

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 007-2010-TSC/57-2009-TSC-OSINERGMIN**

Expediente : 57-2009-TSC-OSINERGMIN

Partes : EPS GRAU S.A.

EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE
ELECTRICIDAD - ELECTRONOROESTE S.A.

Materia : Compensaciones por interrupciones por mala calidad de suministro de electricidad en el mercado de libre contratación.

Apelante : EPS GRAU S.A.

**Resolución
Impugnada** : 015-2009-OS/CC-57

Lima, 24 de febrero de 2010.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por EPS GRAU S.A., en adelante EPS GRAU, contra la Resolución N° 015-2009-OS/CC-57, en la controversia seguida por la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD - ELECTRONOROESTE S.A., en adelante ENOSA.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1102341, EPS GRAU presentó reclamación contra ENOSA el 11 de diciembre de 2008.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 060-2009-OS/CD, de fecha 14 de abril de 2009, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2009-OS/CC-57, de fecha 15 de abril de 2009, se admitió a trámite la reclamación presentada por EPS GRAU y se dispuso el traslado de ésta a la empresa reclamada por un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.4. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2009-OS/CC-57, de fecha 15 de mayo de 2009, se admitió la contestación a la reclamación presentada por ENOSA, la cual se puso en conocimiento de la reclamante y se citó a Audiencia Única para el día 28 de mayo de 2009.
- 1.5. El día 28 de mayo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes y se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

Petitorio de EPS GRAU

- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a ENOSA entregar a EPS GRAU las liquidaciones de las compensaciones económicas derivadas de las 204 interrupciones del servicio de electricidad -detalladas en el Anexo N° 1-A del escrito de reclamación-, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los artículos 57° y 86° de la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante LCE y por los artículos 131° y 168° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante RLCE. Estas liquidaciones deben incluir el cálculo de los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el correspondiente contrato de suministro eléctrico y en forma supletoria, conforme al artículo 176° del RLCE.
- b) Que, se ordene a ENOSA entregar a EPS GRAU las liquidaciones de las compensaciones económicas derivadas de las 204 interrupciones del servicio de electricidad -detalladas en el Anexo N° 1-A del escrito de reclamación-, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los numerales 6.1.3 y 6.1.8 de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante NTCSE, cuya segunda etapa inició su vigencia el 12 de abril de 1999. Estas liquidaciones deben incluir la liquidación de los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el correspondiente contrato de suministro eléctrico y en forma supletoria, conforme al artículo 176° del RLCE.
- c) Que, se ordene a ENOSA pagar a EPS GRAU, en efectivo y en una sola oportunidad, las compensaciones económicas producto de las 204 interrupciones en el suministro del servicio de electricidad en el mercado de libre contratación antes mencionadas, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los artículos 57° y 86° de la LCE y por los artículos 131° y 168° del RLCE, en vigencia; más los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el correspondiente contrato de suministro eléctrico y en forma supletoria, el artículo 176° del RLCE.
- d) Que, se ordene a ENOSA reembolsar a EPS GRAU, en efectivo y en una sola oportunidad, los descuentos por los cargos fijos de potencia (potencia contratada en horas punta y potencia contratada fuera de punta) producto de las 204 interrupciones del servicio de electricidad antes mencionadas, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los artículos 57° y 86° de la LCE y por los artículos 131° y 168° del RLCE, en vigencia; más los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el correspondiente contrato de suministro eléctrico y en forma supletoria, el artículo 176° del RLCE.
- e) Que, se ordene a ENOSA pagar a EPS GRAU, en efectivo y en una sola oportunidad, las compensaciones económicas producto de las 204 interrupciones del servicio de electricidad, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los numerales 6.1.3 y 6.1.8 de la NTCSE, cuya segunda etapa inició su vigencia el 12 de abril de 1999, más los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el correspondiente contrato de suministro eléctrico y en forma supletoria, el artículo 176° del RLCE.

- f) Que, asimismo, en el supuesto que ENOSA no cumpla con determinar y/o pagar a EPS GRAU, las liquidaciones de las compensaciones por interrupciones materia de la presente reclamación, éstas deberán ser formuladas y liquidadas por la autoridad administrativa de Solución de Controversias

Petitorio de ENOSA

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, declare infundada en todos sus extremos la reclamación presentada por EPS GRAU.

Sobre la base de lo expuesto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc señaló como materia controvertida:

- i) determinación de la aplicabilidad al presente caso, de la NTCSE, de los artículos 57° y 86° de la LCE y de los artículos 131° y 168° de su Reglamento;
ii) la contenida en el Petitorio de las partes anteriormente referida.

Además, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordenó a ENOSA presentar la Memoria Masa del medidor instalado en el suministro materia de la controversia.

- 1.6. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1184129, el 04 de junio de 2009 la reclamante presentó sus alegatos.
- 1.7. El día 04 de junio de 2009, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1184573, ENOSA presentó la Memoria Masa requerida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la Audiencia Única.
- 1.8. Con Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 005-2009-OS/CC-57 y 006-2009-OS/CC-57, de fecha 08 y 19 de junio de 2009, respectivamente, se dispuso el traslado de la Memoria Masa a EPS GRAU y se le otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles para que exponga su posición al respecto.
- 1.9. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1198241, el 02 de julio de 2009, EPS GRAU cumplió con absolver el traslado concedido respecto de la Memoria Masa.
- 1.10. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2009-OS/CC-57, de fecha 06 de julio de 2009, se dispuso suspender hasta por veinte (20) días hábiles, el plazo para resolver la controversia, debido a la nueva información presentada por las partes en relación a la Memoria Masa del medidor instalado en el suministro materia de la controversia, la cual tenía que ser evaluada antes de resolver.
- 1.11. Mediante Memorando N° ST.CC/TSC-67-2009, de fecha 07 de julio de 2009, por encargo del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, la Secretaria General solicitó opinión técnica a la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, en adelante GFE, respecto de la información presentada por las partes sobre la Memoria Masa del medidor.
- 1.12. Mediante Memorando N° GFE-794-2009, de fecha 15 de julio de 2009, la GFE remitió a la Secretaria General el Informe Técnico N° GFE-UCS-042-2009, en respuesta al requerimiento de opinión técnica antes mencionado.

- 1.13. En virtud del Informe de la GFE, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 008-2009-OS/CC-57, de fecha 16 de julio de 2009, se solicitó a las partes la presentación de información adicional y se dispuso ampliar el plazo de suspensión del procedimiento para resolver la controversia.
- 1.14. Mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1208331 y 1208695, las partes presentaron el día 24 de julio de 2009 la información solicitada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.
- 1.15. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 009-2009-OS/CC-57, de fecha 30 de julio de 2009, se corrió traslado a ambas partes de la información presentada por cada una de ellas otorgándoseles el plazo de tres (03) días hábiles para que expongan su posición al respecto.
- 1.16. En cumplimiento de lo dispuesto por la resolución referida en el párrafo anterior, las partes presentaron su posición mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1211685 y 1212547, de fechas 05 y 06 de agosto de 2009.
- 1.17. Mediante Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 010-2009-OS/CC-57 y 011-2009-OS/CC-57 de fechas 10 y 11 de agosto de 2009 respectivamente, se puso en conocimiento de las partes la información que sustentaba la posición de cada una de ellas al respecto.
- 1.18. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1216842, de fecha 17 de agosto de 2009, ENOSA se opuso a los argumentos expuestos por EPS GRAU.
- 1.19. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1217129, presentado el 18 de agosto de 2009, EPS GRAU solicitó se declare la improcedencia de la oposición formulada por ENOSA y se tenga presente el mérito probatorio de los cuadernos de ocurrencias presentados por ésta.
- 1.20. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1223583, EPS GRAU presentó el 28 de agosto de 2009 resoluciones emitidas por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del OSINERGMIN - JARU en procedimientos seguidos por las mismas partes y por materia similar.
- 1.21. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 013-2009-OS/CC-57 de fecha 15 de setiembre de 2009, atendiendo al estado del procedimiento, se concedió cinco (05) días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos finales.
- 1.22. Mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1238557 y 1238650, EPS GRAU y ENOSA, respectivamente, presentaron el día 25 de setiembre de 2009, sus alegatos finales.
- 1.23. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 015-2009-OS/CC-57, de fecha 28 de octubre de 2009, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declaró improcedente la reclamación presentada por EPS GRAU contra ENOSA.
- 1.24. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1268682 presentado el 24 de noviembre de 2009, EPS GRAU interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc,

solicitando su nulidad y se ordene dictar una nueva resolución pronunciándose sobre el fondo de la controversia.

- 1.25. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 017-2009-OS/CC-57, de fecha 25 de noviembre de 2009, se concedió el recurso de apelación interpuesto por EPS GRAU.
- 1.26. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 001-2009-TSC/57-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 30 de noviembre de 2009, se dispuso correr traslado del recurso de apelación interpuesto a ENOSA y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que lo absuelva.
- 1.27. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 002-2009-TSC/57-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 28 de diciembre de 2009, se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 14 de enero de 2010.
- 1.28. El 14 de enero de 2010 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.29. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1297231, el 21 de enero de 2010, ENOSA presentó sus alegatos.
- 1.30. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 006-2010-TSC/57-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 16 de febrero de 2010, este Tribunal declaró improcedente el pedido de nulidad de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 005-2010-TSC/57-2009-TSC que declaró tener por no presentado el escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1300915 de EPS GRAU a través del cual esta empresa absolvía los alegatos de ENOSA.
- 1.31. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto.

2. Argumentos de las partes.

2.1. DE EPS GRAU

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 015-2009-OS/CC-57, en la Audiencia de Vista de la Causa y las diapositivas que adjuntó, EPS GRAU sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.1.1. Sobre la incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad- Hoc.

- EPS GRAU sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se declaró instalado y asumió competencia admitiendo a trámite su reclamo mediante Resolución N° 001-2009-OS/CC-57 de fecha 15 de abril de 2009.
- Asimismo, señala que durante el tiempo que duró el procedimiento en primera instancia se desarrolló una serie de actos procedimentales (Audiencia Única,

actuación de medios probatorios y expedición de resoluciones) que han convalidado y saneado su competencia en la presente controversia.

- Por tal motivo, EPS GRAU menciona que al declararse incompetente el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mediante Resolución N° 015-2009-OS/CC-57, ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 80° de la LPAG, en virtud del cual, las autoridades, al recibir una solicitud o reclamo, para iniciar un procedimiento deben asegurar su propia competencia para proseguir con el normal desarrollo de éste.
- Al respecto, agrega que el tratadista Juan Carlos Morón Urbina en su Libro Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que el momento adecuado para asumir este deber es instantáneo, en la primera actuación de la autoridad, para sanear su propia competencia.
- EPS GRAU menciona que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha violentado lo establecido en su Resolución N° 001-2009-OS/CC-57, la cual en ningún momento ha sido anulada, por lo que de manera expresa asume competencia en la presente controversia e incluso la invoca en el numeral 1.3 de la resolución impugnada. Asimismo, añade que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha transgredido todas las demás actuaciones y resoluciones que ha realizado y expedido durante el procedimiento.
- Añade que este repentino cambio de criterio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc respecto de su competencia no sólo es tardío y violatorio de las normas legales antes citadas, sino que también vicia el procedimiento administrativo de tal manera que hace imposible que se prosiga con éste, siendo la única salida viable que el Tribunal de Solución de Controversias declare la nulidad de la resolución apelada y ordene que un Cuerpo Colegiado Ad-Hoc renovado asuma competencia y emita nuevo pronunciamiento.
- Además, EPS GRAU sostiene que la resolución cuestionada no cuenta con la debida motivación que sustente la declaración de incompetencia por parte del juzgador y por tanto, transgrede las disposiciones relativas al principio del debido procedimiento y a la motivación del acto administrativo, previstos en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y en el numeral 6.3 de la LPAG.

2.1.2. Sobre las consideraciones erradas relativas a una supuesta improcedencia de la reclamación.

- EPS GRAU manifiesta que al resolver el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc su propia incompetencia sobre la base de una cláusula de arbitraje, éste ha infringido la disposición del inciso e) del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante LMOR, y el artículo 71° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante el Reglamento General.
- Añade que la LMOR señala las funciones de los reguladores en la cual se encuentra la función de solución de controversias (inciso e) del numeral 3.1. distinguiendo esta función de la de solución de reclamos. Por tanto, agrega que OSINERGMIN tiene también competencia para resolver controversias relativas a las entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus

usuarios (lo que comprende controversias derivadas de contratos del mercado de libre contratación).

- Asimismo, señala que el Reglamento declara la competencia de los Cuerpos Colegiados para resolver las controversias entre las Entidades y los usuarios libres -supuesto mediante el cual EPS GRAU interpone una reclamación respecto de la ejecución de un contrato de servicio libre de electricidad contra ENOSA en su condición de prestadora del servicio de electricidad-.
- Precisa que las disposiciones precedentes son normas procesales que establecen competencias administrativas y consecuentemente, éstas han sido de aplicación inmediata por lo que al dictarse éstas determinaron la caducidad de cualquier pacto de arbitraje que hubiesen celebrado las partes.
- EPS GRAU argumenta que las partes se han sometido voluntariamente a la competencia del Cuerpo Colegiado de OSINERGMIN, EPS GRAU al presentar la reclamación y ENOSA tácitamente al contestar la reclamación sin plantear la excepción de convenio arbitral, por tanto se dio una renuncia tácita al arbitraje.
- EPS GRAU señala que el Cuerpo Colegiado se declaró incompetente -de oficio- infringiendo la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (vigente durante la celebración de los tres contratos materia del presente procedimiento) cuyo artículo 15° señalaba lo siguiente:

"Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso.

Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso."

- De otro lado, EPS GRAU manifiesta que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc tampoco tuvo en consideración que las materias relativas a la controversia son materias respecto de las cuales no procede el arbitraje por ser materias reguladas y propias del Derecho Público. Estas materias están excluidas de la jurisdicción arbitral por expresa disposición del numeral 3) del artículo 1° de la Ley N° 26572 que establece:

"Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

(...) Las que interesan al orden público (...)."

- EPS GRAU sostiene que la interpretación y aplicación deficiente de las cláusulas de arbitraje de los contratos se produce por las siguientes consideraciones:
 - a) Los pactos de arbitraje cuya aplicación y validez están en cuestión, establecían de manera expresa como materia propia de dicho fuero la interpretación o cumplimiento de los respectivos contratos, es decir, la interpretación u obligaciones pactadas por las partes en los contratos de

suministro de energía eléctrica, mas no las obligaciones que se generen por mandato de la ley, como son las compensaciones por déficit de generación y demás conceptos reclamados.

- b) El numeral 12.1 de la cláusula de solución de controversias del Contrato Nº 0257-2002/ENOSA/C de fecha 01 de junio de 2002, establecía que cualquier divergencia que pudiera surgir en la interpretación o cumplimiento de este contrato, se solucionará en primera instancia mediante el trato directo y la buena fe de las partes.
- c) Los Contratos Nos. G-075-2001 y 0257-2002/ENOSA/C fueron celebrados, el primero durante la vigencia de la LMOR y el segundo durante la vigencia del Reglamento, es decir, cuando ya estaban vigentes normas expresas que establecían la competencia de los Organismos Reguladores para la Solución de Controversias entre las empresas y los usuarios, así como la competencia de los Cuerpos Colegiados para la Solución de Controversias entre las Entidades y sus usuarios libres de electricidad. En tal sentido los supuestos pactos de arbitraje resultaban nulos de pleno derecho por cuanto éstos fueron pactos contra normas de orden público que deben ser cumplidas obligatoriamente por OSINERGMIN.

- Para EPS GRAU el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha apartado sin la debida motivación de un precedente anterior establecido por otro Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en un caso objetivamente similar al de autos, en los seguidos por EDELNOR contra ELECTROPERÚ (Expediente Nº CC-01-2002-CP) sobre pago de compensaciones por interrupciones del servicio en el que se expidió la Resolución Nº 006-2003-OS/CC-01, de fecha 20 de junio de 2003, en la cual se desestimó la Excepción de Convenio Arbitral deducida por ELECTROPERÚ.
- Agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estaba en la obligación de mantener su anterior criterio de acuerdo con los principios de uniformidad y predictibilidad que informan al procedimiento administrativo (artículo IV de la LPAG), caso contrario debió explicar las razones del cambio de criterio.
- Por ello, dice que el juzgador de primera instancia no sólo contradice precedentes resolutivos, sino que delimita facultades y competencias que la Ley le otorga al OSINERGMIN (artículo 1º del ROSC y artículo 44º del Reglamento).

2.1.3. Sobre la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para la solución de la presente controversia.

- EPS GRAU señala que en el Contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1998 y en el Contrato Nº G-075-2201 vigente hasta el 28 de febrero de 2002, no existen cláusulas específicas que regulen el tema de las compensaciones por interrupciones; sin embargo, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de una interpretación forzada de las cláusulas 7.9 -se pactaron descuentos en los cargos fijos de potencia por indisponibilidad total o parcial de la potencia contratada- y 9.2 -definen los alcances y efectos de la fuerza mayor- de los referidos contratos concluye lo contrario.
- Menciona que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha incurrido en serias contradicciones por cuanto al demostrarse con pruebas objetivas que en los

dos primeros contratos no se pactó el tema de las compensaciones por interrupciones del servicio; las partes estaban obligadas a someterse a la cláusula 13 de los contratos, que establecía lo siguiente:

"La interpretación y regulación del presente contrato, en todo lo no previsto en el mismo, se efectuará de conformidad con la LCE, el RLCE y sus normas complementarias".

- Agrega, que estas situaciones no previstas en los referidos contratos no pueden sujetarse a los acuerdos contractuales sobre arbitraje, especialmente al tratarse de compensaciones por interrupciones que son aspectos regulados expresamente en la LCE y sus normas reglamentarias y complementarias, cuya fiscalización es de competencia exclusiva del OSINERGMIN.
- EPS GRAU añade que al haberse determinado que no existen cláusulas expresas que regulen las compensaciones por interrupciones y que éstas no pueden ser materia de arbitraje por no contener intereses privados o de libre disposición de las partes, es evidente que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer de la presente controversia.
- La apelante señala que la obligación materia de reclamación antes que contractual es regulatoria y la supervisión de su cumplimiento corresponde al OSINERGMIN y que de admitirse que este tema pueda someterse a arbitraje se estaría permitiendo que las empresas concesionarias actúen sin recibir los incentivos económicos necesarios para evitar que se produzcan interrupciones del servicio eléctrico en el futuro. De esta manera se generaría una mala asignación de costos que distorsionaría el adecuado funcionamiento del sistema tarifario, afectando a los usuarios finales.

2.1.4. Sobre las consideraciones erradas respecto al fondo del asunto.

- EPS GRAU menciona que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considerándose incompetente para conocer la presente controversia ha efectuado indebidamente el análisis técnico y legal de los aspectos que constituyen el fondo del asunto.
- Añade que los artículos 81° y 82° de la LPAG establecen que la incompetencia puede ser declarada de oficio, o a instancia de los administrados, remitiendo directamente las actuaciones a aquél que considere competente.
- Agrega que concordando estas disposiciones con el artículo 80° de la LPAG, se concluye que el deber para declararse incompetente es en la primera actuación administrativa y que el expediente debió remitirse directamente al órgano competente lo que implica, lógicamente, que debe abstenerse de emitir juicio alguno sobre el fondo de la materia controvertida.
- EPS GRAU argumenta que está plenamente demostrado que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha transgredido diversas disposiciones de la LPAG (artículos 80°, 81° y 82°, entre otros) que regulan supletoriamente el presente procedimiento administrativo y que además se ha pronunciado de manera indebida sobre el fondo del asunto a pesar de haberse declarado de manera expresa no competente para resolver la presente controversia.

- Por otro lado, a decir de EPS GRAU, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considera que el artículo 168° del RLCE basa sus compensaciones en la energía no suministrada, lo cual no es cierto pues la estricta aplicación de este dispositivo involucra la existencia de dos (02) tipos de ingresos económicos a favor del usuario afectado por la interrupción: i) la compensación por la interrupción, la cual es calculada sobre la base de la energía no suministrada; y, ii) descuentos en los cargos fijos de potencia, calculados sobre la base de la parte proporcional entre el número de horas interrumpidas y el número total de horas del mes.
- EPS GRAU además sostiene que las partes pactaron en la cláusula 14.2 del Contrato N° 257/ENOSA/C que ENOSA reconocía a favor de EPS GRAU las compensaciones por las interrupciones del servicio que hayan excedido a las tolerancias establecidas por la NTCSE. En tal sentido, en su criterio, este acuerdo de partes sólo permite la aplicación "atenuada" de la NTCSE y no implica un acuerdo sobre el tema de interrupciones que impida aplicar la NTCSE, tal como lo señala el juzgador de primera instancia (inciso c) del numeral 4.1.2.4. de la resolución cuestionada).
- Agrega que la NTCSE declara de manera expresa su calidad de norma supletoria a la voluntad de las partes, en un contrato del mercado libre y delimita los aspectos y rangos de la calidad del servicio eléctrico a que están obligadas las entidades y menciona el numeral III de la NTCSE, sobre los alcances de la referida norma, los cuales se aplican a todos los contratos del mercado libre de electricidad aún cuando en ellos no se hubiera pactado la aplicación de la norma, siendo necesario en todo caso que no haya un acuerdo sobre la materia o no exista pacto en contrario. En tal sentido, si no existe un pacto expreso en el contrato para regular las compensaciones por la aplicación de la NTCSE, la conclusión no es que el derecho a aquellas no exista sino por el contrario corresponde la aplicación de la NTCSE en aquello que no se hubiera pactado en contrario.
- Ante ello, resulta inexplicable que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en su propia resolución contradiga sus argumentos al mencionar los artículos 1356° del Código Civil y 62° de la Constitución Política del Perú y luego indicar como conclusión lo siguiente: *"existe acuerdo de partes en lo que se refiere a las interrupciones; por tanto, no son de aplicación supletoria las disposiciones de la NTCSE"*, sin tener en cuenta que en la cláusula 14.2 del Contrato N° 0257/ENOSA/C, las partes acordaron de manera expresa y no supletoria lo siguiente:

"(...)

14.2 El Distribuidor reconocerá al Cliente la compensación por los excesos a los rangos establecidos en la Norma de Calidad, siempre y cuando éstos sean atribuibles exclusivamente al Distribuidor. (...)"

2.2. DE LA RECLAMADA ENOSA

De acuerdo con lo manifestado en la Audiencia de la Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, ENOSA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

- Para ENOSA la autoridad administrativa puede en cualquier estado del procedimiento, en caso de advertirlo, declarar su incompetencia, incluso de oficio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 81° de la LPAG. Por tanto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha trasgredido ningún derecho fundamental o esencial de EPS GRAU que amerite la nulidad de la resolución impugnada.
- Respecto de la afirmación de EPS GRAU sobre la falta de motivación exigida por ley, ENOSA sostiene que ésta se haya debidamente motivada en el hecho, no desmentido por la apelante, que existen varios contratos de suministro como cliente libre suscritos con EPS GRAU, en virtud de los cuales las normas técnicas fueron expresamente excluidas del pacto contractual.
- ENOSA sostiene que no es cierto la improcedencia de la incompetencia declarada por no haberse formulado la excepción de convenio arbitral. ENOSA, menciona que debe tenerse en cuenta la licitud y obligatoriedad de los contratos suscritos, los cuales se tornan vinculantes para las partes, al ser conformes con el rol subsidiario del Estado en el mercado de clientes libres.
- ENOSA manifiesta que es falso que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se haya apartado sin la debida motivación de un precedente establecido con anterioridad por otro Cuerpo Colegiado Ad-Hoc. Menciona que se trata de casos diferentes, uno versa sobre un conflicto entre un generador y un distribuidor, y el presente caso trata sobre un cliente libre.
- ENOSA agrega que no existe pronunciamiento sobre el fondo por cuanto sólo se motivan las razones para la improcedencia de la reclamación. En tal sentido, muestra la contradicción de los argumentos de EPS GRAU que por un lado sostiene que impugna el acto emitido por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc porque no hay pronunciamiento sobre el fondo y por otro lado sostiene que existe pronunciamiento pese a que se ha declarado la incompetencia.

III. Análisis del Tribunal

3.1. Sobre la cláusula arbitral.

EPS GRAU cuestiona la Resolución apelada por cuanto según manifiestan ha sido expedida sobre la base de una cláusula arbitral, a la cual ambas partes renunciaron, sometiéndose tácitamente a la jurisdicción administrativa.

Al respecto, corresponde examinar el marco jurídico que regula el arbitraje, a efectos de determinar si en el presente caso, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y en general los órganos de solución de controversias carecen de competencia para conocer y resolver la reclamación presentada por EPS GRAU en tanto se haya pactado un convenio arbitral o éste haya perdido su aplicabilidad.

El convenio arbitral es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, porque supone el libre acuerdo de la voluntad de los contratantes; sin embargo, el hecho que las partes hayan acordado someter su conflicto a arbitraje no impide que éstas luego puedan renunciar al arbitraje ya pactado, mediante nuevo convenio, sea de manera expresa o tácita.

En este sentido, se pronuncia La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (ley aplicable al presente caso), que textualmente señala:

“Artículo 15°.- Renuncia al arbitraje.- Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso.

Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso”.

Las partes estipularon convenios arbitrales en las cláusulas décima de los contratos: i) suscrito con fecha 01 de marzo de 1998, ii) Contrato N° G-075-2001 y iii) Contrato N° 0257-2002/ENOSA/C.

En el presente caso, efectivamente EPS GRAU presentó su reclamación ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y ENOSA contestó la reclamación sin deducir excepción de convenio arbitral.

De lo expuesto, se colige que se han cumplido los dos presupuestos planteados por la norma para que se produzca la renuncia tácita a la jurisdicción arbitral.

Por tanto, la declaración del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre su incompetencia para conocer el presente caso bajo el sustento del sometimiento de las partes a la jurisdicción arbitral, no es correcta.

3.2. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias para conocer y resolver el presente caso.

Si bien, como se ha visto en el numeral anterior, las partes han renunciado a la jurisdicción arbitral, esto no es suficiente para determinar que la autoridad administrativa sea competente. Para tal efecto, corresponde analizar en el caso de autos si este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente o no para resolver la presente controversia.

En primer lugar, corresponde indicar que la función de solución de controversias está definida en el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la LMOR 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 ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

En concordancia con la norma precitada, el artículo 44° del Reglamento General precisa que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre éstas y los usuarios libres y entre éstos; salvo aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Asimismo, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN, comprende además la facultad de este Organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

El inciso c) del artículo 46° del Reglamento General establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por el OSINERGMIN, entre ellas, las surgidas entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre

Transmisores y Distribuidores Eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del regulador.

En virtud de las normas citadas, y en uso de las facultades que le otorga el artículo 21° del Reglamento General¹, el Consejo Directivo del OSINERGMIN aprobó, a través de la Resolución N° 0826-2002-OS/CD, el ROSC.

El artículo 2° del ROSC dispone que el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias- es competente, en primera y segunda instancia administrativa, para resolver las controversias suscitadas entre los diversos operadores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

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

Por tanto, corresponde determinar si la reclamación presentada por EPS GRAU se encuentra comprendida en los supuestos previstos en los dispositivos indicados, es decir, si está relacionada con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

EPS GRAU solicita que se ordene a ENOSA pagarle la compensación por 204 interrupciones ocurridas durante el periodo comprendido entre el 08 de junio de 2000 al 15 de diciembre de 2004 en el mercado de libre contratación y sustenta su reclamación en las disposiciones contenidas en la LCE, en el RLCE y en la NTCSE, sobre la base que estas normas se aplican de forma supletoria en tanto así lo pactaron las partes en los contratos suscritos para el periodo materia de litis.

3.2.1. Análisis sobre la aplicación de la LCE y el RLCE.

La LCE establece lo siguiente:

"Título V.- Precios Máximos de Generador a Distribuidor de Servicio Público.

Artículo 57°.- De producirse racionamiento de energía, por déficit de generación eléctrica, los generadores compensarán a sus usuarios, sujetos a regulación de precios, por la energía no suministrada en los casos, forma y condiciones que señale el Reglamento"

"Título VI.- Prestación del Servicio Público de Electricidad.

Artículo 86°.- Si el suministro de energía sufriera interrupción total o parcial por un período consecutivo mayor de cuatro horas, el concesionario deberá

¹ Reglamento General: artículo 21°: "De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERGMIN de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico."

compensar a los usuarios por el costo de la potencia y energía no suministrada en las condiciones que establezca el Reglamento, excepto en las oportunidades en que ellas fueren originadas por causa imputable al usuario afectado.

En caso de racionamiento programado por falta de energía a nivel de generación, se efectuarán compensaciones en forma similar a lo previsto en el artículo 57° de la presente ley”.

(subrayado nuestro)

El RLCE señala:

“Precios máximos de generador a distribuidor de servicio público.

Artículo 131°.- La compensación por racionamiento a que se refiere el artículo 57° de la Ley será asumida por las empresas generadoras incursas en el déficit de generación y efectuada mediante un descuento en la factura del mes siguiente de producido el racionamiento.

La cantidad de energía a compensar se calculará como la diferencia entre un consumo teórico y la energía registrada en el mes. El consumo teórico será determinado tomando en cuenta la potencia contratada y el factor de carga típico del usuario. Si el valor resultante es negativo no procede ninguna compensación.

La energía a compensar se valorizará considerando como precio la diferencia que resulte entre el Costo de Racionamiento y el Precio de Energía en barra correspondiente.

Igualmente se procederá a efectivizar los correspondientes descuentos en los cargos fijos de potencia por la parte proporcional al número de horas interrumpidas y el número total de horas al mes.

Las empresas de distribución efectuarán la compensación a sus usuarios siguiendo las mismas pautas conforme a lo señalado en el artículo 86° de la Ley”

“Prestación del servicio público de electricidad.

Artículo 168°.- Si se produjera la interrupción total o parcial del suministro, a que se refiere el artículo 86° de la ley, el concesionario de distribución deberá compensar al usuario bajo las siguientes condiciones:

...”

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2° de la LCE constituye servicio público de electricidad “el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el reglamento”.

El artículo 2° del RLCE establece los límites de potencia en el 20% de la demanda máxima de la zona de concesión hasta un tope de 1000kW. EPS GRAU, empresa prestadora de servicios de saneamiento, tiene un consumo

mayor al límite mencionado, por tanto no pertenece al sector del servicio público de electricidad, sino al de mercado de libre contratación, situación que además no ha sido negada por la apelante en esta controversia.

Los artículos 57° y 86° de la LCE y 131° y 168° de su Reglamento se encuentran ubicados en los Títulos: V.- Precios Máximos de Generador a Distribuidor de Servicio Público y VI.- Prestación del Servicio Público de Electricidad.

En este sentido, cabe señalar que las normas deben interpretarse como un todo, de manera sistemática y no en forma aislada, por cuanto su razón de ser se encuentra en darle significado a través del conjunto de la norma; en tanto, los artículos 57° y 86° de la LCE y 131° y 168° del RLCE están referidos al servicio público de electricidad -mercado regulado- y no establecen excepciones para ser aplicados en el mercado de libre contratación, no son de aplicación imperativa para regular las relaciones entre EPS GRAU, en su condición de usuario libre y ENOSA, empresa distribuidora de servicio de electricidad.

De otro lado, el artículo 101° de la LCE señala como materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN:

- a) *El cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la presente Ley, el reglamento y el respectivo contrato de concesión.*
- b) *Los demás aspectos que se relacionen con la prestación del Servicio Público de Electricidad”.*

Efectivamente, OSINERGMIN está obligado a supervisar y fiscalizar el cumplimiento de lo que establece la LCE y el RLCE, entre ellos, las disposiciones contenidas en los artículos 57° y 86° de la LCE y 131° y 168° del RLCE en lo que respecta al mercado regulado, que no corresponde a la presente litis.

Al respecto, debe tenerse presente que el requisito de la competencia exige, para el válido desarrollo de un proceso en el que intervenga un órgano resolutorio, que le esté legalmente atribuida la materia en litigio. García de Enterría así lo define: *“Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar, simplemente”*².

Asimismo, Dromi señala que *“la competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directamente y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los*

²GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición, Madrid. Civitas, ps. 429 y 433.

*casos de delegación, sustitución, avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes*³.

Por su parte, el artículo 61.1° de la LPAG establece que *“la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan”*.

A su vez, el artículo 65.1° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“el ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o avocación, según lo previsto en esta Ley”*.

En tanto, las disposiciones contenidas en los artículos 57° y 86° de la LCE y 131° y 168° del RLCE no son objetos de supervisión y fiscalización por parte de OSINERGMIN, no se encuentran bajo los supuestos de competencia de los órganos de solución de controversias de OSINERGMIN.

Es necesario precisar que si bien en los contratos suscritos por las partes, éstas pactaron su sometimiento a lo dispuesto en la LCE y su Reglamento, este pacto responde a la libre decisión de las partes y obliga sólo a éstas -en lo que corresponda-; sin embargo, esto no significa de manera alguna que dicho pacto privado vincule a OSINERGMIN o lo obligue a supervisar o a fiscalizar su sujeción o cumplimiento inclusive en contra de la competencia que el ordenamiento jurídico ha señalado para dicho organismo. Es decir, las funciones y competencias de OSINERGMIN, como ente regulador no están sujetas a la libre decisión de las partes, salvo que exista una norma que atribuya expresamente a las partes tal derecho.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente sobre la incompetencia de los órganos de solución de controversias, tal y como lo ha señalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en su análisis, que este Tribunal comparte, las partes han pactado para los aspectos en discusión en el presente caso, soluciones distintas a las establecidas en la LCE y su Reglamento, por lo que las mismas partes han excluido la aplicación de la referida normativa.

3.2.2. Análisis sobre la aplicación de la NTCSE.

El Título III de la NTCSE establece que:

“III. Alcances

La presente norma es de aplicación imperativa para el suministro de servicios relacionados con la generación, transmisión y distribución de la electricidad sujetos a regulación de precios y aplicable a suministros sujetos al régimen de libertad de precios, en todo aquello que las partes no hayan acordado o no hayan pactado en contrario”.

“Título Cuarto.

4. Competencia de la autoridad

*4.1. Fiscalizar el fiel cumplimiento de lo establecido en la Norma.
(...)*

³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, p. 209.

4.3. Resolver los pedidos, reclamos o controversias presentadas por las empresas de Electricidad o los clientes, respecto al cumplimiento de la Norma, de acuerdo a las instancias y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM o la norma que lo sustituya. (...)"

De las normas precitadas se colige, a diferencia de lo que sucede con la LCE y el RLCE, que la NTCSE es aplicable al mercado de libre contratación, como el caso de litis, siempre y cuando las partes no hayan acordado o no hayan pactado en contrario.

En el supuesto indicado en el párrafo precedente, siempre y cuando no haya acuerdo de partes sobre los temas tratados, el OSINERGMIN, a través de sus órganos de solución de controversias, sería competente para resolver la presente controversia conforme lo dispone el numeral 4. de la NTCSE.

En tal caso, corresponde analizar los supuestos que contempla esta norma técnica para el caso de interrupciones y consecuentemente, las compensaciones respectivas, para determinar si es de aplicación la NTCSE o los contratos suscritos por las partes y de esta forma determinar si es competencia o no de este colegiado.

Efectivamente, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc realizó una evaluación en los numerales 4.1.1.4 y 4.1.2.4 de la resolución impugnada respecto del tratamiento de las interrupciones en los contratos y concluyó que éstos contienen pactos específicos sobre las interrupciones, por ende se aplican éstos y no las disposiciones de la NTCSE y por tanto, no es competente el OSINERGMIN.

Este Tribunal comparte el análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y por tanto, la conclusión de que los órganos de solución de controversias no son competentes, sobre la base de la atribución que le debe ser conferida por ley, analizada en el numeral anterior.

Respecto de la alegación de EPS GRAU referida a que la resolución apelada carecería de motivación por cuanto no se habría precisado en ella los fundamentos específicos que respaldarían la decisión de improcedencia por parte del juzgador de primera instancia y que además éste habría confundido argumentos de improcedencia con argumentos de fondo, de la evaluación de los actuados, este Tribunal colige que el análisis efectuado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no corresponde a un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, por cuanto no se pronuncia respecto del derecho invocado por una u otra parte a fin de dilucidar si corresponde el pago de lo reclamado por EPS GRAU, sino a determinar si era competente o no para conocer y resolver el presente caso. De lo expuesto se concluye que la resolución impugnada no ha incurrido en ninguna de las causales de nulidad previstas en la LPAG y por tanto es válida.

Sin perjuicio de lo expuesto, respecto a la afirmación de EPS GRAU sobre que los contratos vigentes desde el 01 de marzo de 1998 al 28 de febrero de 2002 no contendrían cláusulas específicas que regulen el tema de las compensaciones por interrupciones y que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría tratado dos conceptos distintos (descuentos en los cargos fijos de potencia por indisponibilidad total o parcial de la potencia contratada con compensaciones

por interrupciones del servicio), cabe precisar que cuando ocurre una interrupción que afecta a un usuario, éste deber ser compensado por parte de la empresa suministradora. A nivel de compensación por ley la condicionante de ser un cliente que posee una tarifa con dos lecturas (tarifa binómica: energía y potencia) percibirá como compensación por el evento ocurrido montos que deberán determinarse de la siguiente manera: i) sobre la base de la energía no servida y ii) por la potencia que la empresa dejó de entregar. Estos montos no son independientes al momento de realizar el cálculo por cuanto ambos están asociados al evento ocurrido (interrupción).

3.3. Respecto al supuesto apartamiento de un precedente jurisprudencial.

EPS GRAU señala que en la controversia signada con el Expediente N° CC-01-2002-CC en los seguidos por EDELNOR contra ELECTROPERÚ S.A. sobre pago de compensaciones por interrupciones del servicio, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en esa oportunidad declaró infundada la excepción de convenio arbitral por considerar que la materia controvertida no podía ser de libre disposición de las partes, sino de la administración pública; y, que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resuelve la presente controversia se habría apartado del referido criterio, sin la debida justificación, transgrediendo los principios de uniformidad y predictibilidad que informan al procedimiento administrativo.

La LPAG en su artículo VI referido a los precedentes administrativos determina que los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Estos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

La LMOR establece en su artículo 3° como una de las funciones de los reguladores, la de resolver controversias y en su artículo 9° prescribe que el Tribunal resuelve en última instancia administrativa y que sus resoluciones son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia administrativa

El Reglamento General establece en su artículo 100°, respecto de la publicación de Jurisprudencia Administrativa, que las resoluciones que dicten los órganos del OSINERGMIN, que al resolver, en última instancia administrativa casos particulares que interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas, regulaciones y disposiciones de carácter general, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada.

Su publicación en el diario oficial "El Peruano", procederá una vez que quede firme la resolución correspondiente.

El ROSC establece en su artículo 53° referente a los precedentes vinculantes, que las resoluciones finales de las instancias de solución de controversias que al resolver casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones correspondientes a la materia, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, en tanto los criterios administrativos no sean modificados. Estas resoluciones

deberán ser publicadas en el diario oficial "El Peruano" y en la página Web del OSINERGMIN, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que hayan quedado firmes.

Por lo tanto, sobre lo dispuesto en las normas precedentes, se concluye que:

- a) Los precedentes administrativos son los actos administrativos que al resolver casos particulares interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, siendo de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada.
- b) Los precedentes de observancia obligatoria deben ser publicados en el diario oficial "El Peruano".
- c) Además, podemos colegir que de acuerdo con las normas glosadas y con las que rigen el actuar judicial (artículo 400⁴ del Código Procesal Civil y artículo 22⁵ del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la determinación de un precedente de observancia obligatoria debe cumplir los requisitos que a continuación se detallan:

- i) El acto administrativo debe resolver un asunto particular pero contener interpretaciones o razonamientos jurídicos de proyección general sobre el sentido de normas administrativas.
- ii) Debe indicarse expresamente que es un precedente de observancia obligatoria.
- iii) Tiene que ser aprobado por el pleno de la instancia que resuelve.
- iv) Debe ser publicado en el diario oficial "El Peruano".

Por los fundamentos legales expuestos, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y este Tribunal no están obligados a resolver según lo dispuesto en la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 006-2003-OS/CC-01, por no haberse constituido como precedente de observancia obligatoria en materia administrativa.

Asimismo, cabe precisar que en la controversia citada por la apelante, las partes en conflicto eran una empresa generadora de electricidad, ELECTROPERÚ S.A. y una empresa distribuidora de electricidad, EDELNOR S.A., sujetos distintos a los que participan en la presente litis y por tanto, con participación en las actividades eléctricas configurando supuestos distintos a los que nos ocupa, por ello no puede atribírseles igual trato, dado que uno corresponde al mercado regulado y otro al mercado libre.

3.4. Sobre la oportunidad para que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare su incompetencia.

Sobre el argumento de EPS GRAU relativo a que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría vulnerado lo dispuesto por el artículo 80° de la LPAG, cabe precisar, tal

⁴ "Artículo 400°: Doctrina jurisprudencial.-

Quando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

...

⁵ "Artículo 22.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

...

como se ha demostrado en el numeral anterior, que para determinar o no la competencia del colegiado de primera instancia, no bastaba un mero análisis de presupuestos, sino un análisis conjunto de los contratos y de lo dispuesto en las normas de aplicación supletoria, como es el caso de la NTCSE. Además, es de recalcar que el colegiado inferior declaró su falta de competencia en la oportunidad en que tomó conocimiento de este hecho.

De otro lado, cabe indicar que en el procedimiento de solución de controversias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37° del ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-hoc debe pronunciarse sobre las excepciones deducidas en la resolución final que da término a la instancia, incluyendo la excepción de incompetencia.

En todo caso, la oportunidad en que se pronunció el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no invalida el acto administrativo. El pronunciarse sobre el fondo de la reclamación sin estar facultado para ello, tal como pretende la apelante sí hubiera constituido una causal de nulidad por haber sido emitido por el órgano que no está facultado para ello, contraviniendo lo establecido en el numeral 1 del artículo 3° de la LPAG.

3.5. Sobre las supuestas consideraciones erradas relativas a los aspectos de fondo de la reclamación.

A decir de EPS GRAU, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se habría pronunciado sobre el fondo de la reclamación y en este sentido señala que ha detectado dos (02) errores, dentro de una gama de inconsistencias técnicas y legales que contiene la apelada y advierte que no obstante su calidad de errores de concepto y de apreciación de la prueba, éstos no constituyen fundamento valedero de la decisión de declarar improcedente la reclamación.

Sobre la "Muestra 1" alegada por la apelada, nos remitimos a lo expuesto en el numeral 3.2.1. de la presente resolución y nos eximimos de mayor análisis.

En cuanto a la "Muestra 2", EPS GRAU señala que las partes acordaron en la cláusula 14.2 del contrato vigente desde el 01 de mayo de 2002 al 31 de diciembre, lo siguiente:

"El Distribuidor reconocerá al Cliente la compensación por los excesos a los rangos establecidos en la Norma de Calidad, siempre y cuando estos sean atribuibles exclusivamente al Distribuidor."

Al respecto, reiteramos lo manifestado en el numeral 3.2.2. de la presente resolución, en el sentido que la NTCSE es aplicable al mercado de libre contratación siempre y cuando las partes no hayan pactado al respecto o hayan pactado en contrario. De existir un acuerdo de partes, se aplica éste.

En el caso que nos ocupa, la apelante señala (página 24 de su escrito de apelación): *"no son mas que acuerdos pactados por las partes que permiten la aplicación -atenuada- de la NTCSE lo que, al final, resulta en beneficio de los intereses económicos de ENOSA puesto que, en el proceso de liquidación de las compensaciones según la NTCSE, estos condicionamientos le permiten a ENOSA- no considerar determinadas interrupciones del servicio en el proceso de cálculo de dichas liquidaciones"*.

Como se puede observar del propio dicho de EPS GRAU, existen variaciones al texto de la NTCSE, acordadas por las partes -el hecho que repercute a favor de una u otra empresa, es irrelevante para el análisis de la procedencia o no de la reclamación en esta vía- lo que implica una disposición de obligatorio cumplimiento para las partes distinta a la contemplada en la NTCSE y por tanto, no es objeto de competencia de los órganos de solución de controversias.

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 y 752-2007-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar infundada la apelación presentada por EPS GRAU S.A. y confirmar la Resolución N° 015-2009-OS/CC-57, en el extremo en el cual el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se declara incompetente para conocer la presente controversia, modificando sus fundamentos con sujeción a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- 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 (3) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.



Oswaldo García Bedoya
Miembro



Roberto Carlos Shimabukuro Makikado
Miembro



Víctor Manuel Jorge Farro Cuya
Miembro

