

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 005-2010-TSC/59-2009-TSC-OSINERGMIN**

Expediente : 59-2009-TSC-OSINERGMIN

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

EMPRESA ELÉCTRICA DE PIURA S.A.

Materia : Pago de peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas
y equipos.

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

EMPRESA ELÉCTRICA DE PIURA S.A.

**Resolución
Impugnada** : 013-2009-OS/CC-59

Lima, 29 de marzo de 2010.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD – ELECTRONOROESTE S.A., en adelante ENOSA contra la Resolución N° 013-2009-OS/CC-59, en la controversia seguida por la EMPRESA ELÉCTRICA DE PIURA S.A., en adelante EEP SA.

La adhesión presentada por EEP SA al recurso de apelación interpuesto por ENOSA.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. El 01 de abril de 2010, ENOSA presentó reclamación contra EEP SA mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1153592.
- 1.2. Mediante Oficio N° 023-2009-OS-ST.CC/TSC, de fecha 14 de mayo de 2009, la Secretaría General del Tribunal de Solución de Controversias y Cuerpos Colegiados del OSINERGMIN, en adelante la Secretaría General, requirió a ENOSA señalar qué instalaciones de las que forman parte de su escrito de reclamación, están sujetas a peajes o compensaciones por transmisión eléctrica o que sean remuneradas como parte del valor agregado de distribución.
- 1.3. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1175348, presentado el 20 de mayo de 2009, ENOSA cumplió con presentar la información solicitada por la Secretaría General, según lo mencionado en el párrafo anterior.

- 1.4. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 103-2009-OS/CD, de fecha 25 de junio de 2009, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.5. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2009-OS/CC-59, de fecha 01 de julio de 2009, se admitió a trámite la reclamación presentada por ENOSA y se dispuso el traslado de ésta a la empresa reclamada por un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.6. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1212439, el 06 de agosto de 2009 EEPSA, dedujo la Excepción de Incompetencia, solicitó la suspensión del presente procedimiento, contestó la reclamación presentada por la reclamante y presentó reconvencción.
- 1.7. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1212947, de fecha 07 de agosto de 2009, EEPSA precisó su Tercera Pretensión Principal (reconvencción) de su escrito de contestación a la reclamación.
- 1.8. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 003-2009-OS/CC-59, de fecha 07 de agosto de 2009, se admitieron la Excepción de Incompetencia deducida, la solicitud de suspensión del presente procedimiento, el pedido contenido en la Tercera Pretensión Principal (reconvencción) del escrito de contestación a la reclamación, presentada por EEPSA. Asimismo, se dispuso el traslado a ENOSA del contenido de la Tercera Pretensión Principal del escrito de contestación a la reclamación y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que manifieste su posición al respecto.
- 1.9. Mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1214971 y 1223520, de fechas 12 y 28 de agosto de 2009, EEPSA ofreció medios probatorios adicionales en relación a sus pretensiones.
- 1.10. Con Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 004-2009-OS/CC-59 y 006-2009-OS/CC-59, de fecha 13 de agosto de 2009 y 04 de setiembre de 2009, se pusieron en conocimiento de ENOSA los escritos presentados por EEPSA mencionados en el párrafo anterior.
- 1.11. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1225933, presentado el 01 de setiembre de 2009, ENOSA dedujo las Excepciones de Prescripción Extintiva y de Incompetencia respecto del lucro cesante y servicio de vigilancia y contestó la reconvencción planteada por EEPSA.
- 1.12. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2009-OS/CC-59, de fecha 02 de setiembre de 2009, se admitieron las excepciones deducidas y la contestación a la reconvencción presentadas por ENOSA, se pusieron en conocimiento de la reclamada y se citó a Audiencia Única para el día 14 de setiembre de 2009.
- 1.13. El día 14 de setiembre de 2009 se llevó a cabo la Audiencia Única (primera sesión) convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes. El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en uso de la

facultad que le confiere el artículo 39° del Reglamento de Solución de Controversias, en adelante el ROSC, suspendió la referida sesión, la cual continuó el día 21 de setiembre de 2009.

- 1.14. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1231575, presentado el 14 de setiembre de 2009, EEPSA absolvió las excepciones deducidas por ENOSA y ofreció medios probatorios adicionales correspondientes a sus pretensiones.
- 1.15. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2009-OS/CC-59, de fecha 14 de setiembre de 2009, se pusieron en conocimiento de EEPSA y de ENOSA el escrito referido en el párrafo anterior y el Contrato de Suministro de Energía Eléctrica fuera de la zona de concesión N° 334-2008/ENOSA-C suscrito el 11 de julio de 2008.
- 1.16. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1231695, presentado el 14 de setiembre de 2009, ENOSA dedujo la Excepción de Incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.
- 1.17. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 008-2009-OS/CC-59, de fecha 14 de setiembre de 2009, se resolvió declarar improcedente la Excepción de Incompetencia deducida por ENOSA.
- 1.18. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1234584, presentado el 18 de setiembre de 2009, EEPSA manifestó su posición respecto de las afirmaciones planteadas por ENOSA hasta la fecha.
- 1.19. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1234565, presentado el 18 de setiembre de 2009, ENOSA ofreció medios probatorios adicionales correspondientes a sus pretensiones.
- 1.20. El día 21 de setiembre de 2009 se llevó a cabo la segunda sesión de la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes y se fijaron los puntos controvertidos:

Petitorio de ENOSA

- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a EEPSA el pago a favor de ENOSA del monto de S/. 1 819 741, 00 (un millón ochocientos diecinueve mil setecientos cuarenta y uno y 00/100 Nuevos Soles) sin I.G.V., por concepto de pago de peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA, de acuerdo con el cuadro N° 1 que presentan en su escrito de reclamación.
- b) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a EEPSA el pago de los respectivos intereses compensatorios y moratorios establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, generados desde el 01 de noviembre de 1998 hasta la fecha efectiva de pago; así como el pago de las costas y costos correspondientes al presente procedimiento a favor de ENOSA.
- c) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare fundadas la Excepciones de Prescripción Extintiva y de Incompetencia respecto del lucro cesante y del servicio de vigilancia en el circuito C8 y por tanto improcedente la Tercera

Pretensión Principal de EEPSA en dichos extremos, presentada en su escrito de contestación a la reclamación.

- d) Que, en el supuesto que se declare infundadas las excepciones deducidas, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare infundada la Tercera Pretensión Principal de EEPSA presentada en su escrito de contestación a la reclamación.

Petitorio de EEPSA

- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare fundada la Excepción de Incompetencia y por tanto improcedente la reclamación presentada por ENOSA.
- b) Que, en el supuesto que se declare infundada la Excepción de Incompetencia, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc suspenda el presente procedimiento hasta que las discusiones de carácter civil no sean resueltas por el Poder Judicial.
- c) Que, en el supuesto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se considere competente para conocer la controversia, se declare que EEPSA ya ha cancelado las deudas que ENOSA indebidamente pretende cobrar.
- d) Que, en caso el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considere que los acuerdos celebrados entre EEPSA y ENOSA no son exigibles y/o válidos, y por tanto existen deudas a favor de ENOSA, se declare que los montos reclamados por ENOSA no han sido adecuadamente cuantificados, ni sustentados.
- e) Que, en caso el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considere que los acuerdos celebrados entre EEPSA y ENOSA no son exigibles y/o válidos, se declare que ENOSA se encuentra obligada a pagar la suma de S/. 2 589 539,96 (dos millones quinientos ochenta y nueve mil quinientos treinta y nueve y 96/100 Nuevos Soles) por concepto de las compensaciones vinculadas por el uso de la infraestructura que forma parte de un sistema secundario de transmisión de EEPSA y a los servicios prestados por EEPSA -con consentimiento y aprobación de ENOSA- para la operación y mantenimiento de infraestructura de transmisión que pertenece a ENOSA y cuyas compensaciones han sido reclamadas, más los intereses respectivos, y se declare que este monto podrá ser descontado por EEPSA del monto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene pagar a favor de ENOSA o de cualquier otra deuda que ENOSA mantenga a favor de EEPSA.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, con el objeto de actuar dos medios probatorios, suspendió la Audiencia Única en virtud de la facultad que le confiere el artículo 39º del ROSC y programó que ésta continuaría el día 29 de setiembre de 2009.

- 1.21. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1236959, presentado el 23 de setiembre de 2009, ENOSA presentó copia de la Carta Nº GZ3-2356-99 cumpliendo con la exhibición requerida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la segunda sesión de la Audiencia Única.

- 1.22. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1238426, presentado el 25 de setiembre de 2009, EEP SA reiteró su solicitud de que ENOSA cumpla con exhibir los reportes de fallas de las instalaciones materia de la presente controversia durante el periodo reclamado.
- 1.23. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1238629, presentado el 25 de setiembre de 2009, ENOSA manifestó su posición respecto de los medios probatorios consistentes en la exhibición de documentos.
- 1.24. El día 29 de setiembre de 2009 se llevó a cabo la tercera y última sesión de la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes y se procedió a la actuación de los medios probatorios pendientes, dándose por concluida la Audiencia Única.
- 1.25. Mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1243772 y 1244195 presentados el 05 y 06 de octubre de 2009, ENOSA y EEP SA, respectivamente, presentaron sus alegatos finales.
- 1.26. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 013-2009-OS/CC-59, de fecha 10 de noviembre de 2009, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declaró fundada la Excepción de Incompetencia del OSINERGMIN deducida por EEP SA.
- 1.27. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1274435 presentado el 03 de diciembre de 2009, ENOSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, solicitando se revoque su decisión y se ordene un pronunciamiento sobre el fondo.
- 1.28. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 014-2009-OS/CC-59, de fecha 05 de diciembre de 2009, se concedió el recurso de apelación interpuesto por ENOSA.
- 1.29. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 001-2009-TSC/59-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 09 de diciembre de 2009, se dispuso correr traslado a EEP SA del recurso de apelación interpuesto y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que lo absuelva.
- 1.30. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1283254, presentado el 22 de diciembre de 2009, EEP SA absuelve y se adhiere al recurso de apelación presentado por ENOSA.
- 1.31. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 002-2009-TSC/59-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 23 de diciembre de 2009, se dispuso correr traslado de la adhesión al recurso de apelación interpuesto a ENOSA y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que lo absuelva.
- 1.32. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1298860, presentado el 26 de enero de 2010, EEP SA solicitó la programación de la Audiencia de la Vista de la Causa a partir del día 15 de febrero de 2010.
- 1.33. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 003-2010-TSC/59-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 26 de enero de 2010, se citó a las

partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 15 de febrero de 2010.

- 1.34. El 15 de febrero de 2010 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.35. Mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1311499 y 1311264, presentados con fecha 22 de febrero de 2010, ENOSA y EEPSA presentaron sus alegatos.
- 1.36. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el ROSC, y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, en adelante LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto.

2. Argumentos de las partes.

2.1. DE ENOSA

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 Nº 013-2009-OS/CC-59, en la Audiencia de Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, ENOSA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

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

- ENOSA sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha resuelto en forma equivocada al declararse incompetente para conocer y resolver la presente controversia, por cuanto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46º del Reglamento General de OSINERGMIN y el artículo 2º del ROSC, la presente controversia se circunscribe a discutir asuntos relacionados con aspectos regulatorios o normativos sujetos a regulación por parte del OSINERGMIN.
- Por ello, señala que la resolución impugnada no está debidamente motivada conforme al ordenamiento jurídico aplicable y a los hechos probados, desconociendo además la normatividad sobre la exigencia de manifestación de voluntad expresa en las personas jurídicas, contraviniendo el inciso quinto del artículo 139º de la Constitución Política del Perú y el artículo 3º de la LPAG, por tanto, ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 10.1. de la citada ley.

2.1.2. Sobre el pago de alquileres de instalaciones y equipos de propiedad de ENOSA.

- ENOSA menciona que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha equivocado en lo expuesto en el considerando 4.1 de la resolución impugnada al afirmar que existen convenios de alquiler celebrados libremente por las partes en controversia. ENOSA indica que no existen tales convenios y que el uso de la expresión "pago de alquileres" en su escrito postulatorio es inadecuado, por cuanto lo que se reclama es el reconocimiento del pago por el uso que viene haciendo EEPSA de sus equipos e instalaciones, y que corresponde en estricta aplicación del artículo 62º de la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante

LCE, que regula las compensaciones por el uso de redes del sistema secundario o del sistema de distribución.

- Asimismo, ENOSA hace referencia al artículo 1666° del Código Civil que señala que *"Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida"*. Al respecto, agrega que sólo existe alquiler cuando hay un acuerdo de voluntades en virtud del cual se pacta por un lado la entrega de un bien, que en el presente caso ha sido entregado, y por otro, el pago de una merced conductiva, que debe ser abonada por quien hace uso de dichos bienes, hechos que no se han producido en el presente caso.
- ENOSA sostiene que no existen contratos, ni convenios de alquiler suscritos con EEP SA, sino un uso de instalaciones y equipos de su propiedad por lo que procedía que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en uso de su competencia resolviera la presente controversia por ser de naturaleza regulatoria.
- ENOSA argumenta que el Acta de Acuerdo de fecha 25 de agosto de 1998 no es en modo alguno un convenio de alquiler por cuanto de su tenor no se extrae o establece el pago de una merced conductiva por uso de equipos e instalaciones, por el contrario, señala que de dicho texto sólo se aprecia el establecimiento o disposición de acciones para dar confiabilidad o seguridad al sistema.
- Además, dice que del documento cursado por el Jefe de la Unidad de Negocios de Talara de fecha 04 de enero de 2000, de la Carta N° GZ-3009-2000 y del documento que se adjunta a éste, se aprecia que tampoco contienen un contrato o acuerdo de alquiler, sino únicamente un resumen de posturas o posiciones esbozadas al finalizar una reunión de coordinación entre funcionarios de mando medio de su empresa y de EEP SA, acuerdos que requieren ser convalidados por los legítimos representantes en atención a las formalidades previstas en la ley y que ello no ha tenido lugar.
- Al respecto, alega que el artículo 162° del Código Civil establece que *"un acto jurídico puede ser ratificado siempre que se observe la forma prescrita para su celebración"* y que el artículo 14° de la Ley General de Sociedades prescribe que todo otorgamiento de poder o representación de una persona jurídica, así como su revocación, renuncia, modificación o sustitución de representante o apoderado, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según sea el caso.
- Por tal motivo, expresa que no pueden adoptarse como válidas las decisiones tomadas por funcionarios que no estén premunidos con los poderes necesarios, como tampoco las decisiones que no hayan sido convalidadas observando la forma prescrita por la ley.
- Asimismo, añade que la vaguedad e imprecisión del párrafo 17 del punto 4.1 de la resolución impugnada, al indicar que *"existen diversos documentos presentados por EEP SA donde se aprecian acuerdos entre las partes de alquiler de equipos e instalaciones"* resulta ser una motivación aparente, toda vez que el debido proceso exige la indicación en forma expresa y específica en las razones en que se apoyen las decisiones administrativas o judiciales, advirtiéndose que en ningún documento presentado por EEP SA se refiere a alquiler o préstamo alguno, lo cual resulta ser una apreciación subjetiva y

arbitraria por parte del juzgador de primera instancia, que afecta su derecho de defensa.

- A decir de la apelante, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc acredita la existencia del convenio de alquiler argumentando lo manifestado por la propia ENOSA en su escrito presentado el 08 de marzo de 2007, en los seguidos en la controversia signada con el Expediente Nº 31-2006-CC, medio probatorio presentado por EEPSA como Anexo 1-G de su escrito de contestación a la reclamación, y que en la parte 4 nominado "Acuerdos ENOSA-EEPSA", se indica en el numeral 3.2 la existencia de acuerdos verbales en los que se estableció que las partes usarían las instalaciones eléctricas sin contraprestaciones económicas o mediante compensaciones sin pago.
- Sobre ese punto, sustenta que constituye un error conceptual del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc afirmar la existencia de contratos de alquiler o préstamo sin que haya expresa voluntad de ENOSA conforme corresponde según su régimen de poderes que regula su actuación como persona jurídica, siendo un contrasentido afirmar que una sociedad anónima que actúa mediante órganos pueda pactar acuerdos verbales que la vinculen. Por tal motivo, afirma que ante la evidente falta de acuerdos válidos, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe emitir un pronunciamiento sobre asuntos de naturaleza regulatoria (uso de instalaciones) los cuales no han sido objeto de pacto, contrato o convenio alguno que resulte válido y eficaz.

2.1.3. Sobre el pago de peajes.

- Respecto del pago de peajes, sostiene que para el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc el tema es normado por la LCE y su Reglamento y su regulación corre a cargo de OSINERGMIN a través de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria; sin embargo, existen acuerdos de cancelación de obligaciones por el uso de las referidas líneas a través de convenios y contratos de naturaleza privada y que responden a la voluntad de las partes, y por ello se sustrae de pronunciamiento sobre el fondo de la presente controversia.
- Agrega que en la resolución impugnada no se detallan los acuerdos y/o condiciones de cancelación de obligaciones por el uso de las instalaciones que se reclaman establecidas en los convenios o contratos y ello constituye una falta de motivación que afecta el derecho al debido proceso.
- Manifiesta que en caso de considerarse el Acta de Acuerdo de fecha 25 de agosto de 1998 como aquella a que se refiere el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc como un acuerdo de compensación o de cancelación de deudas, es de verse que en ninguna de las partes se confirma una compensación de deudas o créditos por pago de peajes, la cual únicamente comprende un resumen de posiciones de las partes al concluir una reunión de coordinación para asegurar la fiabilidad del sistema de distribución o transmisión involucrado, lo cual no resulta vinculante en modo alguno.

2.2. DE LA RECLAMADA EEPSA

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

- EEP SA señala respecto de la Excepción de Incompetencia que dedujo y que fue acogida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, que éste ha verificado que la reclamación presentada por ENOSA versa sobre la validez de los contratos o convenios de compensaciones mutuos celebrados entre las partes, y señala que dicha materia no es de su competencia debido que la controversia generada por ENOSA no versa sobre la obligación regulatoria sino sobre la validez de los contratos de carácter civil mediante los cuales las contraprestaciones recíprocas surgidas a partir del uso de bienes y servicios brindados por las partes han de ser compensadas.
- Asimismo, manifiesta que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que los acuerdos suscritos por las partes son de carácter civil y contractual, no regulatorio, y que versan sobre la forma en la cual se llevará a cabo el pago por las compensaciones y peajes reclamados por ENOSA y precisa que el OSINERGMIN no es el ente competente para solucionar controversias de carácter civil y su intervención se limita a las materias establecidas por ley.
- A decir de EEP SA, para ENOSA la presente controversia tiene carácter regulatorio y sobre este tema señala que ENOSA confunde las cosas por cuanto el hecho que una obligación tenga carácter regulatorio (por ejemplo, el pago de peajes), no implica que el medio de pago (por ejemplo, pagar en efectivo, con cheque o a través de acuerdos de compensaciones) también lo sea.
- EEP SA sostiene que pretender que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc tenga competencia sobre discusiones de naturaleza civil, vulnerara el carácter subsidiario de la competencia de los entes reguladores y significaría para OSINERGMIN acoger competencias propias de los Tribunales Civiles (Poder Judicial o Tribunales Arbitrales). Esto último es lo que ha pretendido ENOSA con este procedimiento, por cuanto no está en discusión la naturaleza regulatoria de los cargos y peajes por uso de instalaciones, lo que se ha señalado y probado es que dichos montos ya han sido cancelados a través de diversos acuerdos de compensación.
- Agrega que la naturaleza civil de los reclamos de ENOSA es tan evidente que a ENOSA no le ha quedado otra opción que recurrir constantemente a figuras propias del Código Civil y de carácter contractual para sustentar su apelación.
- EEP SA señala que ENOSA se ha dedicado, en el escrito mediante el cual interpone el recurso de apelación, a desvirtuar la validez de los acuerdos de compensación y pretende que el Tribunal los declare inválidos, ineficaces o nulos por no cumplir con los requisitos del Código Civil, es decir, es una discusión civil sobre eficacia o nulidad de acto jurídico que debe ser vista ante un juez civil y no ante un regulador.
- EEP SA añade que el requisito de onerosidad de las prestaciones sí esta presente en los acuerdos señalados, por cuanto en ellos se señala el valor de los equipos que fueron cedidos, como la Terna N° 3 propiedad de EEP SA, al igual que el valor de las compensaciones adeudadas que fueron compensadas y aún en el supuesto que las prestaciones no hayan sido cuantificadas económicamente no significa necesariamente la invalidez de los acuerdos.

- Respecto de la afirmación de ENOSA sobre la falta de facultades de representación que tuvieron sus representantes en los acuerdos celebrados, EEPsa argumenta que es evidente que cualquier discusión de falta de representación, representación defectuosa o poderes no inscritos deviene en una controversia sobre la eficacia del contrato y, por tanto, es una discusión civil y no regulatoria.
- Asimismo, señala que a decir de ENOSA ha existido motivación aparente porque el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en su resolución no colocó en la parte resolutive de ésta, una lista de todos y cada uno de los convenios celebrados entre las partes, los cuales obran en el Expediente y son esos acuerdos los que ENOSA ha calificado de inválidos e ineficaces.
- Al respecto, sobre la motivación en los actos administrativos, EEPsa cita al Dr. Juan Carlos Morón Urbina:

“Consiste en el derecho que tienen los administrados a que las decisiones de las autoridades respecto a sus intereses y derechos hagan expresa consideración de los principales argumentos jurídicos y de hecho, así como de las cuestiones propuestas por ellos en tanto hubieran sido pertinentes a la solución del caso. No significa que la Administración quede obligada a considerar en sus decisiones todas los argumentos expuestos o desarrollados por los administrados, sino sólo aquellos cuya importancia y congruencia con la causa, tengan relación de causalidad con el asunto y la decisión a emitirse.”

- EEPsa dice que el hecho que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no haya hecho una lista de todos y cada uno de los acuerdos, no significa que exista una motivación aparente.
- Para EEPsa, cuando el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc expresa que existen diversos documentos presentados por EEPsa donde se aprecian acuerdos entre las partes de alquiler de equipos e instalaciones, hace innecesario que se coloque el detalle de cada uno de ellos, dado que no sólo se trata de los acuerdos que han sido objeto de prueba y pronunciamiento para ambas partes sino porque el detalle que exige ENOSA ya fue dado por el propio Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la sección de Antecedentes de la resolución impugnada (ver acápite 2.1.2.1 y 2.1.2.2) al hacer el recuento de cada uno de estos acuerdos (verbales y escritos).
- EEPsa explica que lo que es aparente no es la motivación del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sino los argumentos que utiliza ENOSA para cuestionar la resolución.
- Concluye que ENOSA reclama el pago de dos conceptos bien definidos: (i) el pago de peajes por uso de sus instalaciones y (ii) el pago de alquileres por el préstamo de equipos efectuados por ENOSA a favor de EEPsa.
- Señala que en lo que respecta al pago de peajes (cinco primeros ítems del cuadro presentado por ENOSA en su escrito de reclamación) sí existen acuerdos de cancelación de deudas, las cuales han sido reconocidas expresamente por la propia ENOSA en un procedimiento anterior visto ante el OSINERGMIN (Exp. CC-31-2006), en el cual ENOSA presentó como parte de sus alegatos finales el Informe Ejecutivo Nº CT-12-2007 suscrito con el

representante de ENOSA, el Ing. Enrique García quien hoy desconoce los acuerdos de cancelación de deudas y ha solicitado el inicio del presente procedimiento.

- Asimismo, señala que respecto del pago de alquileres por el préstamo de transformadores y grupo electrógeno (ítems 6 a 8 del cuadro presentado por ENOSA en su escrito de reclamación) es evidente que se encuentran frente a contratos estrictamente civiles, y además se trata de equipos y bienes que escapan del ámbito regulatorio y cuya compensación no está prevista en ninguna norma del sector.
- EEPsa afirma que la naturaleza contractual de estos acuerdos de préstamo queda en evidencia a través de las actas de entrega suscritas entre las partes (y que fueron presentadas como prueba por la propia ENOSA).
- En cuanto a la vigencia de los acuerdos, EEPsa señala que ENOSA se contradice por cuánto en la audiencia Vista de la Causa dice que éstos han tenido vigencia de tres meses y en el Informe Ejecutivo N° CT-12-2007, antes mencionado, y en el escrito de fecha 04 de julio de 2007 -presentado en el procedimiento Exp. N° CC-31-2006 y que fuera adjuntado a su escrito N° 05-ENOSA deja constancia de la vigencia de los referidos acuerdos.
- Por otro lado, EEPsa se adhiere al recurso de apelación formulado por ENOSA y solicita sobre la base de lo establecido en los artículos 88° del Reglamento General de OSINERGMIN y 47° de la LPAG se condene a ENOSA al pago de los costos del presente procedimiento.
- EEPsa discrepa en su totalidad con el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre la condena de costos por no considerar posible asimilar los costos de un procedimiento como parte de las costas. Menciona que se trata de dos conceptos totalmente distintos y que ya han sido delimitados expresamente por la legislación (artículos 410° y 411° de la LPAG).
- Agrega que denegar la posibilidad de que se condene al pago de costos, es impedir que la Administración haga uso de una de las principales herramientas de disuasión de denuncias sin fundamento y obstaculización del procedimiento a través de conductas dilatorias por parte de los administrados.
- Indica que ENOSA se ha aprovechado de esta falta de condena para presentar una apelación carente de todo sustento fáctico y jurídico, ocasionado un mayor consumo de tiempo y recursos no sólo de EEPsa sino del Organismo encargado de resolver esta controversia.

3. Análisis del Tribunal

3.1. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias para conocer la presente controversia:

ENOSA cuestiona la resolución emitida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por cuanto la considera manifiestamente equivocada respecto del derecho que resulta aplicable, y por desconocer la facultad del OSINERGMIN para pronunciarse sobre asuntos relacionados con aspectos regulatorios o normativos, además, agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría incurrido

en motivación aparente al no haber detallado expresamente sobre qué documentos sustenta su decisión.

Al respecto, corresponde en primer lugar determinar sobre qué materia versa la presente controversia y luego, analizar si los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN son competentes o no para resolverla.

ENOSA plantea su reclamación solicitando que se ordene a EEP SA el pago a su favor de peaje y alquileres¹ por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA, de acuerdo con el cuadro N° 1 que presenta en su escrito de reclamación -petitorio que fue reconocido por ENOSA en la Audiencia Única que se llevó a cabo-.

Por su parte, EEP SA argumenta que los conceptos reclamados ya fueron cancelados al existir acuerdos entre las partes sobre mutuas compensaciones sobre las instalaciones cuyo pago es materia de litis.

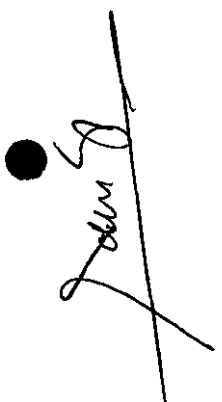


De conformidad con lo manifestado a lo largo del presente procedimiento por ambas partes, éstas no discuten el carácter regulatorio de la determinación de los peajes y compensaciones de acuerdo con lo previsto en la LCE, ni la obligación de carácter regulatorio a cargo de EEP SA (señalamos sólo ésta, por cuanto EEP SA solicita que sólo debe atenderse su reclamación contenida en sus pretensiones principales si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se declara competente).

De los actuados, se ha constatado que ambas empresas manifiestan expresamente su voluntad de dar en uso las instalaciones de su propiedad a favor de la otra parte; así tenemos:

- i) Acta de acuerdos sobre reunión de coordinación entre EEP SA y ENOSA, suscrita por ambas con fecha 25 de agosto de 1998, la cual se llevó a cabo con el objetivo de adecuar las instalaciones del sistema eléctrico en el área de Verdún y en la cual se acordó que EEP SA pondría a disposición de ENOSA por el lapso de tres meses renovables por mutuo acuerdo, el uso de la subestación de maniobras en 13.2 Kv. de la C.E. Verdún, sin ningún costo, quedando bajo responsabilidad de ENOSA la operación y mantenimiento de dicha subestación y a su vez, se acordó que ENOSA permitiría a EEP SA el uso de la Subestación Pariñas, en la parte que le correspondía a sus operaciones, igualmente sin costo y por el mismo lapso. Asimismo, se acordó que la C.E. Verdún quedaría conectada al sistema por los circuitos C-8 y C-9 anillados en 13.2 Kv, para lo cual EEP SA suministraría por seis meses los interruptores de estos circuitos para el enlace con la barra 13.2 Kv y ENOSA reemplazaría con disyuntores más confiables. Obra a fojas 335 del Expediente (Anexo 1.C del escrito de reclamación presentado por ENOSA) y a fojas 483 del Expediente (Anexo 1-D del escrito de contestación de reclamación presentado por EEP SA).
- ii) Acta de Reunión de Coordinación entre EEP SA y ENOSA, suscrita por ENOSA con fecha 27 de noviembre de 1998, la cual tiene como objetivo el suministro de energía a la zona Talara. En el punto 1 sobre suministro

¹Recientemente, en el escrito de interposición del recurso de apelación ENOSA precisa que utilizó incorrectamente el término alquiler y lo que hubo fue un uso de instalaciones y equipos de su propiedad por las que corresponde el pago de compensaciones conforme a la LCE.

a las Plantas Gas Pariñas - Verdún, literal e) las partes acordaron, entre otros, intercambiar peaje por el uso de la línea C-8 Base El Pato - Verdún de propiedad de ENOSA con las Ternas 3 de Malacas- El Alto y 5 de Malacas- El Pato. Obra a fojas 479 a 481 del Expediente (Anexo 1-E del escrito de contestación de reclamación presentado por EEPSA).

- 
- 
- 
- iii) Acta de Reunión de Coordinación entre EEPSA y ENOSA, suscrita por ambas con fecha 30 de marzo de 1999, la cual tuvo como objetivo la reposición línea circuito C8 Córpac-Verdún en la cual ENOSA se comprometió a efectuar la reposición de éste en 10 días hábiles, de acuerdo a un nuevo trazo. Asimismo, se acordó que las compensaciones económicas por peajes correspondientes al uso de las instalaciones de ambas empresas, se analizarían posteriormente luego que ENOSA concluyera con la reposición del circuito C8. Obra en fojas 328 del Expediente (Anexo 1.C del escrito de reclamación presentado por ENOSA).
- iv) Carta N° EEPSA-GE-232 suscrita por EEPSA con fecha 28 de diciembre de 1999, en la cual se da respuesta a una comunicación previa de ENOSA (S/M GZ3-2661-99 y GZ3-2356-99) sobre una propuesta de Acta de Reunión realizada en diciembre de 1999 y en la cual manifiesta EEPSA que no está conforme con algunos puntos consignados en el proyecto de acta que remitiera ENOSA y precisa que la utilización del circuito C-8 (El Pato-Verdún) para la Planta de Gas Verdún es en compensación por el uso de parte de ENOSA de las instalaciones, interruptores y relés de protección de las Ternas Nos. 4 y 6 en la C.E. Malacas y por el peaje de la Terna N° 3. Obra a fojas 569 y 570 del Expediente (Anexo 3-A del escrito presentado por EEPSA con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1214971).
- v) Carta N° GZ3-009-2000 de fecha 04 de enero de 2000, suscrita por el jefe Zonal Talara de ENOSA en respuesta a la comunicación remitida por EEPSA indicada en el numeral anterior mediante el cual adjunta el Acta de Reunión sobre determinación del consumo de ENOSA en la subestación Talara 220 KV (suscrita por ENOSA en año 2000) en la que se señala en el punto 1 del Ítem Acuerdos que el circuito C8 de ENOSA (El Pato-Verdún) y la S.E. Pariñas continuarían dando exclusivo servicio a EEPSA para las Plantas de Gas Verdún y Pariñas en compensación por el peaje que ENOSA debería pagar por el uso de las instalaciones, interruptores y relés de protección de las Ternas Nos. 3 y 6 de la C.E. Malacas. Obra a fojas 476 y 477 del Expediente (Anexo 1-F del escrito de contestación de reclamación presentado por EEPSA).
- vi) Informe Ejecutivo N° CT-12-2007 suscrito por ENOSA referente a la reclamación presentada por EEPSA por el uso de la infraestructura del sistema secundario de transmisión correspondiente al expediente N° CC-31-2006. Obra a fojas 470 a 473 del presente Expediente (Anexo 1-G del escrito de contestación de reclamación presentado por EEPSA con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1212439 y escrito de alegatos presentado por ENOSA con Registro de Mesa de Partes N° 816665 del expediente N° CC-31-2006).

Ambas partes reconocen expresamente en distintas oportunidades la existencia de acuerdos, incluso acuerdos verbales, sobre mutuas concesiones

que se hacen para dar por cancelada su acreencia sobre uso de instalaciones y equipos de su propiedad. Así tenemos el escrito presentado por ENOSA en el procedimiento llevado a cabo ante los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN, Exp. N° 31-2007-OS-CC/26-2007-TSC, en el cual mediante escrito con registro de Mesa de Partes N° 816665, ENOSA adjunta el Informe Ejecutivo N° CT-12-2007, en el cual manifiesta textualmente: "Con respecto a estas instalaciones debemos precisar que ENOSA utilizaba instalaciones de EEPSA y EEPSA utilizaba instalaciones de ENOSA por acuerdos verbales y escritos entre ambas empresas sin derecho a compensación económica alguna". En ese informe y bajo el título de "Acuerdos ENOSA - EEPSA" hace referencia al Acta de Acuerdos de fecha 25 de agosto de 1998 respecto de la SED PARIÑAS, y a sendos acuerdos verbales sobre la S.E. Planta Pozo y a otros acuerdos que implican descuentos de EEPSA referidos entre otros, a Circuitos C8, C9, S.E. Pariñas, Planta Pozo y SED Sección 74 (es decir, sobre las instalaciones materia de reclamación del numeral 1 al 5 del cuadro N° 1 de su escrito de reclamación, fojas 405).

Cabe señalar que el escrito referido en el párrafo precedente, con registro de Mesa de Partes N° 816665, presentado en "calidad de alegatos finales" fue suscrito por el señor Fidel Rocha Miranda, quien tenía poderes para representar a ENOSA ante instituciones públicas o privadas, así como ante cualquier autoridad civil, administrativa, judicial, arbitral, entre las que se encuentra OSINERGMIN, según Escritura Pública de fecha 23 de diciembre de 2003 otorgada ante la Notaria Rulbi Vela Velasquez (obra en el Exp. N° 31-2007-OS-CC/26-2007-TSC). En tal sentido, queda claramente ratificada la vinculación de ENOSA con lo manifestado en el referido documento y su adjunto.

Es necesario mencionar que el artículo 20° del ROSC establece que toda información que se presente o proporcione a los funcionarios de las instancias de solución de controversias de OSINERGMIN dentro de un procedimiento administrativo tendrá carácter de declaración jurada.

Asimismo, lo manifestado por ENOSA es considerado una declaración asimilada en virtud de lo dispuesto por el artículo 221° del Código Procesal Civil -norma de aplicación supletoria a este procedimiento- que señala que: "las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tiene como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa". Cabe precisar que el procedimiento anterior no ha sido declarado nulo.

Se ha podido verificar que además de la declaración de ENOSA, ambas partes se han cursado comunicaciones desde el año 1998 en la cual manifiestan expresamente su voluntad de usar y permitir usar las instalaciones de la otra empresa sin costo alguno y además, que ambas partes se han comportado de manera tal que han corroborado esa expresión de voluntades hasta el año 2007.

Al respecto, el artículo 141° del Código Civil señala que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, definiendo esta última como aquella en que la actitud y circunstancias de comportamiento revelan su existencia.

En el caso de ENOSA, ha usado las instalaciones de EEPSA que fueron materia de los documentos señalados anteriormente sin pagar, ni ofrecer pagar

por ello y EEPSA también ha venido comportándose de acuerdo con lo manifestado en esos documentos.

Es decir, entre los años 1998 y 2007 ENOSA ha venido comportándose de acuerdo con lo manifestado en los referidos documentos y lo reconocido mediante su propia declaración en el Informe técnico antes mencionado.

Es necesario precisar que no existe dispositivo en el sector eléctrico que regule o establezca formalidades o requisitos para la celebración de acuerdos entre partes. En tal caso, las partes deben cumplir las formalidades o requisitos contemplados en el derecho común y que todo acto jurídico -acuerdo de partes- debe cumplirse.

Por tanto, si en el presente procedimiento una de ellas, ENOSA, niega que en tales acuerdos se haya pactado lo que en anterior oportunidad manifestó y aseveró (declaración asimilada) y discute los alcances e interpretación del contenido de alguno de los documentos, que éstos no cumplen los requisitos que debieran tales como señalar determinación de renta "merced conductiva" o debida representación, es preciso determinar la validez de tales acuerdos y posteriormente, lo que en ellos se expresó y si esto alcanza a las instalaciones y equipos cuyo pago de peajes y compensaciones se requiere.

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.

Al respecto, es preciso 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 21º del Reglamento General², el Consejo Directivo del OSINERGMIN aprobó, a través de la Resolución Nº 0826-2002-OS/CD, el ROSC.

El artículo 2º 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 46º del Reglamento General de OSINERGMIN y el artículo 2º del ROSC.

Tal como lo manifiesta el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la resolución impugnada, de conformidad con los dispositivos indicados en el párrafo precedente, la competencia de OSINERGMIN para resolver controversias en el sector eléctrico -sector que nos ocupa- se circunscribe a aquellas que se refieren a discutir o limitar el acceso de usuarios a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión, como los de los sistemas de distribución eléctrica y aquellas relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

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"³.

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 casos de delegación, sustitución, avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes"⁴.

² Reglamento General: artículo 21º: "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."

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición, Madrid. Civitas, ps. 429 y 433.

⁴ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, p. 209.

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”*.

Sobre el particular, cabe señalar que el inciso c) del artículo 43° de la LCE define aquellos precios que están sujetos a regulación, como las tarifas y compensaciones de sistema de transmisión y distribución. Asimismo, el inciso d) del artículo 34° de la LCE establece la obligación de la concesionaria de distribución eléctrica de permitir el uso de sus instalaciones por parte de terceros con el correspondiente pago. Finalmente, debemos considerar que el artículo 62° de la LCE en concordancia con lo señalado previamente, establece que las compensaciones y peajes por las redes del sistema secundario de transmisión o del sistema de distribución serán reguladas por OSINERGMIN.

De lo expuesto, se colige que la LCE establece que el precio por el uso de redes de transmisión y distribución se encuentra regulado por OSINERGMIN y por tanto se encuentra dentro de sus competencias de supervisión, regulación y fiscalización.

Y en tal sentido, si la discusión versara estrictamente sobre el precio por el uso de tales redes o derecho al cobro por tales conceptos -sin cuestionar un acuerdo privado- sí constituiría una materia de competencia de OSINERGMIN, de conformidad con lo que disponen los artículos 46° del Reglamento General de OSINERGMIN y el artículo 2° del ROSC.

Tal como hemos analizado anteriormente, en la presente litis lo que se busca es dilucidar si los acuerdos -actos jurídicos celebrados y reconocidos por expresa manifestación de las partes ENOSA y EEP- son válidos y de ser así, constituyen o no una materia sobre la que deban pronunciarse los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN.

Al respecto, este Tribunal considera que la cuestión en discusión, por estar referida exclusivamente a la validez de acuerdos privados y a la forma como éstos deben ser interpretados a partir de lo manifestado por las partes, no constituye una materia que esté comprendida dentro de la facultad reglada de solución de controversias.

De otro lado, sobre la motivación aparente de la resolución impugnada alegada por ENOSA, por no haber señalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc cuales fueron los convenios celebrados entre las partes sobre cancelación o compensación de deudas, se ha verificado que en la referida resolución (parte “Considerandos”) se ha consignado un detalle de los documentos en los que se encuentra manifiesta la voluntad de las partes respecto de la compensación mutua de las acreencias por peajes y compensación de deudas de las instalaciones y equipos del sistema de su propiedad y en los cuales sustenta su análisis y posterior pronunciamiento. Estos documentos que fueron presentados, admitidos y actuados como medios probatorios son plenamente identificables en el texto de la resolución, tal es así que ENOSA en el escrito de interposición del presente recurso hace referencia a ellos, cuestionado por ejemplo, la falta de representación para suscribirlos, así como la falta de

determinación de renta. Por tanto, no existe una motivación aparente en la resolución impugnada que limite el derecho del debido procedimiento de ENOSA.

Por último, cabe precisar que la reclamación de ENOSA sobre el pago por uso de equipos de su propiedad (Nos. 6 a 8 del Cuadro Nº 1 de su escrito de reclamación), constituye materia del ámbito estrictamente civil por tratarse de contratos de préstamo, tal como lo señala la propia ENOSA (sobre el uso de transformador de 250kVA a fojas 331 del Expediente).

Por lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por ENOSA y confirmar en este extremo la resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

Sin perjuicio del análisis realizado es menester precisar que la facultad de regular las compensaciones y peajes por el uso de las redes del sistema secundario de transmisión o del sistema de distribución corresponde exclusiva y excluyentemente a OSINERGMIN⁵.

3.2. Sobre el pago de costos.

EEPSA cuestiona el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc respecto de la denegatoria de la condena de costos.

En ese sentido, señala que costas y costos del procedimiento son dos conceptos de naturaleza procesal distinta y así lo ha delimitado el Código Procesal Civil. Asimismo, manifiesta que el texto del artículo 47.2º de la LPAG, no se contradice con lo dispuesto por el artículo 88º del Reglamento General del OSINERGMIN y a fin de demostrar que sí está permitida la condena de costos, hace referencia a pronunciamientos del INDECOPI que ordenan su pago.

Al respecto, corresponde a este Tribunal, revisar las normas relativas a esta materia.

El artículo 88º del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM⁶, establece lo siguiente:

"Artículo 88º.- Costos y Costas de los Procedimientos

⁵) De conformidad con lo dispuesto por el artículo Único de la Ley Nº 27239, publicada el 22 de diciembre de 1999, el texto del artículo 62º es el siguiente: *"Las compensaciones por el uso de las redes del sistema secundario de transmisión o del sistema de distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía.*

En los casos que el uso se efectúe en sentido contrario al flujo preponderante de energía, no se pagará compensación alguna.

Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del sistema secundario de transmisión y/o del sistema de distribución serán resueltas por el OSINERG quien actuará como dirimiente a solicitud de parte, debiendo pronunciarse en un plazo máximo de 30 (treinta) días, siendo obligatorio su cumplimiento para las partes involucradas. El Reglamento de la Ley establecerá el procedimiento y las instancias respectivas."

Este artículo fue modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 28832, publicada el 23 julio 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Las compensaciones y peajes por las redes del Sistema Secundario de Transmisión, o del Sistema de Distribución serán reguladas por OSINERG.

Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del Sistema Secundario de Transmisión como del Sistema de Distribución serán resueltas por OSINERG."

⁶Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 09 de mayo de 2001.

En cualquier procedimiento, el ÓRGANO DE OSINERG⁷ competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante u OSINERG⁷.

Del texto del dispositivo indicado, podemos colegir que éste se refiere a procedimientos sancionadores, utiliza palabras como "sanción", "infractor", términos vinculados directamente al ejercicio de la potestad sancionadora de OSINERGMIN, que no corresponde al caso materia de análisis, que es un tipo distinto de procedimiento, como es el de solución de controversias en el cual no está en discusión la comisión de una conducta punible, sino la determinación de un derecho.

Las resoluciones emitidas por diversas instancias del INDECOPI presentadas por EEPISA, responden a la aplicación del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807⁸, que aprueba las facultades, normas y organización del INDECOPI, el cual señala que:

"Artículo 7°.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI..."

Tal como puede apreciarse, el texto del referido artículo es similar al del ya comentado artículo 88° del Reglamento General del OSINERGMIN en cuanto se refiere a procedimientos sancionadores, tal es así que en la Resolución N° 0754-2008/TPI-INDECOPI, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, determinó el pago de costas y costos respecto del procedimiento en el cual se declaró fundada la acción por **infracción** a los derechos de propiedad industrial y se impuso una multa.

La LPAG, norma que entró en vigencia en octubre de 2001, establece lo siguiente:

"Artículo 47°.- Reembolso de gastos administrativos.

47.1. Sólo procede el reembolso de gastos administrativos cuando una ley expresamente lo autoriza.

Son gastos administrativos aquellos ocasionados por actuaciones específicas solicitados por el administrado dentro del procedimiento. Se solicita una vez iniciado el procedimiento administrativo y es de cargo del administrado que haya solicitado la actuación o de todos los administrados, si el asunto fuera de interés común; teniendo derecho a constatar y, en su caso, a observar, el sustento de los gastos a reembolsar.

⁷ De acuerdo con lo dispuesto el artículo 18° de la Ley N° 28964, cualquier mención a OSINERG, debe entenderse que se refiere a OSINERGMIN.

⁸ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 18 de abril de 1996.

47.2. No existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo".

Es de destacar que el Reglamento General del OSINERGMIN, como el Decreto Legislativo N° 807, son normas emitidas con anterioridad a la vigencia de la LPAG.

Al respecto, teniendo en cuenta que el Reglamento General del OSINERGMIN, es una norma anterior y de menor jerarquía que la ley, prima la LPAG⁹, esto sin dejar de recordar -como lo señaláramos anteriormente- que la disposición del artículo 88° del Reglamento General estaba dirigida sólo para los procedimientos sancionadores.

En ese sentido, tal como lo declaró el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no corresponde en el procedimiento de solución de controversias condena de costas, por expresa declaración de la LPAG.

En cuanto a los costos -honorarios del abogado de la parte vencedora¹⁰-, es clara la distinción de este concepto respecto de las costas, conforme se aprecia de los artículos 410° y 411° del Código Procesal Civil; por tanto, en este aspecto este Tribunal no comparte el criterio del juzgador de primera instancia de asimilar el primero al segundo concepto.

El hecho que la LPAG no contemple la condena de costos, no significa que la permita.

En virtud del principio del debido procedimiento administrativo -contenido en el numeral 1.2. de la LPAG- la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. Justamente esta aplicación supletoria del derecho procesal común, de acuerdo con el espíritu del principio indicado lo es para temas directamente vinculados al debido procedimiento, es decir, tales como el derecho de exponer sus argumentos, ofrecer y producir medios probatorios y a obtener decisiones motivadas y sustentadas en derecho.

El régimen administrativo tiene como objetivo hacer lo menos gravoso posible la participación del administrado, por ello la LPAG contiene disposiciones que establecen por qué conceptos debe pagar -Capítulo I del Título II- y qué requisitos se deben cumplir para poder cobrarlos.

Congruentemente con este criterio, el artículo 47° de la LPAG reconoce sólo como conceptos a ser reembolsados los gastos administrativos. La omisión de mencionar los costos, no es por tanto, como señala EEPSA un permiso a aplicarlos, sino más bien una consideración expresa de no reconocerlos en el derecho administrativo. Así también lo entiende la doctrina, Juan Carlos Morón dice que *"si el recurrente pierde el recurso sólo paga los gastos lógicos que privadamente hubiere generado en su propio interés, por ejemplo honorarios de los abogados, pero en ningún caso asume los costos (honorarios de abogado de la otra parte, en caso de procedimientos trilaterales)..."*.

⁹ En el caso del Decreto Legislativo N° 807, entendemos que prima el principio de especialidad por eso INDECOPI la viene aplicando.

¹⁰ Definido en el artículo 411° del Código Procesal Civil.

De otro lado, sin perjuicio de lo manifestado, este Tribunal ha evaluado la conducta procesal de ENOSA y ha advertido que no ha obstaculizado el normal desarrollo del procedimiento, ni ha presentado recursos o escritos dilatorios con el ánimo de entorpecerlo.

Por las razones expuestas, y de conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley Nº 27332, el Reglamento General de OSINERGMIN; aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN Nº 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 Nº 27444.

SE RESUELVE:

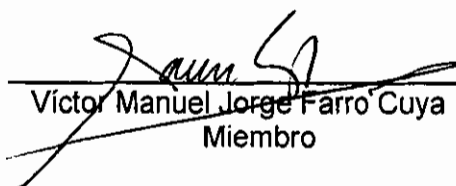
ARTÍCULO 1º.- Declarar Infundado en todos sus extremos el Recurso de Apelación interpuesto por la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD - ELECTRONOROESTE S.A., en atención a lo expuesto en el numeral 3.1. de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar la Resolución Nº 013-2009-OS/CC-59.

ARTÍCULO 2º.- Declarar Infundada la Adhesión presentada por la EMPRESA ELÉCTRICA DE PIURA S.A. al Recurso de Apelación interpuesto por la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD - ELECTRONOROESTE S.A. en atención a lo expuesto en el numeral 3.2. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3º.- 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