

**RESOLUCION DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 017-2009-OS/CC-58**

Lima, 28 de octubre de 2009.

VISTO:

El expediente de la reclamación presentada por EPS GRAU S.A., en adelante "EPS GRAU" o "la reclamante", contra la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD - ELECTRONOROESTE S.A., en adelante "ENOSA" o "la reclamada".

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1102346, EPS GRAU presentó reclamación contra ENOSA el 11 de diciembre de 2008.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 061-2009-OS/CD, de fecha 14 de abril de 2009, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2009-OS/CC-58, de fecha 15 de abril de 2009, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se asumió competencia en la presente controversia y se admitió a trámite la reclamación presentada por EPS GRAU. Asimismo, se dispuso el traslado de ésta, otorgando a la empresa reclamada, un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.4. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1171774, el 12 de mayo de 2009 ENOSA dedujo la excepción de prescripción extintiva correspondiente a una parte del periodo materia de reclamación y presentó la contestación a la reclamación presentada por EPS GRAU.
- 1.5. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2009-OS/CC-58, de fecha 15 de mayo de 2009, se admitieron la excepción de prescripción extintiva y la contestación a la reclamación presentada por ENOSA, se pusieron en conocimiento de la reclamante y se citó a Audiencia Única para el día 28 de mayo de 2009.
- 1.6. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1178739, EPS GRAU presentó el 26 de mayo de 2009 la absolución al traslado de la excepción de prescripción extintiva.
- 1.7. El día 28 de mayo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante "ROSC", se procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios presentados por las partes en sus escritos de reclamación, deducción de excepción y de contestación a la reclamación y de absolución de

la excepción. Adicionalmente, en la referida Audiencia, EPS GRAU ofreció como medio probatorio, que se requiera a ENOSA la presentación de los Libros de Ocurrencias de la SET El Arenal, entre el 08 de enero de 1996 al 30 de mayo de 2000, ante lo cual el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dispuso que ENOSA presente la Memoria Masa del medidor instalado en el suministro materia de la controversia.

- 1.8. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1184128, de fecha 04 de junio de 2009, EPS GRAU presentó sus alegatos.
- 1.9. Mediante escrito de fecha 04 de junio de 2009 con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1184588, ENOSA presentó la Memoria Masa requerida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la Audiencia Única.
- 1.10. Mediante escrito de fecha 05 de junio de 2009 con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1185154, ENOSA absuelve el conocimiento del traslado de la excepción.
- 1.11. Con Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 006-2009-OS/CC-58 y 008-2009-OS/CC-58, de fecha 08 de junio de 2009 y 19 de junio de 2009, respectivamente, se dispuso el traslado de la Memoria Masa a EPS GRAU, otorgando a la empresa reclamante un plazo de cinco (05) días hábiles para que exponga su posición al respecto.
- 1.12. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1198245, el 02 de julio de 2009, EPS GRAU cumplió con absolver el traslado concedido mediante Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 006-2009-OS/CC-58 y 008-2009-OS/CC-58 respecto de la Memoria Masa.
- 1.13. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 009-2009-OS/CC-58, de fecha 06 de julio de 2009, se dispuso suspender hasta por veinte (20) días hábiles, el plazo para resolver la controversia debido a la nueva información presentada por las partes en relación a la Memoria Masa del medidor instalado en el suministro materia de la controversia, la cual tenía que ser evaluada antes de resolver.
- 1.14. Mediante Memorando N° ST.CC/TSC-66-2009, de fecha 07 de julio de 2009, por encargo del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, la Secretaria General solicitó opinión técnica a la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, en adelante "GFE", respecto de la nueva información presentada por las partes sobre la Memoria Masa del medidor.
- 1.15. Mediante Memorando N° GFE-795-2009, de fecha 15 de julio de 2009, la GFE remitió a la Secretaria General el Informe Técnico N° GFE-UCS-041-2009, en respuesta al requerimiento de opinión técnica mencionado en el párrafo precedente.
- 1.16. En virtud del Informe de la GFE, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 010-2009-OS/CC-58, de fecha 16 de julio de 2009, se solicitó a las partes la presentación de información adicional y se dispuso ampliar el plazo de suspensión del procedimiento para resolver la controversia a fin de que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc cuente con todos los elementos de juicio suficientes para resolver la controversia entre las partes.



- 1.17. Mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1208329 y 1208697, EPS GRAU y ENOSA, respectivamente, presentaron el día 24 de julio de 2009, información en virtud del requerimiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mediante Resolución N° 010-2009-OS/CC-58.
- 1.18. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 011-2009-OS/CC-58, de fecha 30 de julio de 2009, se corrió traslado a ambas partes de la información presentada por cada una de ellas otorgándoseles el plazo de tres (03) días hábiles para que expongan su posición al respecto.
- 1.19. En cumplimiento de lo solicitado con la resolución referida en el párrafo precedente, mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1211686 y 1212493, de fechas 05 de agosto de 2009 y 06 de agosto de 2009, EPS GRAU y ENOSA, respectivamente, presentaron su posición.
- 1.20. Mediante Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 012-2009-OS/CC-58 y 013-2009-OS/CC-58 de fechas 10 y 11 de agosto de 2009 respectivamente, se puso en conocimiento de las partes la información que sustentaba la posición de cada una de ellas al respecto.
- 1.21. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1216809, de fecha 17 de agosto de 2009, ENOSA se opuso a los argumentos expuestos por EPS GRAU y solicitó al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc resolver la controversia entre las partes.
- 1.22. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1217128, de fecha 17 de agosto de 2009, EPS GRAU solicitó al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se declare la improcedencia de la oposición formulada por ENOSA y se tenga presente el mérito probatorio de los cuadernos de ocurrencias presentados por ésta.
- 1.23. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1223586, presentado el 28 de agosto de 2009, EPS GRAU presentó resoluciones emitidas por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del OSINERGMIN - JARU en procedimientos seguidos por las mismas partes y por materia similar -compensaciones por interrupciones del servicio- del mercado regulado.
- 1.24. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 015-2009-OS/CC-58 de fecha 15 de setiembre de 2009, atendiendo al estado del procedimiento, se concedió cinco (05) días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos finales.
- 1.25. Mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1238572 y 1238648, EPS GRAU y ENOSA, respectivamente, presentaron el día 25 de setiembre de 2009, sus alegatos finales.
- 1.26. Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias, la reclamación se encuentra expedita para ser resuelta por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.



2. De la controversia

2.1. DE LA RECLAMANTE EPS GRAU

EPS GRAU sustenta su posición principalmente en lo manifestado en su escrito de reclamación, en la Audiencia Única, en su escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1208329 y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.1.1. Fundamentos de hecho:

i) Manifiesta que celebró los siguientes contratos con ENOSA, para que ésta le suministre el servicio de electricidad en el ámbito del mercado de libre contratación para atender a sus instalaciones de bombeo ubicadas en El Arenal (Eje Paita Talara):

- Contrato suscrito el 30 de octubre de 1993 (EPS GRAU, en ese entonces Empresa SEDAPIURA), vigencia, un año a partir de la fecha de suscripción, renovable automáticamente por el mismo periodo.
- Contrato suscrito el 01 de marzo de 1995, vigencia un año, renovable automáticamente por el mismo periodo.
- Contrato suscrito con el 01 de marzo de 1996, vigencia dos años contados a partir del 01 de marzo de 1996, renovable automáticamente por el mismo periodo. Mediante Addenda, suscrita con fecha 01 de agosto de 1997, las partes acordaron modificar diversas cláusulas del contrato.
- Contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1998, vigencia un año, renovable automáticamente por el mismo periodo.
- Contrato N° G-075-2001 suscrito el 01 de marzo de 2001, vigencia un año.
- Contrato N° 0257-2002-ENOSA/C suscrito con fecha 01 de junio de 2002, vigencia un año, renovable por el mismo periodo. Mediante la Primera Addenda, suscrita con fecha 20 de mayo de 2003, las partes acordaron prorrogar la vigencia del contrato hasta el 30 de julio de 2003. Con la Segunda Addenda, suscrita con fecha 16 de agosto de 2003, acordaron modificar diversas cláusulas del contrato, extendiendo su duración hasta el 31 de diciembre de 2003.

ii) Respecto del punto de entrega del suministro eléctrico a EPS GRAU como cliente libre, se estableció, en todos los contratos detallados en el numeral anterior, que éste sería en la Barra de 13.2 Kv de la set 60/13.2 kV de El Arenal, propiedad de ENOSA.

iii) En cuanto a las potencias a contratar, mediante Contrato N° 0257-2002-ENOSA/C suscrito con fecha 01 de junio de 2002, las partes acordaron lo siguiente:

"1.1. La Demanda Máxima Contratada en el Punto de Conexión y Medición será de:
Potencia Máxima en Horas Punta: 800Kw.
Potencia Máxima en Horas Fuera de Punta: 3,750kw."

iv) De otro lado, las partes acordaron concluir el suministro del servicio de electricidad en el mercado de libre contratación el 31 de diciembre de 2004. Asimismo, pactaron que a partir de 01 de enero de 2005, EPS GRAU migraría de un único suministro libre (con una máxima demanda de

potencia en horas fuera de punta de 3,750 kw a seis (06) suministros regulados, con las siguientes máximas demandas de potencia:

Código Suministro ENOSA	Potencia Contratada	Nombre de Suministro
Suministro 1: (12517661):	FP (950 Kw.)	Planta de Captación
Suministro 2: (12517643):	FP (850 Kw.)	Estación de Bombeo N° 1
Suministro 3: (12517652):	FP (850 Kw.)	Estación de Bombeo N° 2
Suministro 4: (12517634):	FP (300 Kw.)	Planta Antigua
Suministro 5: (12517680):	FP (80 Kw.)	Planta de Tratamiento N° 2
Suministro 6: (12517670):	FP (10 Kw.)	Planta de Tratamiento N° 1
Total (Kw.)		3,040 Kw.

