

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 05-2024-OS/TSC-137**

Expediente : SIGED N° 202100119455

Partes : Transportadora Callao S.A.
Enel Generación Piura S.A.

Materia : Reclamo por cobro extemporáneo del cargo Potencia por Uso de Redes de Distribución – Valor Agregado de Distribución, por el período de diciembre de 2013 a noviembre de 2018.

Resolución Impugnada : Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 04-2021-OS/CC-137

Lima, 6 de junio de 2024

SUMILLA:

*Se declara **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto el 27 de octubre de 2021 por Transportadora Callao S.A. contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 04-2021-OS/CC-137 del 7 de octubre de 2021 y, en consecuencia, se **CONFIRMA** dicha resolución en todos sus extremos.*

El marco normativo del sector eléctrico no ha previsto la aplicación de un plazo de prescripción para el cobro del VAD, como consecuencia de errores en que hubiera incurrido un suministrador en la facturación a un cliente libre. A su vez, el contrato de suministro suscrito por las partes tampoco ha previsto una regla aplicable para este supuesto. No obstante, resultaría contrario a la seguridad jurídica, considerar que dicho cobro puede ser realizado sin aplicar límite de tiempo alguno. Al respecto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo VIII del título preliminar, ante la deficiencia de fuente, corresponde a este Tribunal acudir a los principios del procedimiento administrativo previstos en la ley, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo y, subsidiariamente, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. Por lo expuesto, ante la falta de un plazo en el marco normativo del sector eléctrico y en el contrato de suministro, corresponde aplicar de forma supletoria el plazo de prescripción previsto para la acción personal de diez (10) años, establecido en el numeral 1 del artículo 2001° del Código Civil.

VISTO:

El Expediente N° TSC-137 correspondiente a la controversia entre Transportadora Callao S.A. (en adelante TRANSPORTADORA) contra Enel Generación Piura S.A. (en adelante, ENEL), para que se declare fundado su reclamo por el cobro extemporáneo del cargo por potencia por uso de redes de

distribución – Valor Agregado de Distribución (en adelante, VAD), por el período de diciembre de 2013 a noviembre de 2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES. -

- 1.1. El **28 de mayo de 2021**, TRANSPORTADORA presentó su reclamación contra ENEL.
- 1.2. El **6 de julio de 2021**, mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo del Osinergmin N° 59-2021-OS/PRES, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado¹.
- 1.3. El **9 de julio de 2021**, mediante Resolución N° 01-2021-OS/CC-137, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado y se corrió traslado a ENEL para que presente su contestación.
- 1.4. El **2 de agosto de 2021**, ENEL contestó la reclamación.
- 1.5. El **13 de agosto de 2021**, mediante Resolución N° 02-2021-OS/CC-137, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc citó a las partes a la audiencia única.
- 1.6. El **6 de septiembre de 2021**, se realizó la Audiencia Única con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.7. El **8 de septiembre de 2021**, ENEL presentó sus alegatos finales.
- 1.8. El **15 de septiembre de 2021**, mediante Resolución N° 03-2021-OS/CC-137, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc tiene por presentados los alegatos finales de ENEL.
- 1.9. El **7 de octubre de 2021**, mediante Resolución N° 04-2021-OS/CC-137, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc declaró infundada la reclamación de TRANSPORTADORA.
- 1.10. El **27 de octubre de 2021**, TRANSPORTADORA interpone recurso de apelación contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2021-OS/CC-137.
- 1.11. El **3 de noviembre de 2021**, mediante Resolución N° 05-2021-OS/CC-137, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc concedió el recurso de apelación presentado por TRANSPORTADORA.
- 1.12. El **19 de noviembre de 2021**, mediante Memorando N° SA.CC/TSC-26-2021, se remite el expediente al Tribunal de Solución de Controversias.
- 1.13. El **2 de diciembre de 2021**, mediante Resolución N° 01-2021-OS/TSC-137, el Tribunal de Solución de Controversias admitió a trámite el recurso de apelación de TRANSPORTADORA, otorgando un plazo de quince (15) días hábiles a ENEL para su absolución.

¹ Mediante dicha resolución se designó como miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc a los señores Sergio León Martínez, quien lo presidió, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y Juan Lovera Espinoza.

- 1.14. El **16 de diciembre de 2021**, ENEL absolvió el traslado del recurso de apelación de TRANSPORTADORA.
- 1.15. El **13 de enero de 2022**, mediante Resolución N° 02-2022-OS/TSC-137, el Tribunal de Solución de Controversias dispuso tener por presentada la absolución del traslado del recurso de apelación de ENEL.
- 1.16. El **17 de abril de 2024**, mediante Resolución N° 03-2024-OS/TSC-137², el Tribunal de Solución de Controversias citó a las partes a la vista de la causa a realizarse el 7 de mayo de 2024, a las 16:00 horas.
- 1.17. El **7 de mayo de 2024**, se realizó la vista de la causa, con la presencia de los representantes de TRANSPORTADORA y ENEL.
- 1.18. El **13 de mayo de 2024**, TRANSPORTADORA y ENEL presentaron sus alegatos finales.
- 1.19. El **23 de mayo de 2024**, mediante Resolución N° 04-2024-OS/TSC-137, el Tribunal de Solución de Controversias dispuso tener por presentados los alegatos finales de TRANSPORTADORA y ENEL.

Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias³, la controversia se encuentra expedita para ser resuelta por este Tribunal.

II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. –

2.1. De TRANSPORTADORA. -

De acuerdo a lo señalado en su recurso de apelación presentado el 27 de octubre de 2021, en la vista de la causa realizada el 7 de mayo de 2024 y en sus alegatos finales del 13 de mayo de 2024; TRANSPORTADORA solicita se declare fundado su recurso de apelación y, en consecuencia, se deje sin efecto la resolución impugnada, por los siguientes argumentos:

2.1.1. Sobre la competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc y la obligatoriedad del pago del VAD. –

Señala que si bien existe una relación contractual entre TRANSPORTADORA y ENEL en el marco del mercado no regulado de precios (mercado libre), eso no implica que la reclamación trate sobre una materia contractual de libre acuerdo entre las partes. Por el contrario, la materia reclamada versa sobre un cargo que se encuentra regulado por el

² Cabe precisar que, desde el 23 de enero de 2022, ante la falta de designación de sus miembros, el TSC dejó de contar con el quorum mínimo necesario para sesionar (3 miembros), por lo que el presente procedimiento no podía ser tramitado. Recién a partir del 1 de diciembre de 2023, con la publicación el 16 de noviembre de 2023 de la Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 200-2023-OS/CD, por la que designó a los señores Antonio Angulo Zambrano, Martha Carolina Linares Barrantes y Humberto Eduardo Zolezzi Chacón como miembros del TSC, se alcanzó el quorum para poder continuar con la tramitación de éste procedimiento, pues anteriormente se había designado a los señores Ray Meloni García y Carlos Giesecke Sara Lafosse como miembros del TSC de Osinergmin.

³ Texto Único Ordenado del Procedimiento para la Solución de Controversias de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS/CD.

Osinermin, tanto respecto de la determinación de la tarifa como de su cuantía.

Asimismo, afirma no negar el derecho que tiene ENEL de efectuar los cálculos por liquidaciones extemporáneas de pagos de cualquiera de los conceptos vinculados al servicio eléctrico que tiene contratado con sus usuarios, siempre que estos se realicen de acuerdo con los alcances y condiciones procedimentales establecidas en la normativa que regula la materia. Añade que el proceso de facturación es responsabilidad exclusiva de ENEL, quien debe garantizar su corrección desde un inicio y, ante errores imprevistos, corregirlos con la debida diligencia y en el marco de lo regulado por ley.

Por su parte, señala concordar con el análisis realizado por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc en la resolución impugnada, respecto de la aplicación a los clientes libres de la Norma de Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 206-2013-OS/CD, el cual establece el procedimiento de cálculo del VAD que se aplica de manera regular a la facturación mensual. No obstante, precisa que esta norma no establece un procedimiento para efectuar el cobro retroactivo de dicho concepto, ni faculta a ENEL a solicitar el reembolso de cargos extemporáneos por errores cometidos en la facturación por la propia ENEL, por lo que resulta de aplicación la Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica, aprobada por Resolución Ministerial N° 571-2006-MEM-DM (en adelante, la Norma de Reintegros y Recuperos).

2.1.2 Respecto del pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc sobre los alcances de la Norma de Reintegros y Recuperos. –

Señala no estar de acuerdo con lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, respecto de que la Norma de Reintegros y Recuperos no resulta aplicable a los usuarios que hayan contratado el servicio eléctrico bajo el régimen de precios no regulados (clientes libres).

Al respecto, afirma que si bien en la Norma de Reintegros y Recuperos⁴, se señala que su objetivo es reglamentar los reintegros y recuperos de energía originados en la prestación del servicio público (clientes regulados), ello no significa que deba excluirse de esta reglamentación a los clientes libres. Señala que no hay nada que diferencia a los clientes regulados de los clientes libres, pues ambos están sometidos a la misma contingencia de errores en la determinación de la cuantía de la facturación. Afirmar lo contrario, es dejar librados a su suerte a los clientes libres, los que tendrían que acudir a procedimientos arbitrales para hacer valer sus derechos, además de generarles una pérdida económica, al no poder trasladar dichos costos a sus clientes.

Sostiene que en la Norma de Reintegros y Recuperos⁵, al definir sus alcances, establece que resulta de aplicación para todas las empresas y entidades que desarrollan la actividad de

⁴ Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica. -

“2. Objetivo. -

Reglamentar los procesos de Reintegros y Recuperos de energía originados en la prestación del servicio público de electricidad; así como regular las relaciones entre el Usuario, el Concesionario y el Osinermin.”

⁵ Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica. -

“3. Alcance. -

La presente Norma es de aplicación para todas las empresas y entidades que desarrollan la actividad de distribución de electricidad bajo el régimen de la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.”

distribución eléctrica. De este modo, ya sea que se trate de una empresa distribuidora o de una empresa generadora, desde el punto de vista del producto que venden, ambas empresas realizan actividad de distribución. Siendo esto así, la Norma de Reintegros y Recuperos no prohíbe incluir a las empresas que comercializan energía eléctrica a los clientes libres, ni limita su alcance únicamente a empresas que comercializan energía con clientes regulados. Afirma que ello no podría ser de otra manera, pues de lo contrario, se estaría creando una discriminación en contra de los usuarios libres que se verían privados de ser regulados por la citada norma, infringiendo así lo previsto en el orden constitucional. Añade que de prosperar el argumento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, la empresa ENEL estaría siendo facultada a efectuar recuperos sobre la base de la Norma de Reintegros y Recuperos, sin que alguna norma le faculte, mientras que el cliente libre estaría impedido de hacer uso de dicha norma.

Por su parte, señala que ante la falta de una normativa específica para los clientes libres, la Norma de Reintegros y Recuperos resulta de aplicación supletoria a los clientes libres, con mayor razón si el VAD es un cargo regulado. Añade que lo contrario implicaría lesionar sus derechos de orden patrimonial, sin que hubiera una correlación de responsabilidad en la ocurrencia del fallo en la facturación, el cual se debe a la responsabilidad de ENEL.

De acuerdo a lo señalado, afirma que el período máximo para ENEL reclame el pago del VAD no facturado en su oportunidad no puede ser mayor de un (1) año, que es el período máximo que establece la Norma de Reintegros y Recuperos⁶. Al respecto, señala que en los numerales 12.4.1 y 12.4.2 de la cláusula duodécima del contrato de suministro suscrito con ENEL⁷, se precisa que los reajustes de la facturación se limitarán a un máximo de doce (12) meses anteriores a la última factura emitida.

2.1.3. Sobre la aplicación de los principios del procedimiento administrativo. -

Señala que, por corresponder a su derecho, invoca la aplicación del principio de que *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”*, así como el principio del debido procedimiento administrativo, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸, que

⁶ **Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica.** -

“8.1.2 En concordancia con el Artículo 92° de la LCE y el Artículo 177° del RLCE, el cálculo del Recupero se efectúa considerando un período retroactivo máximo de hasta doce (12) meses, contados desde la fecha de detección por parte del Concesionario.”

⁷ **Contrato de Suministro entre TRANSPORTADORA y ENEL.** -

“12.4. Fallas en los equipos de medición. -

12.4.1. En el caso que por falla de los equipos de medición de EL CLIENTE no se hubieran registrado correctamente las cantidades medidas absorbidas, o que las pruebas de los instrumentos de medición revelaran un error superior al de su clase de precisión. LA GENERADORA hará el respectivo reajuste de la facturación mensual a partir del mes en que fue detectada la falla, utilizando la mejor información disponible y en primera prioridad la información de los equipos de medición de LA GENERADORA si estuvieran instalados como respaldo. En este supuesto, las partes deberán pagar o devolver los montos no cobrados o cobrados en exceso, sin intereses.

12.4.2. Los reajustes de la facturación ante casos de fallas de los equipos de medición de acuerdo al numeral 12.4.1. se limitarán a un máximo de doce (12) meses anteriores a la última factura emitida.”

⁸ **TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.** -

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, entre ellos, el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Añade que, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General, los principios del procedimiento administrativo sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, lo que conlleva suplir los vacíos en nuestro ordenamiento administrativo.

Finalmente, invoca lo establecido en el artículo VIII del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo⁹, que establece que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes, debiendo acudir a los principios del procedimiento, en su defecto, a otras fuentes del procedimiento administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad; así como que la autoridad administrativa debe proponer la emisión de una norma que supere con carácter general la falta de una normativa específica para el recupero en el caso de los clientes libres.

2.1. De ENEL. -

De acuerdo a lo señalado en su escrito de absolución del recurso de apelación presentado el 16 de diciembre de 2021, en la vista de la causa realizada el 7 de mayo de 2024 y en su escrito de alegatos finales del 13 de mayo de 2024; ENEL solicita se declare infundado el recurso de apelación de CÁLIDDA y, en consecuencia, se confirme la resolución impugnada en todos sus extremos, por los siguientes argumentos:

2.2.1. Incompetencia de Osinergmin para conocer la materia. -

Señala que como ENEL lo ha sustentado desde la presentación de la contestación a la reclamación, el Osinergmin resulta incompetente para conocer la materia controvertida en vista de que la materia de autos no tiene un carácter técnico o regulatorio sino más bien uno de índole contractual.

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

(...)"

⁹ TULO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. -

"Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

2. Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien competa, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento."

Por lo tanto, de acuerdo con el contrato de suministro, si las partes no llegan directamente a un acuerdo es un tribunal arbitral el competente para solucionar la controversia que mantienen.

2.2.2. La Norma de Reintegros y Recuperos no resulta aplicable a una controversia de naturaleza contractual. –

Señala que la presente controversia se origina porque ENEL facturó el VAD a sus clientes libres Impala Terminals S.A.C. y TRANSPORTADORA por el período comprendido entre diciembre de 2013 y noviembre de 2018, facturado a su vez por la distribuidora a la que están conectados dichos clientes, en forma proporcional al consumo de energía mensual de éstos. Luego, como consecuencia de un reclamo presentado por Impala Terminals S.A.C. para que se determinara el VAD conforme a los valores de potencia consumidos por cada cliente, ENEL efectuó el recálculo de las sumas facturadas a Impala y TRANSPORTADORA por concepto de VAD, determinando que había cobrado a TRANSPORTADORA importes menores a los que realmente le correspondía asumir y había cobrado a Impala Terminals S.A.C. importes mayores a lo que correspondía. En tal sentido, ENEL procedió a devolver a Impala lo que ésta le había pagado en exceso y a requerir a Transportadora Callao que le pagara el importe de S/ 316 134,46 (trescientos dieciséis mil ciento treinta y cuatro con 46/100 soles) más IGV para completar el VAD a su cargo, por el periodo de diciembre de 2013 a noviembre de 2018.

En este contexto, afirma que habiéndose acordado en el contrato de suministro que el cliente está obligado a pagar a ENEL los cargos regulados, no existe sustento para que TRANSPORTADORA se niegue a pagar íntegramente el VAD del periodo antes señalado, no habiendo prescrito a la fecha la acción para obtener su cobro, ni habiendo renunciado ENEL a su derecho a cobrar el importe faltante.

Añade que el hecho de que el contrato de suministro no contenga una cláusula que expresamente contemple que ENEL pueda cobrar a su cliente importes no pagados por errores de facturación, no significa que se deba aplicar supletoriamente la Norma de Recuperos. Al respecto, conforme lo establece el numeral 2 de dicha norma¹⁰, su objetivo es reglamentar los procesos de reintegros y recuperos en la prestación del servicio público de electricidad. Asimismo, en dicho numeral se precisa que se busca regular las relaciones entre el usuario, el concesionario y el Osinergmin; siendo el concesionario el titular de una concesión definitiva de distribución, tal como lo ha definido en su numeral 1.3¹¹.

¹⁰ **Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica. -**
"2. Objetivo. -

Reglamentar los procesos de Reintegros y Recuperos de energía originados en la prestación del servicio público de electricidad; así como regular las relaciones entre el Usuario, el Concesionario y el Osinergmin."

¹¹ **Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica. -**

"1. Definiciones. -

1.2 Concesionario. -

Es el titular de una concesión definitiva de distribución, otorgada al amparo de la Ley de Concesiones Eléctricas."

Señala que ENEL no es una empresa de distribución, ni presta el servicio público de electricidad a TRANSPORTADORA; sino que es una empresa dedicada a la generación eléctrica y le suministra electricidad en el marco del régimen de libertad de precios, tal como expresamente se establece en el contrato de suministro celebrado entre ambas empresas en septiembre de 2012.

Asimismo, ni la Norma de Reintegros y Recuperos, ni el contrato de suministro, han previsto la aplicación supletoria de la Norma de Recuperos. Es más, en el numeral 8.2.2 de dicha norma¹² se establece que el recuperado previsto en la misma está referido exclusivamente a la energía y potencia no facturada, y no a cargos regulados como lo es el VAD.

Por lo señalado, afirma que la Norma de Reintegros y Recuperos no resulta aplicable a una controversia de naturaleza contractual.

2.2.3. Inexistencia de causal de nulidad del requerimiento de pago de ENEL. –

Sostiene que no se ha configurado la causal de nulidad alegada por TRANSPORTADORA respecto del requerimiento de pago de ENEL, dado que éste no se enmarca en un procedimiento administrativo, sino que se sustenta en lo estipulado en el contrato de suministro, según el cual, los cargos regulados, como el VAD, deben ser pagados por el cliente.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 14.6 de la cláusula decimocuarta del contrato de suministro, el plazo de prescripción de la acción de cobro es el previsto en el inciso 1 del artículo 2001° del Código Civil para la acción personal, es decir diez (10) años, por lo que el derecho de la acción de cobro de ENEL sigue vigente. Asimismo, cabe señalar que según lo estipulado en el numeral 21.7 de la cláusula vigésimo primera del contrato de suministro la postergación u omisión en el ejercicio de los derechos previstos en el referido contrato, no deteriora dichos derechos ni debe interpretarse como una renuncia a los mismos. Conforme con dicha estipulación, cualquier renuncia a derechos por una de las partes del contrato de suministro debe efectuarse por escrito en forma expresa.

Por lo tanto, el hecho de que ENEL haya tardado casi un (1) año en reclamar a TRANSPORTADORA el pago del importe faltante por el VAD correspondiente al periodo diciembre de 2013 a noviembre de 2018, no tiene como consecuencia que ENEL haya perdido el derecho a efectuar dicho reclamo, pues resulta de aplicación el plazo de diez (10) años del Código Civil, el cual no ha transcurrido, y no el de la Norma de Recuperos, el cual no es de aplicación supletoria al presente reclamo.

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL. -

3.1. Respecto de la competencia de los órganos de solución de controversias. -

¹² Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica. -

“8.2.2 Pago del Recuperado. -

El Concesionario efectuará el Recuperado considerando lo siguiente:

(...)

iii) El Recuperado comprende exclusivamente la valorización de la energía y/o potencia no facturada.”

En principio, debe señalarse que de conformidad con el artículo 3 del TUO de la LPAG, son requisitos de validez de los actos administrativos: la competencia, su objeto o contenido, la finalidad pública, su motivación y el procedimiento regular. Respecto de la competencia, en la citada norma se precisa que el acto administrativo debe ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado.

Asimismo, debe tenerse presente que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 10 del TUO de la LPAG, el defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, salvo que se presente alguno de los supuestos de convalidación del acto.

Por lo señalado, y puesto que ENEL afirma que Osinergmin no resulta competente para conocer la presente controversia, por tratarse de una materia de índole contractual, ya que de acuerdo con el contrato de suministro, si las partes no llegan directamente a un acuerdo es un tribunal arbitral el competente para solucionar la controversia que mantienen; este Tribunal estima necesario evaluar si los órganos de solución de controversias son competentes para conocer la presente controversia.

Al respecto, de conformidad con el literal c) del artículo 46° del Reglamento General de Osinergmin¹³, este regulador es competente para conocer las controversias entre un generador y un cliente libre, sobre aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, sujetos a supervisión, regulación o fiscalización por Osinergmin.

Asimismo, el artículo 3° del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM¹⁴, establece que la función de solución de controversias comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre agentes bajo su ámbito de competencia, y entre éstas y los usuarios libres de electricidad.

¹³ **Reglamento General de Osinergmin. -**

Artículo 46°. - Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES

Osinergmin es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:

(...)

c) Controversias 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 de Osinergmin.

(...)"

¹⁴ **Reglamento de Organización de Funciones de Osinergmin. -**

Artículo 3.- Funciones generales

OSINERGMIN tiene las siguientes funciones, las cuales se ejercen dentro del marco de competencia establecido por las normas legales vigentes:

(...)

e) Función de solución de controversias: Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre agentes bajo su ámbito de competencia, y entre éstas y los usuarios libres de electricidad o consumidores independientes de gas natural; o de resolver en la vía administrativa los conflictos suscitados entre los mismos.

(...)"

A su vez, de acuerdo con el artículo 47 del Reglamento General de Osinergmin¹⁵, la función de solución de controversias es la vía administrativa previa obligatoria y de competencia exclusiva de Osinergmin, de acuerdo con las reglas establecidas en dicho Reglamento.

De acuerdo con la normatividad antes señalada, el Cuerpo Colegiado, y este Tribunal, son competentes y están facultados para conocer y resolver controversias entre clientes libres (como TRANSPORTADORA) y generadores eléctricos (como ENEL), siempre que éstas se refieran a aspectos técnicos, regulatorios o normativos, por lo tanto, es necesario analizar la competencia de Osinergmin en la presente controversia:

Asimismo, en el artículo 7° del Reglamento de Usuarios Libres, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-EM¹⁶, se establece que las tarifas y compensaciones por el uso de instalaciones de distribución, son reguladas por Osinergmin, de acuerdo con lo señalado en la Ley de Concesiones Eléctricas, y sus normas reglamentarias, no estando sujetas a la libre negociación de las partes.

En este orden de ideas, conforme lo señaló el Cuerpo Colegiado Ad Hoc en la resolución impugnada, determinar si ha existido un cobro indebido de los cargos por uso de redes de distribución a un cliente libre, es una materia relacionada con la aplicación de las tarifas de distribución eléctrica, aspecto sujeto a regulación y supervisión de Osinergmin y, por lo tanto, de competencia del ente regulador.

Cabe precisar que si bien en la cláusula 20.2 del contrato de suministro las partes han acordado que cualquier controversia derivada de dicho contrato, que no pueda ser solucionada a través del trato directo, será sometida a arbitraje según las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, ello debe entenderse referido a aquellas materias que no resultan de competencia de los órganos de solución de controversias de Osinergmin, por ser materias de libre disponibilidad de las partes.

Por lo señalado, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, y este Tribunal, resultan competentes para conocer y resolver la presente controversia.

3.2. Sobre el funcionamiento del mercado eléctrico

Previamente a evaluar el fondo de la controversia, el Tribunal considera necesario realizar un breve resumen sobre la forma como se organiza el funcionamiento del mercado eléctrico. Las actividades que se desarrollan en el sector eléctrico comprenden la

¹⁵ Reglamento General de Osinergmin. -

“Artículo 47.- Vía Administrativa Previa e Inicio del Procedimiento. -

La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERG, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento.

(...)”

¹⁶ Reglamento de Usuarios Libres. -

“Artículo 7.- Red de Transmisión y/o Distribución. -

Las tarifas y compensaciones por el uso de las instalaciones de transmisión y/o distribución, son reguladas por el OSINERGMIN de acuerdo a lo señalado en la LCE y normas reglamentarias, y no están sujetos a la libre negociación de las partes.

(...)”

generación, la transmisión, la distribución y la comercialización eléctrica. La generación consiste en transformar alguna clase de energía (hídrica, térmica, eólica, etc.) en energía eléctrica. Toda vez que los lugares donde se produce la electricidad, por lo general, están alejados de los lugares donde se encuentra la demanda, resulta necesario la inversión en infraestructura de transporte de la energía eléctrica. Esta actividad recibe el nombre de transmisión eléctrica. Luego, la actividad que permite llevar la energía eléctrica del sistema de transmisión a cada uno de los usuarios del suministro eléctrico se denomina distribución eléctrica. Por último, la actividad de comercialización puede ser mayorista y minorista: la primera comprende las transacciones entre generadores y distribuidores, así como las transacciones en el mercado libre, y la segunda se refiere al mercado regulado. Este sistema es operado por el COES, quien tiene a su cargo el despacho económico de la electricidad, es decir, asigna la producción de la electricidad a las centrales de los generadores en orden a sus costos variables, de modo que se cubra la demanda en cada momento.

Por su parte, el sistema eléctrico peruano divide a los usuarios en dos grupos: los usuarios libres y los usuarios regulados. Los usuarios regulados son aquellos que consumen menos de 200 kW de potencia, mientras que los usuarios libres son aquellos que consumen más de 2500 kW. Los usuarios con consumos superiores a 200 kW e inferiores a 2500 kW, pueden elegir entre ser usuarios regulados o libres, cumpliendo los requisitos previstos en la ley. En el caso de los usuarios libres, la ley les permite contratar y negociar directamente el precio de su energía con su suministrador, ya sea un generador o un distribuidor. En cambio, para los usuarios regulados, el precio de energía es regulado por Osinergmin y solo puede ser contratado con el distribuidor en su zona de concesión. Tanto para los usuarios libres como los regulados, las tarifas de transmisión y distribución son reguladas por Osinergmin.

De acuerdo a lo señalado, cuando un cliente libre contrata el suministro eléctrico con un generador eléctrico, la atención de dicho suministro implica la utilización de infraestructura que atañe a la generación, la transmisión y la distribución, la cual debe ser remunerada en todas sus actividades. De ello se deriva que los clientes libres se encuentran obligados a pagar, además de la potencia y la energía eléctrica que contratan, los cargos por las tarifas y compensaciones de transmisión y distribución, los que son asignados a dichos usuarios en función de la máxima demanda de potencia. De este modo, una vez que el suministrador recauda dichos pagos de los clientes libres, debe transferirlos a través de un *pass through* a los titulares de las redes de transmisión y distribución.

De acuerdo a lo señalado, en el mercado libre, el generador eléctrico que suministra potencia y energía al usuario libre, por la facturación de los cargos que atañen a la transmisión y la distribución, no percibe ningún importe, pues se limita a trasladar dichos cargos al cliente libre. Por ello, aceptar el pago de importes menores por dichos conceptos a los que se encuentra legalmente obligado el cliente libre, implicarían que la diferencia sea asumida por el generador, lo cual resulta contrario al funcionamiento del sistema eléctrico y a lo establecido en el marco normativo que lo rige.

3.2. Respecto de los argumentos de TRANSPORTADORA para solicitar la aplicación de la Norma de Reintegros y Recuperos al presente caso. –

Sobre este punto, en principio, este Tribunal debe señalar que de la lectura de los numerales 2¹⁷ y 3¹⁸ de la Norma de Recuperos, se aprecia que esta disposición busca reglamentar los procesos de reintegros y recuperos de energía originados en la prestación del servicio público de electricidad, es decir, para los clientes regulados; y que sus alcances resultan de aplicación a las empresas que desarrollan la actividad de distribución de electricidad. Es decir, no se refiere a la relación entre un generador eléctrico, como ENEL, y un cliente libre, como TRANSPORTADORA.

A pesar de ello, TRANSPORTADORA señala que esta norma debe ser aplicada supletoriamente a los clientes libres, pues no habría diferencia alguna entre la facturación a los clientes regulados y a los clientes libres. Dicha afirmación no resulta cierta. A diferencia de los clientes libres, los clientes regulados no cuentan con libertad de negociación para establecer los precios de la energía y los términos que rigen sus contratos. En efecto, los clientes regulados únicamente pueden celebrar contratos de suministro con los distribuidores eléctricos en zona de concesión, en cambio, los clientes libres pueden suscribir contratos de suministros con el distribuidor o con algún generador eléctrico. De ello se deriva que mientras que los clientes libres, a diferencia de los regulados, cuentan con autonomía para negociar los términos contractuales con su suministrador. Estas diferencias explican que el marco normativo establezca una normativa específica para los reintegros y recuperos, aplicable a los clientes regulados, por lo que en modo alguno puede afirmarse que habría un trato discriminatorio.

Asimismo, TRANSPORTADORA afirma que de no aplicarse la Norma de Reintegros y Recuperos se le estaría dejando a su suerte, ocasionándole una pérdida económica pues no podría trasladar dichos costos a sus clientes. Al respecto, debe reiterarse que al suscribir un contrato de suministro en el mercado libre, TRANSPORTADORA se obligó a pagar a ENEL, además de la potencia y la energía eléctrica que contrató, los cargos por las tarifas y compensaciones de transmisión y distribución por el uso de las redes que permiten viabilizar el suministro eléctrico contratado. Por su parte, a través de un *pass through*, ENEL debe transferir dichos pagos a los titulares de las redes de transmisión y distribución. Por lo señalado, en modo alguno puede admitirse que el pago del VAD correspondiente ocasiona una pérdida económica a TRANSPORTADORA, pues ello se deriva del cumplimiento de las obligaciones asumidas al firmar un contrato con ENEL bajo las reglas del mercado libre.

Adicionalmente a lo señalado, debe tenerse presente que de acuerdo con el numeral 8.2.2. de la Norma de Reintegros y Recuperos¹⁹, sobre el pago de recuperos, establece que este

¹⁷ **Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica.** -

“2. Objetivo. -

Reglamentar los procesos de Reintegros y Recuperos de energía originados en la prestación del servicio público de electricidad; así como regular las relaciones entre el Usuario, el Concesionario y el Osinergmin.”

¹⁸ **Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica.** -

“3. Alcance. -

La presente Norma es de aplicación para todas las empresas y entidades que desarrollan la actividad de distribución de electricidad bajo el régimen de la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.”

¹⁹ **Norma de Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica.** -

“8.2.2 Pago del Recupero. -

El Concesionario efectuará el Recupero considerando lo siguiente:

(...)

comprende exclusivamente la valorización de la energía y/o potencia no facturada; es decir, su aplicación no está prevista para el pago del VAD.

En este orden de ideas, la Norma de Reintegros y Recuperos no resulta de aplicación supletoriamente a la relación contractual entre TRANSPORTADORA y ENEL.

Por otro lado, debe precisarse que, durante el trámite del presente procedimiento, TRANSPORTADORA ha podido ejercer todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, habiendo ejercido su derecho a exponer sus argumentos y ofrecer y producir pruebas, tanto en la primera como en la segunda instancia administrativa, y obteniendo una decisión motivada y fundada en derecho respecto de su reclamación.

Estando a lo señalado, este Tribunal considera que corresponde desestimar las alegaciones del recurso de apelación de TRANSPORTADORA.

3.3. Respecto del plazo aplicable para el cobro de los importes no facturados por ENEL a TRANSPORTADORA, en el periodo de diciembre de 2013 a noviembre de 2018. –

Sobre este punto, debe señalarse que el marco normativo del sector eléctrico no ha previsto la aplicación de un plazo de prescripción para el cobro del VAD, como consecuencia de errores en que hubiera incurrido un suministrador en la facturación a un cliente libre. A su vez, el contrato de suministro suscrito por las partes tampoco ha previsto una regla aplicable para este supuesto. No obstante, resultaría contrario a la seguridad jurídica, considerar que dicho cobro puede ser realizado sin aplicar límite de tiempo alguno.

Por lo señalado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo VIII del título preliminar, ante la deficiencia de fuente, corresponde a este Tribunal acudir a los principios del procedimiento administrativo previstos en la ley, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo y, subsidiariamente, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Al respecto, debe tenerse que en los órganos de solución de controversias de Osinergmin ya han resuelto otras controversias²⁰ en las que se cuestionó la facturación del VAD y se

iii) El Recupero comprende exclusivamente la valorización de la energía y/o potencia no facturada.”

²⁰ Ver en: http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/acerca_osinergmin/stor/organos-solucion-controversias/tribunal-de-controversias/resoluciones-finales

Resolución del TSC N° 004-2019-OS/70-2013-TSC del 5.03.2019 – Caso EPS GRAU S.A. con ELECTRONOROESTE.-

“En principio, debe señalarse que de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2001° del Código Civil²⁰, las acciones personales prescriben a los diez (10) años. Es decir, transcurrido dicho plazo, el acreedor perderá el derecho de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. (...)”. (pág. 10)

Resolución del TSC N° 005-2019-OS/ 92-2015-TSC del 6.06.2019 – Caso COMPAÑÍA MINERA ARES vs ELECTRO SUR ESTE.

“Ahora bien, así como no es admisible un acuerdo privado que establezca la renuncia a cuestionar errores en la facturación referidos a las tarifas aplicadas por el servicio de distribución (VAD), tampoco resulta aceptable considerar que este tipo de reclamos puede ser realizado sin límite de tiempo alguno.

Por ello, si bien el marco normativo del sector eléctrico no ha previsto un plazo de prescripción para reclamar la devolución de lo pagado en casos como el que es materia de análisis, conforme lo ha señalado el Cuerpo Colegiado Ad Hoc al hacer referencia a lo establecido en el artículo IX del Código Civil²⁰, resultan de aplicación supletoria las normas del Código Civil.

alegó un supuesto cobro indebido de dicho concepto. En dichas resoluciones, el Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin estableció que, ante la falta de un plazo en el marco normativo del sector eléctrico y en el contrato de suministro, correspondía aplicar de forma supletoria el plazo de prescripción previsto para la acción personal de diez (10) años, establecido en el numeral 1 del artículo 2001° del Código Civil²¹.

Estando a lo señalado, corresponde aplicar al presente caso el plazo de prescripción de diez (10) años previsto en el numeral 1 del artículo 2001 del Código Civil; por lo que se concluye que el plazo para que ENEL reclame a TRANSPORTADORA el pago del importe faltante por el VAD correspondiente al periodo de diciembre de 2013 a noviembre de 2018, no ha transcurrido.

Finalmente, este Tribunal debe precisar que su pronunciamiento no implica una confirmación del importe cobrado por ENEL a TRANSPORTADORA por concepto del VAD, en su comunicación EGPSA-EM-234-2019; pues su pronunciamiento se ciñe únicamente a los argumentos presentados por las partes en esta segunda instancia respecto de la procedencia o improcedencia de cobrar el pago del VAD, no facturado en su oportunidad.

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 Texto Único Ordenado del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 223-2013-OS/CD, y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 04-2019-JUS.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto el 27 de octubre de 2021 por Transportadora Callao S.A. contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 04-2021-OS/CC-137 del 7 de octubre de 2021 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos; en atención a las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo 2°. – Declarar que la presente resolución no implica un pronunciamiento de conformidad respecto del importe cobrado por Enel Generación Piura S.A. a Transportadora Callao S.A. en su comunicación EGPSA-EM-234-2019; pues el pronunciamiento del Tribunal se ciñe únicamente a los argumentos presentados por las partes en esta segunda instancia sobre la procedencia o no del cobro del valor agregado de distribución.

En este sentido, resulta de aplicación al presente caso el plazo de prescripción de diez (10) años previsto para la acción personal en el artículo 2001° del Código Civil²⁰. Teniendo en cuenta que ARES presentó su reclamo el 24 de noviembre de 2014 y que el período reclamado comprende los pagos realizados por concepto de VAD de diciembre de 2005 a abril de 2012, se aprecia que dicho plazo aún no ha transcurrido. (...)” (pág. 20)

²¹ Código Civil. -

Plazos de prescripción

“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.

(...)”

Artículo 3°. – Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (3) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.

Artículo 4°. – Encargar a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin, poner en conocimiento de las partes la presente resolución.

«hzolezzic»

«mlinares»

Presidente
Tribunal de Solución de Controversias

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias

«rmeloni»

«aanguloz»

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias

«cgiesecke»

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias