

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 013-2009-OS/CC-59**

Lima, 10 de noviembre de 2009

VISTO:

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

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1153592, ENOSA presentó reclamación contra EEPISA el 01 de abril de 2009.
- 1.2. Mediante Oficio N° 023-2009-OS-ST.CC/TSC, de fecha 14 de mayo de 2009, la Secretaría General del Tribunal de Solución de Controversias y Cuerpos Colegiados del OSINERGMIN, en adelante la Secretaría General, requirió a ENOSA señalar qué instalaciones de las que forman parte de su escrito de reclamación, están sujetas a peajes o compensaciones por transmisión eléctrica o que sean remuneradas como parte del valor agregado de distribución y se le otorgó un plazo de dos (02) días hábiles para que cumpla lo requerido.
- 1.3. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1175348, presentado el 20 de mayo de 2009, ENOSA cumplió con presentar la información solicitada por la Secretaría General, según lo mencionado en el párrafo precedente.
- 1.4. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 103-2009-OS/CD, de fecha 25 de junio de 2009, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.5. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2009-OS/CC-59, de fecha 01 de julio de 2009, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se asumió competencia en la presente controversia y se admitió a trámite la reclamación presentada por ENOSA. Asimismo, se dispuso el traslado de ésta, otorgando a la empresa reclamada, un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.6. Mediante Oficio N° 027-2009-OS-ST.CC/TSC, de fecha 03 de julio de 2009, la Secretaría General comunicó a ENOSA que la dirección consignada en su escrito de reclamación respecto del domicilio de la reclamada no correspondía, por lo que se le otorgó un plazo de dos (02) días hábiles para que señale el domicilio de EEPISA.

Verce
RAG
Alm

- 1.7. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2009-OS/CC-59, de fecha 09 de julio de 2009, se agregó a los autos el escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1200942, de fecha 09 de julio de 2009, mediante el cual ENOSA varía su domicilio procesal y cumple con precisar el domicilio de la reclamada.
- 1.8. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1212439, el 06 de agosto de 2009 EEPSA, dedujo la Excepción de Incompetencia, solicitó la suspensión del presente procedimiento, contestó la reclamación presentada por ENOSA y presentó reconvencción.
- 1.9. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1212947, de fecha 07 de agosto de 2009, EEPSA precisó su Tercera Pretensión Principal (reconvencción) de su escrito de contestación a la reclamación.
- 1.10. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 003-2009-OS/CC-59, de fecha 07 de agosto de 2009, se admitieron la Excepción de Incompetencia deducida, la solicitud de suspensión del presente procedimiento, el pedido contenido en la Tercera Pretensión Principal (reconvencción) del escrito de contestación a la reclamación y la contestación a la reclamación, presentada por EEPSA. Asimismo, se dispuso el traslado a ENOSA del contenido de la Tercera Pretensión Principal del escrito de contestación a la reclamación y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que manifieste su posición al respecto.
- 1.11. Mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1214971 y 1223520, de fechas 12 y 28 de agosto de 2009, respectivamente, EEPSA ofreció medios probatorios adicionales en relación a sus pretensiones.
- 1.12. Con Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. 004-2009-OS/CC-59 y 006-2009-OS/CC-59, de fecha 13 de agosto de 2009 y 04 de setiembre de 2009, respectivamente, se pusieron en conocimiento de ENOSA los escritos presentados por EEPSA mencionados en el párrafo anterior.
- 1.13. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1225933, presentado el 01 de setiembre de 2009, ENOSA dedujo las Excepciones de Prescripción Extintiva y de Incompetencia respecto del lucro cesante y servicio de vigilancia y contestó la reconvencción planteada por EEPSA.
- 1.14. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2009-OS/CC-59, de fecha 02 de setiembre de 2009, se admitieron las excepciones deducidas y la contestación a la reconvencción presentadas por ENOSA, se pusieron en conocimiento de EEPSA y se citó a Audiencia Única para el día 14 de setiembre de 2009.
- 1.15. El día 14 de setiembre de 2009 se llevó a cabo la Audiencia Única (primera sesión) convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes quienes expusieron sus respectivas posiciones, las que fueron debidamente recogidas en cinta de video y luego transcritas, y forman parte del presente expediente. El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en uso de la facultad que le confiere el artículo 39° del Reglamento de

Carso.
[Signature]
[Signature]

Solución de Controversias suspendió la referida sesión, la cual continuó el día 21 de setiembre de 2009.

- 1.16. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1231575, presentado el 14 de setiembre de 2009, EEP SA absolvió las excepciones deducidas por ENOSA y ofreció medios probatorios adicionales correspondientes a sus pretensiones.
- 1.17. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2009-OS/CC-59, de fecha 14 de setiembre de 2009, se puso en conocimiento de EEP SA y de ENOSA el escrito referido en el párrafo precedente, así como el Contrato de Suministro de Energía Eléctrica fuera de la zona de concesión N° 334-2008/ENOSA-C suscrito el 11 de julio de 2008.
- 1.18. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1231695, presentado el 14 de setiembre de 2009, ENOSA dedujo la Excepción de Incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y expuso argumentos que solicitó ser tenidos en cuenta al momento de resolver.
- 1.19. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 008-2009-OS/CC-59, de fecha 14 de setiembre de 2009, se resolvió declarar improcedente la Excepción de Incompetencia deducida por ENOSA y se dispuso poner en conocimiento de EEP SA el escrito referido en el párrafo anterior.
- 1.20. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1234584, presentado el 18 de setiembre de 2009, EEP SA manifestó su posición respecto de las afirmaciones planteadas por ENOSA hasta la fecha.
- 1.21. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1234565, presentado el 18 de setiembre de 2009, ENOSA ofreció medios probatorios adicionales correspondientes a sus pretensiones.
- 1.22. El día 21 de setiembre de 2009 se llevó a cabo la segunda sesión de la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando los medios probatorios presentados. Al respecto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, con el objeto de actuar dos medios probatorios consistentes en la exhibición de documentos, suspendió la Audiencia Única en virtud de la facultad que le confiere el artículo 39° del ROSC y programó que ésta continuaría el día 29 de setiembre de 2009.
- 1.23. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1236959, presentado el 23 de setiembre de 2009, ENOSA presentó copia de la Carta N° GZ3-2356-99 cumpliendo con la exhibición requerida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la segunda sesión de la Audiencia Única.
- 1.24. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1238426, presentado el 25 de setiembre de 2009, EEP SA reiteró su solicitud de que ENOSA cumpla con exhibir los reportes de fallas de las instalaciones materia de la presente controversia durante el periodo reclamado.

[Handwritten signatures and initials]

- 1.25. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1238629, presentado el 25 de setiembre de 2009, ENOSA manifestó su posición respecto de los medios probatorios consistentes en la exhibición de documentos.
- 1.26. El día 29 de setiembre de 2009 se llevó a cabo la tercera y última sesión de la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes y se procedió a la actuación de los medios probatorios pendientes, dándose por concluida la Audiencia Única.
- 1.27. Mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1243772 y 1244195 presentados el 05 y 06 de octubre de 2009, ENOSA y EEP SA, respectivamente, presentaron sus alegatos finales.
- 1.28. 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. RESPECTO DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR ENOSA:

2.1.1. DE LA RECLAMANTE ENOSA

ENOSA sustenta su posición principalmente en lo manifestado en su escrito de reclamación, en la Audiencia Única y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.1.1.1. Fundamentos de hecho:

- Manifiesta que en el año 1998, Petroperú S.A., en adelante Petroperú, en forma complementaria al proceso de privatización de sus plantas de hidrocarburos y zonas de explotación, al incorporarse Talara al sistema interconectado nacional, le transfirió subestaciones y redes de distribución primaria (13,8 kV), a través del contrato de compraventa de fecha 04 de noviembre de 1998, con la finalidad que ENOSA brinde servicio público de electricidad a los usuarios industriales dispersos en los campos petroleros de Talara.
- Señala que Petroperú previamente le había vendido a EEP SA las redes de transmisión (33 kV) y de distribución secundaria (440 V) y que ésta adquirió las Centrales Térmicas de Malacas y Verdún, las plantas de Pariñas, Verdún y Pozo, obteniendo la concesión para actividades de transmisión de energía eléctrica mediante R.S. N° 006-97-EM de fecha 22 de enero de 1997.
- EEP SA indica que sus instalaciones, ubicadas en forma dispersa, estaban conectadas a partir del 04 de noviembre de 1998 a las redes transferidas a ENOSA, mientras que las redes de distribución de campo

Carmona
[Handwritten signatures]

transferidos a ENOSA tenían punto de entrega en las instalaciones de EEP SA -Subestación Malacas- y de un tercero -Pérez Companc S.A.-.

- Manifiesta que EEP SA decidió no ser cliente de ENOSA, por lo cual la primera utilizaba instalaciones de esta última y viceversa, bajo un entendimiento de compensación de usos. Sin embargo, EEP SA, mediante el inicio de procedimiento de solución de controversias, reclamó a ENOSA el pago por concepto de peaje retroactivo por un Transformador de la Empresa de Electricidad del Perú S.A. que ENOSA comprendía como parte de lo compensado, a partir de lo cual se hizo necesario valorizar los peajes retroactivos a fin de sanear aquellos dejados de percibir. Agrega que la controversia fue resuelta.
- ENOSA señala que, como concesionaria de distribución de energía eléctrica de Piura y Tumbes, tiene contratos de compra de energía eléctrica con empresas generadoras pertenecientes al Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, en adelante COES, para el sistema eléctrico Talara, con punto de entrega en la subestación Talara barra 13.8 Kv.
- Precisa que desde el año 1998 a octubre de 2006, EEP SA hizo uso de las instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA.
- ENOSA argumenta que desde el año 2007 ha sostenido diversas reuniones con EEP SA respecto de las valorizaciones y del uso por parte de EEP SA -desde el año 1998 al año 2006-, de los equipos e instalaciones de propiedad de ENOSA. Agrega que EEP SA no ha negado el uso de las instalaciones y equipos ya mencionados y que por el contrario ha realizado actos tendientes a reconocer las compensaciones o pago de peajes respectivos.
- Al respecto, ENOSA detalla las reuniones de coordinación y comunicaciones enviadas entre las partes respecto de las valorizaciones por el uso de equipos e instalaciones de propiedad de ENOSA que utilizó EEP SA y que originaría la obligación de EEP SA de cumplir con el pago de peaje y alquileres por el uso de referidas instalaciones eléctricas:
 - i) Reunión llevada a cabo el 24 de mayo de 2007, en la que se acordó, entre otros, llevar a cabo reuniones de coordinación a fin de valorizar el uso de las instalaciones eléctricas y activos utilizados por EEP SA durante el periodo de 1998 a mayo 2007.
 - ii) Reunión de fecha 30 de mayo de 2007, en la cual ENOSA detalló el uso de las instalaciones y/o activos que habría utilizado EEP SA desde el año 1998.
 - iii) Correo electrónico de fecha 30 de mayo de 2007, remitido por el Jefe de la Unidad Negocio Talara de ENOSA al Jefe Zonal de EEP SA, el cual contiene el detalle indicado en el párrafo precedente.
 - iv) Reunión de fecha 22 de junio de 2007, en la cual EEP SA efectuó la siguiente observación: "Que Enosa revise el cálculo

Lozano


de peaje por el uso de la SED Pariñas, teniendo en cuenta el uso de los transformadores por el nivel de tensión, asimismo revisar el peaje del C8 y C9, por el tema de la exclusividad."