- v) Con ocasión del acuerdo de migración referido en el párrafo precedente, ENOSA trasladó el único punto de entrega que tenía como cliente libre (en la Barra de 13.2kV de la SET 60/13.2 El Arenal) a otros 06 puntos de entrega ubicados en las instalaciones operativas de la reclamante.
- vi) EPS GRAU indicó que, como cliente del mercado de libre contratación, tuvo el Código de Suministro N° 1014397 hasta el 31 de mayo de 2000 y a partir del 01 de junio de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2004 tuvo el Código de Suministro N° 12317150.
- vii) En ese sentido, la reclamante precisó que la reclamación presentada se refiere al Suministro N° 1014397 durante el periodo que va desde el 08 de enero de 1996 hasta el 31 de mayo de 2000.
- viii) Al respecto, EPS GRAU señaló que el suministro citado en el párrafo anterior sufrió, sin previo aviso, 808 interrupciones en la prestación del servicio de electricidad, según detalla en el Anexo N° 1-A del escrito de reclamación; y que hasta la fecha ENOSA no cumple con pagarle las compensaciones derivadas de dichas interrupciones.
- ix) EPS GRAU señaló que conforme a los contratos celebrados entre las partes durante el periodo materia de controversia rige, de manera inmediata, la voluntad de las partes y, de manera supletoria, en -aquellos aspectos no regulados en el contrato-, la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante "LCE", su Reglamento, en adelante "RLCE", la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante "NTCSE", y la correspondiente legislación en materia eléctrica aplicable al caso.
- x) Mencionó que la LCE no sólo regula al servicio público de electricidad sino, en general, al sector eléctrico del Perú, comprendiendo al mercado libre de electricidad, estableciendo una regulación mínima para este mercado, sin perjuicio de la libertad de contratar y de la libertad contractual que, por definición y de manera general, corresponde a los operadores (concesionarios y usuarios). Hizo referencia al Reglamento de Usuarios Libres, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-EM, indicando que si bien no es aplicable al presente caso, éste fue dictado como disposición reglamentaria del artículo 8° de la LCE, confirmando que esta ley es aplicable también al mercado libre de electricidad, de manera supletoria a la voluntad de las partes y, de manera obligatoria, respecto de aquellas regulaciones mínimas que prevé el Decreto Ley N° 25844 y el mencionado nuevo Reglamento.

- xi) En el mismo orden de ideas, precisó que la NTCSE es de aplicación supletoria al presente caso, no sólo por tratarse de una regulación reglamentaria o complementaria de la LCE sino también, por disposición expresa de los artículos 31° y 38° de la LCE y de los acápite II y III de la NTCSE. Más aún si las partes así lo han establecido en los diversos contratos suscritos -cláusula 13-.
- xii) Asimismo, señaló que ha presentado las pruebas idóneas y, más aún, las únicas pruebas a las que tiene acceso -como cliente-, respecto de la ocurrencia de las interrupciones materia de la reclamación, habiendo presentado el análisis de las interrupciones y el reporte de éstas. Agregó que, los reportes de EPS GRAU son el medio idóneo para acreditar las interrupciones, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.1.10 de la NTCSE. Además, presentó copia de una parte de los Cuadernos de Ocurrencias de la SET El Arenal de ENOSA, los cuales confirman la totalidad de las interrupciones sobre las cuales se reclama compensación.
- xiii) Por otro lado, en relación a lo manifestado por ENOSA en el sentido que no todas las interrupciones que reclama duraron más de quince (15) minutos, manifiesta que la reclamada no ha presentado los registros pertinentes en los que se demuestre ello.
- xiv) Agrega que, el documento presentado por ENOSA y denominado "Detalle de análisis de las interrupciones ocurridas durante los periodos materia de la reclamación", que fuera presentado como anexo del escrito de contestación a la reclamación, no corresponde al medio probatorio ofrecido por la reclamada, hallando en lugar de dicho análisis, una tabla incluyendo la información relativa a los descuentos por potencia reducida que la reclamada declara haber abonado a la reclamante, la cual no hace referencia a un análisis de las interrupciones.
- xv) EPS GRAU indica que debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la reclamada, al no aceptar presentar sus Libros de Ocurrencias de la SET El Arenal, entre el 08 de enero de 1996 y el 31 de mayo de 2000, amparándose en una supuesta disposición que le permite eliminar documentos de sus archivos; sin embargo, señala EPS GRAU, de manera contradictoria, la reclamada se declara apta para hacer un análisis de las interrupciones -que no presenta- pero se niega a exhibir los libros de ocurrencias ya mencionados, lo que permitiría colegir que la reclamada sí tendría la información que ha negado, que sería la única fuente que permitiría efectuar un análisis de las interrupciones referidas.
- xvi) EPS GRAU señala que ENOSA admite en su escrito de contestación a la reclamación que se produjeron 808 sucesivas interrupciones del suministro de energía eléctrica con una duración de 659 horas. Añade que la reclamada muestra una tabla en la que reconoce 708 de las 808 interrupciones materia de reclamación y niega 91, esto último bajo el pretexto que "no tiene reporte de interrupción en este horario"; lo que demuestra, a decir, de la reclamante que sí tiene reportes de otras interrupciones. Otras 09 interrupciones negadas por ENOSA se iniciaron antes de las 24 horas de un día determinado y continuaron después de las 00 horas del día siguiente, por esa razón han sido consideradas por la reclamante como interrupciones en dos fechas distintas, con el tiempo respectivo ocurrido en cada día, no se ha agregado un segundo adicional.

- xvii) Asimismo, menciona que ENOSA hace referencia a una comparación de sus registros con los reportes de la reclamante, indicando que 142 interrupciones coinciden, de lo que se colige que efectivamente ENOSA cuenta con reportes. Y por tanto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe insistir en su requerimiento de entrega de reporte completo de interrupciones.
- xviii) Respecto de la afirmación de la reclamada de la no aplicación de la NTCSE a las supuestas compensaciones por tratarse de un cliente libre, la reclamante señala que los contratos celebrados con la reclamada se rigen supletoriamente por la LCE, por el RLCE y por la NTCSE. En ese sentido, señaló que la cláusula 13 de los contratos de suministro de energía que acreditan la relación entre las partes menciona lo siguiente:

"13. LEY APLICABLE

La interpretación y regulación del presente Contrato, en todo lo no previsto en el mismo, se efectuará de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley Nº. 25844, por el Reglamento de dicha Ley, aprobado por el D.S. Nº. 009-93-EM, sus normas complementarias y reglamentarias. Supletoriamente, se regirá por la Ley sustantiva, especialmente el Código Civil Peruano".

- xix) EPS GRAU argumenta que la posición de ENOSA se debe a una consideración equivocada de lo dispuesto en la cláusula 7.9 de los contratos, que establece el descuento en los cargos fijos de potencia contratada y considerando, a decir de ENOSA, que es el único descuento previsto en los contratos, no procedería el pago de otras compensaciones.
- xx) EPS GRAU alega que la reclamada está confundiendo los conceptos de descuento por potencia reducida con la compensación por interrupciones en el suministro de energía (por causas de distribución) y con la compensación por déficit de generación. Asimismo, dice que ENOSA se limita a señalar que tales compensaciones no están previstas de manera expresa en el Contrato, lo cual a criterio de la reclamante no es cierto, toda vez que de manera supletoria en todo lo no pactado expresamente en el Contrato, estaría regulado por la LCE, por el RCLE y la NTCSE.
- xxi) Respecto de lo indicado en el párrafo precedente, EPS GRAU define los conceptos siguientes:

"a) Descuentos en cargos fijos de potencia.

*Son los descuentos en los cargos fijos de potencia (potencia de generación y potencia por uso de redes de distribución) por la parte proporcional al número de horas interrumpidas y el número total de horas del mes que el concesionario debe pagar al usuario cuando éste se ve afectado por una interrupción en el suministro del servicio de electricidad en los casos en que se produce un **racionamiento** por déficit de generación eléctrica y/o por causas atribuibles al concesionario de distribución, por la potencia no suministrada. (artículos 57º y 86º de la LCE y artículos 131º y 168º del RLCE)."*

Al respecto, indica la reclamante, que ENOSA sí reconoce que está obligada al pago de estos descuentos.

"b) Compensación por interrupción.

Es el importe que la concesionaria debe pagar al usuario afectado por interrupciones en el suministro del servicio de electricidad en caso de producirse racionamiento por déficit de generación eléctrica y/o por causas atribuibles al concesionario de distribución, por la energía y potencia no suministrada (artículos 57° y 86° de la LCE)."

"c) Costo de Racionamiento.

Es el costo promedio incurrido por los usuarios, al no disponer energía, y tener que obtenerla de fuentes alternativas. Este costo se calculará como valor único y será representativo de los déficit más frecuentes que puedan presentarse en el sistema eléctrico (Definición que forma parte del Anexo de la LCE)".

EPS GRAU señaló que ENOSA no ha cumplido con informar qué interrupciones supuestamente menores a 15 minutos se debieron a un déficit de generación o a una deficiencia de distribución, por lo que la reticencia de la reclamada debe dar lugar a que se tenga por cierto que todas son compensables por haber sido causadas por un déficit de generación, incluyendo las que pudieran ser menores a 15 minutos. Asimismo, alega que respecto de este último supuesto, debe considerarse que la materia controvertida de la presente reclamación no es una cuestión de hecho relativa a la causa de interrupción, es decir, si se debe a un déficit de generación o a una deficiencia de distribución, sino que es una cuestión de puro derecho relativa a la aplicación supletoria de la LCE, del RLCE y de la NTCSE.

- xxii) Finalmente, EPS GRAU presentó resoluciones emitidas por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios de OSINERGMIN - JARU, en procedimientos seguidos entre las mismas partes y sobre compensación por interrupciones del servicio para seis (06) suministros del mercado regulado, en las cuales la JARU declaró nulas las resoluciones emitidas por ENOSA y que entre otras cosas, agrega la reclamante, acredita el ánimo obstruccionista y de rebeldía que ha asumido ENOSA en esos procedimientos y otros, en las cuales se declararon fundados los reclamos de EPS GRAU y se ordenó a la reclamada compense a ENOSA por las interrupciones. Precisa que la JARU ha aplicado el principio de verdad material.

2.1.2. Fundamentos de derecho:

i) NTCSE¹:

¹Normas modificatorias de la NTCSE:

- a) Decreto Supremo N° 020-97-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 11 de octubre de 1997.
- b) Decreto Supremo N° 009-99-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 11 de abril de 1999.
- c) Decreto Supremo N° 056-99-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 08 de noviembre de 1999.
- d) Decreto Supremo N° 013-2000-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 27 de julio de 2000.
- e) Decreto Supremo N° 017-2000-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 18 de setiembre de 2000.
- f) Decreto Supremo N° 040-2001-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 17 de julio de 2001. Fe de erratas publicada el 26 de julio de 2001.
- g) Decreto Supremo N° 004-2006-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 06 de enero de 2006.
- h) Decreto Supremo N° 026-2006-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 21 de abril de 2006.
- i) Decreto Supremo N° 026-2006-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 21 de abril de 2006.
- j) Decreto Supremo N° 049-2007-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 14 de setiembre de 2007.
- k) Decreto Supremo N° 002-2008-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 09 de enero de 2008.
- l) Decreto Supremo N° 037-2008-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 09 de julio de 2008.

EPS GRAU señala que, para el caso de interrupciones del suministro existen tres etapas para adecuarse a la NTCSE:

- Primera
(18 meses) : a partir del 12 de octubre de 1997.
- Segunda
(2 años 8.5 meses) : a partir del 12 de abril de 1999.
- Tercera
(indefinida) : a partir del 01 de enero de 2002.

ii) LCE, Decreto Ley N° 25844 (vigente a partir del 05 de diciembre de 1992):

Precios máximos de generador a distribuidor de servicio público.

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

Prestación del servicio público de electricidad.

"Artículo 86°.- Si el suministro de energía sufriera interrupción total o parcial por un periodo consecutivo mayor a 4 horas, el concesionario deberá compensar a los usuarios por el costo de la potencia y energía no suministrada en las condiciones que establezca el Reglamento, excepto en que ellas fueren originadas por causa imputable al usuario afectado.

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

"Artículo 87°.- Los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro por causas de fuerza mayor, con la obligación de dar aviso de ello a los usuarios y al organismo fiscalizador dentro de las 48 horas de producida la alteración".

iii) RLCE (vigente a partir del 01 de mayo de 1993):

Precios máximos de Generador a Distribuidor de Servicio Público.

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

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

[Handwritten signature]

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

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

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

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

- a) Todo periodo de interrupción que supere las cuatro horas consecutivas deberá ser registrado por el concesionario. El usuario podrá comunicar el hecho al concesionario para que se le reconozca la compensación;*
- b) La cantidad de energía a compensar se calculara multiplicando el consumo teórico del usuario por el cociente resultante del número de horas de interrupción y el número total de horas del mes.*

El consumo teórico será determinado según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 131° del Reglamento; y,

- c) El monto a compensar se calculará aplicando a la cantidad de energía, determinada en el inciso precedente, la diferencia entre el Costo de Racionamiento y la tarifa por energía correspondiente al usuario.*

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

La compensación se efectuará mediante un descuento en la facturación del usuario, correspondiente al mes siguiente de producida la interrupción.

Para este efecto no se considerará las interrupciones programadas y comunicadas a los usuarios con 48 horas de anticipación”.

“Artículo 169°.- Corresponde a OSINERG la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor a que se refiere el artículo 87° de la Ley.”

Fiscalización.

“Artículo 201°.- El OSINERG sancionará a los concesionarios que desarrollen actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica y/o clientes libres, así como el COES cuando incumplan sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 2 000 000 kilovatios-hora, en los siguientes casos según corresponda:

- (...)
- d) *Por incumplimiento de la obligación de compensar a los usuarios, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 57° y 86° de la Ley.*
- (...)
- h) *Por variar las condiciones de suministro sin autorización previa del OSINERG, o sin haber dado el aviso a que se refiere el artículo 87° de la Ley.*
- (...)
- j) *Por no registrar las interrupciones a que se refiere el artículo 168° del Reglamento.”*

“Artículo 170°.- Se considera como punto de entrega para los suministros en baja tensión, la conexión eléctrica entre la acometida y las instalaciones del concesionario. En los casos de media y alta tensión, el concesionario establecerá el punto de entrega en forma coordinada con el usuario, lo que deberá constar en el respectivo contrato de suministro.”

- iv) Oficio (M) N° 010-96-EM/DGE del 21 de febrero de 1996, cuya copia se adjunta en el Anexo N° 1-B del escrito de reclamación.
- v) Resolución Ministerial N° 182-96-EM/VME del 19 de abril de 1996.

EPS GRAU señala que las disposiciones del Oficio (M) N° 010-96-EM/DGE fueron confirmadas a través de la Resolución Ministerial N° 182-96-EM/VME, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de abril de 1996, al declarar infundados los Recursos de Apelación interpuestos por las empresas ELECTROPERÚ S.A. y EDEGEL S.A. contra las precisiones contenidas en el citado Oficio. Por lo tanto, los términos del referido oficio se encuentran en plena vigencia.

- vi) Contratos de suministro de electricidad suscritos por las partes en el mercado de libre contratación, en los cuales se establece la procedencia del pago de compensaciones por interrupciones en el suministro de electricidad, así como los descuentos en los cargos fijos de potencia contratada, cuando ocurra indisponibilidad de potencia eléctrica en perjuicio de EPS GRAU:
 - Contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1995 (Anexo N° 1-H del escrito de reclamación): Numerales 7.9, 9 y 13.
 - Contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1996 (Anexo N° 1-I del escrito de reclamación): Numerales 7.9, 9 y 12.
 - Contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1998 (Anexo N° 1-K del escrito de reclamación): Numerales 7.9, 9 y 13.
- vii) Sobre la procedencia de las compensaciones económicas por interrupciones del servicio de electricidad
 - NTCSE: Numeral 6.1.3: contempla la compensación por interrupciones cuando se supera el numero total de interrupciones/semestre (N=6 interrupciones/semestre) o la duración total ponderada de interrupciones por cliente (D=10 horas/ semestre), siendo evaluada después de concluido el semestre.

- NTCSE: Numeral 6.1.8: establece que las compensaciones por interrupciones originadas por la actuación de los relevadores de protección y/o por la apertura manual por disposición del COES, ya sea por mínima frecuencia o mínima tensión, se calculan por línea o alimentador, las que se distribuyen proporcionalmente entre todos los clientes afectados, de acuerdo con sus consumos de energía registrados durante el semestre correspondiente.
- NTCSE: Numeral 6.1.10: prescribe los medios probatorios válidos en los supuestos que no se hay instalado equipos que permitan identificar claramente el inicio y final de las interrupciones.

2.2. DE LA RECLAMADA ENOSA

ENOSA sustenta su posición en lo manifestado en su escrito de contestación a la reclamación y en la deducción de Excepción de Prescripción Extintiva, en la Audiencia Única y en su escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1184588, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.2.1. Excepción de Prescripción Extintiva deducida por ENOSA

- i) ENOSA señala que es necesario determinar la naturaleza de la obligación materia de la presente reclamación, a fin de determinar si ésta resulta aún exigible, independientemente del sustento o no que pudiera tener.
- ii) Precisa que, en la formulación de la reclamación, EPS GRAU utilizó el término o concepto de compensación, lo cual resulta equívoco, por cuanto contractualmente lo que se estipuló fue una modalidad de descuento, bajo los términos establecidos en el numeral 7.9 de los contratos vigentes, durante los periodos materia de reclamación, cuyo tenor es el siguiente:

“En casos de indisponibilidad parcial o total de la potencia contratada, excepto en las oportunidades que ella fuere originada por acción o inacción de EL CLIENTE, y distintas a las de fuerza mayor, indicadas en la cláusula 9, se efectuarán descuentos en los cargos fijos de potencia contratada, de acuerdo a la fórmula descrita ene el Anexo II.”

- iii) A criterio de ENOSA, la naturaleza de la relación de la cual se deriva la supuesta obligación -que en la controversia se pretende exigir- obedece a una contractual o personal.
- iv) ENOSA indica que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 2001° del Código Civil² el plazo prescriptorio para iniciar acciones que deriven de relaciones de naturaleza contractual es de diez años, desde el momento en que resultan ser exigibles.

² “Artículo 2001°.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

a. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
(...)”

- v) ENOSA agrega que EPS GRAU señaló en el numeral 1, denominado pretensión principal del punto I de su escrito de reclamación, que el plazo o periodo que se está reclamando va desde el 08 de enero de 1996 hasta el 30 de mayo de 2000, por lo que, computando el plazo para iniciar la acción -desde que resultó exigible- a la fecha, es un hecho que, respecto de los periodos reclamados 1996, 1997 y 1998, ya ha transcurrido en exceso el plazo de diez (10) años otorgado en el Código Civil para iniciar cualquier acción. Por lo tanto, la reclamación debe ser declarada improcedente respecto de estos periodos.
- vi) De otro lado, ENOSA añade que, sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, de la revisión de sus Libros de Registros de Ventas, se evidencia que pagó a EPS GRAU la suma de S/. 1, 271.86 sin I.G.V., bajo la modalidad de "descuentos" por concepto de interrupciones del servicio eléctrico del suministro materia de controversia, durante los meses de noviembre y diciembre de 1997, febrero y marzo de 1998, mediante una nota de crédito, lo que acreditaría que sí cumplió oportunamente con lo previsto contractualmente en el numeral 7.9 de los referidos contratos. Adjunta al expediente copia del referido Registro de Ventas correspondiente al periodo de abril de 1998.

2.2.2. Fundamentos de hecho y derecho:

- i) ENOSA hace referencia, al igual que la reclamante, a los contratos que suscribieron ambas partes durante los años 1993 a 1998. Precisa que la reclamante hace referencia además en su escrito de reclamación a contratos suscritos con posterioridad a la fecha del periodo materia de reclamación.
- ii) ENOSA indica que teniendo en cuenta que ha operado la prescripción respecto de los años 1996 a 1998, su defensa se hará sobre el periodo 1999 a 2000.
- iii) ENOSA argumenta que EPS GRAU de manera ligera, unilateral, discrecional y sin mayor sustento, menciona la existencia de 808 interrupciones, las cuales pretende que la reclamada le compense económicamente. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 162° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, corresponde a EPS GRAU aportar los medios probatorios tendientes a verificar la verdad material de los hechos que alega, lo cual ha cumplido en este caso.
- iv) Al respecto, indica que ha efectuado una revisión exhaustiva respecto de la relación presentada por EPS GRAU y que contiene las supuestas interrupciones, advirtiéndose fácilmente que la gran mayoría de ellas no cumplen el supuesto previsto contractualmente para ser materia del descuento.
- v) Añade que es importante reiterar que la cláusula 7.9 de los sucesivos contratos vigentes durante los periodos materia de la reclamación, previeron descuentos en los cargos fijos de potencia contratada en casos de indisponibilidad total o parcial excepto en los casos que fuera originada por el cliente y distintas a las de fuerza mayor y que el detalle de la metodología a seguir para determinar los descuentos estaba contenida en el Anexo II; siendo que tal anexo precisa y especifica claramente, que

solamente se efectúa descuentos cuando el tiempo de interrupción es mayor o igual a 15 minutos.

- vi) En tal sentido, agrega que de conformidad con lo que establece el Código Civil, los contratos son obligatorios entre las partes, en cuanto se haya estipulado en ellos.
- vii) Asimismo, argumenta que está acreditado que contractualmente sólo se estableció que en casos de indisponibilidad parcial o total de potencia contratada, se efectuarían descuentos en los cargos fijos de potencia contratada de acuerdo con la fórmula descrita en el Anexo II de los referidos contratos, que a continuación se transcribe:

$$PR = (1/T) * \left[\sum_{i=1}^n (Pri * Tri) + Pc * (T - \sum_{i=1}^n Tri) \right]$$

Donde i es el índice que define los respectivos periodos, mayores o iguales a 15 minutos, en que han existido limitaciones de disponibilidad de potencia.

- viii) La reclamada agrega que, por tanto, los periodos de interrupción³ mayores o iguales a 15 minutos, establecen una primera depuración de la relación alcanzada por EPS GRAU, la cual incluye supuestas faltas de suministros con duración menor a 15 minutos que, en consecuencia, corresponden ser excluidos. Precisa que de la relación de 808 interrupciones mencionadas por EPS GRAU, 456 son de duración menor a 15 minutos.
- ix) Para ENOSA, debe efectuarse una segunda depuración, la que está relacionada con el cruce de la data de EPS GRAU y de los reportes que presentó la reclamada, habiéndose determinado faltas de suministro de energía de diferente duración a la reportada por EPS GRAU e incluso inexistencia de falta de suministro, además de aquellas que corresponden a fuerza mayor, que también habían sido incluidos erróneamente por la reclamante. Al respecto, ENOSA detalló el desgregado del análisis del listado alcanzado por la reclamante:

Interrupción menor de 15 minutos	456
Coincidente con sus reportes	142
Continuación del día anterior, ya considerada en ítem anterior	9
Hora de inicio próxima o similar	110
No se tiene reporte de interrupción en este horario	91
Total general	808

- x) La reclamada muestra los resultados del cálculo de descuentos por potencia reducida, después de ejecutadas las referidas depuraciones:

³ En su escrito de contestación a la reclamación ENOSA dice "periodos de integración" pero entendemos del tenor de lo expuesto que se refiere a periodos de interrupción.

Año	Desuento
1996	S/. 4,220.13
1997	S/. 5,135.25
1998	S/. 1,617.02
1999	S/. 2,755.19
2000	S/. 622.49

- xi) ENOSA agregó, que de la depuración ya mencionada, habría que eliminar, además, las interrupciones correspondientes a los periodos de 1996, 1997 y 1998, al haber quedado prescritas, resultando por tanto lo siguiente:

1999	S/. 2,755.19
2000	S/. 622.49

- xii) ENOSA señaló que a las supuestas 152 interrupciones del servicio de electricidad, ocurridas a partir del 12 de abril de 1999, fecha de inicio de vigencia de la NTCSE, hasta el 30 de mayo de 2000, no les resultan aplicables las disposiciones de la NTCSE, al tratarse de un cliente libre.
- xiii) Precisa que las compensaciones por aplicación de la NTCSE recién se hicieron efectivas a partir de la segunda etapa 2000-2001 (compensación unitaria $e = 0.05$ US\$/Kwh) y de manera gradual en la tercera etapa resultado de la aplicación plena a partir del segundo semestre del año 2003 (compensación unitaria $e = 0.35$ US\$/Kwh).
- xiv) ENOSA presenta información de la Memoria Masa, según lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la Audiencia Única, en medio magnético y manifestó que éste contiene los datos de perfiles de carga desde el periodo de febrero de 1999 a mayo 2000, en formato texto fuente tipo "prn", obtenidos mensualmente del medidor ABB modelo A1R-AL, serie 01343776, 3 hilos, 2.5 (20)A, instalado hasta el 30 de mayo de 2000.
- xv) ENOSA agregó que respecto de la información correspondiente al periodo que va del 08 de enero de 1996 al 30 de enero de 1999, existe la imposibilidad técnica de efectuar la entrega, por cuanto en ese tiempo ENOSA no contaba con los medios tecnológicos suficientes para capturar digitalmente la data de la memoria de masa de los medidores electrónicos (acopladores ópticos); por lo cual la facturación se efectuaba a través de la lectura visual de éstos.
- xvi) De otro lado, señala que el artículo 5° de la Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y de Sobrecostos, Ley N° 25988, modificada por Ley N° 27029, establece que es obligatorio conservar información hasta de cinco años.

2.3. ABSOLUCIÓN PRESENTADA POR EPS GRAU DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

EPS GRAU mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1178739 absuelve la excepción deducida por ENOSA sobre la base principalmente de los argumentos siguientes:

- i) Señala que ENOSA en el punto 2.1.6. de su escrito de contestación reconoce que durante el periodo de reclamación han existido una serie de coordinaciones previas e incluso pagos de parte de ENOSA a favor de la reclamante por concepto de compensaciones por interrupciones del servicio, lo que demuestra de manera indubitable que ENOSA ha reconocido y ratifica el reconocimiento de la obligación de pagar una compensación por las interrupciones del servicio de energía eléctrica, por lo cual el plazo prescriptorio ha sido interrumpido por la propia reclamada.
- ii) EPS GRAU indica que para ENOSA los pagos que ha efectuado corresponden a "descuentos" y no a las denominadas "compensaciones" por las mencionadas interrupciones; sin embargo, del texto del Memorando N° UC-320-98 de fecha 12 de abril de 1998, se advierte que la propia ENOSA se contradice al consignar lo siguiente en el referido memorando:

*"La presente es para solicitarle se emita una nota de crédito a nuestro cliente en mención (EPS GRAU) con el siguiente tenor:
Importe que devolvemos a Uds. por concepto de Compensación por interrupciones del servicio eléctrico del suministro del Eje Paita Talara durante los meses de Nov-97, Dic-97, Ene-98 y Mar-98".*

- iii) EPS GRAU sostiene que resulta evidente que ENOSA ha reconocido expresamente la obligación por los periodos reclamados no como descuentos sino como compensaciones. Agrega que la declaración de ENOSA acompañada de un documento suscrito por el Jefe de su Unidad de Operación Comercial, de fecha 12 de abril de 1998, en el que dispone la emisión de una nota de crédito por concepto de compensaciones a favor de EPS GRAU, constituye una declaración de parte asimilada que tiene el mérito probatorio de acreditar la existencia de la obligación de compensar por las interrupciones, en virtud de lo prescrito por el artículo 221° del Código Procesal Civil.
- iv) EPS GRAU menciona el artículo 1996° del Código Civil, en el cual se establece que el plazo prescriptorio se interrumpe por reconocimiento de la obligación y añade que ENOSA reconoció y continua reconociendo la obligación de compensar aunque no en los montos que ahora son materia de reclamación.
- v) EPS GRAU argumenta que una prueba adicional de que la prescripción se ha interrumpido, es el requerimiento de pago que viene efectuando a ENOSA desde enero de 2006, mediante diversas comunicaciones tales como el Oficio N° 002-2005.EPS GRAU S.A.JZPA de fecha 10 de enero de 2006 (a raíz de lo cual, ENOSA emitió la Resolución N° 01800000001 de fecha 18 de enero de 2006 reconociendo la recepción de esa comunicación), Oficio N° 002-2007-EPS GRAU S.A.JZPA, de fecha 07 de enero de 2008.
- vi) La reclamante indica además, que OSINERGMIN ante las diversas reclamaciones de EPS GRAU, cursó a ENOSA los Oficios Nos. 017 y 040-2008-OS-SR/PIURA, de fechas 11 y 30 de enero de 2008, respectivamente requiriendo el listado de interrupciones registradas para el sistema eléctrico de Paita y El Arenal que alimentaba al suministro de EPS GRAU y que

precise las causas, duración y propuesta de mejoramiento de las interrupciones sufridas.

- vii) Asimismo, menciona que mediante Oficio N° 935-2008-EPS GRAU S.A. solicitó a ENOSA copia de los Cuadernos de Ocurrencias que mantiene el Centro de Control de la SET 60/13.2 kV El Arenal correspondiente al periodo comprendido entre el 01 de enero de 1996 al 30 de noviembre de 2008.
- viii) EPS GRAU dice que otro hecho que corroboraría la interrupción de la prescripción extintiva es la citación con la demanda u otro acto con el que se notifique al deudor, según lo que establece el artículo 1996° del Código Civil. Del mismo modo, el artículo 1998° prescribe que si la interrupción se produce por alguna de las causales previstas en el artículo 1996°, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que se produjo la interrupción.
- ix) Agrega que, en concordancia con lo mencionado en el párrafo precedente, si EPS GRAU notificó formalmente a ENOSA el día 12 de enero de 2006, conforme consta en el cargo del Oficio N° 002-2005-EPS GRAU S.A.JZPA, se entiende que el plazo prescriptorio se suspendió con tal acto y por tanto, vuelve a computarse a partir del 13 de enero de 2006.
- x) Por los argumentos expuestos, EPS GRAU solicita al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc desestime la excepción deducida por ENOSA.

2.4. POSICIÓN DE ENOSA RESPECTO DE LA ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN PRESENTADA POR EPS GRAU.

Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1185154, ENOSA expone sus argumentos respecto de la absolución de la excepción presentada por EPS GRAU, básicamente sobre lo siguiente:

- i) ENOSA sostiene que tal como puede observarse del texto del Oficio N° 002-2005-EPS GRAU S.A. JZPA, EPS GRAU reclamó por la interrupción de suministro eléctrico ocurrida días antes, no existiendo reclamación alguna por las interrupciones ocurridas durante los periodos materia de la excepción.
- ii) Asimismo, ENOSA señala que mediante el documento con fecha 01 de enero de 2008 -al que hace referencia EPS GRAU-, la reclamante cuestiona por las interrupciones y eventuales compensaciones de los días 31 de diciembre de 2007, 01 de enero de 2008 y 03 de enero de 2008. Agrega que este periodo no forma parte de aquel del cual se solicita prescripción.
- iii) Añade que las comunicaciones de OSINERGMIN están referidas a situaciones producidas a fines de 2007 e inicios de 2008, por lo que tampoco comprende al periodo sobre el cual se deduce la excepción.
- iv) Finalmente, sostiene que la solicitud de copia de los Cuadernos de Ocurrencias fue realizada el 10 de diciembre de 2008, es decir, después que ya había operado el decurso prescriptorio por el periodo alegado y que

ello tampoco constituye una interpelación por las eventuales compensaciones.

2.5. POSICIÓN DE EPS GRAU RESPECTO DE LA INFORMACIÓN SOBRE LA MEMORIA MASA PRESENTADA POR ENOSA.

EPS GRAU, mediante escritos con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1198245, 1211686 y 1217128, y en su escrito de Alegatos respecto de la información presentada por ENOSA sobre la Memoria Masa, señaló principalmente lo siguiente:

- La información presentada por ENOSA, consistente en un medio magnético con los perfiles de carga desde febrero de 1999 a mayo de 2000, corrobora que prácticamente el 100% de la información de interrupciones presentada por EPS GRAU en el Anexo N° 1-A de su escrito de reclamación, así como los medios probatorios que sustentan la reclamación (reportes de interrupciones en los servicios eléctricos) contenidos en el Anexo N° 1-D de su escrito de reclamación, es completamente real y fidedigna, por lo que es un hecho demostrado, que se han producido las 808 interrupciones del servicio eléctrico en su suministro N° 1014397, durante el periodo comprendido entre el 08 de enero de 1996 al 30 de mayo de 2000.
- EPS GRAU elaboró día por día un reporte en el que, según manifiesta, por un lado se muestra el gráfico del diagrama de carga alcanzado por ENOSA, y por el otro se muestra la información de las interrupciones consignadas por EPS GRAU en el periodo reclamado, concluyendo que la información contenida en la Memoria Masa presentada por ENOSA, es casi idéntica a la información de las interrupciones que EPS GRAU ha presentado. Agregó que, si bien se ha determinado que existen pequeñas diferencias, esto se debe a que el personal de EPS GRAU ha registrado las interrupciones de forma manual, mientras que el medidor del suministro lo realiza en forma electrónica. Por esta última razón, existen algunas diferencias de tiempos en las interrupciones, por algunos minutos.
- En relación a la Memoria Masa e información vinculada, EPS GRAU solicita al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que requiera a ENOSA presente la siguiente información adicional:
 - a) Copias legalizadas de los cargos de recepción -con un mínimo de 48 horas de anticipación- de los avisos a los usuarios afectados con los 12 mantenimientos programados que parecen en el reporte que se adjunta a la Resolución N° 011-2009-OS/CC-58 de fecha 30 de julio de 2009, respecto del escrito presentado por ENOSA con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1208697.
 - b) Copias de las publicaciones efectuadas en un diario de mayor circulación de la zona -con un mínimo de 48 horas de anticipación- de los avisos efectuados por ENOSA de los 12 mantenimientos programados que aparecen en el reporte que adjunta ENOSA a su escrito presentado con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1208697.

2.6. POSICIÓN DE ENOSA CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE LA MEMORIA MASA REQUERIDA POR EL CUERPO COLEGIADO AD-HOC.

ENOSA expone su posición mediante los escritos con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1208697, 1212493 y 1216809 y en su escrito de alegatos, respecto de requerimiento adicional de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y de los escritos presentados por EPS GRAU sobre la información presentada por la reclamada sobre la Memoria Masa, fundamentalmente con los argumentos siguientes:

- ENOSA resaltó que en la Audiencia Única, EPS GRAU ofreció como medio probatorio que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc requiera a ENOSA la presentación de los libros de ocurrencias de la SET El Arenal; sin embargo el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc prescindió de este medio probatorio y dispuso la presentación, por parte de ENOSA, de la Memoria Masa del medidor instalado en el suministro objeto de controversia.
- Señaló que el numeral 6.1.10 de la NTCSE prevé como medio o mecanismo para determinar las interrupciones el uso de la Memoria Masa, al indicar expresamente: "...iii) A través del análisis de cualquier otro registro del cliente o suministrador que permita detectarlas inequívocamente".
- En este sentido, hace mención a lo expuesto en el Informe Técnico Nº GFE-UCS-042-2009 emitido por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, respecto de que el uso de la Memoria Masa del medidor sí es permitido.
- Menciona que los medidores que utilizó no tienen registros de tensión y, por lo tanto no dispone de los archivos fuentes de la Memoria Masa (sin editar) de los registros de tensión y reportes impresos disponibles en el periodo que corresponde a la reclamación y que le fuera solicitado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, debido a que el registrador instalado en la barra de 13.8 kv de la SET El Arenal refleja la energización de la barra que atiende a cada circuito exclusivo de los suministros de EPS GRAU, el cual es un medidor de marca ABB modelo A1R-AL serie 01343776, 3 hilos, 2.5 (20)A. Este tipo de medidor registra y almacena en su memoria el perfil de demanda de potencia activa y reactiva (P y Q); es decir, no tiene la opción de fábrica de almacenar datos de instrumentación (como corrientes y tensiones), máxime si no existe norma legal vigente que obligue a las empresas concesionarias a contar o almacenar obligatoriamente este tipo de información, por cuanto la data que se requiere obligatoriamente para el proceso de facturación se refiere a los valores acumulados de energía activa en punta y fuera de punta; energía reactiva y los valores máximos mensuales de potencia activa en punta y fuera de punta. ENOSA agregó que el medidor cumple con la función de obtener estos datos mas no los registros como perfil P y Q.
- Adicionalmente, indicó que para la facturación de clientes, los datos son obtenidos normalmente de manera visual por el personal de lectura, sin mediar el uso de medio magnético que permita obtener la Memoria Masa de éste.
- De otro lado, ENOSA presenta oposición a la documentación presentada por EPS GRAU, señalando que nunca le proporcionó copia física de los cuadernos de ocurrencias del Centro de Control de la SET 60/13.2 Kv El Arenal de ENOSA, contrario a lo que EPS GRAU afirma, al no tenerla disponible debido

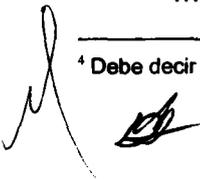
al transcurso del tiempo, conforme se ha sostenido a lo largo del procedimiento, y tal como se le indicó expresamente a EPS GRAU a través del documento R-0070-2009/ENOSA de fecha 16 de enero de 2009. Agrega que, lo único que se le entregó a EPS GRAU fue un disco compacto que contenía los registros de interrupciones del servicio registradas en el Sistema Optimus_NTCSE. Precisó que EPS GRAU no ha demostrado a través de qué documento oficial se le habría entregado las supuestas copias mencionadas.

- ENOSA, recalca la existencia de un razonamiento inverosímil planteado por EPS GRAU, pues si como afirma ENOSA le entregó copias de los cuadernos de ocurrencias, entonces cómo se explica que la misma EPS GRAU durante la Audiencia Única haya solicitado al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que requiera a ENOSA para que presente los libros de ocurrencias de la SET El Arenal, si como dice EPS GRAU esta información les fue entregada por ENOSA tiempo atrás.
- En ese sentido, ENOSA reitera que la información presentada por EPS GRAU carece de veracidad, validez y eficacia para ser considerada en el procedimiento.
- ENOSA sostiene que no resulta amparable la admisión y actuación de la documentación presentada con posterioridad a la Audiencia Única por EPS GRAU y considera que la reclamante pretende que se actúen tardíamente supuestos medios probatorios que no han sido admitidos y actuados oportunamente por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, vulnerando con ello el principio de preclusión que prima en todo procedimiento.
- Al respecto, hace referencia a los artículos 34° y 43° del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, los cuales establecen la oportunidad en la cual deben presentarse los medios probatorios y admitirse, precisa que en virtud de lo dispuesto por el último párrafo del referido artículo 43°⁴, después de la presentación de alegatos, todo escrito se dará por no presentado y serán rechazados por el Cuerpo Colegiado. Asimismo, menciona que de conformidad con el artículo 189° del Código Procesal Civil, los medios probatorios deben ser ofrecidos en los actos postulatorios respectivos.
- Agrega que no obstante lo expuesto, EPS GRAU tiene una postura dilatoria, pretendiendo que se actúen tardíamente medios probatorios referidos a supuestos cuadernos de ocurrencias, lo que ha sido rechazado por ENOSA y sobre lo que han formulado oposición.

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de EPS GRAU

- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a ENOSA entregar a EPS GRAU las liquidaciones de las compensaciones económicas derivadas de las 808 interrupciones del servicio de electricidad -detalladas en el Anexo N° 1-A del escrito de reclamación-, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los artículos 57° y 86° de la LCE y por los artículos 131° y 168° del RLCE. Estas liquidaciones deben incluir el cálculo de los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el


⁴ Debe decir artículo 44°.

correspondiente contrato de suministro eléctrico y en forma supletoria, conforme al artículo 176° del RLCE.

- b) Que, se ordene a ENOSA entregar a EPS GRAU las liquidaciones de las compensaciones económicas derivadas de las 152 interrupciones del servicio de electricidad (ocurridas a partir del 12 de abril de 1999, fecha de inicio de vigencia de la NTCSE, hasta el 30 de mayo de 2000), detalladas en el Anexo N° 1-A del escrito de reclamación, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los numerales 6.1.3 y 6.1.8 de la NTCSE, cuya segunda etapa inició su vigencia el 12 de abril de 1999. Estas liquidaciones deben incluir la liquidación de los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el artículo 176° del RLCE.
- c) Que, se ordene a ENOSA pagar a EPS GRAU, en efectivo y en una sola oportunidad, las compensaciones económicas producto de las 808 interrupciones en el suministro del servicio de electricidad en el mercado de libre contratación antes mencionadas, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los artículos 57° y 86° de la LCE y por los artículos 131° y 168° del RLCE, en vigencia; más los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el artículo 176° del RLCE.
- d) Que, se ordene a ENOSA reembolsar a EPS GRAU, en efectivo y en una sola oportunidad, los descuentos por los cargos fijos de potencia (potencia contratada en horas punta y potencia contratada fuera de punta) producto de las 808 interrupciones del servicio de electricidad antes mencionadas, en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los artículos 57° y 86° de la LCE y por los artículos 131° y 168° del RLCE, en vigencia; más los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el artículo 176° del RLCE.
- e) Que, ENOSA pague a EPS GRAU, en efectivo y en una sola oportunidad, las compensaciones económicas producto de las 152 interrupciones del servicio de electricidad (ocurridas a partir del 12 de abril de 1999, fecha de inicio de vigencia de la NTCSE, hasta el 30 de mayo de 2000), en cumplimiento de las disposiciones establecidas por los numerales 6.1.3 y 6.1.8 de la NTCSE, cuya segunda etapa inició su vigencia el 12 de abril de 1999, más los intereses compensatorios y moratorios determinados de conformidad con lo que establece el artículo 176° del RLCE.
- f) Que, asimismo, en el supuesto que ENOSA no cumpla con determinar y/o pagar a EPS GRAU, las liquidaciones de las compensaciones por interrupciones materia de la presente reclamación, éstas deberán ser formuladas y liquidadas por la autoridad administrativa de Solución de Controversias

Petitorio de ENOSA

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, declare fundada la Excepción de Prescripción Extintiva deducida e infundada en todos sus extremos la reclamación presentada por EPS GRAU.



Materia Controvertida

En la Audiencia Única llevada a cabo el 28 de mayo de 2009, las partes a pesar de ser instadas por el Presidente para conciliar, no llegaron a un acuerdo por lo que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció como materia controvertida lo siguiente:

- i) Determinación de la aplicabilidad al presente caso, de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, de los artículos 57° y 86° de la Ley de Concesiones Eléctricas y en los artículos 131° y 168° de su Reglamento;
- ii) La contenida en el Petitorio de las partes anteriormente especificados.

4. ANÁLISIS DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC

4.1. Sobre la aplicación de la NTCSE, de los artículos 57° y 86° de la LCE y de los artículos 131° y 168° de su Reglamento, a la presente controversia.

A los efectos de emitir pronunciamiento sobre la presente controversia, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considera importante adoptar definición respecto a la aplicabilidad o no de los dispositivos legales expuestos por las partes reclamada y reclamante, como fundamentos de derecho y, en consecuencia, definir la competencia de los órganos de solución de controversias para conocerla y resolverla.

EPS GRAU ha solicitado al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que ordene a ENOSA pagarle compensación por 808 interrupciones ocurridas durante el periodo comprendido entre el 08 de enero de 1996 al 30 de mayo de 2000 en el mercado de libre contratación.

EPS GRAU ha sustentado su petitorio en lo dispuesto en la LCE, en el RLCE y en la NTCSE, señalando que estas disposiciones legales se aplican de manera supletoria al presente caso, en virtud de los acuerdos plasmados en los diversos contratos suscritos entre las partes.

Al respecto, es preciso indicar que las normas supletorias, distintas a las normas imperativas, cuyo cumplimiento es obligatorio para todos, parten del hecho que los agentes privados no hayan regulado un determinado aspecto de la actividad económica, así la doctrina considera que las normas supletorias están *"dirigidas a predisponer un orden normativo de ciertas hipótesis de hecho en el caso que las partes no hayan procedido a disponer lo contrario"*⁵ y que *"están destinadas a hallar aplicación solamente cuando los sujetos privados no hayan procedido a disciplinar un determinado aspecto de la hipótesis de hecho, en relación a la cual subsiste por ello una laguna, que la ley suple interviniendo para disciplinar aquello que los privados han dejado sin reglamentación"*⁶.

De otro lado, el artículo 1356° del Código Civil, recoge el principio "pacta sunt servanda", según el cual las partes están obligadas a sujetarse a lo estipulado por ellas en los respectivos contratos. Asimismo, el artículo 62° de la Constitución Política del Perú señala que *"Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. 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."*

⁵ GALLO, Paolo. *Istituzioni di diritto privato*. Seconda edizione, G. Giappichelli Editore. Torino, 2003, página 9.

⁶ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. Diciassetima edizione. Dott.A. Giuffrè Editore.S.p.A.Milano.2004,página19.

De lo expuesto, se colige que sólo se aplican las normas supletorias en aquello que los contratantes no han pactado, para cubrir justamente esos aspectos sobre el cual las partes no manifestaron su voluntad; caso contrario primará el acuerdo de partes.

En tal sentido, es preciso analizar lo que ENOSA y EPS GRAU acordaron a través de los diversos contratos suscritos y vigentes para el periodo de la reclamación, y determinar si los aspectos controvertidos se rigen por esos acuerdos o por las normas sectoriales.

En este periodo estuvieron vigentes los siguientes contratos:

- Contrato vigente del 01 de marzo de 1995 hasta el 29 de febrero de 1996⁷.
- Contrato suscrito el 01 de marzo de 1996, vigente del 01 de marzo de 1996 al 28 de febrero de 1998⁸.
- Contrato suscrito el 01 de marzo de 1998, vigente del 01 de marzo de 1998 al 28 de febrero de 1999⁹.

4.1.1. Análisis sobre la aplicación del artículo 57° de la LCE y del artículo 131° del RLCE:

Es preciso indicar que los artículos 57° de la LCE y 131° del RLCE están ubicados bajo el subtítulo "Precios Máximos de Generador a Distribuidor de Servicio Público", el cual se encuentra en el Título V correspondiente al "Sistema de Precios de la Electricidad".

El artículo 57° de la LCE desarrolla los casos de:

- i) Racionamiento por déficit de generación.
- ii) Compensación de generadores a sus usuarios sujetos a regulación de precios.

Por su parte, el artículo 131° del RLCE establece lo siguiente:

- i) Que la compensación es asumida por las empresas generadoras incursas en el déficit de generación, y efectuada en la factura del mes siguiente de producido el racionamiento.
- ii) Que la cantidad de energía a compensar, si es positiva, es la diferencia entre el consumo teórico y la energía registrada en el mes. El consumo teórico se calcula con la potencia contratada y el factor de carga típico del usuario.
- iii) Que el precio de la energía es la diferencia entre el costo de racionamiento y el precio de energía en barra correspondiente.
- iv) Que se hará descuentos en los cargos fijos de potencia por la parte proporcional al número de horas interrumpidas y el número de horas total del mes.

el

[Signature]

⁷ Anexo 1-H del escrito de reclamación.

⁸ Anexo 1-I del escrito de reclamación

⁹ Anexo 1-K del escrito de reclamación.

- v) Que las empresas de distribución efectuarán la compensación a sus usuarios siguiendo las mismas pautas, conforme con lo señalado en el artículo 86° de la LCE.

Como es de apreciar, ambos artículos (57° de la LCE y 131° del RLCE) se refieren a la compensación de las empresas generadoras a las empresas distribuidoras, en caso de racionamiento por déficit de generación, supuestos que no son materia de la presente reclamación.

EPS GRAU sustenta su reclamación en lo dispuesto en el párrafo final del artículo 131° del RLCE que establece que las empresas distribuidoras compensarán a sus usuarios según lo señalado en el artículo 86° de la LCE.

Para EPS GRAU este párrafo involucra no sólo a los usuarios regulados de las distribuidoras -que corresponden a la prestación del servicio público de electricidad (suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo según el artículo 2° de la LCE) a que se refiere el artículo 86° de la LCE-, sino también, a los usuarios no regulados como EPS GRAU.

De otro lado, la reclamante invoca la cláusula contractual sobre la Ley Aplicable¹⁰, la cual establece que *"La interpretación y regulación del presente Contrato, en todo lo no previsto en el mismo, se efectuará de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, por el Reglamento de dicha Ley aprobado por el D.S. N° 009-93-EM, sus normas complementarias y reglamentarias"*.

Sin embargo, es de destacar que los contratos celebrados por las partes respecto de este periodo, excluyen taxativamente las faltas de las empresas generadoras.

En efecto, las cláusulas 9.2 de los referidos contratos señalan que *"serán considerados como de fuerza mayor las averías o fallas imprevisibles de equipos o instalaciones de generación y/o transmisión, que puedan ocurrir, no obstante las precauciones adoptadas"*.

Asimismo, la cláusula 7.9 de los contratos mencionados especifica que *"en casos de indisponibilidad parcial o total de la potencia contratada, excepto en las oportunidades que ella fuera originada por acción o inacción de EL SUMINISTRADO, y distintas a las de fuerza mayor indicadas en la cláusula 9, se efectuarán descuentos en los cargos fijos de potencia contratada de acuerdo a la fórmula descrita en el Anexo II"*. Es decir, que para casos de fuerza mayor no opera la compensación.

Conclusión: los contratos suscritos por las partes tienen previstas cláusulas específicas para el caso de fallas de las empresas generadoras, que incluyen el racionamiento por déficit de generación; por tanto, no son de aplicación supletoria las disposiciones de los artículos 57° de la LCE y 131° del RLCE.

4.1.2. Análisis sobre la aplicación de los artículos 86° de la LCE y 168° del RLCE:

El artículo 86° de la LCE desarrolla los casos de:

¹⁰ Cláusula 13 de los Contratos suscritos por las partes.

- i) Interrupción total o parcial por un período consecutivo mayor de cuatro horas.
- ii) Compensación del concesionario a favor de sus usuarios por el costo de la potencia y energía no suministrada a menos que la interrupción sea originada por causa imputable al usuario afectado.
- iii) Compensación según lo dispuesto por el artículo 57° en caso de racionamiento programado por falta de energía a nivel generación.

A su vez, el artículo 168° del RLCE establece lo siguiente:

- i) Que el concesionario debe registrar todo período de interrupción que supere las cuatro horas consecutivas y que el usuario puede comunicar este hecho al concesionario para que se le reconozca la compensación.
- ii) Que la cantidad de energía a compensar se calcula multiplicando el consumo teórico del usuario por el cociente resultante del número de horas de interrupción y el número de horas total del mes. El consumo teórico se calcula con la potencia contratada y el factor de carga típico del usuario.
- iii) Que el monto a compensar se calculará aplicando a la cantidad de energía determinada, la diferencia entre el costo de racionamiento y la tarifa por energía correspondiente al usuario.
- iv) Que se hará descuentos en los cargos fijos de potencia por la parte proporcional al número de horas interrumpidas y el número de horas total del mes.
- v) Que la compensación se efectuará mediante un descuento en la facturación del mes siguiente de producida la interrupción.
- vi) Que no se considerarán las interrupciones programadas y comunicadas a los usuarios con 48 horas de anticipación.

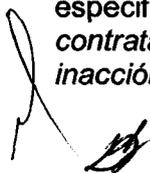
Los artículos mencionados se refieren a la compensación de las empresas distribuidoras a los usuarios a los que presta servicio público de electricidad, en el caso de interrupciones parciales o totales por períodos consecutivos mayores de cuatro horas, que no sean imputables a los propios usuarios.

Los indicados dispositivos se enmarcan en el Título VI de la LCE e igual Título del RLCE, denominados "Prestación del Servicio Público de Electricidad".

El concepto de servicio público de electricidad está definido en el artículo 2° de la LCE que indica que *"constituye servicio público de electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establece el Reglamento"*.

El RLCE fija los límites de potencia en el 20% de la demanda máxima de la zona de concesión hasta un tope de 1000 kW. Evidentemente, el servicio a un solo cliente de más de 1000 kW de potencia como EPS GRAU, no corresponde a la prestación de un servicio público de electricidad.

Recordemos que EPS GRAU invoca la cláusula sobre la Ley Aplicable, antes mencionada. Ahora bien, la cláusula 7.9 de los contratos antes mencionados, especifica que *"en casos de indisponibilidad parcial o total de la potencia contratada, excepto en las oportunidades que ella fuera originada por acción o inacción de EL SUMINISTRADO, y distintas a las de fuerza mayor indicadas en*



la cláusula 9, se efectuarán descuentos en los cargos fijos de potencia contratada de acuerdo a la fórmula descrita en el Anexo II".

Adicionalmente, la comparación de las características del Anexo II de los contratos que rigieron para este periodo, con las del artículo 168° del RLCE, hace notar las diferencias en las previsiones para las interrupciones en ambos casos:

- Según el Anexo II, la compensación se aplica a interrupciones parciales o totales superiores a 15 minutos, mientras que el artículo 168° se aplica a las interrupciones de más de 04 horas consecutivas.
- La fórmula del Anexo II es diferente de la del artículo 168° que hace los descuentos en los cargos fijos de potencia en proporción al número de horas interrumpidas y el número de horas total del mes, mientras que en la primera no se hace el cálculo en los cargos fijos de potencia, sino en la potencia misma, es decir, que el Anexo II considera las potencias parciales suministradas mientras que el artículo 168° no las considera.
- El contrato establece compensaciones basadas en la potencia total o parcial no suministrada, mientras que el artículo 168° basa sus compensaciones en la energía no suministrada.

Conclusión: los contratos tienen previstas cláusulas específicas para el caso de interrupciones de suministro; por tanto, no son de aplicación supletoria las disposiciones de los artículos 86° de la LCE y 168° del RLCE.

4.1.3. Análisis sobre la aplicación de los artículos 87° de la LCE y 169° del RLCE:

El artículo 87° de LCE desarrolla los casos de:

- i) Variación transitoria de las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor.
- ii) Obligación del concesionario de dar aviso de ello a los usuarios y al organismo fiscalizador, dentro de las 48 horas de producida la alteración.

De otro lado, el artículo 169° del RLCE establece que la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor a que se refiere el artículo 87° de la LCE, corresponde a OSINERGMIN.

Los mencionados artículos contemplan la posibilidad que tienen las empresas distribuidoras de cambiar transitoriamente las condiciones de suministro a los usuarios a quienes prestan servicio público de electricidad, en casos de fuerza mayor, y la obligación de informar de ello a sus usuarios y a OSINERGMIN dentro de las 48 horas.

Los artículos mencionados se encuentran comprendidos dentro del Título VI de la LCE y dentro del mismo Título del RLCE, denominados "Prestación del Servicio Público de Electricidad" y tal como se señalara en párrafos precedentes, el servicio a un solo cliente con consumo mayor a 1000 kW de potencia, como EPS GRAU, no corresponde a la prestación de un servicio público de electricidad.

En su escrito de reclamación, EPS GRAU invoca la cláusula sobre la Ley Aplicable, antes transcrita.

Sin embargo, la cláusula 9.1 de los contratos que rigen para este periodo establece que *"si por causa de fuerza mayor o causa fortuito, alguna de las partes resultase total o parcialmente impedido para cumplir las obligaciones contraídas en este contrato deberá dar aviso a la otra parte por conducto notarial dentro de las cuarenta y ocho horas de originado el hecho"*.

Así mismo, según la cláusula 9.2 de los mismos contratos, *"serán considerados como de fuerza mayor las averías o fallas imprevisibles de equipos o instalaciones de generación y/o transmisión, que puedan ocurrir, no obstante las precauciones adoptadas"*. Adicionalmente, en la cláusula 8.2 se especifica, que *"las situaciones de emergencia originadas por la desconexión forzada de equipos de generación y/o de transmisión en el sistema, que escapen a los alcances de LA DISTRIBUIDORA, deberán ser comunicadas de inmediato por LA DISTRIBUIDORA al EL CLIENTE/SUMINISTRADO¹¹, por la vía más rápida y confirmadas por escrito"*.

Nótese que no se menciona que OSINERGMIN deberá ser informado en los casos de fuerza mayor; esto porque EPS GRAU no es un usuario del servicio público de electricidad.

Conclusión: los contratos referidos tienen previstas cláusulas específicas para los casos de fuerza mayor; por tanto, no son de aplicación supletoria los artículos 87° de la LCE y 169° del RLCE.

4.1.4. Análisis sobre la aplicación de la NTCSE:

Las disposiciones de la NTCSE relacionadas con los suministros no regulados o que pertenecen al régimen de libertad de precios, como en el caso de EPS GRAU, son los siguientes:

i) El numeral III, Alcances de la NTCSE, señala¹²: *"La presente norma es de aplicación imperativa para el suministro de servicios relacionados con la generación, transmisión y distribución de la electricidad sujetos a regulación de precios y de aplicación supletoria de la voluntad de las partes para aquel suministro que, conforme a Ley, pertenece al régimen de libertad de precios. En este último caso, las partes relevantes de la Norma que no estén contempladas expresamente en contratos de suministro de servicios serán aplicadas supletoriamente"* (el subrayado es nuestro).

ii) El mencionado numeral indica además que el control de la calidad de los servicios eléctricos se realiza en los siguientes aspectos:

a) Calidad de Producto:

¹¹ Según el contrato que se trate se hace referencia al cliente o suministrado.

¹² Párrafo modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 040-2001-EM, publicado el 17 de julio de 2001, con el texto siguiente: *"La presente norma es de aplicación imperativa para el suministro de servicios relacionados con la generación, transmisión y distribución de la electricidad sujetos a regulación de precios y aplicable a suministros sujetos al régimen de libertad de precios, en todo aquello que las partes no hayan acordado o no hayan pactado en contrario"*.

- Tensión
- Frecuencia
- Perturbaciones (Flicker y Tensiones Armónicas)

- b) Calidad de Suministro:
 - Interrupciones

- c) Calidad de Servicio Comercial:
 - Trato al Cliente
 - Medios de Atención
 - Precisión de Medida

- d) Calidad de Alumbrado Público:
 - Deficiencias del Alumbrado.

iii) El numeral 3.4 del Título Tercero sobre "Obligaciones del Suministrador, del Cliente y de Terceros" establece: *"La calidad del servicio eléctrico a Clientes libres, los límites de emisión de perturbaciones de estos Clientes y las compensaciones a que hubiere lugar deben ser fijados por contrato. Los contratos de suministro de energía, para el mercado libre y para el mercado del Servicio Público de Electricidad, deben incluir condiciones que permitan controlar las perturbaciones propias y aquellas que un Cliente suyo pudiera introducir en el sistema y por las cuales, el Suministrador es responsable. Los contratos para la utilización de instalaciones de transmisión, transformación, distribución y/o compensación, también deben incluir condiciones equivalentes. Supletoriamente se aplican las especificaciones de la Norma"*.

De lo expuesto, se colige que la NTCSE se aplica supletoriamente en el presente caso -suministro del mercado no regulado o sujeto al régimen de libertad de precios-, en aquellos temas en los cuales las partes no han pactado estipulación alguna. Es importante destacar que las disposiciones de la NTCSE están dirigidas a suministros regulados, lo que se aprecia especialmente en la calidad de servicio comercial y la calidad de alumbrado público, razón por la cual a continuación se analiza si la NTCSE es supletoria en la calidad de producto y en la calidad de suministro.

Cabe precisar que la aplicación de las compensaciones de acuerdo con lo que dispone la NTCSE se inició el 12 de octubre de 1999, con la aprobación del Decreto Supremo N° 009-99-EM (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 11 de abril de 1999), que estableció el inicio de mediciones de la NTCSE a partir del 12 de octubre de 1999, y del Decreto Supremo N° 056-99-EM (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 08 de noviembre de 1999) que determinó el 12 de octubre de 1999, como fecha de inicio de los pagos de las compensaciones por incumplimiento de la NTCSE.

En tal sentido, corresponde analizar los contratos suscritos por EPS GRAU y ENOSA -válidos para este periodo- a fin de determinar qué aspectos de la NTCSE están o no expresamente contemplados en ellos.

Así, se observa que no hay disposición expresa sobre las perturbaciones, mientras que sí existen estipulaciones sobre la tensión y la frecuencia -cláusulas 2.1 y 2.2- y también respecto de las interrupciones -cláusula 7.9 y Anexo II-. De allí se colige que la NTCSE es de aplicación supletoria de los

contratos celebrados por ENOSA y EPS GRAU, solamente en aquellos aspectos vinculados a las perturbaciones, es decir, en el flicker y en las tensiones armónicas.

De otro lado, las diferencias entre las estipulaciones de los contratos vigentes para este periodo y las disposiciones de la NTCSE, relativas a las características y tratamiento de las interrupciones son las siguientes:

- Los contratos consideran que el período de control de interrupciones es mensual, mientras que en la NTCSE se determina que es semestral.
- Los contratos toman en cuenta las interrupciones totales y parciales en el punto de entrega, mientras que la NTCSE considera como interrupción la falta de suministro en el punto de entrega.
- Los contratos consideran las interrupciones totales o parciales iguales o mayores de 15 minutos, mientras que la NTCSE considera las interrupciones totales de duración igual o mayor de 3 minutos.
- Los contratos no incluyen las interrupciones debidas a causas de fuerza mayor calificadas según lo establecido en el Código Civil, mientras que la NTCSE no considera las interrupciones debidas a causas de fuerza mayor debidamente comprobadas y calificadas por OSINERGMIN.
- Los contratos consideran solamente las interrupciones debidas a la distribución, porque las averías o fallas imprevisibles de los equipos o instalaciones de generación y/o transmisión son tomadas como fuerza mayor (según cláusula 9.2), mientras que la NTCSE considera las interrupciones debidas a la generación, transmisión y/o distribución.
- Los contratos no establecen un valor mínimo para el número de interrupciones ni un valor mínimo para la duración total de interrupciones, es decir, no hay tolerancia para el número de las interrupciones mensuales, ni para su duración total mensual, mientras que la NTCSE establece tolerancias para el número de interrupciones por semestre y para la duración total ponderada de interrupciones del semestre.
- Los contratos establecen compensaciones basadas en la potencia total o parcial no suministrada, mientras que la NTCSE basa sus compensaciones en la energía teóricamente no suministrada.

Conclusión: los contratos tienen previstas cláusulas específicas para el caso de las interrupciones; por tanto, no son de aplicación supletoria las disposiciones de la NTCSE.

Como hemos podido observar a lo largo del presente análisis, en los numerales 4.1.1 a 4.1.4., los aspectos controvertidos y sobre los cuales tratan las disposiciones revisadas, tienen cada una de ellas una estipulación determinada, por exclusiva y libre decisión de las partes, en los diversos contratos que rigen la relación entre ellas durante el periodo reclamado. En tal sentido, estos acuerdos entre las partes regulan los supuestos planteados para determinar si corresponde o no el pago de las compensaciones requeridas y no son de aplicación supletoria las disposiciones de la LCE, del RLCE, ni la NTCSE.

4.2. Competencia del OSINERGMIN para resolver la reclamación

Como se señaló en el primer párrafo del numeral 4.1. de la presente resolución, al haberse determinado que los contratos suscritos entre EPS GRAU y ENOSA son los que regulan la relación entre las partes respecto de los aspectos materia de la presente controversia, corresponde ahora determinar si los órganos de solución de controversias y, en especial, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, puede conocer y resolver la presente controversia.

Al respecto, cabe señalar que la competencia es una calidad inherente al órgano jurisdiccional y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción¹³.

La competencia implica la distribución y la atribución de 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 jurisdicción¹⁴.

En este sentido, 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"*.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido por la doctrina la competencia es la facultad para ejercer válidamente la jurisdicción y que la competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las leyes que la regulan.

El inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, 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 ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

A su vez, el artículo 44° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre éstas y los usuarios libres y entre éstos. Precisa que quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Además, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN, comprende además la facultad de este Organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2° del ROSC, el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias- es competente, en primera y segunda instancia administrativa, para resolver las controversias relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

¹³ Ibid. p. 122.

¹⁴ Minostroza, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: San Marcos, 2002, p. 113.

El artículo 11° del Reglamento General de OSINERGMIN establece como uno de los principios de acción del regulador, el principio de subsidiariedad según el cual *"la actuación de OSINERGMIN¹⁵ es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los USUARIOS DE SERVICIO O CONSUMIDORES REGULADOS. En caso de duda sobre la necesidad de establecer disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas, y entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada"*.

Efectivamente, tal como lo prescriben las normas antes indicadas, la competencia de OSINERGMIN es exclusiva y excluyente en aspectos que son materia de su competencia, tales como los técnicos, regulatorios, normativos. Los aspectos en los cuales las partes tienen plena autonomía para regular la relación entre ellas, no estarán comprendidas en el supuesto de competencia, sino que la actuación del regulador es subsidiaria y no debe restringir la voluntad de las partes.

En tal sentido, las partes estipularon en las cláusulas 10 del contrato vigente desde el 01 de marzo de 1995, 10 del contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1996 y 10 del contrato suscrito con fecha 01 de marzo de 1998, que en caso de divergencia sobre la interpretación o cumplimiento de los contratos, se buscará la solución, primero mediante trato directo y en su defecto, ante un Tribunal Arbitral (con excepción de divergencias sobre temas tarifarios que es de exclusiva competencia del OSINERGMIN).

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considera que al haber pactado las partes cláusulas específicas que regulan el tema de las compensaciones por interrupciones del suministro (autonomía privada) y, asimismo, han pactado, su sometimiento a la jurisdicción arbitral, en esta controversia se discuten una serie de acuerdos privados; discusión sobre los cuales el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no resulta competente y por tanto, no le corresponde resolver la presente controversia, dado que ésta tiene carácter exclusivamente civil, debiendo quedar expedito el derecho de las partes de acudir a la instancia que estimen pertinente.

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

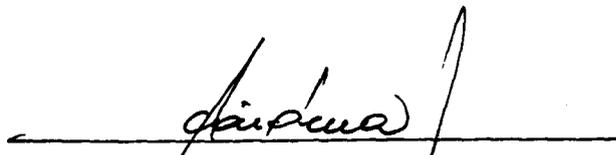
SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar improcedente la reclamación presentada por EPS GRAU S.A., contra la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD S.A.- ELECTRONOROESTE S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

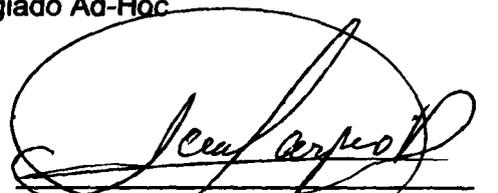
¹⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la Ley N° 28964 toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse como referida al OSINERGMIN.

ARTÍCULO 2°.- Declarar concluida la primera instancia administrativa, según lo establecido en el artículo 45° del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias.

ARTÍCULO 3°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias, que sólo procede contra esta resolución la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución impugnada.


Jorge Cárdenas Bustíos
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc


David Grández Gómez
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc


Víctor Alberto Del Carpio Bacigalupo
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc