciones de los distribuidores a sus usuarios finales y de los generadores a dichos distribuidores (no obstante la posibilidad o imposibilidad, respectivamente, de que dichos generadores pueden repetir frente a actores del mercado distintos a otros generadores, según el análisis técnico correspondiente); no es correcto entender que es la NTCSE la que, precisamente, ordena los pagos por compensaciones de distribuidores a sus usuarios finales y de los generadores a dichos distribuidores en primera instancia. Ello, ya está establecido por las mismas reglas y condiciones del mercado. Lo único que hace la NTCSE es definir a

quienes, en unos u otros casos, se puede responsabilizar o atribuir final y definitivamente las compensaciones debidas por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia.

ETESSELVA precisa que en todo caso, no puede perderse de vista que la labor de interpretación de las normas no debe llevar a exceder el texto de éstas, ni a interpretarlas según cómo pensamos que debieran estar regulados determinados supuestos de hecho y que la labor de interpretación siempre debe realizarse partiendo de la premisa que las normas expedidas y vigentes que establecen regulaciones particulares conviven armoniosamente, de manera tal que precisamente debe preferirse la interpretación armoniosa, sin agregar ideas o conceptos que cada operador pudiese tener en su propia esfera interna.

Agrega que de darse por correcta la posición adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la resolución impugnada en relación a la lectura, entendimiento y aplicación de la NTCSE vigente (que implicaría que en los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, en los cuales un generador hubiese pagado compensaciones a sus clientes distribuidores en primera instancia, éste debe ser resarcido por el actor del mercado eléctrico que el COES identifique posteriormente, dentro del universo de todos los actores del sistema, a aquel o aquellos responsables finales de dichas interrupciones), la inclusión de la Décimo Tercera Disposición Final en la NTCSE no habría tenido sentido alguno, dado que para la determinación de la responsabilidad final en los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia bajo el mismo razonamiento y aplicación de la NTCSE realizada por Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, hubiese bastado atender a lo dispuesto por el numeral 3.5 de ésta, máxime si las interrupciones por rechazo por mínima frecuencia son una especie o clase de transferencias de energía en condiciones de mala calidad.

ETESSELVA manifiesta que la interpretación y aplicación de la NTCSE realizada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, implicaría una convivencia tan poco armoniosa entre las disposiciones comprendidas en la referida norma, que inclusive, sostendría implícitamente que la Décimo Tercera Disposición Final no establece nada distinto a lo dispuesto por el numeral 3.5, y por tanto, no tendría ningún objeto su existencia. Lo cual no es admisible para la apelante, por cuanto sostiene que ninguna interpretación legal válida puede vaciar de contenido y objeto a una disposición normativa que es interpretada.

El método de la ratio legis.

ETESSELVA señala que el método de la ratio legis es un método de interpretación que busca la razón intrínseca a las normas, es decir, la razón de ser de éstas, en base a lo connotado o lo que fluye de éstas.

Según ETESSELVA, lo que se entiende tanto de la Décimo Tercera Disposición Final como del numeral 3.5, la regla general preferida para los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, es el establecimiento de una suerte de responsabilidad objetiva exclusivamente en "cabeza" de los generadores, y como desarrollo de ésta, un procedimiento específico para la determinación de qué generadores deben finalmente asumir de forma definitiva el

pago de las compensaciones respectivas. Señala además que a la luz de las consideraciones fácticas y técnicas que caracterizan al mercado eléctrico nacional, no habría razón alguna para pensar de forma distinta.

A decir de ETESELVA, la opción normativa adoptada por la NTCSE en relación a los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia encuentra perfecto asidero en las siguientes consideraciones: (i) a diferencia de los transmisores que son elementos pasivos en el sistema y no cuentan con elementos para el control de la frecuencia en éste, los generadores sí son elementos activos en el sistema y cuentan con elementos o mecanismos de control de la frecuencia (cuentan, por ejemplo, con máquinas para otorgar reserva rotante, decidiendo el nivel de riesgo y beneficios económicos inherentes); y (ii) a diferencia de los transmisores (actores pasivos de un servicio bajo la regla "open access" y tarifas reguladas), los generadores tienen una relación directa con sus clientes y conocen que las interrupciones por rechazo de mínima frecuencia son situaciones que normalmente se verifican en nuestro mercado, pudiendo por tanto éstos establecer en sus relaciones comerciales con sus clientes (entre ventas reguladas a distribuidoras, ventas a clientes libres a tarifas no reguladas, ventas spot con altos costos de oportunidad, entre otras), políticas y prácticas que les permitan trasladar los costos de los riesgos de interrupción por rechazos de cargas por mínima frecuencia a sus clientes (constituidos por distribuidores y/o grandes sectores industriales).

El método el sistemático por comparación.

ETESSELVA sostiene que este método supone atribuir a una norma determinada los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ésta. En esa línea conceptual, y atendiendo a que el primer párrafo de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE, ETESELVA advierte que es claro al señalar la posibilidad de atribuir o responsabilizar exclusivamente a los generadores por las interrupciones por rechazos de carga por mínima frecuencia; de conformidad con el método sistemático por comparación, y considera que debe utilizarse este concepto, regla o principio general establecido en el primer párrafo de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE para el caso de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, para interpretar correctamente lo señalado tanto en el segundo párrafo de dicha disposición como en el numeral 3.5 del Título Tercero de la NTCSE.

En ese sentido ETESELVA argumenta que en la medida que, no obstante que para los casos generales de transferencias de energía en condiciones de mala calidad, el numeral 3.5 dispone la posibilidad de responsabilizar finalmente por dichas transferencias a actores del mercado dentro del universo de éstos (incluidos transmisores), para los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, la Décimo Tercera Disposición Final ha establecido una regla general de imputación final de responsabilidad objetiva exclusivamente en "cabeza" de los generadores; por tanto, debe interpretarse lo dispuesto por el numeral 3.5 antes referido, precisamente en función de la regla general contenida en la Décimo Tercera Disposición Final aludida.

El método de interpretación sistemático por ubicación.

ETESSELVA dice que este método supone tomar en cuenta el conjunto, subconjunto y grupo normativo en el cual se ha incorporado una disposición normativa determinada, lo cual implica la labor de esclarecimiento del sentido de ésta en mérito de los elementos conceptuales propios de su estructura normativa.

ETESSELVA plantea que si se analiza el conjunto, subconjunto y grupo normativo en el cual se han incorporado tanto las reglas de determinación de responsabilidad en relación a las compensaciones para los casos generales de transferencia de energía en condiciones de mala calidad, así como para los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, precisamente se advierte lo contrario a lo sostenido por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

Argumenta que si se toma en consideración que: (i) la regulación general para la determinación de responsabilidad final por transferencias de energía en condiciones de mala calidad se encuentra en la parte dispositiva general de dicho cuerpo normativo (Título Tercero de la NTCSE), y que la regulación especial para la determinación de responsabilidad final por rechazo de carga por mínima frecuencia se encuentra en la parte final (Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE); y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobada por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, en la parte dispositiva de un cuerpo normativo se establecen las disposiciones sustantivas y procedimentales generales, mientras que en la parte final se establecen los regímenes especiales y/o excepciones a las disposiciones sustantivas y procedimentales contenidas en la parte dispositiva respectiva, entre otras; es absolutamente claro que lo que se ha pretendido con la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE es establecer una fórmula de determinación de responsabilidad de compensaciones especial para el caso de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, distinta a la contemplada para los demás casos de transferencias de energía en condiciones de mala calidad contemplada en el numeral 3.5 del Título Tercero de dicha norma.

El método histórico.

ETESSELVA señala que el método histórico supone atender a los contenidos de los antecedentes jurídicos directamente relacionados con una norma determinada. En tal sentido, considera pertinente revisar el Decreto Supremo N° 040-2001-EM, así como su respectiva Exposición de Motivos, dado que precisamente ha sido dicha norma la que ha modificado la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 del Título Tercero del Decreto Supremo N° 020-97-EM, disposiciones que actualmente se encuentran vigentes y cuya incorrecta aplicación ha sustentado la resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

ETESSELVA manifiesta que el cambio normativo que el Decreto Supremo N° 040-2001-EM realizó al Decreto Supremo N° 020-97-EM, fue expresamente hecho, entre otras razones, en mérito de los problemas interpretativos verificados en relación a la aplicación de esta última norma.

Al respecto, ETESSELVA considera que debe observarse que, antes de la aprobación del Decreto Supremo N° 040-2001-EM, si bien la Décimo Tercera

Disposición Final del Decreto Supremo N° 020-97-EM señalaba ya que las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia eran atribuibles o de responsabilidad exclusiva de los generadores, no decía nada respecto del procedimiento de imputación de responsabilidad final y definitiva, ya en ese entonces regulado por el numeral 3.5 para los casos de transferencias de energía en condiciones de mala calidad en general.

Señala que al agregarse a la Décimo Tercera Disposición Final aquel segundo párrafo (que establece el seguimiento de lo dispuesto por el numeral 3.5. para que el COES determine e identifique a los responsables finales y definitivos de las correspondientes interrupciones), lejos de regularse la posibilidad que el COES determine e identifique a dichos responsables finales dentro de todos los actores del sistema, incluidos los transmisores, para los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia lo único que hizo fue precisar el procedimiento para que precisamente el COES, en aquellos casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, determine e identifique dentro del universo de generadores, en mérito del análisis técnico respectivo, cuáles serían final y definitivamente responsabilizados para la realización de las compensaciones debidas.

El método sociológico.

ETESLAV dice que el método sociológico supone la búsqueda del esclarecimiento de la norma a la luz de su adaptabilidad a la realidad social, es decir, en mérito de una apreciación de dicha norma que promueva una perfecta adecuación entre el Derecho y la sociedad. ETESLVA señala que en aplicación de este método, también la opción normativa tomada por la NTCSE en relación a los casos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, es contraria a la interpretación realizada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc al considerar que: (i) la interpretación válida de la Décimo Tercera Disposición Final, así como del numeral 3.5. del Título Tercero de la NTCSE es aquella que supone la promoción de una perfecta adecuación entre el Derecho y la sociedad; y (ii) entender que es mejor el establecimiento de una suerte de regla de responsabilidad objetiva "en cabeza" de los generadores del sistema (en casos de interrupciones por rechazo de cargas por mínima frecuencia), y que se determine dentro de éstos a aquellos que, como responsables finales y definitivos, deben pagar las compensaciones debidas, precisamente tiene una relación directa con la realidad fáctica y técnica de ese grupo social conformado por los actores del mercado eléctrico peruano, máxime si en dicho mercado, los generadores, a diferencia de los transmisores, se encuentran en mejor posición de evitar los riesgos de la ocurrencia de dichas interrupciones, ya sea a través del control de éstas, o a través de la "internalización" de éstos en los contratos de suministro que celebra con sus clientes.

2.1.1.4. Sobre la nulidad de la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29

ETESLVA sostiene que la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29 contraviene abiertamente lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y de esa manera, se encuentra reñida con el principio de legalidad de los actos administrativos e incurre por tanto en causal de nulidad manifiesta.

i. El principio de legalidad como requisito de validez esencial de los actos administrativos.

ETESSELVA señala que en todo estado de derecho la actuación de la administración pública se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y específicamente, al principio de legalidad. Este principio recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, señala lo siguiente:

"TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. "

Agrega que en virtud del principio de legalidad, todos y cada uno de los actos que la administración pública realiza así como las decisiones que adopta, deben respetar y observar de forma estricta la Constitución, las leyes y las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico. En tal sentido, precisa que las entidades que conforman la administración pública deben guardar estricta observancia del principio de legalidad, por cuanto *"está a la base de toda actuación de la administración pública y es una de las conquistas más firmes del estado de derecho moderno. La administración pública debe actuar siempre sometida a la ley pues es en sí misma una organización al servicio de la voluntad del pueblo que se expresa a través de la ley."*¹

Asimismo, añade que debido a la importancia otorgada al principio de legalidad es que su observancia resulta ser condición esencial para la validez de un acto administrativo, tal como se dispone en el artículo 8° de la Ley N° 27444, que señala:

"Artículo 8°.- Validez del acto administrativo.- Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico. "

ETESSELVA sostiene que la doctrina no ha dudado en señalar que *"para que un acto administrativo sea legal debe apreciarse si guarda una relación de conformidad con las normas imperativas o taxativas que le sirvan de referente, y, en caso de tratarse de la ejecución de normas facultativas o discrecionales, el acto administrativo deberá responder a la relación de no contrariedad"*.²

¹ROJAS LEO, Juan Francisco. "¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú?" En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444. DANOS ORDOÑEZ, Jorge; VIDAL PERDOMO, Jaime; ROJAS LEO, Juan Francisco; ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy; PEREIRA CHUMBE, Roberto; MARTIN TIRADO, Richard; MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ara Editores. Lima: 2001, página 123.

²MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Editorial Gaceta Jurídica. Reimpresión de la Primera Edición. Lima: 2002, página 27.

A decir de ETSELVA, para que un acto administrativo pueda ser considerado como legalmente válido, no deberá contravenir ninguna norma jurídica o principio que integre el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario incurriría en una causal de nulidad insubsanable, conforme lo establece el artículo 10° de la Ley N° 27444, que a la letra señala:

"Artículo 10°.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (. ..)".

ii. La regla de responsabilidad objetiva contenida en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE como regla general.

ETSELVA manifiesta que de conformidad con lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y acorde con una correcta interpretación de ésta a la luz de los métodos que informan la teoría de la interpretación de normas, las interrupciones que se producen en el sistema como consecuencia de la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia o por rechazo de carga por mínima frecuencia son atribuibles o de responsabilidad exclusiva de los generadores.

Agrega que los generadores son los únicos a quienes se les puede responsabilizar o atribuir éstas, y la responsabilidad o atribución establecida en dicha norma constituye una suerte de responsabilidad objetiva. En tal sentido, bastaría que se produzca una interrupción en el sistema por las razones reguladas por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE para que, conforme con lo dispuesto por el numeral 3.5., se deba determinar, sólo y exclusivamente dentro del universo de generadores, al generador o generadores que finalmente y de forma definitiva serán señalados como responsables de dichas interrupciones, y por tanto, del pago de las compensaciones debidas.

iii. La evidente nulidad de la resolución impugnada por contravenir la regla de responsabilidad objetiva contenida en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE.

ETSELVA es una empresa que se dedica a la transmisión de energía eléctrica, se encarga de transportar la energía desde los lugares en que ésta se produce hasta los consumidores finales en ciudades y centros poblados.

Manifiesta que para efectuar sus operaciones, utiliza su red de transmisión, mediante la cual se enlazan las centrales de generación de energía eléctrica con los puntos de utilización de ésta. Esta red de transmisión se encuentra conformada por líneas de transporte que se encuentran interconectadas entre sí mediante estructuras de forma malladas.

Añade que las líneas de transporte de energía eléctrica o líneas de alta tensión que utiliza son los medios físicos en virtud de los cuales se realiza la transmisión de la energía eléctrica a grandes distancias y en tanto, los cables sirven como elemento conductor, las torres sirven como elementos de soporte.

ETESSELVA, sostiene que como transmisor, es un agente pasivo en el sistema eléctrico nacional que, a diferencia de los generadores, carece de un control real de la frecuencia en el sistema referido. Precisa que en tanto, las actividades realizadas por los transmisores se circunscriben únicamente al transporte de electricidad entre puntos muy alejados, su función en el sistema es netamente neutral. Por tan razón, no hubiese sido coherente que el ordenamiento legal hubiese establecido responsabilidad o atribución de los transmisores por las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia.

ETESSELVA argumenta, en virtud de lo anteriormente señalado, que: (i) La Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE establece que las interrupciones que se producen en el sistema como consecuencia de la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia, son atribuibles o de responsabilidad exclusiva de los generadores, no obstante que corresponde al COES la determinación e identificación precisa de qué generadores deben, final y definitivamente, asumir el pago de las compensaciones debidas; (ii) El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha considerado la regla de responsabilidad o de atribución general objetiva, y por el contrario, ha realizado una errada interpretación de ésta para determinar inadecuadamente, la posibilidad de atribución de responsabilidad en "cabeza" de transmisores como ETESSELVA; (iii) se ha verificado que mediante la Resolución impugnada se ha violado el principio de legalidad a través de la falta de observación de lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y (iv) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG, la contravención a las leyes es causal de nulidad de los actos administrativos; por tanto, la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29 es un acto administrativo que se encuentra viciado por haber sido afectado en su validez, y por tanto, debe ser declarado nulo.

2.1.1.5. Sobre la exclusiva competencia del OSINERGMIN para resolver la presente controversia.

Respecto del argumento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de que ETESSELVA, no hizo uso del procedimiento que establece el artículo 86° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, a fin de cuestionar el análisis técnico practicado por el COES -en mérito del cual, se señaló a ETESSELVA como responsable de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia correspondientes al segundo semestre del año 2004 y al segundo semestre del año 2005-, ETESSELVA precisa que el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias (Cuerpos Colegiados y Tribunal) es la entidad con competencia para pronunciarse sobre cualquier controversia que pudiera surgir entre los actores del mercado eléctrico en materia de determinación de las responsabilidades y compensaciones por interrupciones verificadas en el sistema por rechazo de carga por mínima frecuencia (como la que efectivamente es materia del presente procedimiento), en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 0826-2002-OS-CD y normas modificatorias.

A decir de ETESSELVA, de considerarse que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 86° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, es el COES y no

el OSINERGMIN el que tiene la competencia para resolver controversias sobre la determinación de las responsabilidades y compensaciones por las interrupciones verificadas en el sistema por rechazo de carga por mínima frecuencia, la competencia del Cuerpo Colegiado para ello estaría negada, y por tanto, la resolución impugnada adolecería de un vicio de nulidad insubsanable por razón de falta de competencia de la entidad emisora de dicho acto administrativo.

2.1.1.6. Sobre la indebida acumulación de controversias y la incompetencia del Consejo Directivo para haberlo realizado.

ETESSELVA señala que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 613-2006-OS/CD se designó al Cuerpo Colegiado que resolvería la presente controversia en primera instancia y se acumuló las controversias presentadas por ELECTROPERÚ con los Registros N° 741915, 746945, 750068 y 751632.

ETESSELVA añade que: (i) de conformidad con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la LPAG, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, así como el defecto o la omisión de los requisitos de validez, son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho; (ii) de conformidad con lo dispuesto por los numerales 1 y 4 del artículo 3° de la LPAG, tanto la competencia como la motivación (conforme al ordenamiento jurídico), respectivamente, son requisitos de validez del acto administrativo; (iii) la Resolución N° 613-2006-OS/CD acumuló controversias en contravención a lo dispuesto por el Código Procesal Civil y esa acumulación fue hecha por órgano incompetente, máxime si se considera que de la lectura del artículo 52° del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, no se advierte la competencia del Consejo Directivo para realizar tal función; (iv) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 202° de la LPAG, en cualquiera de los casos previstos en el artículo 10° de la referida norma procedimental, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos aún cuando hubieren quedado firmes, siempre que agraven al interés público; y (v) el respeto de las normas de orden público es de interés público, y por tanto, el irrespeto de éstas comporta automáticamente un agravio al interés público; corresponde que, por tales razones, de oficio, el OSINERGMIN, a través de las instancias correspondientes, declare la nulidad de la referida resolución.

2.1.1.7. Suspensión de la ejecución.

ETESSELVA señala que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216° de la LPAG, solicita la suspensión de la ejecución de la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29 durante el trámite del presente recurso impugnativo, toda vez que ésta contiene un claro vicio de nulidad trascendente, y en tanto que la dación de la suspensión solicitada, muy lejos de implicar un perjuicio al interés público y/o a terceros, implicaría, por el contrario, salvaguardar la correcta aplicación de normas de orden público (la NTCSE) lo cual evidentemente importa directamente al interés público, y prevería el eminente perjuicio que la ejecución de la resolución impugnada podría causar en el flujo normal de dinero de la empresa y por tanto en su negocio regular, habida cuenta del ilegal mandato de devolución de dinero a favor de ELECTROPERÚ que dicho acto administrativo impugnado supone.

2.1.2. De REP

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en la resolución emitida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -respecto de la reclamación de ELECTROPERÚ contra REP por concepto de resarcimiento por compensación por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia pagada a sus clientes EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA, correspondiente al segundo semestre de 2005 y sus alegatos, REP sustenta su posición en los mismos argumentos que ETESELVA en su apelación con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 849411, razón por la cual nos eximimos de exponerlo y nos remitimos a lo expuesto en el numeral 2.1.1. de la presente resolución. Cabe precisar que REP solicita también la suspensión de la ejecución de la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29 durante el trámite del presente recurso impugnativo, bajo los mismos argumentos que ETESELVA.

2.2. De la parte apelada

De ELECTROPERÚ

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de absolución de las apelaciones interpuestas por ETESELVA y REP, en la Audiencia de Vista de la Causa y alegatos, ELECTROPERÚ sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

ELECTROPERÚ sostiene que la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE leída de forma conjunta dispone que los generadores son agentes de atribución de responsabilidad por las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, lo cual sólo se da para compensar a los clientes finales por dichas interrupciones hasta que el COES establezca quién fue el agente que causó las interrupciones, debiendo seguir para ello lo dispuesto en el numeral 3.5 de la NTCSE.

Agrega que en tal sentido, el numeral 3.5 de la NTCSE dispone que el COES tiene la obligación de investigar e identificar al responsable de atentar contra la calidad del producto y el suministro, para ello deberá realizar un análisis enteramente técnico; y que, la búsqueda del responsable debe hacerse tomando en cuenta a los integrantes del sistema.

ELECTROPERÚ dice que los integrantes del sistema son todos los que conforman, es decir, generadores, transmisores y distribuidores y que tal como puede observarse la norma no efectúa ninguna distinción entre los integrantes y no menciona en ningún momento que la búsqueda de la responsabilidad deba ser sólo entre generadores, tal como interpretan forzosamente ETESELVA y REP en su apelación. Precisa que es falso que la imputación de responsabilidad por las interrupciones de rechazo por mínima frecuencia deba hacerse sólo en "*cabeza de los generadores*".

ELECTROPERÚ argumenta que es contrario a la finalidad de la norma pretender hacer responsables a los generadores de actos que éstos no

cometieron, por el solo hecho de considerar que estos se encuentran en una *"mejor posición frente a los transmisores"*, tal como lo señalan las apelantes; siendo una excusa para no asumir sus deficiencias dentro del sistema.

Para ELECTROPERÚ, la internalización de los riesgos a la que hacen referencia las apelantes, es una situación que debe ser asumida por cada agente que forma parte del sistema de acuerdo con la función que haya decidido cumplir dentro de ésta. A decir de ELECTROPERÚ, pretender que otros asuman las responsabilidades de los riesgos ajenos, es contrario a la finalidad de la norma porque ello equivaldría a justificar que un actor ineficiente en el sistema eléctrico, por ser tal pueda equivocarse una y otra vez, evadiendo con ello el cumplimiento objetivo de sus obligaciones.

ELECTROPERÚ precisa que es contrario a la norma y al propio sentido común querer hacer responsable del incumplimiento de obligaciones a un sujeto distinto del que cometió el hecho doloso o culposo, tal como lo pretenden las apelantes al señalar que los generadores por tener *"mejor posición"* son quienes deben asumir la responsabilidad de las interrupciones por rechazo de carga de mínima frecuencia.

Sobre los métodos interpretativos mencionados por ETESELVA y REP, ELECTROPERÚ dice que resulta ocioso volver a revisar cada uno de ellos, puesto que el análisis que realizan es tendenciosamente forzado, obviando que el derecho busca a través de estos métodos que se cumpla lo que disponen las norma legales, en el caso materia de autos, que aquel que resulte responsable por las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia cumpla con el pago del resarcimiento de acuerdo con lo señalado por la NTCSE.

Para ELECTROPERÚ, la Resolución materia de impugnación no viola el principio de legalidad porque lo resuelto no atenta contra lo que dispone la NTCSE, sino que por el contrario ha sido emitida tomando en cuenta lo que ésta dispone para el caso de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia.

ELECTROPERÚ señala que el Cuerpo Colegiado en ningún momento cuestiona su competencia para resolver la controversia planteada por ELECTROPERÚ, sino que más bien lo que señala es que el Informe Técnico mediante el cual se le imputa a las apelantes, la responsabilidad por las interrupciones por rechazo de carga de mínima frecuencia, debió ser cuestionado ante los órganos competentes dentro del COES. Añade que no se discute la responsabilidad, sino que REP y ETESELVA cumplan con asumir el pago del resarcimiento que les corresponde como responsables asignados por el COES, razón por la que no cabe pretender cuestionar la validez de la

Resolución materia de cuestionamiento ni la competencia del Cuerpo Colegiado para emitir dicha Resolución.

Para ELECTROPERÚ, la posición de las apelantes es muy peligroso para el sistema, por cuanto pone en riesgo el buen funcionamiento de éste, lo cual puede afectar gravemente la provisión del servicio público de electricidad que se brinda a la población, porque la finalidad del servicio público es la continuidad, si se carece de ello deja de existir el servicio público.

Sobre el pedido de suspensión de los efectos de la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29, ELECTROPERÚ señala que ésta ha sido emitida de acuerdo a derecho.

3. Análisis del Tribunal de Solución de Controversias:

3.1. Sobre lo que ordena el Poder Judicial.

Es preciso señalar que a través de la Resolución N° 15 de la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo y confirmada mediante Resolución s/n de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema³, se declara fundada la demanda interpuesta por ELECTROPERÚ mediante la cual solicita la nulidad del artículo 1° de la Resolución N° 004-2007-TSC/28-2007-TSC-OSINERGMIN y en consecuencia, fundadas las reclamaciones de ELECTROPERÚ contra ETESELVA -Registro N° 750068- y REP -Registro N° 751632-.

Por lo tanto, este Tribunal en estricto cumplimiento de lo ordenado por el Poder Judicial, emite nuevo pronunciamiento sobre los recursos de apelación interpuestos por ETESELVA y REP contra la Resolución N° 005-2007-OS/CC-29 por las reclamaciones con Registros Nos. 750068 y 751632, respectivamente; que fueron resueltos anteriormente por el artículo 1° de la Resolución N° 004-2007-TSC/28-2007-TSC-OSINERGMIN, subsistiendo todos los demás artículos de dicha resolución.

3.2. Aplicación de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y la supuesta utilización no adecuada de la Teoría de Interpretación Jurídica

Las apelantes, ETESELVA y REP cuestionan que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc haya aplicado la teoría de la interpretación jurídica -método de interpretación sistemática- dado que no existen problemas de interpretación por cuanto de la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 de la NTCSE, “el que quieren decir dichas normas” o “el sentido de éstas” es claro; además señalan que el juzgador de primera instancia no precisa qué método ha utilizado.

Al respecto, es conveniente mencionar que José Villar Palasi⁴ señala que *“todas las pretensiones de jerarquizar los instrumentos y subinstrumentos interpretativos han*

³ La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declara infundados los recursos de casación interpuestos por OSINERGMIN y por REP, contra la Sentencia expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

⁴ Citado por Marcial Rubio Correa. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2006. Página 249.

resultado, a lo largo de dos mil años, fallidas, con lo que parece existir una aporía en tal jerarquización (...).”

A su vez, Marcial Rubio señala que *“el buen intérprete es el que utiliza todos los métodos que cabe utilizar y elige como interpretación válida aquella en la que confluyen todos o la mayoría de los métodos aplicados. Desde luego, si bien el trabajo de interpretación comienza con el método literal, no hay una prelación de importancia entre los métodos y este orden será organizado por el intérprete, en general o en relación al caso de interpretación específico”*⁵.

De la doctrina precitada, se colige que no existe una determinada preferencia en el uso de los métodos en desmedro de los otros, por tanto a los resultados obtenidos por la aplicación de cualquiera de estos métodos, se le atribuye igual valor.

La cuestión controvertida en este procedimiento es dilucidar si la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE atribuye responsabilidad de pago por las compensaciones efectuadas por interrupciones por mínima frecuencia no sólo a los generadores, sino a los demás actores del negocio eléctrico. Para tal efecto es necesario realizar un análisis minucioso del contenido, espíritu y consecuencias de la aplicación de la referida disposición.

3.2.1. El método de interpretación histórico.

Marcial Rubio dice que en aplicación del método histórico, la interpretación *“...se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate, y se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido.”*⁶

Este método de interpretación tiene por objeto descubrir qué quiso decir o hacer el legislador, esto es, descubrir su voluntad concreta y, a través de ella, encontrar el significado de la norma.

En tal sentido, el mismo autor mencionado anteriormente agrega que las normas en las que el legislador declara haberse inspirado pueden ayudar, por la vía de la comparación y el cotejo, a determinar la intención que éste tuvo y que, también deben considerarse como antecedentes importantes las propias normas que se modificaron o derogaron, a fin de ayudar a comprender lo que se quiso decir o hacer en la nueva legislación.⁷

Por tanto, para determinar la verdadera intención del legislador y poder realizar una interpretación histórica de la norma, habrá que recurrir a las llamadas fuentes de la intención.

Una fuente es el sentido de los cambios o derogaciones de normas anteriores. Así, la eliminación de una palabra, su sustitución por otra, la adición de párrafos, o incluso la eliminación de un artículo, permitirán presumir o inferir cuál fue la intención legislativa.

⁵ IBIDEM. Página 277.

⁶IBIDEM. Página 272.

⁷IBIDEM, página 274.

Las fuentes indirectas, como es el caso de los cambios o derogaciones, no contienen la intención expresa del legislador; sin embargo, permiten deducirla por medio de una operación o razonamiento lógicos, como puede ser a través del cotejo o comparación de los textos legislativos.

En este sentido, cuando la intención del legislador queda puesta de manifiesto (directa o indirectamente) por actos recientes, como puede ser, la última modificación de la norma, la fuerza interpretativa de ese acto es de hecho mayor que la de un acto más antiguo. Esto se entiende porque un cambio reciente refleja una voluntad más actual y por ello tiene históricamente más valor, sobre todo a la luz de métodos de interpretación que lo complementen, como el sistemático, lógico (ratio legis) y el literal. El derecho es un sistema dinámico que se interrelaciona con la realidad y, por tanto, toda interpretación debe observar y respetar este carácter evolutivo.

Sin duda debe considerarse como un criterio válido, pero cualquier conclusión debe contrastarse con los resultados que se obtengan de otros métodos de interpretación, lo que se verificará más adelante.

De un análisis cronológico, vemos que el artículo 8º del Decreto Supremo N° 009-99-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 11 de abril de 1999, incluyó la Décimo Tercera Disposición Final en la NTCSE⁸, con el siguiente texto:

"Las interrupciones originadas por la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia, cuyo ajuste ha sido establecido por el coordinador de la operación en tiempo real del sistema, son atribuibles a la generación."

El mencionado texto fue modificado posteriormente por el artículo 3º del Decreto Supremo N° 040-2001-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 17 de julio del 2001, según el siguiente tenor:

"Décimo Tercera.- Las interrupciones originadas por la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia, cuyo ajuste ha sido establecido por los Comités de Operación Económica de los Sistemas (COES) son atribuibles al generador."

El COES determinará al miembro responsable de estas interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, aplicando lo establecido en el numeral 3.5 de la Norma."⁹

⁸ La NTCSE fue aprobada por D. S. N° 020-97-EM, publicada el 11 de octubre de 1997.

⁹ Numeral 3.5. de la NTCSE, texto modificado por el artículo 1º del Decreto Supremo N° 040-2001-EM publicado en el diario oficial "El Peruano" el 17-07-2001, cuyo texto es el siguiente:

"3.5 En caso de transferencias de energía en condiciones de mala calidad, desde un Comité de Operación Económica del Sistema (COES) o entre integrantes de COES, este Comité está obligado a investigar e identificar, a través de un análisis estrictamente técnico a los miembros responsables por el incumplimiento la calidad de producto y suministro; y, en quince días calendario de ocurrido el hecho elevará a la Autoridad el respectivo informe, técnicamente sustentado para que los miembros responsables efectúen las retribuciones respectivas a los Suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a Clientes por faltas ajenas. La Autoridad fiscalizará el fiel cumplimiento de este plazo en función de su competencia, definida en el Título Cuarto de la presente norma y aplicando otros numerales que crea conveniente. Tratándose de casos en los que: i) El Coordinador de la Operación en Tiempo Real del Sistema resulte responsable, asume responsabilidad el encargado de la función; ii) Sea difícil o imposible identificar a los responsables, todos los miembros del COES asumen responsabilidad solidaria, a excepción de aquellos cuya intervención en la deficiencia sea manifiestamente imposible".

Teniendo en cuenta que la primera parte de la Décimo Tercera Disposición Final se conservó invariable, corresponde analizar los alcances de la parte que fue incluida.

El nuevo párrafo de la Décimo Tercera Disposición Final, no hace más que ampliar el alcance de su redacción original, es decir, comprender en esta responsabilidad a cualquiera de los integrantes del COES, que sean identificados después de un análisis estrictamente técnico.

Si la intención hubiera sido mantener el criterio de atribuir solamente al generador las interrupciones originadas por la actuación de relevadores de protección por mínima frecuencia, no hubiera existido ninguna motivación ni justificación válida para haber agregado el texto indicado, considerando que lo establecido en el numeral 3.5 de la NTCSE, se encontraba y se encuentra vigente para su debida y correcta aplicación.

Del estudio realizado ha quedado claro que la intención del legislador fue atribuir la referida responsabilidad a todos los actores del sistema y no exclusivamente a los generadores.

Reitera lo expuesto, la aprobación del Decreto Supremo N° 002-2008-EM, que precisa lo dispuesto, sin modificar el espíritu de la norma.

Si bien es cierto, este decreto supremo no es aplicable a los casos concretos –segundo semestre 2004 y segundo semestre de 2005- por haberse aprobado con posterioridad a los hechos materia de análisis, puede coadyuvar, de conformidad con este método y como lo hemos señalado en párrafos precedentes, a determinar la intención del legislador al introducir variaciones en la redacción de la norma analizada. Un cambio reciente refleja una voluntad más actual del legislador y por tanto, tiene históricamente más valor, teniendo en cuenta que el derecho es un sistema dinámico que se interrelaciona con la realidad y, por tanto, toda interpretación debe observar y respetar este carácter evolutivo, a dar mayor consistencia a los fundamentos expuestos.

Así, el nuevo tenor de la Tercera Disposición Final de la NTCSE, aprobado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2008-EM, señala:

“Para todos los efectos, constituyen interrupciones de rechazo de carga las interrupciones originadas por:

- a) El rechazo automático de carga por acción de protecciones de mínima frecuencia y/o mínima tensión cuyos ajustes fueron establecidos por el COES; y,*
- b) El rechazo de carga manual por disposición del Coordinador de la Operación en Tiempo Real del Sistema, en cumplimiento de la Norma Técnica de Operación en Tiempo Real de los Sistemas Interconectados, aprobada por Resolución Directoral N° 049-99-EM/DGE o aquella que lo sustituya.*

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

Las interrupciones por rechazo de carga están sujetas, sin excepción ni diferencia, al correspondiente procedimiento de conteo y compensación contemplado en el numeral 6.1.8”

En el nuevo texto de esta disposición final apreciamos que su interpretación para una correcta aplicación, es más precisa, puntual y concreta que el texto anterior.

Por lo expuesto, se colige que la modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 002-2008-EM, amplía, precisa y no modifica, el criterio respecto de las interrupciones originadas por el rechazo automático de carga por acción de protecciones de mínima frecuencia y/o mínima tensión, y en el cual, como ya se encontraba establecido, podían estar comprendidos cualquiera de los agentes del COES, no necesariamente los generadores; lo cual no hace más que consolidar los sustentos y fundamentos expuestos por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, ratificados en los párrafos precedentes por este Tribunal.

3.2.2. Los métodos de interpretación literal y sistemático.

Sin perjuicio del análisis que se ha hecho del método de interpretación histórico, es preciso analizar otras alternativas de interpretación, que lo complementen.

Tal como lo señalan ETESELVA y REP, el método de interpretación literal consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas, es decir, se trabaja con el diccionario y la gramática.

Sin perjuicio de ello, es preciso, acorde con lo que señala Marcial Rubio¹⁰ respecto de este método que *“suele actuar, implícita o explícitamente, ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada. Por tanto, su utilización preponderante es discutible...”*.

Según el método sistemático por ubicación de la norma, de acuerdo con lo manifestado por Marcial Rubio, la interpretación debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto, sub conjunto, grupo normativo y otros, en el cual se encuentra incorporada la norma, a fin de que su “qué quiere decir” sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa¹¹.

Al respecto, como señalan ETESELVA y REP, de acuerdo con lo que establece el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobada por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, publicada el 04 de marzo de 2006 -norma posterior a la aprobación de la NTCSE-, en la parte dispositiva de una norma -el numeral 3.5. de la NTCSE se encuentra ubicada en esta parte-, se establecen normas de carácter sustantivo y procedimental, mientras que en la parte final se establecen los regímenes especiales o excepciones a la aplicación de la norma o de alguno de sus preceptos, cuando no sea adecuado o posible regular estos aspectos en el articulado. Esta disposición final fue incluida en la NTCSE en el año 1999, dos años después de la aprobación de la norma técnica y podía entenderse que originariamente como excepción al establecer responsabilidad por las interrupciones originadas por la actuación de los

¹⁰ IBIDEM. Página 265.

¹¹ IBIDEM. Página 270.

relevadores de protección por mínima frecuencia en los generadores, norma que posteriormente fue modificada, introduciéndose nuevos presupuestos, tal como ya lo señaláramos al aplicar el método histórico y finalmente hoy podemos observar (reiteramos que el texto actualmente vigente no es aplicable al caso concreto, pero sirve para ilustrarnos en este análisis) que se aplica para rechazos de carga por mínima tensión y/o mínima frecuencia y sigue ubicándose en la parte correspondiente a “disposiciones finales”, con lo cual la tesis de ETESELVA y REP respecto de que constituye una excepción distinta a las interrupciones por mala calidad en general queda desvirtuada por sí misma.

Sin embargo, no debe perderse de vista que las normas no deben ser interpretadas aisladamente, sino en su conjunto -teniendo en cuenta el objetivo de éstas, en el caso de la norma de calidad es establecer los niveles mínimos de calidad y las responsabilidades de los actores a fin de garantizar un suministro eléctrico, continuo, adecuado, confiable y oportuno- y en forma complementaria con otras normas, más aún si una de ellas, en su propio texto deriva en otra, tal como en los dispositivos comentados.

En el caso que nos ocupa corresponde una interpretación literal, conjuntamente con una interpretación sistemática de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y del numeral 3.5. del mismo cuerpo normativo.

El texto vigente en la oportunidad que se dieron los hechos materia de análisis es el siguiente:

“Décimo Tercera.- Las interrupciones originadas por la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia, cuyo ajuste ha sido establecido por los Comités de Operación Económica de los Sistemas (COES) son atribuibles al generador. El COES determinará al miembro responsable de estas interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, aplicando lo establecido en el numeral 3.5 de la Norma.”

El numeral 3.5. de la NTCSE señala:

“En caso de transferencias de energía en condiciones de mala calidad, desde un Comité de Operación Económica del Sistema (COES) o entre integrantes de COES, este Comité está obligado a investigar e identificar, a través de un análisis estrictamente técnico, a los integrantes del sistema responsables por el incumplimiento con la calidad de producto y suministro; y, en quince días calendario de ocurrido el hecho elevará a la Autoridad el respectivo informe, técnicamente sustentado, para que los miembros responsables efectúen las retribuciones respectivas a los Suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a Clientes por faltas ajenas. La Autoridad fiscalizará el fiel cumplimiento de este plazo en función de su competencia, definida en el Título Cuarto de la presente norma y aplicando otros numerales que crea conveniente. Tratándose de casos en los que: i) El Coordinador de la Operación en Tiempo Real del Sistema resulte responsable, asume responsabilidad el encargado de la función; ii) Sea difícil o imposible identificar a los responsables, todos los miembros del COES asumen responsabilidad solidaria, a excepción de aquellos cuya intervención en la deficiencia sea manifiestamente imposible”

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el significado del verbo responsabilizar es obligar a alguien a responder de algo o por alguien y el significado del verbo atribuir es señalar o asignar algo a alguien como de su competencia.

En la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE se hace uso del verbo “atribuir” (efectivamente en sentido pasivo) para asignar a quienes responden por las interrupciones verificadas. Paso seguido, se encarga al COES determinar al miembro responsable quien debe responder por las interrupciones de acuerdo con el procedimiento del numeral 3.5. Este numeral hace referencia al término responsable, justamente indicando que el responsable deberá efectuar las retribuciones respectivas.

Apreciamos de una simple lectura de la Décimo Tercera Disposición Final, que las interrupciones que se produzcan por la actuación de los relevadores de protección de mínima frecuencia, serían atribuibles al generador, haciendo innecesaria la aplicación de lo dispuesto por el numeral 3.5 de la NTCSE. Aparentemente y en primera instancia ya estaría establecido quien es el responsable de las interrupciones; sin embargo, la segunda oración del artículo mencionado obliga al COES a determinar al miembro responsable de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia para lo cual debe aplicar lo establecido en el referido numeral 3.5, numeral que como se ha indicado obliga al COES a investigar e identificar, a través de un análisis técnico, a los responsables por el incumplimiento con la calidad del producto y suministro para efectos que los integrantes del sistema responsables, efectúen las retribuciones respectivas a los suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus clientes por faltas ajenas.

Por lo expuesto, se concluye que, producidas las interrupciones por actuación de los relevadores de protección de mínima frecuencia cuyo ajuste ha sido establecido por el COES, es el generador el obligado a compensar inmediatamente sin perjuicio que de conformidad con el numeral 3.5 de la NTCSE el COES realice un estudio técnico y determine de entre los integrantes del sistema, al responsable o responsables para que éstos efectúen las retribuciones respectivas a los suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus clientes por faltas ajenas. En el presente caso, la reclamante ha pagado a sus clientes EDELNOR, LUZ DEL SUR y ENOSA y al haber el COES determinado al responsable de las faltas, está solicitando la compensación de los referidos pagos.

Finalmente, cabe señalar que el último párrafo del numeral 3.5. de la NTCSE establece que en caso *“sea difícil o imposible identificar a los responsables, todos los miembros del COES asumen responsabilidad solidaria, a excepción de aquellos cuya interpretación en la deficiencia sea manifiestamente imposible”*.

De la comparación de este texto con la Décimo Tercera Disposición Final y la primera parte del mismo numeral mencionado anteriormente, se puede observar que la norma de calidad no establece excepciones, sino por el contrario generaliza la responsabilidad de todos los actores, en situaciones como la comentada. Si la intención del legislador hubiera sido solamente atribuir responsabilidad a los generadores por las interrupciones, como argumentan ETESELVA y REP, carecería de lógica, cargar a todos los miembros del COES con esa responsabilidad. Por tanto, no puede interpretarse restrictivamente una norma, es decir, atribuir responsabilidad sólo a generadores, cuando otras disposiciones, más aún del mismo texto normativo atribuyen responsabilidad a todos los participantes.

Así, la aplicación de otros métodos de interpretación, en este caso, el literal aplicado conjuntamente con el sistemático, conduce a una conclusión consistente con la derivada de la interpretación histórica, es decir, que la responsabilidad por las interrupciones por la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia no recae exclusivamente en cabeza de los generadores, sino en quien efectivamente fue el responsable de la falla.

3.2.3. El método de interpretación sistemático por comparación con otras normas.

El método sistemático por comparación con otras normas, consiste en esclarecer el qué quiere decir la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están expresados en ella.

Además del análisis efectuado de la Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 de la NTCSE en el numeral anterior, cabe señalar que el último párrafo del numeral 3.5. de la NTCSE establece que en caso *“sea difícil o imposible identificar a los responsables, todos los miembros del COES asumen responsabilidad solidaria, a excepción de aquellos cuya interpretación en la deficiencia sea manifiestamente imposible”*.

De la comparación de este texto con la Décimo Tercera Disposición Final y la primera parte del mismo numeral bajo comentario, mencionado en el acápite anterior, se puede observar que la norma de calidad no establece excepciones, sino por el contrario generaliza la responsabilidad de todos los actores, en situaciones como la comentada. Si la intención del legislador hubiera sido solamente atribuir responsabilidad a los generadores por las interrupciones, como señalan las apelantes, carecería de lógica, cargar a todos los miembros del COES con dicha responsabilidad. En tal sentido, no puede interpretarse restrictivamente una norma, es decir, atribuir responsabilidad sólo a generadores, cuando otras disposiciones, más aún del mismo texto normativo atribuyen responsabilidad a todos los participantes.

3.2.4. El método de interpretación lógico (ratio legis).

De conformidad con el método lógico o de la ratio legis, el qué quiere decir de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto. Cabe precisar que no se trata de averiguar o desentrañar que quiso decir el legislador, para eso se aplica el método histórico, sino que la ratio legis debe fluir del mismo texto de la norma. Este método según Marcial Rubio¹², no siempre es ubicable con precisión y por tanto no puede brindarnos gran ayuda para interpretar la norma.

En tal sentido, no se trata como señalan ETESELVA y REP de acudir a consideraciones fácticas y técnicas que caracterizan al mercado eléctrico nacional, sino que la interpretación debe desprenderse de la misma norma.

En el caso materia de análisis, tal como vimos al analizar el método literal, la referida disposición final tiene, al menos en el primer párrafo una redacción deficiente pero lógica (por ello el método literal se aplicó conjuntamente con el sistemático). Es así que paga en primer término el generador al suministrado, y luego aquel repite ante quien fue el causante real de la falla, de acuerdo con un informe estrictamente técnico. La razón de ser intrínseca de la norma es que quien causó el daño (interrupción) sea responsable por

¹² IBIDEM. Página 266.

él, que efectivamente pague los resarcimientos por las compensaciones debidas, sustentar lo contrario sería generar incentivos perversos, es decir, que se desalentaría el mantenimiento adecuado de las instalaciones de transmisión, toda vez que cualquier interrupción que causen no les sería imputable.

3.2.5. El método de interpretación sociológico

El método sociológico supone la búsqueda del esclarecimiento de la norma a la luz de su adaptabilidad a la realidad social, en el caso concreto de la NTCSE y de su Décima Tercera Disposición en particular, promueven el correcto funcionamiento del sistema eléctrico y la participación eficiente de todos los actores, lo que incluye asumir la responsabilidad por sus propios actos. Esto se encuentra ratificado, en el último párrafo del numeral 3.5 que expresamente señala que cuando *“sea difícil o imposible identificar a los responsables, todos los miembros del COES asumen responsabilidad solidaria, a excepción de aquellos cuya interpretación en la deficiencia sea manifiestamente imposible”*.

En consecuencia, los métodos de interpretación nos conducen a la misma conclusión a la que arribó el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, es decir, que la responsabilidad por las interrupciones por la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia recae en quien efectivamente fue el responsable de la falla y no exclusivamente en los generadores.

3.3. Sobre la supuesta nulidad de la resolución impugnada por contravenir el principio de legalidad.

ETSELVA y REP cuestionan la resolución impugnada por cuanto señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc trasgredió el principio de legalidad al no aplicar la responsabilidad objetiva -atribuible a los generadores- contenida en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, la administración deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

Asimismo, el artículo 10º de la LPAG establece que es causal de nulidad el acto administrativo que contravenga la ley.

Juan Carlos Morón señala que *“el principio de sujeción de la administración a la legislación, denominado modernamente como “vinculación positiva de la Administración a la Ley”, exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico que partiendo desde éste, pueda derivarse como su cobertura o desarrollo necesario”*¹³.

Tal como se ha demostrado a lo largo del análisis efectuado -por lo cual nos remitimos a lo expuesto en el numeral 3.2. de la presente resolución-, la Décima Tercera Disposición Final de la NTCSE debidamente concordada con el numeral 3.5 de la misma norma ha establecido un sistema de responsabilidad que garantiza el pago al cliente final de las compensaciones por los perjuicios que le puedan causar las interrupciones del suministro, imponiendo una cadena de pagos, por la que los suministradores deben pagar las

¹³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit. Página 26.

compensaciones a sus clientes, independientemente de su responsabilidad, y los miembros del sistema, determinados responsables técnicamente por el COES, deben reembolsar a los suministradores las compensaciones pagadas a sus clientes. En este caso, el COES determinó responsabilidad por los eventos a ETESELVA y REP.

Por lo tanto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha incurrido en causal de nulidad al resolver las controversias planteada por ELECTROPERÚ contra ETESELVA y REP en primera instancia, al establecer la obligación de pago de los resarcimientos por compensación de las interrupciones, de acuerdo con los informes técnicos del COES.

3.4. Sobre la competencia del OSINERGMIN para resolver la controversia

En primer lugar corresponde indicar que la competencia del OSINERGMIN está determinada por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 -en adelante LMOR-, que incluye como una de las funciones de este organismo regulador -y de todos los comprendidos en la mencionada ley- el resolver controversias entre operadores o entre éstos y sus usuarios libres y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de las concesionarias.

En efecto, el inciso a) del artículo 3.1 de la LMOR establece que el organismo regulador debe supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de cargo de las entidades o actividades supervisadas, así como verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitido por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada.

Asimismo, el inciso e) del artículo 3.1 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, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre éstos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

En el mismo sentido, el artículo 46° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM -en adelante el RGO-, establece que OSINERGMIN es competente para conocer las controversias que involucren a generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN. Concordantemente, el artículo 47° del RGO prescribe que la vía administrativa sea obligatoria y de exclusiva competencia del OSINERGMIN, a su vez el artículo 71° del mismo Reglamento establece que los Cuerpos Colegiados son los órganos encargados de resolver en primera instancia administrativa las controversias de competencia del OSINERGMIN y el artículo 66° del mismo cuerpo normativo dice que el Tribunal de Solución de Controversias resuelve en segunda y última instancia administrativa.

Sobre la base de la función normativa otorgada al OSINERGMIN por el inciso c) del artículo 3° de la LMOR y el artículo 21° del RGO, se aprobó mediante Resolución N° 0826-2002-OS/CD el Reglamento de Solución de Controversias. De acuerdo con lo dispuesto por su artículo 1°, este Reglamento rige la actuación del OSINERGMIN en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de LMOR y según su artículo 4°, el procedimiento administrativo en primera y segunda instancia regulado por el referido Reglamento,

constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial y es de competencia exclusiva de los órganos del OSINERGMIN.

De otro lado, el Título Cuarto de la NTCSE, establece en sus artículos 4.1º, 4.3º y 4.4º respectivamente que es competencia del OSINERGMIN¹⁴, fiscalizar el fiel cumplimiento de lo establecido en la Norma; resolver los pedidos, reclamos o controversias presentadas por las empresas de electricidad o los clientes respecto del cumplimiento de la NTCSE, de acuerdo con las instancias y procedimientos establecidos en el RGO o la norma que lo sustituya y finalmente verificar el pago de las compensaciones a los clientes y suministradores en concordancia con la misma norma.

El determinar quién es responsable por las fallas materia de análisis en la presente controversia, según las disposiciones aplicables, es una función específica y exclusivamente asignada al COES, no pudiendo ser realizada por el OSINERGMIN por no tener éste la competencia para ello.

Desde el momento en que fue publicada la NTCSE, el OSINERGMIN tenía la competencia necesaria para conocer las reclamaciones referidas a transgresiones a la norma indicada, así como el COES tenía la capacidad de determinar, mediante los informes técnicos correspondientes, al responsable por las transgresiones mencionadas.

De los dispositivos normativos indicados, el ordenamiento jurídico en general y la NTCSE, específicamente, le dan al OSINERGMIN la competencia suficiente para pronunciarse respecto del pago de las compensaciones que la misma NTCSE señala.

3.5. Sobre la acumulación de las controversias -Reclamaciones con Registros Nos. 741915, 746945, 750068 y 751632-.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 149º de la LPAG, se pueden acumular, mediante resolución irrecurrible, los procedimientos en trámite que guarden conexión.

A decir de Morón Urbina la acumulación tiene el propósito que se tramiten varios procedimientos en un mismo expediente de manera agregada y simultánea y que éstos concluyan en un mismo acto administrativo y de esta manera se evitan traslados, notificaciones, simplificando la prueba y limitando los recursos. Es la solución adecuada al principio de celeridad para aquellos que guarden conexión por el administrado partícipe o por la materia pretendida¹⁵.

Corresponde a la autoridad determinar la pertinencia de la acumulación, siguiendo los criterios de oportunidad y celeridad que se debe cumplir, por esta razón se determinó que la resolución que acumula sea irrecurrible.

Por lo expuesto, la Resolución del Consejo Directivo OSINERGMIN N° 613-2006-OS/CD no puede ser materia de impugnación.

¹⁴ El último párrafo del Numeral "III. Alcances" de la NTCSE establece que "cuando en el texto de esta norma se empleen los términos (...) "Autoridad" se deberá entender que se refieren al Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG-".

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. P. 456

3.6. Solicitud de suspensión de ejecución de resolución impugnada

Atendiendo al estado del proceso, carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

El numeral 216.2 del artículo 216° de la LPAG establece que se podrá determinar la suspensión de la ejecución cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o se aprecie objetivamente un vicio de nulidad trascendente.

Del pedido de las apelantes no se aprecia que se haya sustentado que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible reparación y asimismo, conforme con el análisis efectuado por el Tribunal, no se apreció objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

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

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Declarar infundados en todos sus extremos los recursos de apelación interpuestos por ETESELVA S.R.L y RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. respecto de las reclamaciones presentadas por EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. -Registros Nos. 750068 y 751632 y confirmar la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2007-OS/CC-29 en estos extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- Ordenar a ETESELVA S.R.L. cumplir con pagar a EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ los montos por concepto de resarcimiento por compensación por interrupciones por rechazo de carga de mínima frecuencia correspondiente al segundo semestre de 2004 y segundo semestre de 2005 según lo ordenado por el artículo 3° de la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2007-OS/CC-29.

ARTÍCULO 3º.- Ordenar a RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. cumplir con pagar a EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ los montos por concepto de resarcimiento por compensación por interrupciones por rechazo de carga de mínima frecuencia correspondiente al segundo semestre de 2005 según lo ordenado por el artículo 4° de la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2007-OS/CC-29.

ARTÍCULO 4º.- Disponer que ETESELVA S.R.L. y RED DE ENERGÍA DEL PERÚ deben cumplir con remitir información a la Secretaria General del Tribunal de Solución de Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado por la presente resolución en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.

Aníbal Eduardo Ísmodes Cascón
Presidente

Roberto Carlos Shimabukuro Makikado
Miembro

Oswaldo García Bedoya
Miembro