- v) Correo electrónico de fecha 22 de junio de 2007, remitido por el Jefe de la Unidad Negocio Talara de ENOSA al Jefe Zonal de EEP SA, el cual contiene los cálculos de la deuda.
 - vi) Correo electrónico de fecha 22 de junio de 2007, mediante el cual el Jefe del Área Comercial de EEP SA remitió al Jefe de la Unidad Negocio Talara de ENOSA, el archivo con el sustento de los cálculos efectuados con la metodología de peaje secundario de transmisión.
 - vii) Correo electrónico de fecha 27 de junio de 2007, mediante el cual ENOSA remitió a EEP SA el detalle del cálculo de la valorización de las instalaciones eléctricas utilizadas por esta última.
 - viii) Carta N° R-1485-2007/ENOSA de fecha 12 de noviembre de 2007, mediante la cual ENOSA requirió a EEP SA el pago de peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA, adjuntando el detalle del cálculo del monto que le correspondería asumir a EEP SA. ENOSA indica que con este documento, se interrumpió la prescripción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1996° del Código Civil.
 - ix) Carta N° R/NTL-2298-2007/Enosa de fecha 26 de noviembre de 2007, mediante la cual ENOSA confirma la asistencia a la reunión para el día 05 de diciembre de 2007.
 - x) Carta N° R-1587-2007/Enosa de fecha 27 de noviembre de 2007, mediante la cual ENOSA confirma la fecha de la reunión para tratar el tema relacionado al pago de peaje y alquileres por el uso de las instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA.
 - xi) Carta N° EEP SA-GC-341-2007 de fecha 28 de noviembre de 2007, mediante la cual el Gerente General de EEP SA requiere a ENOSA copia de los documentos que sustentarían la acreencia por el uso de las instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA.
 - xii) Carta N° R-1610-2007/Enosa de fecha 03 de diciembre de 2007, mediante la cual ENOSA remite a EEP SA la documentación solicitada por ésta en la comunicación señalada en el párrafo precedente.
- ENOSA manifestó que desde el año 2006, fecha de adquisición por parte de la empresa Graña y Montero Petrolera S.A., en adelante Graña y Montero, de las Plantas de Pariñas, Verdún y otros, ésta viene cumpliendo con efectuar el pago mensual a ENOSA por el peaje

lucan.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

respectivo, lo que acreditaría su derecho a percibir el peaje materia de la reclamación.

- ENOSA asevera que los acuerdos privados que señala EEP SA de modo alguno hacen referencia a cancelación de deuda por parte de EEP SA, y que las palabras contenidas en los referidos pactos, tales como "ceder", "intercambiar" o "compensar" no pueden interpretarse como tal.
- En cuanto al término compensar, indica que para que se de este supuesto debe cumplirse con los requisitos dispuestos por el artículo 1228° del Código Civil, hecho que no sucede en el presente caso y afirma que la cuantía de las supuestas acreencias no está determinada.
- ENOSA precisa que no existe trato voluntario de reciprocidad e igualdad entre ambas empresas a través del cual se hayan compensado, pagado o cancelado las deudas que hoy se reclaman.
- Asimismo, ENOSA manifiesta que los acuerdos y pactos entre empresas deben ser suscritos por sus respectivos representantes legales, debidamente premunidos de tal facultad. Sin embargo, en las diversas actas que menciona EEP SA y en las cuales, según esa empresa, se pactaron las supuestas compensaciones no han sido suscritas por los correspondientes gerentes generales de ambas empresas, por tanto, no pueden tomarse como medios probatorios de la existencia de tales acuerdos, sino como meras reuniones de negociación.
- De otro lado, respecto del cálculo efectuado, ENOSA argumenta que el cálculo de las compensaciones de los ítems Nos. 1, 2, 3, 4 y 5 del cuadro N° 1 -escrito de alegatos- se realizó bajo la metodología del Valor Agregado de Distribución, en adelante VAD, y que teniendo en cuenta que en el sistema hay otros activos que pertenecen a EEP SA, de donde un cálculo más acorde con la regulación y con la realidad de los hechos debería reflejar el Valor Nuevo de Reemplazo, en adelante VNR, únicamente de las instalaciones de propiedad de ENOSA, colocados en los ítems 6,7 y 8 del antes mencionado cuadro N°1.

2.1.1.2. Fundamentos de derecho:

ENOSA sustenta la exigencia del pago materia de reclamación en lo dispuesto por el artículo 62° de la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante LCE, que establece lo siguiente:

"Artículo 62°.- Las compensaciones por el uso de las redes del sistema secundario de transmisión o del sistema de distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía.

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

Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del sistema secundario de transmisión y/o del

10/2/09
[Handwritten signatures]

sistema de distribución serán resueltas por el OSINERG quien actuará como dirimente a solicitud de parte, debiendo pronunciarse en un plazo máximo de 30 (treinta) días, siendo obligatorio su cumplimiento para las partes involucradas. El Reglamento de la Ley establecerá el procedimiento y las instancias respectivas."

2.1.2. DE LA RECLAMADA EEPSA

EEPSA sustenta su posición principalmente en lo manifestado en su escrito de contestación a la reclamación y reconvencción, en la Audiencia Única y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.1.2.1. Excepción de Incompetencia

- A decir de EEPSA, el petitorio de ENOSA es de naturaleza estrictamente contractual (por cuanto se trata de uno en el que se requiere analizar y pronunciarse sobre la validez y/o alcance de acuerdos privados de cancelación de deudas acordados entre ENOSA y EEPSA), y, por tanto, ajeno a las facultades del OSINERGMIN.
- EEPSA señala que de conformidad con lo establecido en el ROSC es facultad del OSINERGMIN la resolución de las discrepancias surgidas entre empresas, únicamente respecto de materias sujetas a su competencia.
- Agrega que el artículo 2º del referido dispositivo precisa los casos en los que el OSINERGMIN sería competente para resolver los conflictos entre empresas del sector eléctrico. En dicho artículo se señaló lo siguiente:

"Artículo 2º.- Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

- Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- (...)

b) Conciliar intereses contrapuestos sobre las materias que son de competencia exclusiva de OSINERG".

- EEPSA añade que el Reglamento General del OSINERGMIN establece como principios de acción de esa entidad el de Neutralidad y Subsidiariedad, según los cuales la actuación del OSINERGMIN no debe restringir la actuación de los particulares, dado que ésta es únicamente subsidiaria y por el contrario se

10/11/09

[Handwritten signatures]

debe proteger la autonomía privada. En efecto, los artículos 5° y 11° de dicho Reglamento señalan:

"Artículo 5°.- Principio de Neutralidad

El OSINERG velará por la neutralidad de la operación de las actividades que desarrollan las ENTIDADES sujetas a su supervisión, regulación y/o fiscalización; cuidando que no utilicen su condiciones de tales, directa o indirectamente, para obtener ventajas en el mercado, frente a otras personas naturales o jurídicas. OSINERG deberá cuidar también que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, innovación, o precios".

"Artículo 11°.- Principio de Subsidiariedad

La actuación de OSINERG 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 PÚBLICO 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".

- EEPSA sostiene que de la lectura de la normativa precedente, se colige que la competencia del OSINERGMIN y por tanto del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se restringe únicamente a actividades que se encuentren reguladas o se refieran a aspectos técnicos que también cuenten con una regulación específica. En ese sentido, su actuación únicamente debe ser subsidiaria y debe excluir su competencia de acuerdos entre particulares a fin de velar por la protección de sus intereses en ejercicio pleno de su autonomía privada, la cual se encuentra bajo los alcances del Código Civil. En efecto, es por ello que el artículo 1354° del Código Civil señala expresamente que *"las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato"*.
- Para EEPSA en esta controversia se discute la vigencia y/o exigibilidad de una serie de acuerdos privados; discusión sobre la cual el ente regulador no resulta competente dado que ésta tiene carácter exclusivamente civil y en lo absoluto regulatorio.
- EEPSA indica que ENOSA sostiene en su escrito de reclamación, página 4 que: *"Es el caso que EEPSA decidió no ser cliente de ENOSA, por lo cual EEPSA utilizaba instalaciones de ENOSA y viceversa, bajo un entendimiento de compensación de usos. Sin embargo, recientemente por iniciativa de EEPSA, (...) reclamó el pago de peaje retroactivo por un Transformador de Electroperú S.A. que ENOSA comprendía como parte de lo compensado, a partir del cual se hizo necesario valorizar los peajes retroactivos a fin de sanear aquellos dejados de percibir (...)".* Por tanto, dice que no se trata de una discusión regulatoria (como lo podría ser la negativa de un agente al pago de un cargo o peaje por la utilización de instalaciones de un sistema secundario de transmisión, o la discusión sobre la magnitud de dichos cargos o compensaciones), sino de una discusión sobre la cancelación de estas obligaciones, que además ya fue cancelada por acuerdos entre las partes.

10/21/09


- EEPSA argumenta que ENOSA pretende que los referidos acuerdos privados (los cuales reconoce de manera expresa) no le sean aplicables y, como resulta lógico, la vía correcta para reclamar tal cuestión no es el OSINERGMIN sino el juez civil.
- EEPSA detalla los acuerdos a los que hace referencia:
 - a) Acta de Acuerdos de fecha 25 de agosto de 1998, a través de la cual ENOSA cede a EEPSA el uso gratuito de la SED Pariñas -hoy materia de controversia- y además, ambas partes acordaron que la Central Verdún de EEPSA quedó alimentada a través de los circuitos C-8 y C-9 de propiedad de ENOSA -hoy materia de controversia- sin ninguna retribución económica.

La vigencia de estos acuerdos, según EEPSA fue renovada por las partes, tal como ENOSA lo ha reconocido en su escrito de fecha 08 de marzo de 2007 presentado en el Expediente N° CC-31-2006, en el cual expresamente señaló que la vigencia de éstos *"por acuerdo de partes (verbal) se mantiene a la fecha"*.

- b) Acta de Reunión de fecha 27 de noviembre de 1998, a través de la cual ambas partes acordaron que:
 - (i) EEPSA intercambiaría el peaje de las Ternas N° 3 (de Malacas - El Alto) y N° 5 (de Malacas - Base El Pato) -de su propiedad- por el uso de la línea C-8 Base El Pato - Verdún de propiedad de ENOSA y hoy materia de controversia.
 - (ii) Por el uso de la Línea Terna 3 de Malacas - El Alto, de propiedad de EEPSA, ENOSA pagaría un peaje a partir del 01 de noviembre de 1998. Sin embargo, se hace referencia expresa al acuerdo anterior, a través del cual se pactó el intercambio del uso de las instalaciones mencionadas, motivo por el cual dicho peaje nunca fue cobrado por EEPSA.
- c) ¹Acta de Reunión remitida por ENOSA mediante Carta N° GZ3009-2000, de fecha 04 de enero de 2000, a través de la cual ambas partes acordaron que:
 - (i) El Circuito C-8 de ENOSA (El Pato - Verdún) -hoy materia de controversia-, así como la S.E. Pariñas -también materia de esta controversia- darían exclusivo servicio a EEPSA para las Plantas de Gas Verdún y Pariñas, en compensación por el peaje que ENOSA debiera pagar por el uso de las instalaciones de las Ternas Nos. 4, 6 y 3, peajes que en efecto nunca fueron cobrados por EEPSA.

¹Mediante Carta N° EEPSA-GE-232-99 de fecha 28 de diciembre de 1999, en respuesta a una comunicación de ENOSA, EEPSA manifestó que la utilización del Circuito C8 para la Plata de Gas Verdún es en compensación por el uso de las instalaciones por parte de ENOSA, interruptores, relés de protección de las Ternas Nos. 4 y 6 en la C.E. Malacas y por el peaje de la Terna N° 3. Los términos propuestos fueron recogidos en el Acta de Reunión remitida mediante comunicación de fecha 04 de enero de 2000.

(ii) EEPSA ampliaría la vigilancia en el Campo Verdún, en apoyo a la custodia del C-8 tramo Talara Alta – Planta Verdún, sin retribución alguna, motivo por el cual EEPSA nunca cobró.

- EEPSA menciona que ENOSA ha reconocido la existencia no sólo de estos acuerdos escritos, sino también la existencia de una serie de acuerdos verbales. Así menciona que con escrito de fecha 08 de marzo de 2007 mediante el cual ENOSA presentó sus Alegatos en la controversia seguida con el Expediente N° CC-31-2006, la hoy reclamante aceptó la existencia de estos acuerdos, señalando expresamente que *“ENOSA utilizaba instalaciones de EEPSA y EEPSA utilizaba instalaciones de ENOSA por acuerdos verbales y escritos entre ambas empresas sin derecho a compensación económica alguna”*.
- A decir de EEPSA, teniendo en cuenta la existencia de acuerdos escritos y verbales, a través de los cuales tanto ENOSA como EEPSA aceptan dar por cancelada cualquier obligación relacionada con el pago de compensaciones y/o peajes vinculadas al uso de instalaciones de los sistema secundarios de transmisión de uno u otro, el inicio del presente procedimiento únicamente podría tener como propósito que el OSINERGMIN declare inválidos y/o inexigibles dichos acuerdos, materias que son ajenas por completo al ámbito regulatorio y por tanto, no resultan de competencia del OSINERGMIN.
- EEPSA precisa que en el presente procedimiento no se está discutiendo una situación similar a la que se produjo en el procedimiento anterior seguido entre las partes y que ha sido aludido por ENOSA en su reclamación, por cuanto en el referido procedimiento ENOSA desconocía cualquier obligación al pago de compensaciones por el uso de infraestructura que pertenecía a un Sistema de Transmisión Secundario -de propiedad de una tercera empresa ELECTROPERÚ- y que en el presente caso, se está cuestionando la forma como ha sido efectuado el pago de las obligaciones. EEPSA dice que no cuestiona su obligación -que surge de la regulación- de pagar determinados cargos o compensaciones por el uso de infraestructura de ENOSA; lo que cuestiona es el requerimiento de pago de una obligación que ya fue cancelada.
- EEPSA sostiene que la reclamación presentada por ENOSA, en tanto se refiere a una controversia de carácter civil que no se encuentra dentro del ámbito de competencia de OSINERGMIN.
- Adicionalmente, EEPSA menciona que en el supuesto que se deniegue la referida Excepción, tratándose de discusiones de naturaleza estrictamente civil referidas a la validez, alcances, cumplimiento y/o vigencia de los acuerdos de cancelación de deudas mencionados anteriormente, este Colegiado deberá suspender este procedimiento mientras que las discusiones previas de carácter civil no sean resueltas por el juez competente. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.1.2.2. La deuda reclamada ya ha sido cancelada

- EEPSA señala que ha cancelado a ENOSA la deuda que esa empresa pretende cobrar nuevamente, debido a la existencia de una serie de acuerdos privados de cancelación de deudas.

Alvarado
ESM
Alvarado

- EEPISA sostiene que existen una serie de acuerdos celebrados por ENOSA y EEPISA, a través de los cuales ambas empresas acordaron expresamente que el uso de las instalaciones eléctricas de una empresa se cancelarían con el uso de las instalaciones de la otra o a cambio de que uno de ellos asuma obligaciones (costos de operación y mantenimiento de infraestructuras de transmisión) que deberían haber sido asumidos por el otro.
- Menciona que términos tales como “ceder” mutuamente el uso de sus instalaciones sin costo, “intercambiar” o “compensar” el peaje de unas instalaciones, han sido algunos de los términos comerciales utilizados por EEPISA y ENOSA para cancelar sus respectivas deudas por el uso de sus equipos y agrega que a través de dichas expresiones coloquiales, las partes buscaban dejar en claro que las deudas mutuas por el uso de sus instalaciones por parte de la otra quedaban canceladas. Estos términos no sólo son comunes en el lenguaje comercial sino también son significados propios de una interpretación literal de dichos acuerdos.
- En este contexto, EEPISA aclara los términos mencionados:
 - i) “Cesión”: renuncia de algo, posesión, acción o derecho, que alguien hace a favor de otra persona.
 - ii) “Intercambio”: reciprocidad e igualdad de consideraciones y servicios entre entidades o corporaciones análogas de diversos países o del mismo país.
 - iii) “Compensación”: modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras.
- EEPISA agrega que para el caso de la Subestación Pariñas, las partes acordaron que: *“EEPISA pondrá a disposición de ENOSA, por el lapso de tres meses renovables por mutuo acuerdo, el uso de la Subestación de maniobras en 13.2 Kv. de la C.E. Verdún, sin ningún costo, quedando bajo responsabilidad de ENOSA la operación y mantenimiento de dicha subestación”*. A cambio de esta concesión, se acordó que *“ENOSA permitirá a EEPISA, el uso de la Subestación Parinas, en la parte que le corresponde a sus actividades, igualmente sin costo y por el mismo lapso de tiempo indicado en el punto 1.”* (Acta del 25 de Agosto de 1998).
- Precisa que el referido acuerdo tenía una vigencia inicial de tres meses, *“pero por acuerdo de partes (verbal) se mantiene vigente a la fecha”* (Escrito de ENOSA de fecha 08 de marzo de 2007, Expediente N° CC-31-2006).
- Del mismo modo, añade que respecto de los Circuitos C8 y C9, en el Acta de Acuerdos del 25 de Agosto de 1998 se precisa que: *“La Central Verdún quedará conectada al sistema a través de los circuitos C-8 y C-9 anillados en 13.2 Kv., para lo cual EEPISA suministrará por 06 meses los interruptores de estos circuitos para el enlace con la barra de 13.2 KV. (C.E. Verdún), a fin de dar seguridad y garantizar la confiabilidad del sistema. ENPSA reemplazará en dicho plazo con disyuntores más confiables”*.
- EEPISA dice que sobre esas mismas instalaciones, en el Acta de fecha 27 de noviembre de 1998, se señala que: *“Por el uso de la línea C8 Base El Palo-*

Yover

SAH

San

Verdún de propiedad de ENOSA – EEP SA intercambiará peaje con la Terna 3 (Malacas - El Alto) y 5 (Malacas- Base El Pato) de propiedad de EEP SA, (...).

- Continua señalando que en el Acta remitida por ENOSA mediante Carta N° GZ3009-2000, de fecha 04 de enero de 2000, se acuerda que *“El circuito C8 de ELECTRONOROESTE S.A. (El Pato - Verdún), y la S.E. Pariñas continuarán dando exclusivo servicio a EEP SA para las Plantas de Gas de Verdún y Pariñas en compensación por el peaje que ELECTRONOROESTE S.A. debiera pagar por el uso de las instalaciones, interruptores y relés de protección de las Ternas N° 4, N° 6 y N° 3 en la C.E. Malacas”*. Asimismo, se acordó que EEP SA asumiría la vigilancia de estas instalaciones: *“EEP SA ampliará la cobertura de su vigilancia en Campo Verdún, en apoyo a la custodia del C8 tramo Talara Alta – Pta. Verdún. ELECTRONOROESTE S.A. se encargará del mantenimiento y operatividad de la Línea.”*
- EEP SA reitera que existe un trato voluntario de reciprocidad e igualdad entre ambas empresas, a través del cual éstas deciden dar por canceladas sus deudas. Se trata, en ese sentido, de acuerdos comerciales a través de los cuales pactaron no cobrarse mutuamente por la utilización de sus instalaciones eléctricas de transmisión. Ello quiere decir que, reconociendo ambas partes la existencia de cargos y compensaciones establecidos por la regulación por el uso de sus instalaciones, las partes acordaron darlas por canceladas y por tanto, la supuesta deuda reclamada por ENOSA en este procedimiento ya ha sido cancelada y por tanto se encuentra extinguida.
- A decir de EEP SA, hasta noviembre de 2007, ENOSA nunca exigió pago alguno por los conceptos reclamados, como EEP SA tampoco lo hizo respecto de las deudas que ENOSA tendría que pagar por la utilización de sus instalaciones eléctricas, precisamente debido a la existencia de los acuerdos antes descritos.
- EEP SA precisa que nunca ha rechazado la existencia de estos acuerdos (verbales y escritos) en un procedimiento anterior llevado a cabo ante el OSINERGMIN y dice que en ese procedimiento se discutía el pago de compensaciones por el uso de un equipo que no sólo no había formado parte de los mencionados acuerdos de cancelación de deuda celebrados entre EEP SA y ENOSA, sino que se trataba de un equipo que ni siquiera era de propiedad de EEP SA, sino de ELECTROPERÚ y por eso sostuvo que no existía acuerdo alguno de cancelación de los peajes por el uso del Transformador de 75 MVA por parte de ENOSA.
- EEP SA niega haber reconocido deberle algo a ENOSA durante las reuniones sostenidas durante los meses de mayo de 2007 y siguientes, según pretende ENOSA hacer creer en su escrito de reclamación. Precisa que en esas reuniones, así como en el intercambio de correos, se tuvo como propósito el alcanzar una solución negociada a la controversia seguida ante el OSINERGMIN (Expediente N° CC-31-2006), la cual estaba vinculada al uso por parte de ENOSA de equipos e instalaciones que no habían sido parte de los acuerdos de cancelación mencionados anteriormente, debido a que habían sido propiedad de ELECTROPERÚ y se trataba de una deuda distinta, cedida por esta última a favor de EEP SA. Alega que incluso si se admitiera, por un instante, que el propósito de dichas reuniones hubiera tenido por objeto revisar o replantear los acuerdos de cancelación pactados entre las partes resulta evidente que dichas reuniones no culminaron en tal acuerdo.

Verdún
EEPSA
Alto

- EEP SA señala, con relación a la afirmación de ENOSA respecto que su derecho para reclamar el pago de la supuesta deuda en cuestión queda demostrado sobre la base de los pagos efectuados por la empresa Graña y Montero por la utilización de las instalaciones, que este argumento no tiene sustento alguno por cuanto ENOSA y Graña y Montero no tienen celebrados acuerdos de cancelación de deudas como los pactados entre EEP SA y ENOSA.
- De otro lado, EEP SA señala que ENOSA reconoció mediante escrito presentado con fecha 04 de julio de 2007 al Tribunal de Solución de Controversias la existencia, validez y vigencia de los referidos acuerdos.
- EEP SA concluye indicando que atendiendo a los fundamentos expuestos, este Colegiado debe declarar que la supuesta deuda reclamada por ENOSA ya ha sido cancelada debido a la existencia de acuerdos de cancelación e intercambio de deudas por el uso de instalaciones e infraestructura de ambas empresas.

2.1.2.3. Sobre el cálculo de la deuda reclamada por ENOSA

- EEP SA solicita a este Colegiado que, en el supuesto que se considere competente para la resolución del presente procedimiento y haya determinado que los acuerdos de cancelación de deudas pactados por EEP SA y ENOSA no son válidos y/o no se encuentran vigentes y/o no sean suficientes para declarar la cancelación de la deuda reclamada, se declare que el monto reclamado no tiene sustento ni resulta conforme con la realidad.
- EEP SA señala que los cálculos realizados respecto de los montos por la utilización de la Subestación de Distribución Pariñas han sido hechos considerando los factores de corrección al VAD, de lo cual ha resultado un monto total ascendente a S/.671,213.00 y que esa forma de calcular el monto en cuestión resulta incorrecta, pues al realizar el cálculo teniendo en cuenta el referido VAD se ha incluido no sólo instalaciones de ENOSA, sino también de la propia EEP SA, es decir, le quiere cobrar por sus propias instalaciones.
- Añade que ENOSA ha realizado sus cálculos de compensaciones tomando como referencia el VAD, como si todas las instalaciones fueran de su propiedad y en el sistema hay activos que pertenecen a EEP SA (como es el caso de la Terna 5 entre otros). Por tanto, un cálculo acorde con la regulación y con la realidad de los hechos debería reflejar el VNR únicamente de las instalaciones propiedad de ENOSA (Subestación Pariñas).
- A decir de EEP SA, atendiendo a lo anterior, el monto por la utilización de la Subestación Pariñas ascendería, como máximo a S/.294,634.3. Lo dicho precisa, no implica, bajo ninguna circunstancia, la aceptación de la existencia de la deuda ni los montos reclamados por ENOSA.
- Respecto de los Circuitos C-8 y C-9 por los cuales ENOSA reclama un monto total de S/.925,325.00, sostiene que la reclamante nuevamente realiza un cálculo equivocado, debido a que efectúa el cálculo teniendo en cuenta el VAD, cuando debería haber sido realizado teniendo en cuenta el VNR de cada

Lowry
SA
SA

instalación. Por tal motivo, el monto de la supuesta deuda reclamada asciende como máximo a S/. 462,458.00. Precisa que la realización de este cálculo no implica, bajo ninguna circunstancia, la aceptación de la existencia de la deuda o los montos reclamados por ENOSA.

2.1.3. POSICIÓN DE ENOSA RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR EEPSA Y SOBRE PEDIDO DE SUSPENSIÓN

- ENOSA señala que la materia en cuestión en la presente controversia es determinar si EEPSA debe pagar o no una compensación por el uso de las instalaciones que son parte del sistema de distribución de ENOSA durante el periodo reclamado.
- Añade que el argumento de EEPSA de que la materia controvertida sea un asunto de índole contractual y no regulatorio, carece de sustento, por cuanto las compensaciones de los sistemas de distribución están sujetas a regulación de precios, así el inciso c) del artículo 43° de la LCE, dispone:

*“Artículo 43° Estarán sujetos a regulación de precios:
(...)*

b. Las compensaciones a titulares de sistemas de transmisión.

Texto modificado por Ley N° 27239, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 22 de diciembre de 1999, con el siguiente tenor:

b. Las tarifas y compensaciones a titulares de sistemas de transmisión y distribución.

Texto modificado por Ley N° 28832, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de julio de 2006, con el siguiente tenor:

b. Las tarifas y compensaciones de sistemas de transmisión y distribución.

(...)”

- ENOSA agrega que el artículo 43° de la LCE debe concordarse con el artículo 62° de la LCE.
- De lo establecido por la normativa citada, ENOSA indica que el asunto materia de reclamación ha sido siempre de naturaleza regulatoria, y que la obligación de EEPSA de pagar el monto reclamado no deriva de un contrato sino directamente de una norma con rango de ley -la LCE-, por tanto la obligación de compensar no es materia de libre disposición de las partes. Asimismo, por su importancia en la operación correcta del sistema, dicha materia ha sido excluida del ámbito de control y libertad de los agentes; de donde la existencia o no de un contrato resulta indiferente para el nacimiento de la obligación de compensar por el uso efectuado de las instalaciones de propiedad de ENOSA.
- ENOSA sostiene que los contratos o pactos que habrían exonerado a EEPSA del pago de las compensaciones reclamadas no existen e indicó lo siguiente:

León
L.A.B.
Sheer

- i) Acta de fecha 25 de agosto de 1998: No contiene cláusula alguna en la cual se señale que ENOSA renunciaba a la compensación por el uso de los Circuitos C-8 y C-9 que alimentan la Central de Verdún, a lo más contiene acciones a ser adoptadas por ENOSA para dar confiabilidad y seguridad al sistema. Situación similar ocurre con la subestación Pariñas, debido a que sólo se menciona que se permitirá el uso sin costo de esta subestación en la parte que corresponda a las operaciones de EEP SA, pacto de breve duración, siendo falso que se haya prolongado verbalmente a la fecha, más aún teniendo en cuenta que esta supuesta prórroga no estaba prevista en la referida Acta.
 - ii) Acta de fecha 27 de noviembre de 1998: Sólo fue suscrita por una de las partes. Sin perjuicio de ello, fue redactada en forma condicional, supeditando su eficacia a la realización de actos posteriores que nunca se efectuaron, lo cual impide afirmar la existencia de pacto alguno.
 - iii) Carta N° GZ3009-2000 de fecha 04 de enero de 2000: No puede considerarse que contiene una compensación, pago o cancelación de deudas porque las supuestas acreencias no se han determinado en su cuantía con precisión, careciendo por ello de exigibilidad, fungibilidad, homogeneidad y que resulten líquidas, características indispensables para que se de el supuesto de hecho establecido en el artículo 1288° del Código Civil. Asimismo, ENOSA señaló que este documento no se establece el hecho alegado por EEP SA referido a que la cobertura de la vigilancia iba a ser gratuita y menos que iba a compensar el pago de los cargos ahora reclamados.
 - iv) Escrito de ENOSA de fecha 08 de marzo de 2007, que obra en el expediente N° CC-31-2006: Su contenido es errado y así quedó demostrado en su momento, otorgándosele la razón a EEP SA, quien negó la existencia de tales pactos.
- ENOSA manifiesta que al no existir pacto, contrato o acuerdo válido que exonere a EEP SA del pago de las compensaciones reclamadas y al tratarse de un tema de naturaleza regulatoria, el OSINERGMIN es competente para resolver la presente controversia de acuerdo con lo dispuesto por el inciso e) del artículo 3.1² de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 273332, en adelante Ley Marco, concordada con los numerales 1³ y 2⁴ del ROSC.

² "Artículo 3.1.º

(...)

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad 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 los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados (...)."

³ "Artículo 1º.- Ámbito de aplicación.

El presente Reglamento rige la actuación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere el inciso e), numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332. Dicha función comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios libres o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados".

⁴ "Artículo 2º.- Competencia de OSINERG.

Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:
a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:(...) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

burm

RAH
San

- Señala que la posición de EEP SA respecto de la incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe rechazarse así como la pretensión de suspensión del presente procedimiento, resultando inaplicable el artículo 13° de la Ley Orgánica de Poder Judicial, y que por el contrario la intervención del OSINERGMIN es ineludible según lo establece el artículo 47° del ROSC, que dice:

“Artículo 47°.- La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERG, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento.”

- Finalmente, ENOSA resaltó que en un caso similar al que ahora se discute, entre las mismas partes, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció su competencia tal y como puede corroborarse en la Resolución N° 004-2007-OS/CC-31 de fecha 16 de abril de 2007; por lo que en aplicación del aforismo *“a igual razón, igual derecho”* debe desestimarse la excepción planteada por EEP SA.

2.2. RESPECTO DE LA RECONVENCIÓN PRESENTADA POR EEP SA (Tercera Pretensión Principal):

2.2.1. DE EEP SA

EEP SA sustenta su posición principalmente en lo manifestado en su escrito de contestación a la reclamación y reconvencción, en la Audiencia Única y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

- EEP SA señala que en el supuesto que el Colegiado se considere competente para conocer y resolver la presente controversia y que declare que los acuerdos de cancelación de deudas celebrados entre ENOSA y EEP SA no son suficientes para determinar la cancelación de las deudas en cuestión, solicita se declare que ENOSA se encuentra obligada a pagar las compensaciones y cargos correspondientes, según el detalle siguiente:
 - a. Determinación del Cargo Peaje Secundario por Terna N° 3 Malacas - El Alto por cargas de ENOSA de Folche y El Alto, ascendente a S/. 174,545.42.
 - b. Determinación del Cargo Peaje Secundario por Terna N° 5 Malacas - El Pato por cargas de ENOSA en S.E. Pato (Talara Alta, Negreiros, Secc. 16, Alvarez, Oveja, etc) ascendente a S/. 3,561.09.
 - c. Determinación del Cargo Peaje Secundario por Uso Celda Línea MT de T4-T6 Barra Malacas 13.2 KV por cargas de ENOSA en dichas ternas, por la suma de S/. 157,148.56.
 - d. Determinación del Cargo Peaje Secundario por Línea MT 13.2 kV de S.E. REP a S.E. Malacas por cargas de ENOSA por S/. 14,471.64.
 - e. Servicio de vigilancia al Circuito C8 (sin IGV): S/. 64,628.84
 - f. Reparaciones al Circuito C8 (Materiales y mano de obra, sin IGV): S/. 66,251.59.
 - g. Servicio de filtrado de aceite transformador prestado por ENOSA en T3 (sin IGV): S/. 1,000.00.
 - h. Línea de transmisión T3 Malacas - Folche (sin IGV): S/. 215,551.68.

Javier
[Signature]
[Signature]

- EEPSA precisa que todos los montos en cuestión, tanto los referidos a cargos por peajes dejados de pagar por ENOSA a EEPSA, como los referidos a gastos por labores de mantenimiento, vigilancia, reparación y operación de las instalaciones que debieron ser asumidos por ENOSA pero que terminaron siendo asumidos por EEPSA, también fueron de conocimiento de ENOSA desde el año 2007, durante el transcurso de la negociación que se llevó a cabo para la posible conclusión del procedimiento signado con N° CC-31-2006.
- Agrega que tal como señala ENOSA en su escrito de reclamación, como respuesta al correo electrónico de fecha 22 de junio de 2007 remitido por ENOSA a EEPSA, mediante correo de la misma fecha el jefe del área comercial de EEPSA, Ing. Marco Antonio González García envió al Ing. Víctor Otero Ruiz -Jefe de la Unidad Negocio Talara de ENOSA, el detalle de todas las prestaciones efectuadas por EEPSA, lo que incluye los montos por los cargos de peajes por la infraestructura de EEPSA, como también los gastos por labores de mantenimiento, vigilancia, reparación y operación de las instalaciones de ENOSA que finalmente fueron asumidas por EEPSA, todos los cuales debieran ser pagados por dicha empresa a EEPSA.
- Respecto de los cargos por peajes por la utilización de las Ternas Nos. 3 y 5, así como por el uso de la Celda Línea MT de T-4 y T-6 y la Línea MT 13.KV de SE. REP a S.E. Malacas, EEPSA indica que la explicación de cada uno de dichos cargos se encuentra en la Hoja Explicativa que adjunta a su escrito de contestación de la reclamación, en donde detallan los Cargos Base Peaje Secundario de Transformación (CBPST) así como los Cargos Base Peaje Secundario de Transporte (CBPSL) que han sido y deben ser utilizados para calcular los montos que ENOSA debe pagar como compensación.
- EEPSA sostiene que en relación a la Línea de Transmisión Terna N° 3 Malacas - Folche, esta línea fue transferida a ENOSA en compensación por las instalaciones utilizadas por EEPSA; sin embargo, ante la actual situación en la cual ENOSA pretende cobrar por montos ya compensados, corresponde que se recalcule el valor de la línea que le fue transferida en función al VNR de la referida línea, motivo por el cual ENOSA le debe cancelar el monto total indicado. Precisa que el monto de transferencia pactado fue simbólico y que sólo refleja el costo que ENOSA habría asumido para dar mantenimiento a esas instalaciones y no el real, que la línea cuenta con seis torres y que el valor de una sola de las torres es superior al precio pactado.
- Añade que debido a la falta de mantenimiento rutinario de las instalaciones propiedad de ENOSA y que formaban parte del Sistema Secundario de Transmisión -mantenimiento que le correspondía asumir a dicha empresa por ser la concesionaria- las líneas fallaban constantemente, por lo que sus plantas salían de servicio también de manera constante, obligando con ello a EEPSA a realizar las reparaciones de emergencia necesarias, por tanto, ENOSA también deberá responder por el lucro cesante proveniente de dichas pérdidas caídas de las líneas, ocasionadas precisamente por su falta de mantenimiento, ascendente a S/. 1,164,800.00.
- EEPSA precisa que los montos reclamados no solamente corresponden al pago de peajes por su infraestructura, sino también por las labores de mantenimiento, vigilancia, reparación y operación de las instalaciones que debieron ser asumidas por ENOSA, como concesionaria de distribución, pero que terminaron siendo asumidas por EEPSA.

[Handwritten signatures and initials]

- Agrega que ENOSA se encuentra en la obligación de compensarle, además, por la utilización de la Subestación Eléctrica de Verdún -para proveer de electricidad a Graña y Montero a través del Circuito C-9 y que ha venido cobrando a esa empresa por dicha provisión de energía-, de propiedad de EEPSA que forma parte del Sistema de Transmisión Secundaria, la cual desde agosto de 1998 hasta la fecha viene siendo usada -sin pago alguno- por ENOSA, compensación que asciende a la suma total de S/. 727,581.15.
- EEPSA indica que el criterio de cálculo de la parte contraria es incorrecto, por cuanto a decir de ENOSA, teniendo en cuenta el VAD no incluiría la utilización de la Subestación Verdún, dado que ésta operaría en un nivel de baja tensión, mientras que su cálculo sólo incluía las instalaciones que operan con Media Tensión. EEPSA precisa que esta subestación opera en Media Tensión y su función es aislar, seleccionar y transformar energía a través de los circuitos C-8 y C-9 en 13.2 kV a 2.4. kV, es decir, en media tensión, por lo cual Verdún sí se encuentra incluida en el cálculo del VADMT.
- Concluye que ENOSA le debe la suma de S/.2,589,539.96, más los intereses respectivos, monto correspondiente a la suma total de los cargos por peajes por la infraestructura de EEPSA (Ternas Nos. 3 y 5, Celda Línea MT de T4-T6 y la Línea MT 13.2. KV de S.E. REP a S.E.) más los gastos por labores de mantenimiento, vigilancia, reparación y operación de las instalaciones de ENOSA que fueron asumidas por EEPSA, más el monto correspondiente por la utilización por parte de ENOSA de la Subestación Eléctrica de Verdún por la cual no ha efectuado ningún pago desde agosto de 1998.
- EEPSA precisa que esta pretensión sólo deberá ser analizada si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declara Infundada la Excepción de Incompetencia deducida por ella y a su vez ha desestimado su Primera Pretensión Principal, por cuanto con ello ha desconocido los acuerdos mutuos de cancelación de deudas pactadas entre ENOSA y EEPSA.
- EEPSA solicita que se condene a ENOSA al pago de las costas y costos respectivos sobre la base de lo dispuesto por el 88° del Reglamento General de OSINERGMIN que señala que *"En cualquier procedimiento, el ORGANOS DE OSINERG competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante u OSINERG"* y por tanto, no es de aplicación el artículo 47° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que dispone que *"No existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo"*.
- En todo caso, y aún cuando el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considere que la norma aplicable para este tema en concreto es la Ley del Procedimiento Administrativo General y no la norma especial del OSINERGMIN, esta ley únicamente dispone una prohibición para la condena de costas, mas no una prohibición para la condena de costos, la cual sería procedente .

2.2.2. DE ENOSA

ENOSA sustenta su posición principalmente en lo manifestado en su escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1225993, en la Audiencia

Handwritten signatures and initials:
 [Signature]
 [Signature]
 [Signature]

Única y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.2.2.1. Excepción de Prescripción Extintiva

- ENOSA señala que el artículo 2001° del Código Civil establece lo siguiente:

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

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

- ENOSA sostiene que según lo manifestado por EEPsa en su Tercera Pretensión Principal, el periodo que se está reclamando por prestaciones efectuadas por EEPsa a ENOSA va desde agosto de 1998 hasta diciembre de 2009, por lo que computando el plazo para iniciar la acción a la fecha sobre la base de lo dispuesto en el artículo mencionado, es un hecho que ya ha transcurrido en exceso el plazo de diez (10) años otorgado en el Código Civil para iniciar cualquier acción respecto del periodo comprendido entre agosto de 1998 a julio de 1999; por lo tanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe declarar improcedente el reclamo respecto del periodo ya mencionado, debido a que habría operado la prescripción extintiva.

2.2.2.2. Excepción de Incompetencia respecto del lucro cesante

- ENOSA señala que la supuesta obligación a su cargo de pagar por concepto de lucro cesante la suma de S/. 1'164,800.00 a favor de EEPsa, importa un concepto indemnizatorio derivado de un daño que a su vez originaría el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad extracontractual, por cuanto no se origina en la relación comercial, mercantil ni en ningún negocio jurídico entre EEPsa y ENOSA; por lo tanto no resulta ser este extremo una controversia referida a temas regulatorios del sector.
- En ese sentido, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no sería competente para conocer este extremo de la controversia, en aplicación de lo dispuesto por el inciso e) del artículo 3.1 de la Ley Marco y el inciso a) del artículo 2° del ROSC que determina la competencia de los Cuerpos Colegiados para resolver las controversias siempre que estén relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN, resultando que en ninguno de estos supuestos se enmarca la pretensión de lucro cesante planteada por EEPsa.
- ENOSA agregó que los componentes de este concepto han sido cuantificados por EEPsa de un modo antojadizo y que sobre tales conceptos entre ambas partes no ha existido ni existe ningún acuerdo o pacto.
- Añade que EEPsa no es cliente de ENOSA, por lo que la controversia en este extremo es ajena a la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc. En tal sentido, la presente excepción debe declararse fundada.

Lozano
LAH
Alu

2.2.2.3. Excepción de Incompetencia respecto del servicio de vigilancia en el Circuito C-8

- ENOSA señala respecto del pago que EEPSA le reclama por una supuesta obligación por servicio de vigilancia en el Circuito C-8 por la suma de S/. 64,628.84, que éste se encuentra fuera del ámbito de competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por ser un concepto ajeno al objeto y finalidad de ambas empresas y, además por las siguientes razones:
 - a) EEPSA nunca ha sido cliente de ENOSA, dado que siendo generadora no le era conveniente ser, al mismo tiempo, cliente de su propia energía eléctrica; en consecuencia no tiene suministro de energía eléctrica.
 - b) Si existió una disposición interna de EEPSA de ampliar su servicio de vigilancia al Circuito C-8, ha sido por su propia y exclusiva iniciativa, sin que de ello resulte alguna obligación para ENOSA.
 - c) El Circuito C-8 ha sido de uso exclusivo de EEPSA por lo que ésta es la única beneficiada con tal circuito; en consecuencia cualquier determinación de asumir su vigilancia -en caso de haberse dado- es por su propio interés comercial.
- ENOSA, en virtud de los mismos dispositivos legales citados para la Excepción de Incompetencia respecto del lucro cesante, solicita que la presente excepción sea declarada fundada.

2.2.2.4. Excepción de Incompetencia respecto de la transferencia de la Línea de Transmisión de la Terna N° 3

- ENOSA señala que el cuestionamiento de la adquisición "formal" mediante un Contrato de Compra-Venta de la Línea de Transmisión de la Terna N° 3, no es un tema que sea de competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, por cuanto no contiene aspectos regulatorios del sector. En ese sentido, hace extensivos a la presente excepción los argumentos legales expuestos para los casos de Excepción de Incompetencia antes deducidas y en consecuencia, también sobre este punto solicita que se declare fundada la excepción.

2.2.2.5. Contestación de la reconvención

2.2.2.5.1. Determinación del cargo por peaje secundario por Terna N° 3 Malacas - El Alto por cargas de ENOSA de Folche y El Alto: S/. 174,545.42

- ENOSA señala que el cálculo efectuado por EEPSA es errado y que corresponde a esa empresa probarlo; en todo caso, EEPSA no debió incluir el periodo prescrito (noviembre de 1998 a julio de 1999) y que la compensación debería calcularse utilizando las pérdidas medias de potencia y energía del Sistema Secundario y no los factores de pérdidas marginales, de acuerdo con lo establecido por OSINERGMIN -en la norma sobre "Aplicación de los Cargos por Transmisión y Distribución a Clientes Libres", en virtud de lo cual, los factores de pérdidas medias se obtienen a partir de los factores de pérdidas

Ismael
YAB
Alan

marginales, ENOSA efectúa el cálculo para obtener las compensaciones bajo el supuesto que indica.

2.2.2.5.2. Determinación del cargo peaje secundario por Terna N° 5 Malacas - El Pato con cargas de ENOSA en S.E. Pato (Talara Alta, Negreiros, Secc.16, Alvarez, Oveja, etc.): S/. 3,561.09

- ENOSA indica que el cálculo efectuado por EEPSA es errado y que de existir alguna deuda, corresponde a esa empresa probarlo y de hecho tampoco debería incluir el periodo prescrito y de existir una deuda -que ENOSA niega- sólo sería por S/. 716.20 .

2.2.2.5.3. Determinación del cargo peaje secundario por uso de celda Línea MT de T4-T6 Barra Malacas 13.2 kV por cargas de ENOSA en dichas ternas: S/. 157,148.58

- ENOSA manifiesta, al igual que en los supuestos anteriores, que corresponde a EEPSA probar la existencia de la deuda y que en todo caso, ha efectuado un cálculo errado y que en el supuesto que exista la deuda, no se debió incluir el periodo prescrito.

2.2.2.5.4. Determinación del cargo peaje secundario por Línea MT 13.2 kV de S.E. REP a S.E. Malacas por cargas de ENOSA: S/. 14,471.64

- ENOSA señala que corresponde a EEPSA probar la existencia de una deuda por este concepto y que en todo caso, tampoco se debió incluir el periodo prescrito.

2.2.2.5.5. Servicio de vigilancia al circuito C8 (sin I.G.V.): S/. 64,628.84

- En caso de desestimarse la Excepción de Incompetencia deducida en este extremo, ENOSA solicita se declare infundada esta pretensión de EEPSA por los fundamentos siguientes:
 - i) EEPSA nunca ha sido cliente de ENOSA, dado que siendo EEPSA generadora no le era conveniente ser al mismo tiempo cliente de su propia energía eléctrica, razón por la cual no cuenta con suministro de energía eléctrica. Este circuito se instaló para uso exclusivo de EEPSA para atender la planta de gas de su propiedad.
 - ii) En el supuesto que EEPSA haya ampliado su propio servicio de vigilancia al Circuito C8, ha sido realizado por decisión propia y unilateral, no generando responsabilidad de ENOSA.
 - iii) La vigilancia de la infraestructura es responsabilidad de la Policía Nacional y de los Gobiernos Locales.

2.2.2.5.6. Reparaciones al Circuito C8 (materiales y mano de obra sin I.G.V.): S/. 66,251.59

- ENOSA desestima esta pretensión y señala que EEPSA debe probar que las realizó y si ese fuera el caso, estas reparaciones las asumió EEPSA sin consentimiento de ENOSA.

Com
LAH
Alm

- De otro lado, agrega que efectuó mantenimiento de acuerdo con su programación, lo que fue comunicado a EEP SA.

2.2.2.5.7. Servicio de filtrado de aceite transformador prestado por ENOSA en T3 (sin I.G.V.): S/. 1,000.00

- ENOSA desestima esta pretensión y si EEP SA lo hizo fue por su cuenta.

2.2.2.5.8. Línea de transmisión T3 Malacas - Folche (sin I.G.V.)

- ENOSA señala que esta pretensión debe ser desestimada por cuanto EEP SA solicita que se le pague por la línea que le transfirió a ENOSA un valor superior al que se pactó. Añade que la transferencia no fue producto de la compensación por las instalaciones utilizadas por EEP SA.
- Agrega que la Línea de transmisión T3 Malacas - Folche fue formalmente adquirida por ENOSA mediante contrato de compra venta de fecha 28 de noviembre de 2002 y se pactó el precio de venta en USA \$. 5,000.00 -cláusula tercera- y demás condiciones, quedando perfeccionada la transferencia con el consentimiento de las partes.
- ENOSA indica que por tal concepto EEP SA extendió la factura 301 N° 000451 de fecha 26 de diciembre de 29 de 2002 y EEP SA a su vez extendió la factura 335 N° 0000101, por concepto de mantenimiento de parte de las instalaciones S.E. Malacas - S.E. Carrizo, de acuerdo con lo pactado en la cláusula primera del referido contrato por el importe de USA \$. 5,000.00.

2.2.2.5.9. S.E. Verdún (sin I.G.V.): S/. 727,581.00

- ENOSA señala que esta estación ha sido utilizada únicamente por EEP SA, por cuanto la reclamada manipulaba esta subestación para suministrar energía proveniente de la Terna N° 5 y hacía uso del Circuito C-8 de propiedad de ENOSA, inclusive contaban con una confidencialidad del Circuito C-9, al cual se conectaban cuando existían fallas en el Circuito C-8 (circuito exclusivo para la Planta Verdún de EEP SA).
- Agrega que EEP SA argumenta que esta subestación está siendo utilizada por ENOSA para proveer de electricidad a su cliente Graña y Montero a través del Circuito C-9. Lo cual escapa a la verdad e indica que:
 - i) ENOSA es atendida en su compra desde la barra en media tensión (13.2 kV) de la Subestación Malacas.
 - ii) La Planta Verdún fue suministrada hasta mayo de 2008 a través del Circuito C-8, cuyo propiedad es de ENOSA (12,656 Km) y de EEP SA (4,311 Km).
 - iii) La Planta Verdún tenía un circuito de respaldo desde el alimentador 36, Circuito C-9 (propiedad de ENOSA y que sirve para atender a la población de Talara y Negritos).
 - iv) El Circuito C-8 fue desmantelado en mayo de 2008.

Verdún
Rafael
Alvar

- v) La alimentación del cliente Graña y Montero (antigua Planta Verdún) se realiza desde las redes de propiedad de ENOSA (Circuito C-9).
- vi) Por tanto, por el flujo de energía, puede observarse que no existe usufructo de las redes de la Subestación Verdún para atender al cliente en media tensión (13.2kV) por cuanto el transporte de energía es a través de las instalaciones de ENOSA.

2.2.2.5.10. Lucro cesante por producción diferida LNG (planta gas) debido a fallas en el Circuito C-8: S/: 1,164,800.00

- ENOSA indica que a decir de EEP SA, debido a falta de mantenimiento rutinario de las instalaciones de propiedad de ENOSA y que formaban parte del Sistema Secundario de Transmisión, las líneas fallaban constantemente, por lo que sus plantas salían de servicio constantemente, lo que obligaba a EEP SA a realizar reparaciones de emergencia, razón por la cual argumenta EEP SA, ENOSA debe responder por el lucro cesante de las pérdidas ocasionadas por caídas de las líneas precisamente por falta de mantenimiento.
- ENOSA argumenta que la pretensión de EEP SA importa un concepto indemnizatorio que nace de la responsabilidad civil extracontractual de quien produce un daño, es decir, si no existe daño no hay nada que indemnizar, ni lucro cesante.
- ENOSA señala que no concurren los requisitos fundamentales de responsabilidad civil extracontractual para que se le obligue a pagar por este concepto. Agrega que el lucro cesante se refiere al provecho y beneficios que la persona ha dejado de percibir como consecuencia del daño ocasional, es decir, debe existir un daño patrimonial.
- ENOSA añade que realiza el mantenimiento respectivo a su infraestructura y que EEP SA no ha precisado las fallas, días y horas en que han ocurrido las supuestas caídas de líneas que han ocasionado sus pérdidas, por tanto esto no puede determinarse con precisión esta acreencia, adoleciendo del carácter exigible, fungible y homogéneo, como lo exige el artículo 1288° del Código Civil.
- ENOSA manifiesta que para que proceda la indemnización reclamada se requiere la concurrencia de la antijuridicidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución y, realiza su análisis y concluye que no existen estos requisitos y por tanto esta pretensión debe desestimarse.

2.2.3. POSICIÓN DE EEP SA RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR ENOSA

2.2.3.1. Sobre la Excepción de Prescripción.

- EEP SA señala, respecto de las compensaciones por peajes reclamadas a través de su Tercera Pretensión Principal, que para ENOSA las referidas al período de agosto de 1998 hasta julio de 1999 se encontrarían prescritas, por

Lozano
R. H. B.
Alm

cuanto habría transcurrido el plazo de diez (10) años indicado en el artículo 2001° del Código Civil.

- A decir de EEPSA, ENOSA parece olvidar que de conformidad con el artículo 1993° del Código Civil *"La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción"*.
- EEPSA precisa que en el caso de una deuda, la acción prescriptoria puede ejercitarse desde que se tiene conocimiento de la existencia de una deuda.
- Al respecto, sostiene que durante años, tanto EEPSA como ENOSA consideraron canceladas y extinguidas las obligaciones relacionadas al cobro de peajes por la utilización de sus respectivas instalaciones, debido a los acuerdos de cancelación de deudas suscritos entre ambas partes.
- EEPSA argumenta que en el año 2007, ENOSA pretendió desconocer los acuerdos y, tal como ha señalado la propia ENOSA en su escrito de reclamación, recién mediante Carta N° 1485-2007/ENOSA de fecha 12 de noviembre de 2007, le requiere el pago de las supuestas deudas por peajes por la utilización de sus instalaciones.
- Por tanto, agrega que de conformidad con el artículo 1993° antes señalado, la prescripción comienza a correr desde el día 13 de noviembre de 2007, fecha a partir de la cual EEPSA tomó conocimiento de la existencia de una supuesta deuda, dado que ENOSA desconoció los acuerdos de cancelación acordados. Este plazo vencerá el día 13 de noviembre del año 2017. Por lo que esta excepción debe ser desestimada.

2.2.3.2. Respecto a la Excepción de Incompetencia

- EEPSA señala que ENOSA sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no resultaría competente para resolver sobre la reclamación de lucro cesante derivado de la falta de mantenimiento de las líneas de ENOSA, supuestamente porque dicha pretensión no estaría relacionada con aspectos regulatorios de competencia de OSINERGMIN.
- EEPSA argumenta que ENOSA parece olvidar que ella misma ha reconocido la competencia de OSINERGMIN para pronunciarse sobre supuestas deudas vinculadas a préstamos de equipos, obligaciones de carácter exclusivamente civil, motivo por el cual, siguiendo la misma lógica, también resulta competente para pronunciarse por las obligaciones generadas por el déficit en el servicio brindado por ENOSA.
- EEPSA precisa que ENOSA incluye expresamente la compensación por el supuesto "préstamo" de los siguientes equipos: Transformador de la Terna 3 (MT/AT), Grupo Electrónico Caterpillar y Transformador de 250 KVA.
- EEPSA agrega que su pretensión referida a la compensación por las diversas fallas registradas en los Circuitos C-8 y C-9, no sólo incluye lo referido al lucro cesante por la salida de servicio de sus plantas sino también el reclamo de las compensaciones debidas en aplicación de la regulación sectorial vigente -D.S. N° 020-97-EM-.

Ver
EEPSA
Alan

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de ENOSA.

- i) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a EEPISA el pago a favor de ENOSA del monto de S/. 1, 819,740.20 sin I.G.V., por concepto de pago de peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA, de acuerdo con el cuadro N° 1 que presentan en su escrito de reclamación (página 2).
- ii) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a EEPISA el pago de los respectivos intereses compensatorios y moratorios establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la LCE, generados desde el 01 de noviembre de 1998 hasta la fecha efectiva de pago; así como el pago de las costas y costos correspondientes al presente procedimiento a favor de ENOSA.
- iii) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare fundadas la Excepciones de Prescripción Extintiva y de Incompetencia respecto del lucro cesante y del servicio de vigilancia en el Circuito C-8 y por tanto improcedente la Tercera Pretensión Principal de EEPISA en dichos extremos, presentada en su escrito de contestación a la reclamación.
- iv) Que, en el supuesto que se declare infundadas las excepciones deducidas, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare infundada la Tercera Pretensión Principal de EEPISA presentada en su escrito de contestación a la reclamación.

Petitorio de EEPISA.

- i) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare fundada la Excepción de Incompetencia y por tanto improcedente la reclamación presentada por ENOSA.
- ii) Que, en el supuesto que se declare infundada la Excepción de Incompetencia, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc suspenda el presente procedimiento hasta que las discusiones de carácter civil no sean resueltas por el Poder Judicial.
- iii) Que, en el supuesto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se considere competente para conocer la controversia, se declare que EEPISA ya ha cancelado las deudas que ENOSA indebidamente pretende cobrar.
- iv) Que, en caso el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considere que los acuerdos celebrados entre EEPISA y ENOSA no son exigibles y/o válidos, y por tanto existen deudas a favor de ENOSA, se declare que los montos reclamados por ENOSA no han sido adecuadamente cuantificados, ni sustentados.
- v) Que, en caso el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considere que los acuerdos celebrados entre EEPISA y ENOSA no son exigibles y/o válidos, se declare que ENOSA se encuentra obligada a pagar la suma de S/. 2, 589,539.96 por concepto de las compensaciones vinculadas por el uso de la infraestructura que forma parte de un sistema secundario de transmisión de EEPISA y a los servicios prestados por EEPISA -con consentimiento y aprobación de ENOSA-

Lo vera.

[Handwritten signature]

para la operación y mantenimiento de infraestructura de transmisión que pertenece a ENOSA y cuyas compensaciones han sido reclamadas, más los intereses respectivos, y se declare que este monto podrá ser descontado por EEPSA del monto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene pagar a favor de ENOSA o de cualquier otra deuda que ENOSA mantenga a favor de EEPSA.

vi) Costas y costos del proceso.

Materia Controvertida

La materia controvertida es la contenida en el Petitorio de las partes, anteriormente referidos.

4. ANÁLISIS DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC

4.1. Sobre la Excepción de Incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc deducida por EEPSA:

EEPSA manifiesta que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc carece de competencia para conocer y resolver la presente controversia respecto de las pretensiones de ENOSA por tratarse de un asunto de naturaleza contractual.

Al respecto, la doctrina define a la Excepción de Incompetencia como la falta de aptitud válida del juez ante quien ha sido emplazado para ejercer su función jurisdiccional en el caso concreto⁵. Por su parte la competencia es una calidad inherente al órgano jurisdiccional y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción⁶.

La competencia significa distribuir y atribuir la jurisdicción entre los diversos jueces. De un lado, la jurisdicción es aquella facultad de administrar justicia, mientras que la competencia es la capacidad de ejercitar dicha función jurisdiccional en los conflictos ya determinados; en la medida de la competencia que posean los Jueces, ejercen su jurisdicción⁷.

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 y por el Código Procesal Civil, la Excepción de Incompetencia es un instituto procesal que denuncia vicios en la competencia del Juez, siendo que 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. Por tanto, corresponde analizar en el caso de autos si este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente o no para resolver la presente controversia.

⁵ Monroy Juan. *Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano*. p. 125

⁶ Ibid. p. 122.

⁷ Hinostroza, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: San Marcos, 2002, p. 113.

Al respecto, corresponde indicar que el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco, 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 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.

Asimismo, el inciso c) del artículo 46° del Reglamento General de OSINERGMIN establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por el OSINERGMIN, entre ellas, las surgidas entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores Eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del regulador.

En virtud de las normas citadas, y en uso de las facultades que le otorga el artículo 21° del Reglamento mencionado⁸, el Consejo Directivo del OSINERGMIN aprobó, a través de la Resolución N° 0826-2002-OS/CD, el ROSC.

El artículo 2° del ROSC dispone que el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias- es competente, en primera y segunda instancia administrativa, para resolver las controversias suscitadas entre los diversos operadores.

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

Por tanto, corresponde determinar si la reclamación presentada por ENOSA se encuentra comprendida en los supuestos previstos en los dispositivos indicados.

En este sentido, EEPSA considera que la reclamación presentada por ENOSA es una de naturaleza estrictamente contractual y en consecuencia, ajena a las facultades del OSINERGMIN, dado que según la normatividad vigente la competencia de este organismo se restringe únicamente a actividades que se

⁸ Reglamento General del OSINERGMIN: artículo 21°: "De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERGMIN de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico."

OSINERGMIN
[Handwritten signature]

encuentren reguladas o se refieran a aspectos técnicos que cuenten con una regulación específica. En virtud de ello, los acuerdos entre particulares se encuentran fuera del ámbito de su competencia, como en el presente caso, en el cual el reclamante pretende discutir la vigencia o exigibilidad de acuerdos privados de carácter civil en los cuales el ente regulador no resulta competente.

Por su parte, ENOSA sostiene que lo que se discute en la presente controversia es la obligación o no de EEPISA de pagar desde noviembre de 1998, una compensación por el uso de las instalaciones de la empresa. Agrega que las compensaciones de los sistemas de distribución están sujetas a regulación de precios de conformidad con lo que establecen los artículos 43° y 62° de la LCE; por tanto, la compensación por el uso de la infraestructura, como en el caso de la presente litis, no deriva de un contrato sino de lo dispuesto por disposición legal.

Del escrito de reclamación presentado por ENOSA apreciamos que ésta pretende el pago de S/1,819,740.20 por concepto de peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de su propiedad, más los intereses compensatorios y moratorios que pudieran corresponder, y que según señala han sido utilizados por EEPISA desde noviembre de 1998 a la fecha, conforme al detalle a que se refiere el cuadro N° 1 del mencionado escrito.

Además, ENOSA afirma a lo largo del presente procedimiento que EEPISA decidió no ser cliente suyo; sin embargo, EEPISA utilizaba instalaciones de ENOSA y viceversa, situación que funcionaba bajo un entendimiento de compensación de usos, señalando que la reclamada, desde 1998 a octubre de 2006, hizo uso de instalaciones y equipos de propiedad de ENOSA y que desde el año 2007 ha sostenido reuniones con los representantes de EEPISA a efectos de tratar el tema materia de la presente litis.

Tal como puede observarse del Acta de Acuerdos de fecha 25 de agosto de 1998, suscrita por ambas partes -presentada por EEPISA en su escrito de contestación de la reclamación como Anexo 1-D-, se indica que tanto EEPISA pone a disposición de ENOSA las instalaciones sin costo alguno, como viceversa (ver acuerdos Nos. 1 y 3), hecho que también puede verse en el documento que ENOSA envió a EEPISA adjunto a la carta de fecha 4 de enero de 2000, que contiene un proyecto de Acta de Reunión -debidamente suscrita por ENOSA-, en el que también aparecen acuerdos por compensación por peaje (acuerdo N°1). Asimismo, de los diversos documentos presentados por EEPISA a lo largo de este procedimiento, se aprecian acuerdos entre las partes sobre el mismo tema, y de los medios probatorios ofrecidos por la reclamante se comprueba que algunos equipos fueron entregados en calidad de préstamo como es el caso del transformador trifásico, todo lo cual demuestra que las partes de común acuerdo establecieron entre ellas la forma de compensarse tanto para el uso de las instalaciones eléctricas, como de los equipos.

Asimismo, ENOSA en su escrito presentado el 08 de marzo de 2007 al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió el caso signado con el Expediente N° 31-2006-CC, medio probatorio presentado por EEPISA como Anexo 1-G, en el parte 4. nominado "ACUERDOS ENOSA-EEPSA" se indica en el numeral 3.2 que además de los Acuerdos del 25 de agosto de 1998, hubo una serie de acuerdos verbales en los que se estableció que las partes usarían determinadas instalaciones eléctricas sin contraprestación económica o mediante compensaciones sin pago.

10/09/09
[Handwritten signatures]

Tal como ya lo señaláramos, el Reglamento General de OSINERGMIN y el ROSC regulan la función de solución de controversias. Los artículos 46° del Reglamento General de OSINERGMIN y el 2° del ROSC establecen los alcances de la competencia de este ente regulador.

Del ámbito de competencia de OSINERGMIN para resolver controversias a que se refieren los artículos 46° del Reglamento y 2° del ROSC, sólo los tres primeros párrafos del inciso a) están referidas al sector eléctrico que es el sector en el que desarrollan sus actividades las empresas involucradas en la presente controversia y los restantes cinco párrafos están referidos a los sectores hidrocarburos y minería.

Sobre la competencia del OSINERGMIN en el sector eléctrico, el ROSC establece en su artículo 2° lo siguiente:

*“- Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN,
- Controversias entre Transmisores y Usuarios Libres, y entre Distribuidores y Usuarios Libres del subsector eléctrico, que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o sistemas de distribución eléctrica,
- Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionados con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN.
(...)”*

De la lectura del dispositivo indicado en el párrafo precedente, se colige que la competencia del OSINERGMIN para resolver controversias se circunscribe a las que se refieran a discutir o limitar el acceso de usuarios a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión, como de los sistemas de distribución eléctrica y aquellas relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

ENOSA con la presente reclamación pretende el pago de un monto por concepto de peaje y por los alquileres de instalaciones eléctricas y equipos de su propiedad que han sido utilizados por EEPSA. En lo que se refiere al pago de alquileres de instalaciones y equipos resulta claro que éste no es materia de competencia del OSINERGMIN sino que está dentro del campo privado de la actuación de las partes, las cuales han celebrado libremente sus respectivos convenios de alquiler, razón por la cual resulta improcedente que esta pretensión sea una controversia de competencia de OSINERGMIN.

Respecto del peaje, cabe indicar que este tema es normado por la LCE y su Reglamento y su regulación corre a cargo del OSINERGMIN, a través de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (GART). Sin embargo, en el presente caso no está en discusión que alguna de las partes desconozca aspectos regulatorios o normativos de la obligación de pagar el peaje sino de la forma de

Ver
[Handwritten signatures]

pago por este concepto. Tratándose de líneas que pertenecen a ambas empresas, éstas pactaron acuerdos de cancelación de obligaciones por el uso de las referidas líneas a través de convenios y contratos de naturaleza privada y que respondían a la voluntad de las partes. Por lo tanto, cualquier controversia que surja al respecto para determinar si se pagó o no por concepto de peaje por el uso de estas instalaciones eléctricas a través de los indicados actos jurídicos -acuerdos-, debe solucionarse de acuerdo con lo previsto en estos convenios o contratos y de no estar pactados en ellos la manera de resolver las controversias que surgieran de su aplicación o interpretación, es recurriendo a la autoridad encargada de resolver los conflictos entre particulares. En tal sentido, OSINERGMIN no es el ente competente para solucionar estas controversias, razón por la cual también resulta improcedente la pretensión en esta parte.

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 (como la forma de pago y/o compensación por el uso de las instalaciones), no están comprendidos en el supuesto de competencia, sino que la actuación del regulador es subsidiaria y no debe restringir la voluntad de las partes.

De lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que el OSINERGMIN no es competente para conocer de la controversia planteada por ENOSA contra EEPSA para que en atención a su petitorio se "ordene al reclamado EEPSA el pago a ENOSA de la cantidad de S/. 1,819,740.20 por concepto de pago de peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de ENOSA" por lo que debe declararse FUNDADA la excepción de incompetencia planteada por EEPSA.

De otro lado, EEPSA señala expresamente que su reconvención contenida en la Tercera Pretensión Principal sólo deberá ser analizada si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declara infundada la Excepción de Incompetencia deducida por ella y a su vez, haya desestimado su Primera Pretensión Principal; razón por la cual al haberse declarado fundada la Excepción de Incompetencia deducida por EEPSA, no corresponde que la reconvención presentada por esa empresa sea materia de análisis y resolución por este Colegiado.

Por tanto, no siendo el OSINERGMIN competente para conocer las materias de la reclamación carece de objeto pronunciarse sobre los restantes puntos controvertidos determinados en la Audiencia Única.

4.2. Sobre los costas y costos:

Las partes solicitan al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc el pago de costas y costos del proceso.

EEPSA sustenta su pedido en lo dispuesto por el artículo 88° del Reglamento General de OSINERGMIN, el cual establece que se podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso.

Asimismo, señala que el dispositivo indicado prima, por ser una norma de carácter específico, sobre lo dispuesto por el artículo 47° numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que prescribe que *"no existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo"*.

Al respecto, cabe indicar que la Ley del Procedimiento Administrativo General es una norma posterior y de rango superior al Reglamento General de OSINERGMIN, por lo que prevalece la primera.

De otro lado, es necesario precisar que la diferencia entre el pago de costas y costos de acuerdo con la doctrina es una distinción obsoleta⁹, pues se tiende a no distinguirla.

En este sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General asume esta nueva posición de no distinción entre costas y costos. Morón Urbina¹⁰ señala que *"en ningún procedimiento administrativo puede haber condena de costas. De este modo si el recurrente pierde el recurso sólo paga los gastos lógicos que privadamente hubiere generado en su propio interés, por ejemplo, honorarios de abogados, pero en ningún caso asume los costos (honorarios de abogado de la otra parte, en caso de procedimientos trilaterales) y costas (...)"*

Por lo que corresponde desestimar este pedido.

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, 752-2007-OS/CD y 674-2008-OS/CD y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar FUNDADA la Excepción de Incompetencia del ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA deducida por la EMPRESA ELÉCTRICA DE PIURA S.A. contra la reclamación presentada por la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD - ELECTRONOROESTE S.A. sobre pago por peaje y alquileres por el uso de instalaciones eléctricas y equipos de propiedad de la reclamante, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar INFUNDADA la solicitud del pago de costas y costos de la EMPRESA ELÉCTRICA DE PIURA S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

⁹ LESDESMA NARVÁEZ, Mariella. Comentarios al Código Procesal Civil. Lima. Gaceta Jurídica, 2009, Segunda edición. Página 850.

¹⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, 2003, Segunda Edición. Página 166.

Contra
[Handwritten signatures]

Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERGMIN
N° 013-2009-OS/CC-59

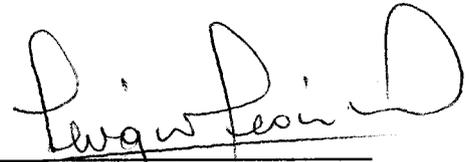
ARTÍCULO 3°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias, 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.



Luis Haro Zavaleta
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Juan Lovera Espinoza
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Sergio León Martínez
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc