

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 004-2010-TSC/60-TSC-OSINERGMIN**

Expediente : 60-TSC-OSINERGMIN

Partes : ENERSUR S.A.
CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.

Materia : Pago de resarcimiento por compensaciones por concepto de rechazo de carga por mínima frecuencia.

Apelante : CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.

Resolución Impugnada : 004-2010-OS/CC-60

Lima, 04 de mayo de 2010.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la empresa CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., en adelante TRANSMANTARO, contra la Resolución N° 004-2010-OS/CC-60, en la controversia seguida por la empresa ENERSUR S.A., en adelante ENERSUR.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1245312, ENERSUR presentó reclamación contra TRANSMANTARO el 12 de octubre de 2009.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 226-2009-OS/CD, de fecha 26 de noviembre 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-60, de fecha 27 de noviembre de 2009, se admitió a trámite la reclamación presentada por ENERSUR 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-60, de fecha 22 de diciembre de 2009, se admitió la contestación de TRANSMANTARO a la reclamación presentada por ENERSUR, la cual se puso en conocimiento de la reclamante y se citó a Audiencia Única para el día 08 de enero de 2010.

- 1.5. El día 08 de enero de 2010 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 ENERSUR

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a TRANSMANTARO cumpla con pagarle la suma de S/. 178.92 (Ciento Setenta y Ocho con 92/100 Nuevos Soles) por concepto de reembolso de compensaciones por rechazos de carga por mínima frecuencia, los cuales ENERSUR ha cumplido con pagar a su cliente, la empresa Electrosur; y los respectivos intereses compensatorios y moratorios establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Petitorio de TRANSMANTARO

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

- 1.6. Mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1291500 y 1292057 presentados el 12 y 13 de enero de 2010, TRANSMANTARO y ENERSUR respectivamente, presentaron sus alegatos.
- 1.7. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 004-2010-OS/CC-60, de fecha 28 de enero de 2010, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declaró fundada la reclamación presentada por ENERSUR contra TRANSMANTARO.
- 1.8. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1305890 presentado el 10 de febrero de 2010, TRANSMANTARO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, solicitando su nulidad e infundado el escrito de reclamación.
- 1.9. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2010-OS/CC-60, de fecha 11 de febrero de 2010, se concedió el recurso de apelación interpuesto por TRANSMANTARO.
- 1.10. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 001-2010-TSC/60-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 15 de febrero de 2010, se corrió traslado del recurso de apelación interpuesto a ENERSUR y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que lo absuelva.
- 1.11. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1318395, presentado el 08 de marzo de 2010, ENERSUR absuelve el recurso de apelación presentado por TRANSMANTARO.
- 1.12. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 002-2010-TSC/60-2009-TSC-OSINERGMIN, de fecha 09 de marzo de 2010, se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 23 de marzo de 2010.
- 1.13. El 23 de marzo de 2010 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.

- 1.14. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1329911, el 30 de marzo de 2010, ENERSUR presentó sus alegatos.
- 1.15. 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 Nº 27444, en adelante LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto.

2. Argumentos de las partes.

2.1. DE TRANSMANTARO

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 004-2010-OS/CC-60, en la Audiencia de Vista de la Causa y las diapositivas que adjuntó, TRANSMANTARO sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.1.1. Sobre la interpretación incorrecta de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE.

- TRANSMANTARO señala que la pretensión discutida en el presente procedimiento está referida al evento ocurrido en el primer semestre del año 2007. Asimismo, señala que la Décimo Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante NTCSE, vigente en tales periodos señalaba lo siguiente:

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

- TRANSMANTARO indica que la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE señalaba originalmente que las interrupciones originadas por la actuación de los relevadores de protección por mínima frecuencia son atribuibles a la generación, y que tal disposición fue modificada en el año 2001 agregándosele un segundo párrafo en el cual se señalaba que el COES debía determinar el miembro responsable de las interrupciones aplicando lo dispuesto en el numeral 3.5 de la NTCSE.
- Agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sostiene que si la intención hubiera sido seguir atribuyendo exclusivamente al generador la responsabilidad por las interrupciones, no hubiese existido razón para agregar el segundo párrafo, considerando que lo establecido en el numeral 3.5 de la NTCSE se encontraba vigente.
- Para TRANSMANTARO lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la resolución impugnada es producto de una incorrecta interpretación de lo dispuesto en la Décimo Tercera Disposición Final y en el numeral 3.5 de la

NTCSE. Por ello, menciona que lo ordenado por éste contraviene el principio de legalidad en materia administrativa al basarse en una interpretación contraria al texto expreso de la norma, y por lo cual debe ser declarado nulo de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG.

- TRANSMANTARO argumenta que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3.5 de la NTCSE en los casos de transferencias de energía en condiciones de mala calidad, el COES debe investigar e identificar, mediante un análisis estrictamente técnico, de entre todo el universo de actores del sistema, a los integrantes de éste responsables por dichas transferencias, a quienes les corresponde asumir de forma definitiva el pago de las compensaciones a las que hubiere lugar.
- Añade que sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo establecido en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE para los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia éstas son atribuibles exclusivamente a los generadores integrantes del sistema. Ello, al margen de la función del COES de investigar e identificar de entre éstos (es decir, entre los generadores) mediante el análisis técnico correspondiente a aquellos responsables definitivos de dichas interrupciones y por tanto, obligados a la realización final de las compensaciones debidas.
- TRANSMANTARO sostiene que para el caso específico sobre las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia la opción normativa elegida ha sido establecer una suerte de atribución o responsabilidad objetiva exclusivamente "en cabeza" de aquellos generadores que, en mérito del análisis técnico a ser realizado por el COES, sean identificados por éste como responsables definitivos de dichas interrupciones, y por tanto, responsables finales del pago de las compensaciones debidas.
- Por tal motivo, TRANSMANTARO menciona que en los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia prevista en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE, el COES sólo podía atribuir responsabilidad a los generadores y pese a ello en los casos materia de controversia atribuyó responsabilidad a una empresa concesionaria de transmisión. La apelante advierte que la interpretación desarrollada por el Cuerpo Colegiado Ad-hoc en la resolución impugnada resulta contraria a lo dispuesto por la norma.
- A decir de TRANSMANTARO si el objetivo de la modificación de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE hubiese sido como sostiene el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, ampliar el alcance de su redacción original a efectos de incluir como posibles responsables por los rechazos de carga por mínima frecuencia a las empresas de transmisión que conforman el COES, dicha modificación no habría tenido sentido alguno, pues para ello hubiera bastado con eliminar la referida Disposición Final y aplicar directamente en todos los casos de transferencia de energía en condiciones de mala calidad la regla establecida en el numeral 3.5 de la NTCSE.
- TRANSMANTARO sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc pretende por la vía de la interpretación dejar sin efecto lo dispuesto en el primer párrafo de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE. Afirma que la correcta

interpretación del numeral 3.5 y de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE lleva a concluir que mientras la primera de las disposiciones establecía la regla general en materia de atribución de responsabilidad, la Disposición Final regulaba el supuesto específico de rechazo de carga por mínima frecuencia, estableciendo para ello un criterio de atribución de responsabilidad objetiva en cabeza exclusivamente de los generadores.

- Para TRANSMANTARO la justificación coherente para la introducción de ese segundo párrafo es la de armonizar ambas disposiciones estableciendo un procedimiento común para la atribución de responsabilidad por parte del COES, conforme con lo dispuesto por el numeral 3.5., pero partiendo siempre de las reglas de atribución de responsabilidad previstas para cada uno de los supuestos. Es decir, el objetivo de la introducción de dicho párrafo fue que partiendo del criterio de responsabilidad objetiva exclusivamente "en cabeza" de los generadores del sistema, posteriormente el COES determine de entre éstos, a aquellos generadores que, como responsables finales, deben asumir las compensaciones debidas de forma definitiva, conforme con lo establecido en el numeral 3.5.
- TRANSMANTARO agrega que la opción normativa adoptada en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE para los casos específicos de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, se sustenta en una perfecta lógica económica. Ello toda vez que los generadores, a diferencia de los transmisores, se encuentran en una mejor posición para evitar los riesgos de la ocurrencia de dichas interrupciones y sus consecuencias, ya sea a través del control de éstas, o a través de la "internalización" de sus costos en los contratos de suministro que celebran con sus clientes (distribuidores y/o grandes sectores industriales). Lo señalado previamente se justifica en lo siguiente:
 - (i) Los transmisores son elementos pasivos en el sistema y no cuentan con elementos para el control de la frecuencia en éste, mientras que los generadores sí son elementos activos en el sistema y cuentan con elementos o mecanismos de control de la frecuencia (por ejemplo, con máquinas para otorgar reserva rotante, decidiendo el nivel de riesgo y beneficios económicos inherentes); y,
 - (ii) A diferencia de los transmisores (actores pasivos en el sistema que operan bajo la regla del "open access" y en mérito de tarifas reguladas), los generadores, concededores que las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia son situaciones que normalmente se verifican en el mercado eléctrico nacional, tienen la posibilidad de establecer las condiciones con sus clientes mediante el trato directo, pudiendo por tanto en mérito de ello establecer (entre ventas reguladas a distribuidoras, ventas a clientes libres a tarifas no reguladas, ventas spot con altos costos de oportunidad, entre otras) políticas y prácticas que les permitan trasladar los costos de los riesgos y las consecuencias de interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia a sus clientes (distribuidores y/o grandes sectores industriales).
- TRANSMANTARO argumenta que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha analizado en la resolución impugnada lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 002-2008-EM, el cual modifica el texto de la Décimo Tercera Disposición Final de la

NTCSE, y sostiene que este dispositivo no tiene relación alguna con los hechos materia de discusión, en la medida que ha sido emitida con posterioridad a la ocurrencia de tales hechos y que resulta arbitrario que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc pretenda interpretar -contraviniendo todas las reglas de la interpretación jurídica- el sentido de lo dispuesto por la referida Disposición Final vigente en el periodo de la controversia utilizando una norma que ha entrado en vigencia posteriormente.

- Para TRANSMANTARO la modificación de los alcances de la referida Disposición Final de la NTCSE, es un argumento a favor de su tesis, esto es, que en el periodo de la controversia, la norma atribuía la responsabilidad por el pago de las compensaciones respectivas de forma exclusiva a los generadores.

2.1.2. Sobre la nulidad de la resolución impugnada por contravenir el Principio de Legalidad.

- TRANSMANTARO señala que la resolución impugnada contraviene lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE, por lo cual incumple con el principio de legalidad de los actos administrativos, incurriendo en causal de nulidad.
- Menciona que la actuación de la administración pública se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y específicamente, al principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual sostiene que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueran conferidos.
- Asimismo, precisa que un acto administrativo para que sea considerado legalmente válido no debe contravenir ninguna norma jurídica o principio que integre el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario incurrirá en una causal de nulidad insubsanable, conforme lo establece el artículo 10º de la LPAG.
- TRANSMANTARO sostiene que en la resolución impugnada el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha considerado la regla de responsabilidad o de atribución general objetiva establecida en la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE, y por el contrario, ha realizado una errada interpretación de ésta, la cual se sustenta en contra del texto de la norma estableciendo una atribución de responsabilidad a una empresa transmisora.
- Argumenta que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 10º de la LPAG, la contravención a las leyes es causal de nulidad de los actos administrativos; y por tanto, lo ordenado en los artículos 1º, 2º y 3º de la resolución impugnada debe ser declarado nulo.

2.1.3. Sobre las facultades del COES para determinar responsables del incumplimiento de las disposiciones de la NTCSE.

- TRANSMANTARO precisa que el hecho de que el COES lo haya determinado como responsable de las transgresiones a la NTCSE, y que se haya decidido no impugnar dicho pronunciamiento, no limita en forma alguna su derecho de

exigir vía el procedimiento de solución de controversias la revisión de la atribución de responsabilidad efectuada por el COES, pues éste es un derecho expresamente previsto en el marco legal y una facultad con la que cuentan las instancias de solución de controversias del OSINERGMIN.

- Considera que el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, una vez iniciada una reclamación por esta materia deben determinar si en virtud de los hechos y las pruebas del caso, el COES atribuyó legalmente la responsabilidad en el marco de lo dispuesto por la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 de la NTCSE.

2.1.4. Sobre la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 004-2007-TSC/28-2007-OSINERGMIN.

- TRANSMANTARO precisa que no ha manifestado que la Resolución N° 004-2007-TSC/28-2007-TSC/OSINERGMIN tenga carácter de observancia obligatoria, sino que debe ser tomada en consideración en la presente controversia, en la medida que: (i) se refiere a hechos similares a los que son materia de controversia en el presente procedimiento, sólo que abarca periodos distintos; (ii) interpreta los alcances de la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE y (iii) se trata de un pronunciamiento de la segunda y última instancia administrativa de solución de controversias del OSINERGMIN.

2.1.5. Suspensión de la ejecución.

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

2.2. DE ENERSUR

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

- Respecto del argumento de TRANSMANTARO que afirma que las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia son atribuibles exclusivamente a los generadores amparándose en la Décima Tercera Disposición de la NTCSE, ENERSUR señala que ello carece de todo sustento legal ya que dicha disposición final establece que el COES es el que

determinará al responsable de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia aplicando lo establecido en el numeral 3.5 de la NTCSE.

- ENERSUR sostiene que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.5 de la NTCSE, el COES está obligado a investigar e identificar a los integrantes del sistema responsables por el incumplimiento con la calidad del producto y del suministro, y en esta identificación no se encuentran excluidas las empresas de transmisión.
- Para ENERSUR las discrepancias que TRANSMANTARO pueda tener con el COES respecto de la atribución de responsabilidad en aplicación de la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 de la NTCSE no puede ser opuesta al resto de empresas generadoras suministradoras de electricidad, ni menos puede habilitar a TRANSMANTARO a incumplir la NTCSE y romper la cadena de pagos establecida en la norma perjudicándolos económicamente puesto que se cumplió con pagar la compensación a los clientes por hechos sobre los cuales tiene responsabilidad alguna.
- ENERSUR precisa que si TRANSMANTARO tenía algún cuestionamiento con el Informe Técnico del COES debió cuestionarlo oportunamente según los procedimientos establecidos y ahora no puede pretender desconocerlas frente a los generadores. Además señala que dicho informe tiene el carácter de firme, ejecutable y exigible, no siendo pasible de revisión por los Cuerpos Colegiados ni por el Tribunal de Solución de Controversias. Asimismo menciona que se debe tener en cuenta la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, la cual señala que el COES tiene entre otras, la función de determinar la responsabilidad de las empresas transgresoras de la NTCSE.
- Por otro lado, sostiene que TRANSMANTARO argumenta de forma incorrecta que la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE establece un criterio de responsabilidad objetiva exclusivamente en cabeza de los generadores del sistema, y que posteriormente el COES determinaría de entre éstos, a los generadores que como responsables finales deberían asumir las compensaciones debidas de forma definitiva, conforme lo establece el numeral 3.5 de la NTCSE.
- Al respecto, ENERSUR señala que la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE lejos de establecer una responsabilidad objetiva establece que será el COES quien determinará a los responsables de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia aplicando lo establecido en la 3.5 de la NTCSE, lo cual significa que estamos frente a un sistema de responsabilidad subjetiva. Además, dice que a través de la NTCSE no se establece un sistema de responsabilidad objetiva, por el contrario, el COES está facultado a determinar a los responsables de las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, lo que significa que estamos ante un sistema de responsabilidad subjetiva.
- ENERSUR precisa que el Decreto Supremo N° 002-2008-EM -norma que modifica la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE- amplía el concepto referido a las interrupciones originadas por el rechazo automático de carga por acción de protecciones de mínima frecuencia y/o mínima tensión y en la cual

podrán estar establecidas cualquiera de los agentes del COES y no necesariamente los generadores. Esto no hace más que confirmar la interpretación de la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 de la NTCSE.

- En cuanto al pedido de TRANSMANTARO de plantear la nulidad de la resolución impugnada por contravenir el Principio de Legalidad, ENERSUR considera que ello es incorrecto toda vez que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha actuado y se ha pronunciado de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, no incurriendo en ninguna interpretación errónea que vulnere el principio de legalidad.
- ENERSUR señala que de acuerdo con lo dispuesto en la NTCSE y el Reglamento de OSINERGMIN, éste será el encargado de controlar el efectivo cumplimiento de la NTCSE por parte de los actores del mercado eléctrico, así como verificar que las entidades halladas responsables por las fallas, cumplan con el pago de las compensaciones correspondientes.
- Precisa que el determinar quién es responsable por las indicadas fallas es una función específica y exclusivamente asignada al COES de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14° de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, no pudiendo ser realizada por el OSINERGMIN por no tener éste competencia para ello.

III. Análisis del Tribunal

3.1. Competencia del OSINERGMIN y de los órganos de solución de controversias.

Para TRANSMANTARO la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es cuestionable en tanto se considera que el COES tiene la competencia para resolver controversias sobre la determinación de las responsabilidades y compensaciones por interrupciones verificadas en el sistema por rechazo de carga por mínima frecuencia.

La competencia significa distribuir y atribuir la jurisdicción entre los diversos jueces. De un lado, la jurisdicción es aquella facultad de administrar justicia, mientras que la competencia es la capacidad de ejercitar dicha función jurisdiccional en los conflictos ya determinados; en la medida de la competencia que posean los Jueces, ejercen su jurisdicción^[1]

Al respecto, el artículo 9° del Código Procesal Civil establece que "*La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan*".

La competencia del OSINERGMIN está determinada por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 -en adelante LMOR-, norma que establece como una de las funciones de este regulador -y de todos los comprendidos en la mencionada

^[1] HINOSTROZA, Alberto. Las excepciones en el proceso civil. Lima: San Marcos, 2002, página 113.

ley- el resolver controversias entre operadores o entre éstos y sus usuarios libres y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de las concesionarias.

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

Asimismo, en este sentido, el inciso e) del artículo 3.1 de la LMOR define la función de solución de controversias, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre éstos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

Del mismo modo, el artículo 46° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM -en adelante el RGO-, prescribe que OSINERGMIN es competente para conocer las controversias que involucren a generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN. El artículo 47° del RGO prescribe que la vía administrativa sea obligatoria y de exclusiva competencia del OSINERGMIN.

Mediante Resolución N° 0826-2002-OS/CD se aprobó el ROSC, sobre la base de la función normativa otorgada al OSINERGMIN por el inciso c) del artículo 3° de la LMOR y el artículo 21° del RGO.

De acuerdo con lo dispuesto por su artículo 1°, este Reglamento rige la actuación del OSINERGMIN en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de LMOR y según su artículo 4°, el procedimiento administrativo en primera y segunda instancia regulado por el referido Reglamento, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial y es de competencia exclusiva de los órganos del OSINERGMIN.

Por otra parte, el Título Cuarto de la NTCSE, establece que es competencia de OSINERGMIN, en sus artículos 4.1°, 4.3° y 4.4°: "fiscalizar el fiel cumplimiento de lo establecido en la Norma"; "resolver los pedidos, reclamos o controversias presentadas por las Empresas de Electricidad o los Clientes, respecto del cumplimiento de la Norma, de acuerdo a las instancias y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM o la norma que lo sustituya" y "verificar el pago de las compensaciones a los Clientes y Suministradores en concordancia con la Norma", respectivamente.

Desde la fecha de publicación de la NTCSE, el OSINERGMIN tenía la competencia necesaria para conocer las reclamaciones referidas a transgresiones a la norma indicada, así como el COES tenía la capacidad de determinar, mediante los informes técnicos correspondientes, al responsable por las transgresiones mencionadas (numeral 3.5 de la NTCSE y Décimo Tercera Disposición Final).

El inciso i) del artículo 14° de la Ley N° 28832 señala como una de las funciones administrativas otorgadas al COES:

"i) Asignar responsabilidades en caso de trasgresiones a la NTCSE así como calcular las compensaciones que correspondan;"

La NTCSE y la Ley N° 28832 coexisten en el ordenamiento jurídico, debiendo aplicarse de manera conjunta.

El COES, ya ha cumplido con la función establecida en la norma indicada, ha identificado a la empresa responsable de la trasgresión a la NTCSE, a través del correspondiente informe técnico, así como la determinación de las compensaciones que deben ser abonadas por ésta. Así, este comité ha cumplido con las facultades y atribuciones que le son adjudicadas por la normativa al determinar responsabilidades mediante los informes técnicos.

De los artículos anteriormente señalados, se puede apreciar que la NTCSE le da al OSINERGMIN las competencias necesarias para pronunciarse respecto del pago de las compensaciones que la referida norma establece y al COES la facultad de determinar al ente responsable de las trasgresiones y las compensaciones a las que hubiera lugar.

De otro lado, cabe señalar que el artículo 88° del Reglamento de la LCE establece el derecho de impugnar las decisiones que se tomen al interior del COES.

El Estatuto del COES -aprobado en Sesión de Directorio N° 141, de fecha 14 de marzo de 2001 (vigente en la oportunidad de los hechos materia de controversia)- contiene el procedimiento para ejercer el referido derecho, así en su artículo séptimo se señala, como derechos de los integrantes del Sistema, el impugnar las decisiones que tome la Dirección de Operaciones o acuerdos que adopte el Directorio; así como pronunciarse sobre las recomendaciones o resultados de los informes que hagan los Comités de Trabajo y Dirección de Operaciones y su artículo Décimo Primero establece que cualquier Integrante -del COES- podrá impugnar las decisiones de la Dirección de Operaciones formulando reconsideración contra ellas. En caso de haberse formulado reconsideración y que ésta sea desestimada o que la Dirección de Operaciones no se pronuncie dentro del plazo establecido, el Integrante podrá apelar, presentando su apelación por escrito ante el Director de Operaciones, debiendo ser resuelta por el Directorio.

Como se desprende de lo expuesto anteriormente, al interior del COES se encuentra establecido un procedimiento específico para que, los miembros del mencionado comité que se encuentren en desacuerdo con las decisiones tomadas por éste, en las instancias que correspondan, puedan impugnarlas, si consideran que éstas les afectan de alguna manera. Así, como claramente se señala, se tiene un recurso de reconsideración que, de ser desestimado o no haya pronunciamiento alguno, puede ser apelado.

TRANSMANTARO tuvo la oportunidad de ejercer los recursos impugnativos que le franqueaban las normas indicadas. Sin embargo, no las utilizó, no ha

Handwritten signature and scribbles on the left margin, including the name 'San G' and other illegible marks.

cuestionado técnicamente lo dispuesto por el COES y no ha demostrado el error en el cual supuestamente incurrió éste.

3.2. Sobre la aplicación de la Décimo Tercera Disposición Final y el numeral 3.5 de la NTCSE

Un punto importante en esta controversia es dilucidar si la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE atribuye responsabilidad de pago por las compensaciones efectuadas por interrupciones por mínima frecuencia no sólo a los generadores, sino a los demás actores del negocio eléctrico. Para ello es necesario realizar un análisis minucioso del contenido y consecuencias de la aplicación de la referida disposición.

De un análisis cronológico, vemos que el artículo 8° del Decreto Supremo N° 009-99-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 11 de abril de 1999, incluyó la Décimo Tercera Disposición Final en la NTCSE¹, con el siguiente texto:

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

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

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

El COES determinará al miembro responsable de estas interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, aplicando lo establecido en el numeral 3.5 de la Norma."²

Como se puede apreciar, en términos generales, la primera parte de la Décimo Tercera Disposición Final se conservó invariable y se incluyó el segundo párrafo, mediante el cual se comprende en la responsabilidad por las interrupciones mencionadas ya no sólo a un actor, sino a cualquiera de los

¹ La NTCSE fue aprobada por D. S. N° 020-97-EM, publicada el 11 de octubre de 1997.

² Numeral 3.5. de la NTCSE, texto modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 040-2001-EM publicado en el diario oficial "El Peruano" el 17-07-2001, cuyo texto es el siguiente:

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

integrantes del COES, que sean identificados después de un análisis estrictamente técnico.

No hubiera tenido sentido esta última modificación indicada si se hubiera querido mantener la atribución de responsabilidad en el generador.

De otro lado, es importante tener en cuenta que las normas deben ser analizadas en su conjunto -teniendo en cuenta el objetivo de éstas, en el caso de la norma de calidad es establecer los niveles mínimos de calidad y las responsabilidades de los actores a fin de garantizar un suministro eléctrico, continuo, adecuado, confiable y oportuno- y en forma complementaria con otras normas, más aún si una de ellas, en su propio texto deriva en otra, tal como en los dispositivos comentados.

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

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

El numeral 3.5. de la NTCSE señala:

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

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

En la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE se hace uso del verbo "atribuir" (efectivamente en sentido pasivo) para asignar a quienes responden

Handwritten signatures and initials on the left margin, including a large signature that appears to be 'Luis S.' and other smaller initials.

por las interrupciones verificadas. Paso seguido, se encarga al COES determinar al miembro responsable quien debe responder por las interrupciones de acuerdo con el procedimiento del numeral 3.5. Este numeral hace referencia al término responsable, justamente indicando que el responsable deberá efectuar las retribuciones respectivas.

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

Por lo expuesto, se colige que, producidas las interrupciones por actuación de los relevadores de protección de mínima frecuencia cuyo ajuste ha sido establecido por el COES, es el generador el obligado a compensar inmediatamente sin perjuicio que de conformidad con el numeral 3.5 de la NTCSE el COES realice un estudio técnico y determine de entre los integrantes del sistema, al responsable o responsables para que éstos efectúen las retribuciones respectivas a los suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus clientes por faltas ajenas. En el presente caso, y como consta en el expediente (anexo 1-E del escrito de reclamación) la nota de crédito emitida por ENERSUR a su cliente, la reclamante ha pagado a su cliente y al haber el COES determinado al responsable de las fallas, está solicitando la compensación del referido pago.

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

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

Es así que paga en primer término el generador al suministrado, y luego aquel repite ante quien fue el causante real de la falla, de acuerdo con un informe estrictamente técnico. La razón de ser intrínseca de la norma es que quien causó el daño (interrupción) sea responsable por él, que efectivamente pague los resarcimientos por las compensaciones debidas, sustentar lo contrario sería generar incentivos perversos, es decir, que se desalentaría el mantenimiento adecuado de las instalaciones de transmisión, toda vez que cualquier interrupción que causen no les sería imputable.

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

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

Por último, respecto del argumento de TRANSMANTARO sobre pronunciamientos anteriores, tal como la Resolución N° 004-2007-TSC/28-2007-OSINERGMIN debe ser tomada en consideración en la medida que se refiere a hechos similares a los que son materia de la presente controversia y han sido emitidos por el Tribunal, cabe precisar que la jurisprudencia administrativa para que sea calificada como fuente interpretativa de una norma, debe ser reiterativa, debiendo existir más de un pronunciamiento de la misma autoridad en relación con la misma materia. Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso añadir, en todo caso, que por las razones expuestas en la presente resolución, este Tribunal se aparta de lo resuelto en la resolución comentada.

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

TRANSMANTARO cuestiona la resolución impugnada por cuanto señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc trasgredió el principio de legalidad al no aplicar la responsabilidad objetiva -atribuible a los generadores- que contiene la Décimo Tercera Disposición Final de la NTCSE.

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

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

Juan Carlos Morón señala que *"el principio de sujeción de la administración a la legislación, denominado modernamente como "vinculación positiva de la Administración a la Ley", exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico que partiendo desde éste, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario"*³.

A lo largo del análisis efectuado -por lo cual nos remitimos a lo expuesto en el numeral 3.2. de la presente resolución- se ha demostrado que la Décima Tercera Disposición Final de la NTCSE debidamente concordada con el numeral 3.5 de la misma norma ha establecido un sistema de responsabilidad que garantiza el pago al cliente final de las compensaciones por los perjuicios que le puedan causar las interrupciones del suministro, imponiendo una cadena de pagos, por la que los suministradores deben pagar las compensaciones a sus clientes, independientemente de su responsabilidad, y los miembros del sistema, determinados responsables técnicamente por el COES, deben reembolsar a los suministradores las compensaciones pagadas a sus clientes. En este caso, el COES determinó responsabilidad por el evento a TRANSMANTARO.

Por lo tanto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha incurrido en causal de nulidad al resolver la controversia planteada por ENERSUR en primera instancia, al establecer la obligación de pago de los resarcimientos por compensación de las interrupciones, de acuerdo con el informe técnico del COES y con lo dispuesto por la norma acotada.

3.4. Solicitud de suspensión de ejecución de resolución impugnada

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

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

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

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 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.

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit. Página 26.

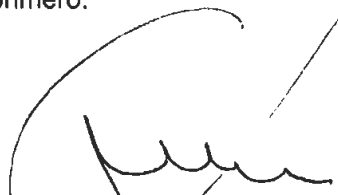
SE RESUELVE:

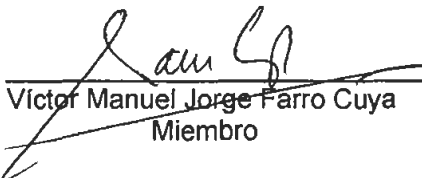
ARTÍCULO 1°.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 004-2010-OS/CC-60.

ARTÍCULO 2°.- Disponer que CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. debe cumplir con remitir información a la Secretaría General del Tribunal de Solución de Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado por la presente resolución en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente resolución.

ARTÍCULO 3°.- Carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución apelada.

ARTÍCULO 4°.- Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.


Anibal Eduardo Ismodes Cascón
Presidente


Víctor Manuel Jorge Farro Cuya
Miembro


Oswaldo García Bedoya
Miembro


Roberto Shimabukuro Makikado
Miembro

