

RESOLUCION DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN ENERGÍA
OSINERG N° 008 -2003-OS/CC-12

Lima, 10 de noviembre de 2003.

VISTO:

El expediente de la reclamación formulada por la Compañía Minera Ares S.A.C, en adelante Ares, contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.- SEAL, en adelante Seal y Empresa de Electricidad del Perú- ELECTROPERÚ S.A., en adelante Electroperú, a efectos de resolver la facturación que corresponde que Ares abone a las reclamadas por los meses de noviembre y diciembre de 2002.

CONSIDERANDO:

I. POSICIÓN DE LA RECLAMANTE

La reclamante fundamenta su pedido en que al haberse producido una duplicidad en el cobro del suministro durante los meses de noviembre y diciembre de 2002, solicitó la participación de OSINERG para que actuara como conciliador con las empresas Seal y Electroperú. Que en atención a ello, OSINERG la convocó junto con las empresas mencionadas a una reunión que tuvo lugar el 21 de enero de 2003, ocasión en la que se tomó un acuerdo respecto de una tercera empresa y, con relación a las reclamadas, se convocó a nueva reunión para el día 21 de febrero, oportunidad en la que no se llegó a ningún acuerdo por lo que OSINERG convocó nuevamente para el 31 de marzo de 2003.

Que mediante comunicación GG-136/2003-SEAL de fecha 25 de marzo de 2003, la reclamada les comunicó que desconocía que se le hubiera iniciado un proceso de conciliación puesto que en las dos reuniones sostenidas entre ellas y el ente regulador fueron convocados con propósitos ajenos a una conciliación y, además, que dicha forma de intervención está fuera de la competencia, atribuciones y funciones de OSINERG y, finalmente, que en caso se planteara un conflicto que pudiera ser materia de conciliación, debe seguirse el procedimiento previsto en el contrato de suministro que se inicia con el trato directo entre las partes.

Que, en vista de esa comunicación solicitaron la suspensión de la reunión convocada por OSINERG para el 31 de marzo y luego de analizar la normatividad vigente, el 29 de mayo, amparados en el artículo 45° inciso a) de la Ley N° 26784, los artículos 2° y 44° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, artículo 2° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas según el texto del Decreto Supremo N° 017-2000-EM y el artículo 3° del Reglamento de OSINERG para la solución de Controversias, han presentado la reclamación señalando que, si bien es cierto que el contrato de suministro celebrado con Seal contiene un convenio arbitral para la solución de controversias, el presente caso se trata de una controversia tripartita en la que interviene otro

000302

suministrador, en este caso Electroperú, razón por lo que no puede aplicarse el convenio arbitral a una cuestión en la que hay un tercero ajeno.

Que, corrido traslado de la reclamación a las emplazadas, éstas dentro del plazo han absuelto el trámite.

II. POSICION DE LAS RECLAMADAS

1. POSICION DE SEAL

Solicita que la reclamación sea declarada infundada en todos sus extremos debido a la falta de precisión de la reclamación y la ausencia de un petitorio específico.

Sostiene que si bien la reclamante pretende que se determine la facturación que le corresponde abonar a Seal y a Electroperú por los meses de noviembre y diciembre de 2003, no precisa ni indica cual es el problema o diferencia que debe resolverse respecto de las facturas. Aparentemente se deduce que Ares considera que existe duplicidad en el cobro de suministro durante los meses de noviembre y diciembre de 2002, pero lo que en verdad ha ocurrido es una sobre contratación de suministro lo que puede haberle causado un sobre costo comercial el cual pretende trasladar a sus suministradores refiriéndose a doble facturación en vez de una sobre contratación pretendiendo distraer la atención del verdadero origen del problema cual es su propia conducta negligente.

Para Seal se trata de un problema de naturaleza comercial exclusivo de Ares y no de carácter regulatorio que amerite la intervención de OSINERG, problema comercial de mayores costos de aprovisionamiento de suministros como consecuencia de la negligencia de Ares que la condujeron a sobre contratar su demanda eléctrica y a no prever ni buscar obtener mecanismos contractuales de facturación que minimicen o mitiguen los sobre costos de dicha sobre contratación.

Señala que con la reclamante celebró un contrato de suministro de electricidad el 28 de abril de 1998, el que fue modificado el 30 de diciembre de 1999 y luego el 24 de enero de 2001, siendo la potencia contratada actual y vigente la de 7MW. Que en noviembre de 2002, Ares suscribió un contrato de suministro de electricidad con Electroperú también por una potencia de 7MW sin adoptar medidas para evitar incurrir en sobre compras de electricidad. A los suministradores no les era posible prever que Ares pudiese incurrir en sobre contratación por cuanto durante años la empresa venía mezclando su demanda con las de las minas Arcata y Caylloma y consumiendo generación local no interconectada al SINAC de las centrales Huayllacho, San Ignacio, San Antonio y Misapuquio. Ares debió haber propuesto para la consideración de sus contrapartes incluir en sus contratos mecanismos o procedimientos de medición y facturación que mitiguen posibles sobre costos de suministro de electricidad. Es práctica regular de quienes contratan con más de un suministrador incluir en sus contratos cláusulas con términos y condiciones específicos para la distribución de su demanda y evitar así problemas de sobre compras y sobre costos. Sin embargo, Ares no adoptó ninguna precaución ni alertó a sus suministradores sino que firmó un contrato con Electroperú creando para sí misma un problema comercial de sobre costos que ahora pretende trasladar a Seal. Ares jamás le informó de sus planes de negociar con Electroperú ni sugirió la modificación del contrato que tienen celebrado habiéndose enterado Seal de la existencia de este contrato cuatro días después de que fuera suscrito.

La negligencia de Ares es grave e inexcusable por tratarse de una empresa altamente calificada y competente en la contratación de servicios eléctricos y con un profundo y especializado conocimiento del mercado eléctrico y su marco normativo. Por la amplia experiencia en la utilización, generación, transmisión y comercialización de electricidad y por contar con una plana profesional de la mayor calificación y experiencia en el sector electricidad, las empresas del Grupo Hochschild a la que pertenece Ares, son agentes capaces, altamente calificados y consumidores muy sofisticados para la contratación de servicios y suministros eléctricos.

Por otro lado, Seal como todo suministrador de electricidad tiene derecho a facturar y cobrar a sus clientes libres de conformidad con los términos y condiciones pactados en los respectivos contratos de suministros de electricidad. Los términos comerciales en materia de facturación constituyen obligaciones privadas válidas y exigibles entre las partes. Lo dispuesto por el artículo 102° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas constituye un mandato para COES, artículo que no genera ninguna obligación respecto de empresas de distribución de electricidad siendo totalmente ajeno e inaplicable respecto de las relaciones comerciales entre un distribuidor y sus clientes libres. Salvo que el contrato de suministro con un cliente libre establezca lo contrario, los valores de las cargas y demandas utilizados en COES para calcular y determinar transferencias de potencia y energía entre generadores, son independientes, ajenos e irrelevantes para la facturación del suministro al cliente libre, facturación que debe hacerse conforme a las reglas del contrato que es lo que Seal ha hecho en éste caso utilizando los mismos valores de registro y mediciones que a su vez le han sido facturados por Egasa.

Finalmente, señala que Ares no solo ha sido negligente en la administración y gestión de sus contratos comerciales de suministro de electricidad, sino que ha tenido un comportamiento prepotente e irresponsable pretendiendo desconocer el contrato con Seal, tratando de imponerle unilateralmente modificaciones a su beneficio. Esto se aprecia en la carta GL-613/2002 fechada el 6 de noviembre de 2002 en la que pretendió desplazar a Seal como suministrador y ante la resistencia de Seal, empezó a alegar de manera insistente y en repetidas oportunidades la existencia de supuestos preacuerdos para la reducción de la potencia contratada, preacuerdos que nunca existieron pues el contrato firmado entre ellas es muy claro en la cláusula décima la cual establece que toda modificación es válida solamente a partir de su suscripción por los representantes autorizados de ambas partes. Como consecuencia de su indebido proceder, Ares resultó con dos contratos válidos y con obligaciones de sobre compra de electricidad cuyos costos quiere trasladar a los suministradores.

Que sin perjuicio de la contestación a la reclamación, deduce las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral de conformidad con lo establecido por el Título II de la sección Cuarta del Código Procesal Civil, fundamentándolas en que la facturación y pago por suministro de electricidad entre un comercializador y un usuario libre es una de derecho privado regulada conforme a los términos y condiciones comerciales libremente convenidos en el contrato de suministro eléctrico y que en el contrato que tiene celebrado con Ares existen procedimientos para la formulación trámite y solución de observaciones a la facturación del suministro, incluyendo la posibilidad de recurrir a un arbitraje técnico para la solución definitiva de cualquier controversia y que las competencias de los cuerpos colegiados, señaladas en el artículo 46° del Reglamento

General de OSINERG no alcanza al caso de estas dos empresas pues las diferencias entre ellas no se trata de una controversia sobre acceso de redes, ni de relaciones con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión, no existiendo ninguna norma en el sector energía que autoriza o establezca competencia de OSINERG para intervenir en materias de facturación y pago de suministro de energía eléctrica entre un concesionario y un usuario libre. Que, en caso se considerara que el fondo del asunto no se limita al cuestionamiento de la facturación por suministro sino que comprende además la determinación de la asignación de cargas entre los suministradores que atienden la demanda de Ares, tampoco sería de competencia de OSINERG por cuanto conforme a lo dispuesto en el artículo 102º tercer párrafo del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aquella es tarea del COES.

2. POSICIÓN DE ELECTROPERÚ

En su escrito de contestación interpone las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral. En cuanto a la primera, la cual ampara en el inciso 1º del artículo 446º del Código Procesal Civil, indica que de acuerdo al principio de legalidad recogido en la Ley de Procedimientos Administrativos General, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho y dentro de las facultades que les ha sido atribuidas. La Administración Pública debe fundar su actuación en normatividad vigente y el artículo 2º de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no contravenga leyes de orden público. El artículo 62º de la Constitución, con relación a la libertad de contratar establece que “los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. En el presente conflicto, OSINERG está interviniendo en una controversia estrictamente contractual por lo que carece de competencia más aún si se tiene en cuenta que el contrato de suministro que tiene celebrado con Ares corresponde al mercado no regulado.

En cuanto a la excepción de convenio arbitral ésta se ampara en el inciso 13 del artículo 446º y artículo 451º inciso 5 del Código Procesal Civil, dado que conjuntamente con Ares suscribieron un contrato de suministro el 06 de noviembre de 2002 en cuya cláusula décimo segunda se estableció el procedimiento para resolver las controversias que surgieran entre las partes estableciéndose que si no hay una solución directa, la controversia debe ser resuelta por medio de un arbitraje de derecho. Las atribuciones de solución de controversias conferidas en la Ley Marco de Organismos Reguladores no implican que los mismos puedan intervenir en aspectos netamente contractuales.

Que sin perjuicio de las excepciones propuestas manifiestan que el 06 de noviembre de 2002 celebraron un contrato de suministro de electricidad con Ares a fin de que Electroperú en su calidad de empresa generadora se comprometía a venderle y poner a disposición de Ares, una potencia contratada de 7 MW en horas de punta y fuera de punta y a entregarle energía hasta las energías asociadas, lo cual constituye los límites máximos de la obligación de suministro de Electroperú y del derecho de suministro de Ares. Ares compraba y se obligaba a pagar las potencias contratadas y la energía que retirara en el punto de entrega ubicado en la barra de 138 kV de la subestación Callalli.

Que el suministro de electricidad involucra los conceptos de potencia, energía activa y energía reactiva, conceptos que son comunicados de manera detallada y facturados mensualmente a Ares. Que, para requerimientos adicionales se pactó que Ares podría

000389

contratar con otros proveedores cuando su demanda mensual fuera superior a la contratada con Electroperú, precisándose que de ser el caso, la demanda mensual en dicho punto de entrega sería repartido entre sus proveedores de manera que la proporción de la citada demanda máxima mensual que corresponda a Electroperú sea igual a la señalada potencia contratada de 7 MW. Que con lo pactado en el punto 3.5 del contrato, ambas empresas dieron cumplimiento al artículo 102° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. En el contrato al referirse a la facturación y pago, se señaló que luego de emitirse la factura, Ares contaba con quince días para pagarla u observarla con los fundamentos y pruebas pertinentes y de no solucionarse las observaciones en el plazo de 10 días, la controversia sería resuelta por medio de un arbitraje de derecho.

Electroperú no tuvo conocimiento de la posibilidad de que el suministro de potencia y energía al que se comprometía contractualmente, pudiera superponerse total o parcialmente con el de otro proveedor de Ares. Antes bien, los representantes de Ares manifestaron haber resuelto un contrato de suministro de electricidad similar que tenían con Seal, habiendo Electroperú empezado a suministrar electricidad a Ares a partir del 1° de noviembre de 2002. Que ellos solicitaron a Ares por carta de 21 de noviembre 2002, información sobre los requerimientos adicionales de potencia que tuvieran contratados con otros proveedores así como los correspondientes puntos de entrega, quien por carta de fecha 07 de enero de 2003 y a fin de aclarar los criterios que se debía utilizar para determinar los montos a pagarse por potencia y energía, les alcanzó copia de la carta que dirigiera a Seal el 06 de enero de 2003 en la que señalan que habían arribado a un acuerdo para la reducción de potencia a partir de noviembre de 2002 de 7 MW a 5 MW.

Que la factura correspondiente a los consumos efectuados en el mes de noviembre fue observada por Ares sosteniendo que se encontraba por definir en el COES la magnitud de la energía suministrada por Electroperú. Asimismo, por carta fechada el 17 de enero de 2003 que les fuera remitida por Ares, la reclamante señala que se encuentra por definir con el COES la magnitud de energía suministrada por Electroperú por lo que de la factura del mes de diciembre sólo pagarían el monto correspondiente a la potencia y no el de energía, lo que motivó que se les respondiera que la determinación de suministro de potencia y energía entre ambas empresas se rige por lo libremente pactado en el contrato y no depende de ninguna definición del COES. Que las observaciones formuladas por Ares a las facturas de noviembre y diciembre de 2002 se repiten en los meses siguientes por lo que Electroperú dio por agotado el trato directo y ha iniciado el proceso arbitral.

Atendiendo a una citación de OSINERG, acudieron a una reunión el 21 de enero de 2003 para tratar las divergencias entre los proveedores de Ares respecto de la facturación de los meses de noviembre y diciembre de 2002, ocasión en la que Ares manifestó que al haber notificado a Seal su decisión de resolver el contrato de suministro que tenían celebrado negociaron un contrato con Electroperú pero al no posibilitar el pago por Seal de un importante adeudo, Ares reconsideró su decisión de resolución del contrato acordando su modificación de modo que la potencia contratada disminuyera de 7 MW a 5 MW a partir de noviembre de 2002, modificación que Seal no confirmó por escrito.

000388

Como fundamentos de derecho se basa en el artículo 1361° del Código Civil que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; en la cláusulas 3.2 y 3.5 del contrato de suministro de energía celebrado con Ares, en el cabal cumplimiento del artículo 102° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas a pesar que ese precepto legal regula reclamaciones entre generadores integrantes del COES y no relaciones entre generadores y clientes libres, y finalmente en los artículos 1362° y 1242° del Código Civil, solicitando que el Cuerpo Colegiado Ad hoc declare infundado el reclamo presentado por Ares ordenando el pago del monto total pendiente de pago mas los correspondientes intereses y respectivas costas y costos.

III. FIJACIÓN DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Que citadas las partes a la Audiencia Única, ésta se inició el 24 de setiembre de 2003 ocasión en la cual luego que el Presidente exhortara a las partes para que arribasen a un acuerdo conciliatorio, éstas manifestaron que tenían la voluntad de llegar a un acuerdo y solicitaron que se suspendiera la Audiencia por un plazo de 10 días, pedido que fue aceptado por el Cuerpo Colegiado Ad hoc quien citó para el día 13 de octubre para la continuación de la Audiencia Única. Que en la fecha señalada para la continuación luego que el Presidente consultara si durante el período de suspensión solicitado habían logrado llegar a un acuerdo conciliatorio, éstas manifestaron que no había sido posible llegar a ello por lo que solicitaron que el procedimiento continuara según su estado. El Cuerpo Colegiado Ad hoc luego de concluida la etapa de conciliación y en función de las pretensiones del reclamante y a la contestación de los reclamados determinó como materia controvertida los siguientes:

- 1) Determinar si OSINERG a través del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, es competente para conocer la reclamación presentada por la Compañía Minera Ares S.A.C. a Seal y Electroperú.
- 2) En caso se determine que OSINERG a través del Cuerpo Colegiado Ad hoc, debe conocer de la presente causa, es competente para determinar que facturación corresponde que la Compañía Minera Ares S.A abone a Seal y Electroperú, por los meses de noviembre y diciembre de 2002.

A continuación el Cuerpo Colegiado Ad hoc detalló y admitió todas las pruebas ofrecidas por Ares en sus escritos de 20 de mayo de 2003 y 19 de setiembre de 2003, las ofrecidas por Seal en sus escritos de 18 de agosto y 01 de setiembre de 2003 y las ofrecidas por Electroperú en su escrito de 01 de setiembre de 2003. Posteriormente se dio uso de la palabra a las partes quienes fundamentaron ampliamente sus posiciones habiendo solicitado Electroperú y Seal que se incluya al momento de resolver y como parte de la reclamación el período comprendido entre enero y marzo de 2003, pedido que Ares manifestó que lo dejaba a criterio del Cuerpo Colegiado Ad Hoc. Que luego de la Audiencia Única, Seal presentó un escrito de fecha 20 de octubre en el cual acompañó algunas pruebas las cuales de conformidad con el segundo párrafo del artículo 26° del Reglamento de OSINERG para la solución de Controversias deben ser admitidas y tomadas en cuenta en la presente resolución; y,

IV. ANALISIS DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC

1.- Que, en sus contestaciones a la reclamación, Seal y Electroperú manifestaron que el OSINERG a través de su Cuerpo Colegiado Ad Hoc resultaba incompetente para conocer de la presente reclamación por ser una materia que deriva de contratos de suministro de electricidad celebrados entre un comercializador y un usuario libre, no

000537

alcanzando la solución que se originen entre las partes contratantes a las competencias que se han señalado en el artículo 46° del Reglamento General de OSINERG por lo que conforme al principio de legalidad recogido en la Ley de Procedimientos Administrativos General, la autoridad administrativa debe fundar su actuación en normatividad vigente, y en el presente caso OSINERG estaría interviniendo en una controversia estrictamente contractual. Además, en los respectivos contratos se ha establecido el procedimiento que debe seguirse para el caso de solución de controversias entre las partes, estableciéndose la posibilidad de recurrir a un arbitraje para la solución definitiva de cualquier controversia.

2.- Que como consecuencia de lo manifestado por las reclamadas, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc estableció en la Audiencia Única como la primera materia controvertida el determinar si OSINERG es competente para conocer la reclamación presentada por Ares contra Seal y Electroperú.

3.- Que tal como se aprecia de los contratos que corren en autos, Ares celebró con Seal y Electroperú contratos para que estos le suministraran potencia y energía la misma que debería entregarse en la Subestación de Callalli;

4.- Que el contrato con Seal se celebró el 28 de abril de 1998 por un plazo de 5 años, habiéndose modificado el 30 de diciembre de 1999 y en enero de 2001, contrato por el cual según se lee de la última modificación contractual, Seal se comprometió a poner a disposición de Ares desde el 1° de setiembre de 2000, una potencia máxima de 7 MW ("potencia contratada") tanto en horas de punta como en horas fuera de punta.

5.- Que el contrato con Electroperú fue celebrado el 06 de noviembre de 2002 por un plazo que vencerá el 31 de diciembre del 2003, iniciándose el plazo desde las 00.00 horas del día 01 de noviembre de 2002, oportunidad a partir de la cual Electroperú se obligó a poner a disposición de Ares en el punto de entrega, una potencia contratada de 7 MW en horas de punta y horas fuera de punta, contrato que ha sido modificado en mayo del presente año.

6.- Que corre en autos copia de las facturas que por consumo de electricidad emitió Seal a Ares por los meses de noviembre y diciembre de 2002 en los que por la venta se ha facturado energía de punta, energía fuera de punta, energía reactiva y potencia contratada fuera de punta.

7.- Que asimismo, tal como se aprecia de las facturas N° 0003816, N° 0003862, N° 0003900, N° 0003936 y N° 0003990 correspondiente a los meses de noviembre a marzo, Electroperú ha facturado a Ares por la venta de electricidad tanto la potencia contratada de 7MW como la energía activa en horas de punta, la energía activa en horas fuera de punta y por energía reactiva inductiva por valores similares en los meses de noviembre y diciembre a los facturados por Seal.

8.- Que de la Ayuda Memoria N° 12-2002 de la sesión del Comité de Transferencias del COES-SINAC de fecha 10 de diciembre de 2002, se aprecia que el representante de Egasa indicó que se había producido duplicidad en la demanda de potencia declarada en la barra Callalli de parte de los clientes de Egasa y Electroperú dejando constancia que el retiro de energía en la barra Callalli corresponde a lo informado por su cliente Seal, habiendo en dicha oportunidad la División de Transferencias manifestado la necesidad

000386

de reunirse entre las empresas que intervienen en las transferencias de la barra Callalli para definir los compromisos correctamente. Egasa menciona, asimismo, que el retiro de energía en la barra Callalli corresponde a lo informado por su cliente Seal (registro de medidores).

9.- Que asimismo, como se lee en la Ayuda Memoria N° 01-2003 de la sesión del Comité de Transferencias del COES-SINAC de fecha 10 de enero de 2003, el representante de Electroperú sugirió una reunión de coordinación entre los representantes de las empresas involucradas en la barra Callalli y el representante de Egamsa confirmó que los temas pendientes presentados en el informe de transferencia se refieren a el modelamiento provisional de la barra Callalli.

10.- Que en la Ayuda Memoria N° 02-2003 de la sesión del Comité de Transferencias del COES- SINAC de fecha 10 de febrero de 2003, el representante de E.Pacasmayo indicó que se está informando al COES los retiros de las empresas Egasa y Electroperú en la barra Callalli diferentes a los consumos reales para los meses de noviembre y diciembre de 2002.

11.- Que de lo anterior se desprende que si bien en las facturas emitidas se ha señalado claramente el monto por la potencia contratada, existe una facturación que ambas empresas afirman corresponde a la energía consumida que ellas han aportado, lo que ha motivado una doble facturación por la venta de la energía consumida. También, en el COES se ha dejado constancia, en las actas de sesión de la Dirección de Operaciones, que para los fines de valorización de transferencias entre generadoras, Electroperú y Egasa en la S .E. Callalli, hay duplicidad en los valores de la potencia y energía informadas.

12.- Que los montos que Seal y Electroperú han facturado por los consumos de potencia y energía, es lo que ha motivado que se produzca una controversia para su cancelación. Lo anterior se ha originado porque los consumos de energía de Ares en los meses de noviembre y diciembre de 2002, en la barra Callalli, son atribuidos simultáneamente como aportados por Seal y Electroperú.

13.- Que entre las funciones que otorga la Ley Marco a los Organismos Reguladores de la Inversión Privada, Ley N° 27332, entre los que se encuentra OSINERG, está la de solución de controversias, la cual comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

14.- Que el artículo 47° del Reglamento de OSINERG prevé en su segundo párrafo que el procedimiento administrativo se inicia con la solicitud de parte, principio que es recogido en el primer párrafo del artículo 31° del Reglamento de OSINERG para la solución de controversias.

15.- Que el presente caso no supone una controversia entre dos personas cuyas relaciones derivan de un mismo contrato sino que se origina por el consumo de un mismo bien, la energía, que dos suministradores aducen haber entregado a un mismo consumidor y cliente y por lo tanto han emitido las respectivas facturas, lo cual supone un conflicto entre particulares que debe ser resuelto por la Administración Pública, en

000385

este caso el Organismo Regulador, enmarcandose dentro de lo establecido en el artículo 219° de la Ley General del Procedimiento Administrativo General siendo un procedimiento trilateral el cual se inicia según el artículo 219.2° de la misma norma, con la presentación ante la autoridad administrativa de una reclamación, que es lo que ha ocurrido.

16.- Que la controversia iniciada por la doble facturación a un mismo cliente libre por deficiencia en la determinación de cuál de los dos suministradores abasteció realmente a Ares constituye un problema en la aplicación de la normatividad que rige el mercado eléctrico que debe ser resuelto por quien ejerce la supervisión y fiscalización del correcto funcionamiento del mercado eléctrico, en este caso, OSINERG.

17.- Que el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, prevé que sólo pueden ser materia de arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen libre disposición, no siendo materia de arbitraje los asuntos directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

18.- Que según el artículo 194° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, corresponde al OSINERG ejercer la fiscalización a los concesionarios y entidades que desarrollan actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica incluyendo así, a Seal, Egasa, Electroperú y al COES.

19.- Que según el artículo 46° de su Reglamento General, OSINERG es competente para conocer las controversias que involucren generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

20.- Que al advertirse que existe una diferencia en determinar cuál de los dos suministradores abasteció a Ares, pues no resulta técnicamente posible que ellos hayan abastecido a la vez dos cantidades de energía que sumadas exceden la energía total medida que recibió el cliente libre, hace necesaria la intervención de OSINERG para solucionar este problema en la aplicación de la normatividad que rige el mercado eléctrico, asunto que no puede ser discutido en un arbitraje privado por no ser de libre disposición de las partes.

21.- Que de lo anterior se concluye que OSINERG a través de su Cuerpo Colegiado Ad Hoc es competente para conocer de la presente reclamación.

22.- Que, como consecuencia del considerando precedente, corresponde que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc se pronuncie sobre la segunda materia controvertida esto es, determinar qué facturación corresponde que la Compañía Minera Ares S.A abone a Seal y Electroperú, por los meses de noviembre y diciembre de 2002.

23.- Que, conforme al artículo 62° de la Constitución, la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

24.- Que en virtud del principio de libertad de contratación Ares tiene el derecho a buscar alternativas de suministro que le proporcionen ventajas técnicas y/o económicas y por tanto a celebrar contratos con más de un proveedor.

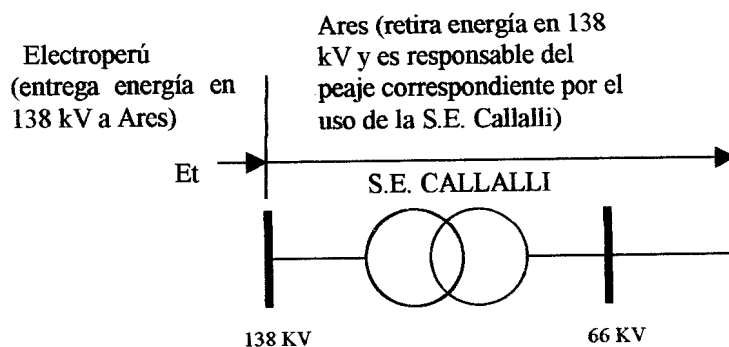
25.- Que en tal virtud, los contratos suscritos con Seal y Electroperú son contratos válidos y coherentes entre sí. Ambos tienen potencias contratadas que deben ser pagadas por Ares aún si las potencias realmente empleadas son menores. En este sentido tanto Ares, por un lado, como Seal y Electroperú, por el otro, reconocen esta situación.

26.- Que, en lo que se refiere al pago de la energía consumida por Ares existen discrepancias que deben ser resueltas dentro del marco de las leyes y de los contratos suscritos entre las partes.

27.- Que tratándose de la energía utilizada por Ares, la energía correspondiente a cada suministro está definida por el contrato entre Electroperú y Ares en la forma siguiente:

a) Caso en que la potencia suministrada es igual o inferior a 7 MW:

- El suministro de energía a Ares es íntegramente de Electroperú.
- Electroperú le entrega la energía en el lado 138 kV de la S.E. Callalli.
- Ares es responsable de retirar la energía del lado 138 kV de la S.E. Callalli y llevar la energía a sus instalaciones, y debe pagar a Seal el peaje secundario que corresponde, de acuerdo a la legislación vigente, por el uso de la S.E. Callalli.



Donde:

E_t = energía total suministrada por Electroperú a Ares en el mes correspondiente

b) Caso en que la potencia suministrada es superior a 7 MW

- El suministro de energía a Ares es tanto de Electroperú como de Seal.
- La energía suministrada por Electroperú en el lado 138 kV de la S.E. Callalli, sería:

$$E_g = [P_g * E_t] / D_m$$

Donde:

E_g = energía suministrada por Electroperú

E_t = energía total suministrada a Ares en el mes correspondiente

Pg = potencia contratada con Electroperú (7 MW)
Dm = demanda máxima de Ares en el mes correspondiente

En este caso, Ares es responsable de llevar la energía suministrada por Electroperú en el lado 138 kV de la S.E. Callalli hasta sus instalaciones en el lado de 66 kV, y debe pagar a Seal el peaje secundario que corresponde, de acuerdo a la legislación vigente, por el uso de la S.E. Callalli.

La energía restante en el lado 138 kV de la S.E. Callalli sería entregada por Egasa a Seal, ya que Egasa es el generador que suministra energía al distribuidor Seal. Seal, a su vez, es responsable de llevar esta energía al lado de 66 kV usando las instalaciones de su S.E. Callalli.

La energía suministrada por Seal a Ares en el lado 66 kV de la S.E. Callalli, sería:

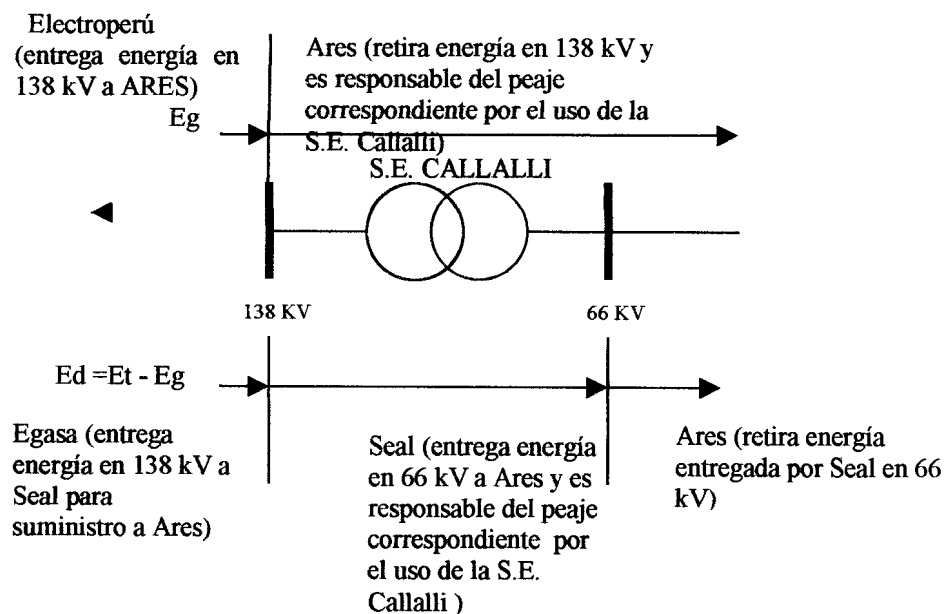
$$Ed = [Et - Eg] * Fp$$

Donde:

Ed = energía suministrada por Seal

Fp = factor de pérdidas de energía en la transformación de 138 a 66 kV

(Fp < 1)



28.- Que en cuanto al contrato entre Seal y Ares, éste no define la energía correspondiente a Electroperú porque el contrato fue suscrito previamente. Además, el contrato entre Seal y Ares es al nivel de 66 kV mientras que el contrato con Electroperú es al nivel de 138 kV.

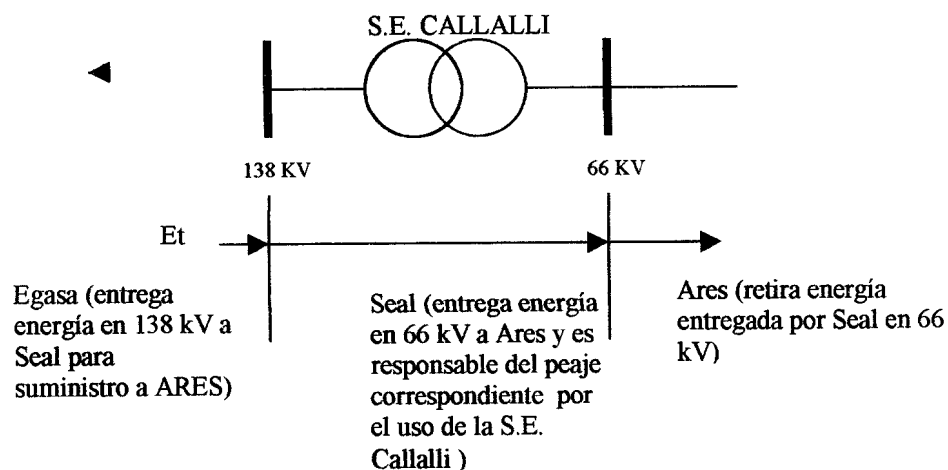
29.- Asimismo, el contrato entre Seal y Ares no define un compromiso específico de energía. Se refiere únicamente a la compra y al pago del total de la energía que retire Ares en el punto de entrega, es decir, en el nivel de 66 kV en la S.E. Callalli.

000MS2

30.- Que, cuando se suscribe el contrato con Electroperú, Ares retira energía en el punto de entrega de esta empresa, es decir en el nivel de 138 kV en la S.E. Callalli, y, también, retira la energía que le entrega Seal en el nivel de 66 kV.

31.- Que, como se aprecia, las energías que le entregan Electroperú y Seal a Ares son diferentes. La energía entregada por Electroperú en 138 kV se convierte en responsabilidad de Ares en ese punto de entrega. En cambio, la energía entregada por Seal en 66 kV es responsabilidad de Ares solo después del punto de entrega, donde retira tal energía. No hay entonces la posibilidad de una doble facturación si se distinguen estas dos energías.

32.- Que, la doble facturación durante los meses de Noviembre y Diciembre de 2002 ha surgido por el no reconocimiento de parte de SEAL y EGASA del contrato suscrito por Ares con Electroperú, atribuyéndose el total de la energía entregada por el SEIN en la S.E. Callalli, según el esquema siguiente:



Donde:

Et = energía total suministrada a Ares en el lado 138 kV, en el mes correspondiente

33.- Que el problema planteado por Seal y Egasa se refiere entonces a dos temas fundamentales: a) El reconocimiento del contrato suscrito por Ares con Electroperú; y b) La distribución de energía en la S.E. Callalli entre los generadores Egasa y Electroperú.

34.- Que, respecto al reconocimiento del contrato suscrito por Ares con Electroperú, éste se ha tratado en considerandos anteriores.

35.- Que, en relación a la distribución de energía, hay que tener presente que el COES realiza una distribución de la energía entregada en las barras de 138 kV de la S.E. Callalli por el SEIN (Sistema Eléctrico Interconectado Nacional), entre los dos generadores involucrados, es decir, Electroperú y Egasa.

36.- Que, el COES para definir esta distribución viene aplicando la disposición del RLCE que se refiere al caso de generadores que tienen un mismo cliente:

El Art. 102 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (RLCE) establece que:
“Cada integrante del COES deberá estar en condiciones de satisfacer en cada año calendario la demanda de energía que tenga contratada con sus usuarios, con energía firme propia y, la que tuviera contratada con terceros, pertenezcan o no al COES”.

“La demanda anual de cada integrante del COES está determinada por la suma de la energía comprometida con sus propios usuarios y con otros integrantes del COES. Esta demanda considerará el porcentaje de pérdidas de transmisión que establezca el Estatuto”

“En los consumos que fueran establecidos simultáneamente por dos o más generadores, el COES deberá verificar que la energía total abastecida sea efectuada manteniendo mensualmente la misma proporción para cada uno de los suministradores. Quien tuviera un contrato diferente, deberá adecuarlo a lo prescrito en el presente artículo.”

“Cada integrante deberá informar al COES, su demanda comprometida para el siguiente año calendario, antes del 31 de octubre de año anterior, acompañando la documentación que señale el Estatuto.”

37.- Que, sin embargo, la disposición mencionada en el considerando precedente no sería aplicable porque el cliente de Electroperú es Ares, y el cliente de Egasa es Seal, es decir, son clientes distintos. Esto es estrictamente correcto aún si se considera que Seal tiene como principal cliente a Ares y como clientes menores a los usuarios de las localidades del área de influencia de la S.E. Callalli.

38.- Que, al no haber una disposición legal específica para realizar la distribución de energía entre los generadores involucrados en la S.E. Callalli, son válidas las disposiciones contractuales entre las partes. En este sentido, está en juego el derecho del usuario de consumir energía dentro de los rangos contratados.

39.- Que, cuando un usuario contrata una potencia determinada debe pagarla así no la use en su totalidad. En cambio, en el caso de la energía paga la energía que consume, a menos que tenga un compromiso de energía mínima, que deba pagar aún si consume menos que ella, o exista un compromiso de energía máxima, que por diversas razones pudieran haber establecido las partes. En cualquier condición existe un rango contratado para la energía entre los cuales el usuario es libre de consumir. El usuario define la energía que consume dentro del rango contratado y paga esa energía en las condiciones convenidas.

40.- Que, en el caso del contrato de Ares con Seal no se establece un límite mínimo ni uno máximo de la energía consumida por lo que el límite inferior es cero, mientras que el límite superior es el máximo mensual que pueda consumir Ares con la potencia contratada. En tal sentido, por ejemplo, Ares tiene el derecho de decidir generar energía para su propio uso y reducir la energía que le suministra Seal, si se mantiene dentro del rango de energía contratada. También, tiene derecho a comprar energía de un generador local, como lo hizo con el suministro de las centrales hidroeléctricas de Misapuquio, Huayllacho, San Ignacio y San Antonio de Energía Pacasmayo S.A.

41.- Que, la energía que suministraba Seal a Ares, antes de Electroperú, dependía de la generación local, ya que Ares compraba toda la energía hidroeléctrica disponible de Energía Pacasmayo S.A.

42.- Que, Ares tiene el derecho de comprar energía a otro generador local o foráneo que reduzca la energía comprada a Seal siempre que esta se mantenga dentro del rango contratado.

43.- Que, Ares ha expresado su voluntad de compra de energía a sus suministradores en la carta GL-613-2002 del 6 de Noviembre de 2002, en la cual señala que su suministrador hasta los primeros 7 MW es Electroperú y que la diferencia de potencia y energía será comprada a Seal.

La carta en mención dice: *"En atención a nuestra carta GL-451/2002 del 22 de agosto de 2002 y la reunión posteriormente realizada con sus representantes en nuestras oficinas, cumplimos con informarles que hemos suscrito, con fecha 04 de noviembre de 2002, un Contrato de Suministro de Electricidad con la compañía Electroperú por una potencia contratada de 7 MW en horas de punta, y fuera de punta, por lo que a partir de dicha fecha y hasta el 31 de diciembre de 2003 adquiriremos únicamente de SEAL la potencia y energía por la diferencia necesaria para cubrir nuestra demanda.*

Esperamos poder acordar, a la brevedad, los términos y condiciones que tendría el Contrato de Suministro a celebrarse con Uds.", tal carta fue remitida el 6 de noviembre de 2002 a Seal.

44.- Que, de lo expuesto el Cuerpo Colegiado Ad hoc considera que, de acuerdo al marco legal vigente, Ares tiene el derecho a contratar con Electroperú para mejorar las condiciones técnicas y/o económicas de su suministro de energía eléctrica.

45.- Que, asimismo, el Cuerpo Colegiado Ad hoc considera que Ares debe pagar a Seal y Electroperú las potencias contratadas con cada una de ellas, independientemente de su valor medido o calculado, como previsto en los respectivos contratos.

46.- Que, dentro del principio de acceso abierto de las instalaciones de transmisión y distribución vigente en la legislación eléctrica, Seal debe permitir el acceso a su S.E. Callalli y Ares debe pagar el peaje secundario por el uso de la S.E. Callalli correspondiente al suministro de energía eléctrica que recibe de Electroperú en el nivel 138 kV de la S.E. Callalli.

47.- Que, igualmente, el Cuerpo Colegiado Ad hoc considera que de acuerdo al marco legal vigente, Ares tiene derecho a definir los niveles de energía que consume de cada uno de sus suministradores siempre que se encuentren dentro de los respectivos rangos contratados.

48.- Que, habiendo definido Ares que su suministrador hasta los primeros 7 MW es Electroperú y que después de ese valor adquiere la diferencia de potencia y energía de Seal, la energía mensual comprada a Seal sería:

- Si la potencia suministrada a Ares es menor o igual a 7 MW (medida o calculada en el lado 138 kV de la S.E. Callalli):

$$Ed = 0$$

000579

- Si la potencia suministrada a Ares es mayor que 7 MW (medida o calculada en el lado 138 kV de la S.E. Callalli):

$$Ed = [Et - Eg] * Fp$$

Donde:

Ed = energía suministrada por Seal el lado 66 kV de la S.E. Callalli

Fp = factor de pérdidas de energía en la transformación de 138 a 66 kV ($Fp < 1$)

Et = energía total suministrada a Ares en el lado 138 kV de la S.E. Callalli

Eg = energía suministrada por Electroperú en el lado 138 kV de la S.E. Callalli

$$Eg = [Pg * Et] / Dm$$

Pg = potencia contratada con Electroperú (7 MW)

Dm = demanda máxima de Ares en el lado 138 kV de la S.E. Callalli

49.- Que, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc ha tenido en cuenta para su evaluación las pruebas aportadas por las partes y, estando de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2° y 45° del Reglamento para la Solución de Controversias aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 086-2002-OS/CD, al haberse cumplido con todas las diligencias establecidas para este procedimiento, corresponde que se dicte la Resolución que pone fin a la instancia dentro del plazo establecido en el Reglamento.

De conformidad con las normas citadas anteriormente y con lo establecido por la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General de OSINERG aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, el Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, Ley de Concesiones Eléctricas, Ley N° 25844 sus ampliatorias y modificatorias y el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo N° 009-93-EM sus ampliatorias y modificatorias:

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Declarar fundada la pretensión de la Compañía Minera ARES S.A.C. a fin de que se establezca cuál es el monto que ella debe abonar a la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste - SEAL y a la Empresa de Electricidad del Perú - ELECTROPERÚ, sin costas ni costos e improcedentes las excepciones planteadas por SEAL y ELECTROPERÚ, por las razones expuestas en la presente Resolución.

Artículo Segundo: Declarar que la Compañía Minera ARES S.A.C debe pagar las potencias contratadas con ELECTROPERÚ y SEAL, independientemente de los valores medidos o calculados, en los puntos de entrega, respectivamente, S.E. Callalli 138 kV y S.E. Callalli 66 kV.

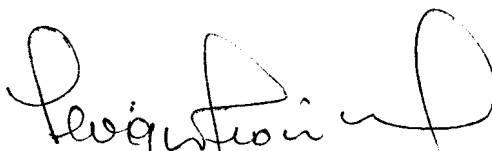
000578

Artículo Tercero: Declarar que durante los meses de noviembre y diciembre de 2002, la Compañía Minera ARES S.A.C debe pagar a ELECTROPERÚ la energía total suministrada a la Compañía Minera ARES S.A.C en la S.E. Callalli 138 kV, y una energía nula a SEAL, al haber sido la máxima demanda de potencia de ARES inferior a 7 MW.

Artículo Cuarto: Declarar que SEAL debe permitir a la Compañía Minera ARES S.A.C el libre acceso a su sistema secundario de transmisión en la S.E. Callalli y ARES debe pagar a SEAL la compensación correspondiente por el uso de la S.E. Callalli, en noviembre y diciembre de 2002, que le ha permitido llevar la energía que recibió de ELECTROPERÚ a sus instalaciones de 66 kV.

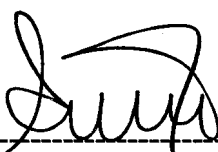
Artículo Quinto: Declarar que ELECTROPERÚ y SEAL deben reajustar sus facturaciones de los meses de noviembre y diciembre de 2002 y considerar los pagos ya efectuados por la Compañía Minera ARES S.A.C para los fines de balance de los débitos o créditos que correspondan.

Artículo Sexto: Declarar que en cuanto compete a extender las precisiones sobre la forma de participación de SEAL y ELECTROPERÚ en la energía provista a la Compañía Minera ARES S.A.C en la S.E. Callalli, respectivamente, en 66 kV y 138 kV, durante los meses de Enero a Marzo de 2003, son aplicables los mismos criterios desarrollados en esta Resolución, estableciéndose los derechos y obligaciones de pago según las mismas reglas establecidas para el periodo noviembre a diciembre de 2002.



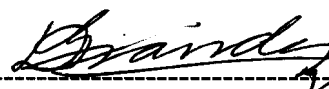
SERGIO LEÓN MARTÍNEZ

Presidente del Cuerpo
Colegiado Ad Hoc
OSINERG



AMADEO PRADO BENÍTEZ

Miembro del Cuerpo
Colegiado Ad Hoc
OSINERG



DAVID GRANDEZ GÓMEZ

Miembro del Cuerpo
Colegiado Ad Hoc
OSINERG