



Eteselva

5809.6

INTERPONE:

**RECURSO DE RECONSIDERACIÓN CONTRA
LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
DEL OSINERG No. 066-2005-OS/CD DE FECHA
13 DE ABRIL DE 2005**

[Handwritten signature]
09/05/05

**SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO
SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA (OSINERG):**

Eteselva S.R.L. ("Eteselva"), una sociedad comercial de responsabilidad limitada debidamente constituida en la República del Perú, inscrita en la Ficha No. 3752 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral Regional de Ucayali (el "Registro"), con Registro Unico de Contribuyente No. 20352427161, con domicilio para todos los efectos, incluyendo las notificaciones que el presente origine, en Avenida Camino Real No. 111, Noveno Piso, San Isidro, Lima, debidamente representada por su Gerente General, señor Dante A. LaGatta, identificado con Carnet de Extranjería No. 000095667, según poder que corre inscrito en la Ficha No. 3752 del Registro, documentos éstos que en copia se adjuntan en el Anexo No. 1 del presente, ante usted atentamente se presenta y dice:

Que, de conformidad con las disposiciones del artículo 74 de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley No. 25844 (la "Ley de Concesiones") y de los artículos 109, 206 y 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley No. 27444 (la "Ley del Procedimiento Administrativo"), por medio del presente y dentro del plazo de ley, Eteselva interpone Recurso de Reconsideración ante el OSINERG contra la Resolución de su Consejo Directivo No. 066-2005-OS/CD, de fecha 13 de abril de 2005, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 del mismo mes (la "Resolución 066"), dentro del plazo de ley, por las razones y con base en los

OSINERG
09 MAY 2005
RECTOR
17:53

ETESELVA S.R.L.

Carretera Federico Basadre Km. 10, Yarinacocha, Coronel Portillo - Ucayali
Av. Camino Real 111 Piso 9, Of. 902, Lima 27, Perú - Telf.: (511) 611-5000 - Fax: (511) 611-5016

antecedentes y fundamentos de hechos y de derecho que se indican a continuación (el "Recurso de Reconsideración").

Que, todas las palabras cuya primera letra figure en mayúsculas en el presente sin que sean un nombre propio, así como aquellas que figuren inicialmente entre comillas y aparezcan después con su primera letra en mayúscula aquí, son términos definidos y, excepto cuando se definan en la presente de otra manera, tendrán el significado previsto para ellos en el Anexo de la Ley de Concesiones.

Que, el Recurso de Reconsideración se interpone por cuanto mediante la Resolución 066, por las razones y con base en los antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho que se indican a continuación, el OSINERG reproduce el agravio producido por la Resoluciones Nos. 057-2003-OS/CD, 096-2003-OS/CD, 099-2003-OS/CD y 069-2004-OS/CD del Consejo Directivo del OSINERG (las "Resoluciones Discriminatorias") y continua violando, afectando, desconociendo y lesionando el legítimo derecho de Eteselva a la no discriminación y a la propiedad, consagrados en el numeral 2 del artículo 2, en el tercer párrafo del artículo 60 y en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado (la "Constitución")¹ y en el primer párrafo del artículo 7, en el artículo 8 y en el

¹ El numeral 2 del artículo 2 y el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución disponen:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (El subrayado es nuestro)

Artículo 60.- (...)

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. (El subrayado es nuestro)

Artículo 70.-

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. (El subrayado es nuestro)

artículo 12 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Extranjera, aprobada por Decreto Legislativo No. 757². El OSINERG ha violado también los principios de no discriminación y de imparcialidad consagrados en los artículos 6 y 9 del Reglamento General del OSINERG, aprobado por Decreto Supremo No. 054-2001-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 9 de mayo de 2001 (el "Reglamento del OSINERG")³.

Que, la citada violación se ha producido pues reproduciendo el agravio producido por las Resoluciones Discriminatorias, el OSINERG, en el Cuadro No. 7 que figura en el artículo 11 de la Resolución 069, sin ninguna fundamentación legal o fáctica, ha fijado nuevamente un Peaje por Conexión (el "Peaje por Conexión") e Ingreso Tarifario Esperado (el "Ingreso Tarifario Esperado") para las instalaciones de la línea L-253 de

² El primer párrafo del artículo 7, el artículo 8 y el artículo 12 del Decreto Legislativo No. 757 dicen:

Artículo 7.- Cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. (el subrayado es nuestro)

Artículo 8.- El Estado garantiza la propiedad privada sin más límites que los que establece la Constitución Política.

Artículo 12.- El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras. Ninguna autoridad, funcionario o empleado del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales en cualesquiera de sus niveles, ni empresas del Estado, podrá establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, bajo responsabilidad. (el subrayado es nuestro)

³ Los artículos 6 y 9 del Reglamento del OSINERG dicen:

Artículo 6.- Principio de No Discriminación
Las decisiones y acciones de OSINERG se orientarán a garantizar que las ENTIDADES no sean discriminadas, de manera que se coloque a unas, en ventaja competitiva e injustificada frente a otras. (el subrayado es nuestro)

Artículo 9.- Principio de Imparcialidad

propiedad de Eteselva, pertenecientes al Sistema Principal de Transmisión del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional ("SEIN"), la "Línea L-253", y para el Reactor de 30 MVAR y Autotransformador 220/138 kV; 40 MVA de propiedad de Eteselva, localizados en la Subestación Tingo María del SEIN (las "Instalaciones de Transformación"), las instalaciones de la Línea L-253 y las Instalaciones de Transformación, en conjunto, las "Instalaciones del SPT de Eteselva", sin utilizar para efectos de la determinación correspondiente, como corresponde, los valores del Valor Nuevo de Reemplazo ("VNR") y de los Costos de Operación y Mantenimiento ("COyM") de las Instalaciones del SPT de Eteselva que fueron presentados por Eteselva al OSINERG oportunamente. En relación con lo anterior, resulta que el Peaje por Conexión para las instalaciones de la línea de transmisión Pachachaca – Oroya – Carhuamayo – Paragsha – Derivación Antamina (Vizcarra), líneas L-254, L-258 y L-259, e instalaciones de transformación asociadas (dichas líneas e instalaciones, en conjunto, la "Línea Pachachaca – Vizcarra"), de propiedad de la empresa Interconexión Eléctrica ISA PERU S.A. ("ISA"), que el OSINERG también fija en la Resolución 066, es significativamente mayor que el Peaje por Conexión de las Instalaciones del SPT de Eteselva. El Peaje por Conexión de las instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra resulta de la utilización por el OSINERG de los valores de VNR y COyM de las mismas que fueron presentados al OSINERG por ISA.

Que, en el Informe OSINERG-GART/DGT No. 020A-2005 que sirve de motivación para la Resolución 066 (el "Informe 020A") consta que el OSINERG ha aplicado y/o fijado para efectos del cálculo del Peaje por Conexión de las Instalaciones del SPT de Eteselva un VNR y COyM de US\$ 20,359,233 y US\$ 631,146 US\$/año, respectivamente. Esto no obstante que los valores de VNR y COyM de las Instalaciones del SPT de Eteselva que corresponde que el OSINERG utilice para efectos del cálculo del Peaje por Conexión de las Instalaciones del SPT de Eteselva y que fueron presentados oportunamente por Eteselva al OSINERG son US\$ 31,276,981 y US\$1,172,117, respectivamente.

OSINERG aplicará las normas legales vigentes. Los casos o situaciones de características semejantes, deberán ser tratados de manera similar. (el subrayado es nuestro)

Que, como es de conocimiento del OSINERG, de conformidad con las disposiciones de los artículos 59 y 60 de la Ley de Concesiones, la compensación que Eteselva debe recibir por el uso de las Instalaciones del SPT de Eteselva se abona separadamente a través del Ingreso Tarifario Esperado y del Peaje por Conexión. Por consiguiente, el menor valor del Peaje por Conexión y de Ingreso Tarifario Esperado fijado por el OSINERG para las Instalaciones del SPT de Eteselva, al no reconocer y aplicar el VNR y COyM informado por ésta, trae como consecuencia que Eteselva reciba una compensación por el uso de dichas instalaciones mucho menor y que es apenas un cincuenta y nueve por ciento (59%) aproximadamente de la que le corresponde recibir.

Que, el resultado de la menor compensación fijada por el OSINERG por el uso de las Instalaciones del SPT de Eteselva es que ha Eteselva se le ha privado de su derecho de propiedad pues, mediante un acto inconstitucional, se ha afectado su patrimonio, condenándola a recibir más o menos la mitad de lo que tendría derecho a recibir como compensación por el uso de dichas instalaciones.

Que Eteselva presentó oportunamente un Recurso de Reconsideración contra las Resoluciones Discriminatorias (el "Recurso de Reconsideración") que fue declarado infundado por el OSINERG. Ello dio origen a la presentación por Eteselva de la demanda contencioso administrativa correspondiente contra el OSINERG para impugnar las Resoluciones 057-2003-OS/CD, 096-2003-OS/CD y 099-2003-OS/CD (la "Demanda Contencioso Administrativa"), ampliada para considerar también a la Resolución 069-2004-OS/CD, que actualmente se encuentra en trámite en el poder judicial.

I. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

La Resolución No. 066 reproduce el agravio producido por las Resoluciones Discriminatorias.

En la Resolución 066 se reproduce el agravio producido a Eteselva con las Resoluciones Discriminatorias pues en ella el OSINERG fija, injustificadamente, el Peaje por Conexión de las Instalaciones del SPT de Eteselva utilizando como valores para el

VNR y el COyM de las mismas valores distintos de aquellos que fueron presentados oportunamente por Eteselva.

Al respecto Eteselva manifiesta que en mérito a las disposiciones vigentes señaladas en el preámbulo del presente, y por los argumentos pertinentes señalados en la Demanda Contencioso Administrativa y su ampliatoria (que se adjuntan al presente en su Anexo No.2 en calidad de nueva prueba instrumental) que se incorporan al presente por referencia, el OSINERG debe modificar la Resolución 066 y el Informe 020A para fijar el Peaje por Conexión de las Instalaciones del SPT de Eteselva utilizando como valores de VNR y COyM de las mismas los valores de US\$ 31,276,981 y US\$1,172,117, respectivamente.

Eteselva deja constancia de que conforme a la normatividad legal vigente tiene derecho a impugnar la Resolución 066 vía una ampliación de la Demanda Contencioso Administrativa y su ampliatoria o a través de una nueva demanda contenciosa administrativa, derecho que ejercerá sin perjuicio de la interposición del presente Recurso.

II. PETITORIO

Por lo expresado en el presente, Eteselva solicita al OSINERG que modifique la parte pertinente de la Resolución 066 y el Informe 020A para fijar el Peaje por Conexión de las Instalaciones del SPT de Eteselva utilizando como valores de VNR y COyM de las mismas los valores de US\$ 31,276,981 y US\$1,172,117, respectivamente.

POR TANTO:

A usted, señor Presidente del Consejo Directivo del OSINERG, solicitamos tener por interpuesto el presente Recurso de Reconsideración y, con base en los fundamentos expuestos, resolverlo en su oportunidad declarándolo fundado, según se solicita en el petitorio del presente.

PRIMER OTROSI:

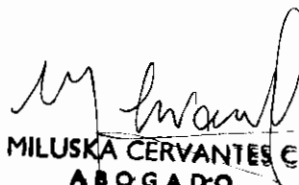
Decimos que se adjuntan al presente Recurso de Reconsideración los siguientes Anexos:

(a) Anexo No. 1: Documentos que acreditan la representación del Gerente General de Eteselva.

(b) Anexo No. 2: La Demanda Contencioso Administrativa y su ampliación.

SEGUNDO OTROSI:

Sin perjuicio de lo dicho en el Recurso de Reconsideración adjunto en el Anexo No. 3 del mismo se encuentra el documento denominado "Análisis Técnico Económico de los Cálculos realizados por el OSINERG para el VNR y COyM del Sistema Principal de Transmisión de Eteselva S.R.L.", que también se acompaña al presente como nueva prueba instrumental. En dicho informe también se sustenta y demuestra por qué Eteselva ha sido objeto de discriminación por parte del OSINERG al momento de fijar mediante las Resoluciones las compensaciones por el uso de las Instalaciones de Eteselva, y que en todo caso las mismas carecen de debida motivación.


MILUSKA CERVANTES C.
ABOGADO
CAA. 1294

Lima, 9 de mayo de 2005



Dante A. LaGatta
Gerente General



Zona Registral N° VI
Sede Pucallpa

CERTIFICADO DE VIGENCIA DE PODER

EL REGISTRADOR PUBLICO QUE SUSCRIBE;

CERTIFICA:

Que, Bajo la Ficha N° 3,752 y su Continuación en la Partida Electrónica N° 11000681 del **Registro Mercantil**, aparece inscrita en la Partida Registral correspondiente a la razón social denominada:

“ETESELVA S.R.L.”

La misma que por Escritura Pública de fecha 31-08-2004; otorgado ante Notario Público de Lima Rulbi Vela Velásquez y mediante Acta de Junta General de Socios de fecha 27-08-2004; Quedo designado como Gerente General de la Sociedad el Señor DANTE ANDREW LAGATTA.- Así consta en la E.P. de la referencia.-**PODER QUE NO HA SIDO REVOCADO, RENUNCIADO O EXTINGUIDO POR LO QUE SE ENCUENTRA VIGENTE A LA FECHA.**-----

Fe de lo cual expido el presente Certificado en la Ciudad de Pucallpa, a horas 10:57 a.m. del día Trece de Abril del Año Dos Mil Cinco.- Derechos son: S/.20.00. - Recibo: 00004397. -

ZONA REGISTRAL N° VI SEDE PUCALLPA

ESTHER OLIVEROS ARIAS
Registrador Público (s)



Anexo 2

PODER JUDICIAL

CEDULA DE NOTIFICACION

PRIMER JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PERMANENTE

(Despacho - Sótano Oficina A-11)

(SECRETARIA GENERAL Sótano - Oficina A - 10)

(PALACIO NACIONAL DE JUSTICIA)

EXPEDIENTE : 2715-03

JUEZ : Dra. YANETH SALCEDO SAAVEDRA

ASISTENTE : JORGE AVILA ZEVALLOS

DEMANDANTE : ERESERVA SRL.

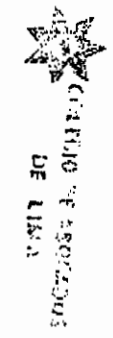
DEMANDADO : OSINERG

MATERIA : IMPUGNACION DE RESOLUCION.

CUADERNO : PRINCIPAL

2005 OCT 22 AM 11 41

RECEBIDA EN LA SECRETARIA GENERAL



050421

DESTINATARIO : ERESERVA SRL.

DOMICILIO : CASTILLA N° 115 CAL.

RESOLUCION N° 01.

Lima, 02.10.03.-

Se adjunta copia de resolución.-

fdo. Dra. Salcedo Saavedra.- Juez, Avila Zevallos asistente judicial.- lo que notifico a usted. (Fs. 01)

Lima, 21.10.03

PERSONAL.-

~~PODER JUDICIAL~~

~~CLAUDIA P. ...~~

~~Suplenete en la Unidad ...~~

EXP. N°: 2715-2003
1er. : JCA
Dte. : ETESELVA SRL
Ddo. : OSINERG
Mat. : Impugnación de Resolución Administrativa

RESOLUCION Nro. UNO

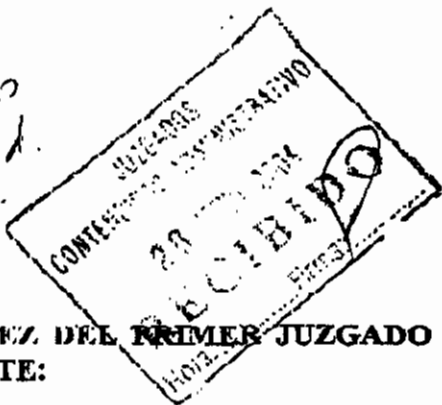
Lima, dos de Octubre del dos mil tres.

Por presentada; con el recibo de arancel judicial y documentos que se anexa, al principal, primer y segundo otrosí: **ATENDIENDO:** Que, la presente reúne los requisitos previstos por los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil y cumple además con el requisito especial de admisibilidad señalado por el primer inciso del artículo 20 de la Ley 27584, estando evidenciado la legitimidad e interés para obrar de la demandante; en observancia de lo dispuesto en los artículos 9° y 25° de esa misma Ley: se **ADMITE** a trámite la demanda en la vía de proceso **ABREVIADO**, en consecuencia **TRASLADO** por el plazo de diez días al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y téngase por ofrecidos los medios probatorios que se propone, reservándose su admisión y actuación para la estación procesal respectiva; y de conformidad con el artículo 22 de la Ley 27584: se ordena a la entidad demandada para que en el plazo de diez días remita a este juzgado el expediente administrativo materia de cuestionamiento, teniéndose presente los domicilios que se señalan; al tercer otrosí: estando a lo que se solicita, póngase la demanda y resolución admisorio en conocimiento de la procuraduría pública encargada de la asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros; al cuarto otrosí: téngase presente; al quinto otrosí: téngase presente; al sexto otrosí: téngase presente.

PODER JUDICIAL

CLAUDIA CINTRI AVÁLOS
SECRETARIA
Juzgado de lo Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

*2 copias
3 abdt*



Exp. No. 2715-03
Esc. No. 2
Cuaderno Principal
Sumilla: Ampliación de la demanda

SEÑORA JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PERMANENTE:

Juan Munroy Gálvez, Abogado con Registro C.A.L. No. 11036, en representación de mi patrocinado **ETESSELVA S.R.L.** contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía-**OSINERG** sobre **IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA**; a Usted atentamente digo:

Que, conforme a nuestro derecho de ampliar la demanda que nos reservamos en el Segundo Otrosí de nuestro escrito de demanda, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley No. 27584; acudimos a su Despacho a fin de **AMPLIAR** la demanda contencioso administrativo presentada contra el OSINERG (mediante la que solicitamos la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 057-2003-OS/CD, Resolución 096-2003-OS/CD y No 099-2003-OS/CD y su fe de erratas expedidas por su Consejo Directivo), para solicitar también la nulidad de la **Resolución No. 069-2004-OS/CD expedida por el Consejo Directivo del OSINERG**, actuación que es consecuencia directa de las que son objeto del presente proceso.

Sustentamos nuestra solicitud de ampliación en base a los siguientes fundamentos:

1. En su escrito de Contestación de la demanda, OSINERG ha aceptado la realidad de los siguientes hechos.
 - a. Que, el **Pcaje por Conexión** resulta de la aplicación de dos conceptos: el **VNR (Valor Nuevo de Reemplazo)** y el **COyM**.

Post-it™ Transmisión por Fax /671		FECHA/ DATE	09/04	Nº DE PAGINAS/ # OF PAGES	05
PARA/TO	Dr. Carlos Serrano	DE/FROM	Dr. Carlos Serrano		
COMUNICADO	Etesselva	LUMPARIA/CO	Estudio	Munroy Abogados	
DEPARTAMENTO/DEPT.		TELEFONO/PHONE	411-0594		
FAX	611-5016	FAX			

- b. Que, mediante la **Resolución No. 0846-2001-OS/CD** (publicada el 30 de mayo de 2001) se fijó el **VNR** de Eteselva S.R.L. en la suma de **US\$19'727,210**, para un período de 4 años.
- c. Que, el **VNR** de Eteselva fijado mediante la Resolución No. 846-2001-OS/CD "solamente podrá ser revisado en la fijación tarifaria correspondiente a mayo de 2005".
2. La demanda materia del presente proceso se sustenta en el hecho que el **Peaje por Conexión** de las instalaciones de Eteselva S.R.L. se convirtió en discriminatorio en octubre de 2003, por el hecho de tener como base al referido **VNR** (fijado para un período de 4 años, que culminan en mayo de 2005), y un **COyM** distinto y menor al propuesto por Eteselva S R L. Las resoluciones sub-litis son antijurídicas, en consecuencia, por no corregir esa discriminación.
3. La **Resolución No. 069-2004-OS/CD** reitera la discriminación contenida en las resoluciones sub-litis, pues fija un **Peaje por Conexión** (a partir del 1ro. mayo de 2004 hasta el 30 de abril de 2005) para las instalaciones de Eteselva S.R.L., utilizando el mismo **VNR** indicado en el punto anterior, y un **COyM** distinto e incluso menor al que fue utilizado en las resoluciones sub-litis. Así consta en el **Informe OSINERG-GART/DGT No. 028A2004**, que forma parte de la referida resolución (tal como se señala en el artículo 18 de la misma). En la página 38 de este informe se observa que el **Peaje por Conexión** utilizado es el mismo que fue empleado en la resoluciones sub-litis. Por otro lado, en la página 44 del mismo informe (Cuadro No. 4.5) se aprecia que el **COyM** utilizado en la **Resolución No. 069-2004-OS/CD** es de **US\$669,212**, mientras que el empleado en las resoluciones sub-litis fue de **US\$726,232.50**.
4. No debe olvidarse el hecho que el **COyM** de las instalaciones de ISA (empresa respecto de la cual se nos ha discriminado) es un porcentaje del **VNR** de dichas instalaciones. Así lo reconoce expresamente el OSINERG en el numeral 4.3.1.7,

página 45 del citado Informe donde se señala textualmente que: "Los costos de operación y mantenimiento de las instalaciones del Sistema Principal de ISA se determinan de acuerdo con el porcentaje definido por el Contrato de Concesión correspondiente."

5. Es importante destacar el hecho que el VNR (US\$19'727,210) considerado en las resoluciones sub-litis para las instalaciones de Mteselva S.R.L. **ES EL MISMO** que se ha empleado en la **Resolución No. 069-2004-OS/CD** para fijar el **Peaje por Conexión** de estas instalaciones. Esta circunstancia corrobora el hecho que la discriminación sub-litis ha sido reiterada – e incluso agravada ante la reducción del COyM- por la **Resolución No. 069-2004-OS/CD**, pues el VNR que ha sido la fuente del acto administrativo sub-litis es también la fuente del nuevo acto administrativo que ha fijado el Peaje por Conexión para el año 2004.

Todo lo expresado demuestra que, de conformidad con el artículo 16 de la Ley No. 27584, corresponde que la demanda interpuesta sea ampliada contra la **Resolución No. 069-2004-OS/CD**, pues este acto administrativo no es sino la continuación de la discriminación contenida en las resoluciones sub-litis.

POR TANTO:

AL JUZGADO PIDO: Se sirva tener por ampliada la demanda respecto de la impugnación de la **Resolución No. 069-2004-OS/CD**.

PRIMER OTROSI DIGO: Que, acompaño al presente escrito copia de la **Resolución No. 069-2004-OS/CD** y el Informe Técnico **OSINERG-GART/DGT No. 28 A – 2004**, que forma parte de la misma.

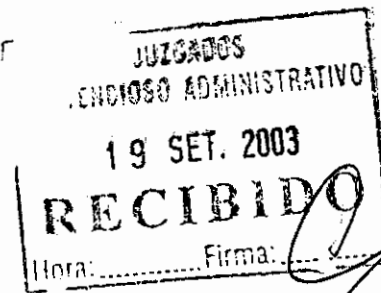
SEGUNDO OTROSI DIGO: Que, acompaño copia simple del presente escrito debidamente firmado para ser entregado a la otra parte; así como las cédulas de notificación conforme a ley.

Lima, 19 de mayo de 2004



Juan F. Monroy Gálvez
ABOGADO
Lima: Reg. C.A.L. N° 11038
Callao: Reg. C.A.C. N° 2311

CARGO



Exp. No.
Escrito No.
Cuaderno Principal
Sumilla: Demanda

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

ETESSELVA S.R.L. (en adelante, simplemente, Eteselva) con R.U.C. No. 20352427161, con dirección domiciliaria en Av. Camino Real No. 111, Piso 9, Of. No. 902, San Isidro, Lima, señalando domicilio procesal Abonado No. 115 del Departamento de Notificaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, debidamente representada por su Gerente General, Sr. Dante A. LaGatta, según poder que adjuntamos, identificado con Carnet de Identidad para Inmigrante No. 105970, con dirección domiciliaria en Av. Camino Real No. 111, Piso 9, Of. No. 902, San Isidro, Lima; a Usted atentamente decimos:

I. VIA PROCEDIMENTAL Y RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL:

Que, en la vía de Proceso Contencioso Administrativo (Proceso Abreviado) acudimos a vuestro Despacho a fin de interponer demanda contra el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA – OSINERG** (en adelante, simplemente, OSINERG), con dirección domiciliaria en Bernardo Monteagudo No. 222, Magdalena del Mar, Lima 17.

II. PETITORIO:

1.1 Petitorio Principal:

Se declare la NULIDAD de las siguientes resoluciones administrativas expedidas por el Consejo Directivo de OSINERG:

- a) *Resolución No. 057-2003-OS/CD.*
- b) *Resolución No. 096-2003-OS/CD*
- c) *Resolución No. 099-2003-OS/CD, y su fe de erratas.*

1.2 **Petitorio Accesorio:**

Se ordene a OSINERG fijar un **Peaje por Conexión** para las instalaciones de la línea de transmisión L-253 del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, simplemente, el SEIN) y del Reactor de 30 MVAR y Autotransformador 220/138KV - 40 MVA ubicados en la Subestación Tingo María del SEIN, de propiedad de Eteselva, utilizando como base para esta fijación las siguientes cantidades como **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)** y como **Costo de Operación y Mantenimiento (COyM)** de dichas instalaciones:

- a) Valor Nuevo de Reemplazo:
US\$ 31'276,981
- b) Costo de Operación y Mantenimiento:
US\$1'172,117

III. **INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA: ¿CÓMO SE RELACIONAN CON ETESELVA LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS?**

3.1 **ETESSELVA Y LA TRANSMISIÓN DE ELECTRICIDAD EN EL SECTOR ELÉCTRICO.**

- 3.1.1 En la actualidad el sector eléctrico se encuentra dividido en cuatro sectores de actividades de ocurrencia consecutiva: (1) generación, (2) **transmisión**, (3) distribución y (4) comercialización. Salvo la última, todas las actividades mencionadas a la fecha se encuentran reglamentadas.

- 3.1.2 Eteselva es una empresa dedicada exclusivamente a la actividad de **transmisión** de electricidad, realizada a través de instalaciones de transporte y transformación de electricidad de su propiedad. Entre dichas instalaciones se encuentra la línea de transmisión L-253 del SEIN y del Reactor de 30 MVAR y Autotransformador 220/138KV - 40 MVA ubicados en la Subestación Tingo María del SEIN (en adelante, simplemente, las Instalaciones de Eteselva). Para llevar adelante esta actividad, Eteselva cuenta con una concesión definitiva de transmisión otorgada por el Estado Peruano.
- 3.1.3 La actividad de transmisión de electricidad no es esencialmente distinta a la que realiza un transportista de combustible. Éste transporta – lleva, conduce – un producto (el combustible) de un punto a otro. La empresa de transmisión eléctrica, por su parte, transporta una cantidad de electricidad de un lugar a otro. En ambos casos, la producción del insumo (la electricidad o el combustible) corresponde a otras personas: a un mayorista o una refinadora, en el caso del transportista, y a una empresa de generación eléctrica en el caso de la empresa de transmisión.

Ni el transportista de combustible, ni la empresa de transmisión eléctrica tienen como propósito la venta del producto transportado. Sin embargo, el transporte de combustible (y de cualquier otro producto) tiene una diferencia fundamental con el transporte de energía eléctrica, aspecto que permite que en un caso se hable de **“transmisión”** y en el otro simplemente de transporte. Mientras que para transportar gasolina el insumo se inserta en un medio de transporte que se desplazará hacia su destino, en el caso de la energía eléctrica no existe un medio de transporte que se desplace: lo único que se desplaza es la electricidad.

- 3.1.4 Pero la diferencia descrita no cancela la semejanza entre el transmisor de electricidad y el transportista. Ambos participan en la actividad económica con el propósito de recuperar su inversión en, y los costos de operación y mantenimiento de los bienes involucrados en el desarrollo de su actividad (en un caso en los medios de transporte, y en el otro caso en las instalaciones de transporte y transformación de electricidad) y obtener un margen de utilidad o ganancia. Esta recuperación ocurre cuando otros sujetos utilizan estos bienes, adquiriendo el deber de pagar por este uso (este pago en el caso de las instalaciones de transmisión de electricidad se llama **compensación**).
- 3.1.5 Lo que sí hace la diferencia entre una y otra actividad, que se deriva de las características propias de la electricidad (imposibilidad de almacenarla, necesidad de que la oferta sea igual a la demanda en todo instante del tiempo, etc.) y de la característica de servicio público que su suministro tiene generalmente, es determinar la intervención regulatoria del Estado en la actividad de transmisión de electricidad.
- 3.1.6 La intervención ocurre de dos maneras: (a) se obliga al transmisor a permitir que terceros utilicen sus instalaciones para transmitir electricidad; y, (b) se fija de antemano cuánto es lo que le corresponderá recibir de estos terceros al transmisor como compensación por dicho uso.

3.2 CÓMO RECUPERA SU INVERSIÓN EL TRANSMISOR: EL PAPEL DEL OSINERG.

- 3.2.1 El artículo 33 de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley No. 25844 (en adelante, simplemente, la LCE) dispone lo siguiente:

"Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley." (el subrayado es nuestro)

El literal b) del artículo 43 de la LCE establece que las compensaciones que se pagarán a los titulares de los sistemas de transmisión, están sujetas a regulación de precios. El artículo 44 de la misma norma, por su parte, asignó la función de realizar esta regulación a la Comisión de Tarifas Eléctricas (en adelante, simplemente, CTE), hoy OSINERG.

3.2.2 Según lo dispone la LCE, las instalaciones de un sistema de transmisión pueden pertenecer al Sistema Principal de Transmisión (SPT) o al Sistema Secundario de Transmisión (SST). Las Instalaciones de Eteselva materia del presente proceso pertenecen al SPT. Los artículos 59 y 60 de la LCE¹ disponen que los titulares de instalaciones de transmisión que pertenezcan al SPT tienen derecho a recibir una compensación para cubrir su Costo Total de Transmisión. El Costo Total de Transmisión comprende la

¹ **LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS:**

Artículo 59.- Los generadores conectados al Sistema Principal, abonarán mensualmente a su propietario, una compensación para cubrir el Costo Total de Transmisión. El Costo Total de Transmisión comprende la anualidad de la inversión y los costos estándares de operación y mantenimiento del Sistema Económicamente Adaptado. La anualidad de la inversión será calculada considerando el Valor Nuevo de Reemplazo, su vida útil y la Tasa de Actualización correspondiente fijada en el artículo 79 de la presente Ley.

Artículo 60.- La compensación a que se refiere el artículo anterior, se abonará separadamente a través de dos conceptos denominados Ingreso Tarifario y Peaje por Conexión.

El Ingreso Tarifario se calcula en función de la potencia y energía entregada y retirada en barras, valorizadas a sus respectivas Tarifas en Barra sin incluir el respectivo peaje.

El Peaje por Conexión es la diferencia entre el Costo Total de Transmisión y el Ingreso Tarifario.

El Reglamento definirá el procedimiento por el cual los generadores harán efectiva la compensación de los propietarios del Sistema Principal de Transmisión."

anualidad de la inversión y los costos estándares de operación y mantenimiento. La citada compensación por uso se abona separadamente a través del pago dos conceptos: **(a) Ingreso Tarifario**; y, **(b) Peaje por Conexión**. Conforme al artículo 61 de la LCE, OSINERG fija anualmente la cuantía de los conceptos referidos. Esto significa que cuando OSINERG determina el Ingreso Tarifario y el Peaje por Conexión, correspondientes a las instalaciones de un sistema de transmisión que pertenece al SPT, está decidiendo a cuánto ascenderá la compensación que recibirá el transmisor y titular de las mismas y que corresponde pagar por su uso a los terceros que las utilicen.

3.2.3 A su vez, según establece el artículo 60 de la LCE y el artículo 137 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 009-93-EM (en adelante, simplemente, el RLCE)², el **Peaje por Conexión** se obtiene deduciendo del **Costo Total de Transmisión** el Ingreso Tarifario Esperado Total para el SPT.

3.2.4 Como se indicó, el Costo Total de Transmisión de las instalaciones de transmisión del SPT comprende, según el artículo 59 de la LCE, la **anualidad de la inversión** y los **Costos estándares de Operación y Mantenimiento (COyM)** del Sistema Económicamente Adaptado. Esta misma norma establece que la **anualidad de la inversión** – a su turno – se calcula considerando el **Valor Nuevo de Reemplazo** de las respectivas instalaciones, su vida útil (que está fijada en 30 años) y la Tasa de Actualización (fijada en el artículo 79 de la LCE).

² **LEY DE CONCESIONES ELECTRICAS:**

"Artículo 137.- El Peaje por Conexión será obtenido deduciendo del Costo Total de transmisión el Ingreso Tarifario Esperado Total para el Sistema Principal de Transmisión, determinado conforme a lo establecido en el artículo precedente.
(...)."

Lo expresado hasta el momento significa que las cantidades que OSINERG considere para los **Costos de Operación y Mantenimiento (COyM)** y el **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)** de las instalaciones del SPT de una empresa de transmisión, determinan el monto de la **compensación** que la misma recibirá por el uso de dichas instalaciones, pues son los componentes de la "fórmula" empleada para definir el Costo Total de Transmisión. **De hecho, tales conceptos constituyen la base de la compensación a recibirse.**

IV. **FUNDAMENTOS DE HECHO.**

4.1 **LA DISCRIMINACIÓN Y LA ARBITRARIEDAD COMETIDAS EN LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS.**

4.1.1 El artículo 76 de la LCE³ establece que para efectos de la fijación del **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)**, las empresas propietarias de instalaciones de transmisión (instalaciones de transporte y transformación de electricidad) presentarán al OSINERG la información sustentatoria correspondiente. Asimismo, el artículo 22 del RLCE establece que

³ **LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

"Artículo 76.- El Valor Nuevo de Reemplazo para fines de la presente Ley, representa el costo de renovar las obras y bienes destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes, considerando además:

- a) Los gastos financieros durante el período de la construcción con una tasa de interés que no podrá ser superior a la Tasa de Actualización, fijada en el artículo 79 de la presente Ley;
- b) Los gastos y compensaciones por el establecimiento de las servidumbres utilizadas; y
- c) Los gastos por concepto de estudios y supervisión.

Para la fijación del Valor Nuevo de Reemplazo, los concesionarios presentarán la información sustentatoria, pudiendo la Comisión de Tarifas Eléctricas rechazar fundamentadamente la incorporación de bienes innecesarios."

corresponde al Consejo Directivo del OSINERG aprobar el **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)** de las instalaciones de transmisión y distribución.

4.1.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 76 de la LCE, **Aguaytía Energy del Perú S.R.L.** (en adelante, simplemente, Aguaytía Energy), antigua propietaria de las Instalaciones de Eteselva, presentó oportunamente a la CTE (hoy OSINERG) la información sustentatoria de su **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)**. Mediante esta información se sustentó que este **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)** ascendía a la suma de **US\$ 31'068,276.88**. Sin embargo, la CTE (hoy OSINERG) fijó como **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)** la suma de **US\$ 19'596,000.00**, el cual – con pequeñas modificaciones - continúa siendo aplicado por el OSINERG hasta la fecha para efectos de fijar las compensaciones por el uso de las Instalaciones de Eteselva.

4.1.3 El 20 de septiembre de 2002, mediante **Resolución No. 1450-2002-OS/CD**, el Consejo Directivo de OSINERG fijó por primera vez el **Peaje por Conexión** de las instalaciones de la línea de transmisión Pachachaca – Oroya – Carhuamayo – Paragsha – Derivación Antamina (Vizcarra), líneas L-224, L-2254, L-2258 y L-2259, respectivamente, e instalaciones de transformación asociadas (en conjunto, y en adelante, simplemente, las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra), de propiedad de la **Empresa Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A.** (en adelante, simplemente, ISA), fijando un Peaje por Conexión unitario superior al que correspondía al Peaje por Conexión de las Instalaciones de Eteselva. **Afirmamos lo anterior porque las Instalaciones de Eteselva tienen las mismas características que las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA.**

4.1.4 Como el **Peaje por Conexión** de las Instalaciones de la Línea Pachachaca –Vizcarra de ISA se fijó cuando estaba en vigencia el **Peaje por Conexión** de las Instalaciones de Eteselva correspondiente al período comprendido entre mayo 2002 y abril 2003, el Procedimiento de Fijación Tarifaria de mayo de 2003 era el momento propicio para que se corrigiera la situación discriminatoria descrita en el punto anterior. Esta supresión se habría obtenido estableciendo un **Peaje por Conexión** equivalente para las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA y para las Instalaciones de Eteselva, por tener dichas instalaciones, reiteramos, las mismas características, lo cual obligaba a que sus respectivos VNR sean equivalentes.

4.1.5 A pesar de lo expuesto, en el Procedimiento de Fijación Tarifaria correspondiente al año 2003, el Consejo Directivo de OSINERG S.R.L. expidió la **Resolución No. 057-2003-OS/CD**, en la cual fijó los siguientes montos por los conceptos de **Peaje por Conexión e Ingreso Tarifario Esperado**, para las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA y para las Instalaciones de Eteselva:

a) Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA:

Peaje por Conexión:	S/. 30'569,169
Ingreso Tarifario Esperado:	S/. 129,009

b) Instalaciones de Eteselva:

Peaje por Conexión:	S/. 11'246,931
Ingreso Tarifario Esperado:	S/. 4,662

4.1.6 En el **Informe OSINERG-GART/DGT No. 10A-2003**, que constituye un anexo de la **Resolución No. 057-2003-OS/CD**, aparece la explicación de la diferencia referida en el punto anterior. Allí se consigna que el **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)** y el **Costo de Operación y Mantenimiento (COyM)** fijados para las instalaciones de ambas empresas, y que componen el Peaje por Conexión, son los siguientes:

a) Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA:

Valor Nuevo de Reemplazo: US\$ 57'263,887 por año

Costo de Operación y Mantenimiento: US\$ 1'717,917 por año

b) Instalaciones de Eteselva:

Valor Nuevo de Reemplazo: US\$ 19'727,211 por año

Costo de Operación y Mantenimiento: US\$ 788,861 por año

4.1.7 Al otorgarse el tratamiento diferenciado, OSINERG agravó el derecho a la igualdad de Eteselva e incurrió en un acto arbitrario. Por tal razón, para intentar suprimir la arbitrariedad contenida en la **Resolución No. 057-2003-OS/CD**, interpusimos un Recurso de Reconsideración, afirmando que, si se deja de lado la discriminación referida, las cuantías de los conceptos referidos (VNR y COyM) correspondientes a las Instalaciones de Eteselva, que deben ser tomados en cuenta para la fijación del correspondiente **Peaje por Conexión**, deben ser las siguientes:

- **Valor Nuevo de Reemplazo:** US\$ 31'276,981
- **Costo de Operación y Mantenimiento:** US\$ 1'172,117

Sin embargo, nuestro Recurso de Reconsideración fue declarado **INFUNDADO** por el Consejo Directivo de OSINERG, mediante la **Resolución No. 096-2003-OS/CD**, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el 19 de junio de 2003. De hecho, lejos de acoger los planteamientos de Eteselva, OSINERG modificó el citado Costo de Operación y Mantenimiento (COyM) reduciéndolo injustificadamente a la suma de US\$ 726,232.50 (es decir, lo redujo en US\$ 62,628.50) y disminuyó el Peaje por Conexión de las Instalaciones de Eteselva a US\$ 11'040,442, conforme consta en la Resolución No. 099-2003-OS/CD del Consejo Directivo del OSINERG de fecha 17 de junio de 2003 y su fe de erratas, así como el Peaje Unitario. Con esto, OSINERG violó abiertamente las disposiciones del numeral 187.2 del artículo 187 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Ley No. 27444 (en adelante, simplemente, la Ley del Procedimiento Administrativo General), que dicen textualmente:

"187.2. En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede." (el subrayado es nuestro)

4.1.8 La **Resolución No. 096-2003-OS/CD** no sólo consolida administrativamente la arbitrariedad en contra de Eteselva sino que en su fundamentación hace explícito el carácter arbitrario y discriminatorio de su decisión. Así, en los fundamentos de dicha Resolución OSINERG afirma lo siguiente:

- Que no es posible variar el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las Instalaciones de Eteselva, debido a que este concepto se renueva cada 4

años y no anualmente. Para sustentar su afirmación, OSINERG sostiene que en otro procedimiento administrativo (**Procedimiento para la fijación de las tarifas en Barra para el período mayo-octubre 2002**) ya ha decidido que la periodicidad de la renovación referida no es anual sino de 4 años.

- Que el régimen contractual de Aguaytía Energy (hoy Eteselva) es distinto al régimen aplicable a los **Contratos BOOT (Build, Own Operate and Transfer)** bajo el cual fueron construidas las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA y no son responsabilidad de OSINERG las diferencias entre el régimen para establecer el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las instalaciones construidas bajo los Contratos BOOT con el régimen para establecer el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las Instalaciones de Eteselva. En ese sentido, al fijar el Peaje por Conexión e Ingreso Tarifario de las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA, OSINERG se ha limitado a cumplir, según afirma, con lo establecido en el marco legal vigente y a tener en cuenta las consideraciones establecidas en el Contrato BOOT que suscribiera el Estado Peruano con ISA, y las obligaciones del Regulador derivadas de las normas de Privatización, en especial el Decreto Supremo No. 059-96-PCM.

4.1.9 Ninguno de los argumentos de la Resolución No. 096-2003-OS/CD justifican el trato discriminatorio que OSINERG ha otorgado a Eteselva. Así lo explicaremos a continuación, en el punto V del presente escrito, al describir los fundamentos de derecho que respaldan nuestros petitorios.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

A. FUNDAMENTOS DE DERECHO MATERIAL.

5.1 LAS RESOLUCIONES SUB-LITIS AL DISCRIMINAR A ETESELVA CONTRAVIENEN NORMAS EXPRESAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO.

- 5.1.1. La igualdad de trato por parte del Estado a las empresas que realizan una misma actividad económica es una regla establecida por la Constitución que tiene su soporte en un derecho constitucional. Así, el artículo 60 de la Constitución establece que la "actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal", mientras que en el inciso 2 del artículo 2 del texto constitucional se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley.
- 5.1.2. Estas disposiciones constitucionales tienen un desarrollo legislativo en el derecho peruano. Así, el artículo 12 del Decreto Legislativo No. 757 dispone que el Estado no establece discriminaciones ni diferenciaciones en materia de precios o tarifas entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas.
- 5.1.3. El derecho a la igualdad de las empresas y la prohibición de realizar conductas discriminatorias contra ellas están también establecidos en el Reglamento de OSINERG, aprobado mediante Decreto Supremo No. 054-2001-PCM. El artículo 6 de esta norma consagra explícitamente el Principio de No Discriminación, disponiendo que las *"decisiones y acciones de OSINERG se orientarán a garantizar que las ENTIDADES no sean discriminadas de manera que se coloque a unas, en ventaja competitiva e injustificada frente a otras."* El artículo 9 de la misma norma reconoce el Principio de Imparcialidad cuando establece que OSINERG aplicará las normas legales vigentes y que los casos o situaciones de características semejantes deberán ser tratados de manera similar.

5.1.4 Ante el contexto normativo descrito resulta increíble que OSINERG fije un Peaje por Conexión equivalente menor para las Instalaciones de Eteselva al fijado para las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA, tomando como base un Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) y un Costo de Operación y Mantenimiento (COyM) para las Instalaciones de Eteselva menor al que ha establecido para las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA, argumentando que procede de esa manera porque el Estado ha suscrito un Contrato BOOT con la empresa ISA, es decir con la propietaria de las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra. Esto ciertamente resulta insostenible porque no puede afirmarse que la adopción por parte del Estado de una modalidad contractual respecto de una empresa, a efectos de definir una modalidad de ingreso al mercado, le autoriza a establecer preferencias a favor de ésta. Sería tanto como aceptar que la discriminación está prohibida, pero al mismo tiempo afirmar que se puede superar esta prohibición celebrando un contrato.

5.1.5 **Apréciase que OSINERG, para pasar a tal alegato, entiende que, en efecto, las Instalaciones de Eteselva y las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA tienen las mismas características.** Hasta donde conocemos, tal circunstancia es más que suficiente para que un Regulador (como OSINERG), que sólo debe apreciar tales circunstancias, depare un mismo trato a las citadas instalaciones.

5.1.6. No existe ninguna norma legal en nuestro ordenamiento que establezca que las empresas de transmisión eléctrica que celebren Contratos BOOT con el Estado tienen derecho a un trato preferente frente a las demás. Por añadidura, si tal norma existiera sería inconstitucional y tendría que ser inaplicada por vuestro Juzgado, tal como lo dispone el artículo 138 de la

Constitución⁴. Por consiguiente es imposible encontrar sustento jurídico para establecer una diferencia sin asidero – que por tal se vuelve discriminatoria- como la contenida en resoluciones sub-litis.

- 5.1.7 Sin perjuicio de lo expresado en el punto anterior, consideramos pertinente subrayar que el artículo 25 del Decreto Supremo No. 059-96-PCM⁵, norma que invoca OSINERG para justificar su decisión, no contiene una autorización para establecer compensaciones mayores a las instalaciones pertenecientes a las empresas de transmisión que hayan celebrado Contratos BOOT con el Estado. Reiteramos que si ese fuera el alcance de dicha norma, la misma sería inconstitucional.

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:**

"Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior."

⁵ **DECRETO SUPREMO No. 059-96-PCM:**

"Artículo 25.- La concesión se otorgará al titular de la propuesta técnica y económicamente más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, entre otros, teniendo en consideración:

- a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso;
- b) El plazo de otorgamiento de la concesión;
- c) La oferta financiera;
- d) Los ingresos garantizados por el Estado;
- e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación;
- f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión de ser el caso; y
- g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

El organismo regulador correspondiente velará que se cumplan los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación, formulada de conformidad con los incisos a que se refiere este artículo, los que se incorporan en el contrato de concesión."

5.2 LOS PETITORIOS DE ESTE PROCESO, NI LOS FORMULADOS EN SEDE ADMINISTRATIVA, NO AFECTAN NINGUNA "COSA DECIDIDA".

5.2.1. La solicitud contenida en el Recurso de Reconsideración interpuesto por Eteselva contra la **Resolución No. 096-2003-OS/CD** consistente en que se deje de interpretar aisladamente el artículo 77 de la LCE, no ha sido resuelta con carácter de cosa decidida. OSINERG afirma lo contrario al alegar que, en un procedimiento anterior – impugnación contra la Resolución del Consejo Directivo del OSINERG No. 949-2002-OS/CD, en el Procedimiento de fijación de Tarifas en Barra para el período mayo-octubre 2002 -, ya se ha resuelto "una similar solicitud de Eteselva". Para fundamentar su posición invoca el numeral 3 del artículo 206 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece lo siguiente:

"206.3. No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma."

5.2.2 Nótese que OSINERG pretende aplicar una norma que impide la impugnación de resoluciones definitivas que hayan resuelto un idéntico pedido formulado anteriormente (eso es lo que significa reproducir), a un Recurso de Reconsideración que – según esta misma institución – contiene una solicitud "similar" (es decir, no igual sino parecida) a una anteriormente formulada. O sea, pretende aplicar una norma que restringe el derecho de impugnar por analogía, contrariando directamente lo dispuesto por el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución, norma que prohíbe la aplicación por analogía de las normas que restringen derechos.

5.2.3 La imposibilidad de aplicar la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 206 de la Ley del Procedimiento Administrativo General se encuentra ratificada por la doctrina nacional. Así, el especialista en la

materia, Juan Carlos Morón Urbina, respecto de esta norma explica lo siguiente:

*"Los actos confirmatorios y los que reproducen otros anteriores son actos de interpretación restrictiva que requieren para alegarse perfecta identidad entre los actos objetos de comparación (acto original y el que lo confirma o reproduce). Por lo general se deberá exigir la igualdad de las circunstancias procedimentales que las que se dicta el acto inicial y el confirmatorio o que lo reproduce, reflejar los mismos fundamentos jurídicos; el segundo acto debe tener por objeto las pretensiones ya resueltas por el anterior, y que no contenga declaraciones esenciales distintas de las ya efectuadas en el primero."*⁶

5.2.4. En el presente caso, nos encontramos ante un supuesto esencialmente distinto al que se presentó en el Procedimiento de Fijación de Tarifas en Barra para el período mayo-octubre 2002, que tuvo lugar en abril de 2002. Ello por una razón muy sencilla: el punto fundamental de nuestro Recurso de Reconsideración es la solicitud de que se suprima una fijación discriminatoria que en abril de 2002 no existía.

En efecto, la discriminación recién empieza en octubre de 2002, cuando OSINERG le fija un Peaje por Conexión a las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA en base a un Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) y a un Costo de Operación y Mantenimiento (COyM) mayores a los considerados para fijar el Peaje por Conexión de las Instalaciones de Eteselva, aún cuando las instalaciones de ambas empresas tienen las mismas características.

5.2.5 La discriminación se consolida en abril de 2003 cuando – mediante la **Resolución No. 057-2003-OS/CD** – OSINERG no cumple con otorgar un trato igual al fijar la compensación para las Instalaciones de Eteselva. ¿Es

⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. NUEVA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Comentarios. Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, octubre 2001, pag. 445

posible acaso que hayamos sustentado una impugnación contra una resolución de abril de 2002, afirmando la existencia de una discriminación que recién ocurriría en octubre de 2002? La respuesta es evidentemente negativa.

5.2.6 Por consiguiente, la reconsideración interpuesta por Eteselva contra la **Resolución No. 057-2003-OS/CD** no es, ni siquiera, una solicitud similar a la impugnación formulada contra la **Resolución No. 0940-2002-OS/CD**, expedida en abril de 2002, pues ambas impugnaciones, como se ha demostrado, tienen contextos fácticos y jurídicos distintos.

5.3 **LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 77 DE LA LCE REALIZADA POR OSINERG NO ES UN OBSTÁCULO PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.**

5.3.1 OSINERG ha interpretado literalmente el artículo 77 de la LCE sin concordar esta norma con las disposiciones contenidas en los artículos 59⁷, 60⁸ y 61⁹ de la misma Ley. En base a esta consideración, OSINERG

⁷ **LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS:**

“**Artículo 59.-** Los generadores conectados al Sistema Principal, abonarán mensualmente a su propietario, una compensación para cubrir el Costo Total de Transmisión. El Costo Total de Transmisión comprende la anualidad de la inversión y los costos estándares de operación y mantenimiento del Sistema Económicamente Adaptado. La anualidad de la inversión será calculada considerando el Valor Nuevo de Reemplazo, su vida útil y la Tasa de Actualización correspondiente fijada en el artículo 79 de la presente Ley.”

⁸ **LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS:**

“**Artículo 60.-** La compensación a que se refiere el artículo anterior, se abonará separadamente a través de dos conceptos denominados Ingreso Tarifario y Peaje por Conexión. El Ingreso Tarifario se calcula en función de la potencia y energía entregada y retirada en barras, valorizadas a sus respectivas Tarifas en Barra sin incluir el respectivo peaje. El Peaje por Conexión es la diferencia entre el Costo Total de Transmisión y el Ingreso Tarifario. El Reglamento definirá el procedimiento por el cual los generadores harán efectiva la compensación de los propietarios del Sistema Principal de Transmisión.”

considera que el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las instalaciones de transmisión sólo puede actualizarse cada cuatro (4) años.

5.3.2 Sin embargo, la lectura concordada de los artículos 59, 60 y 61 de la LCE conduce, de modo incontrovertible, a las siguientes premisas:

- a. El **Peaje por Conexión** y su respectiva fórmula de reajuste se fijan anualmente.
- b. El **Peaje por Conexión** es la diferencia entre el **Costo Total de Transmisión** y el **Ingreso Tarifario**. Por lo tanto, para fijar el **Peaje por Conexión** se debe calcular el **Costo Total de Transmisión**.
- c. El **Costo Total de Transmisión** comprende la **anualidad de la inversión** y los costos estándares de operación y mantenimiento del Sistema Económico Adaptado.
- d. La **anualidad de la inversión** comprende al **Valor Nuevo de Reemplazo**.

5.3.3 Lo expresado en el punto anterior significa que para que pueda cumplirse con las normas concordadas referidas y con la disposición que ordena que el **Peaje por Conexión** se renueve anualmente, necesariamente tiene que

⁹ **LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS:**

"Artículo 61.- La Comisión de Tarifas Eléctricas fijará anualmente el Peaje por Conexión y su respectiva fórmula de reajuste mensual, calculando el Costo Total de Transmisión; tomando en cuenta el Ingreso Tarifario esperado, que le deberá proporcionar el respectivo COES.

El Peaje por Conexión y su respectiva fórmula de reajuste, serán fijados y publicados en el Diario Oficial El Peruano, entrando en vigencia el 01 de mayo de cada año."

poder variarse anualmente el **Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)**, pues este es el único concepto no estático (es decir, variable) que integra el Peaje por Conexión. De esta manera la única interpretación posible del artículo 77 de la LCE¹⁰ consiste en entender que cuando esta norma establece que la variación del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) se produce cada cuatro años, se está refiriendo a aquella variación producida por cambios en la tecnología y en los precios vigentes en la fecha en que el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) inicial fue establecido o, en todo caso, impone una evaluación de oficio por parte del OSINERG, **pero bajo ningún punto defiende o hace inmutable por cuatro (4) años al Sistema Eléctrico Nacional de los cambios que se produzcan en la realidad.**

5.3.4 Sin perjuicio de lo expresado, debemos precisar que sea cual fuera la interpretación que se tome, ninguna puede impedir que se suprima la conducta discriminatoria de OSINERG contenida en las resoluciones impugnadas, pues la fijación del Peaje por Conexión en base a un Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) no discriminatorio que solicitamos no está fundamentada en la necesidad de un cambio por haber transcurrido un período de tiempo concreto, sino en el hecho de que resulta imprescindible se equipare el valor de la compensación de las Instalaciones de Eteselva y el asignado a las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA, por constituir la diferencia existente un acto discriminatorio, arbitrario y agravante de nuestro derecho a la igualdad.

¹⁰**LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS:**

"Artículo 77.-Cada cuatro años, la Comisión de Tarifas Eléctricas procederá a actualizar el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución, con la información presentada por los concesionarios.

En el caso de obras nuevas o retiros, la Comisión de Tarifas Eléctricas incorporará o deducirá su respectivo Valor Nuevo de Reemplazo."

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL.

- (a) Artículo 1 de la Ley No. 27584, ley que regula el proceso contencioso administrativo, la cual establece que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.
- (b) Artículo 4 de la Ley No 27584, norma que establece que en el proceso administrativo son impugnables los actos administrativos.
- (c) Artículo 5 de la Ley No. 27584, norma que establece que en el proceso contencioso administrativo se pueden plantear pretensiones con el objeto de obtener la declaración de nulidad, total o parcial, o ineficacia de los actos administrativos.
- (d) Artículo 9 de la Ley No. 27584, norma que establece que para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia es competente el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo.

VI. MEDIOS PROBATORIOS:

- 6.1 Copia de la publicación de la Resolución No. 057-2003-OS/CD.
- 6.2 Copia de la publicación de la Resolución No. 096-2003-OS/CD, que diferencia las Instalaciones de Eteselva de las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA sólo con base de la distinta manera de acceder al mercado por parte de la segunda.

- 6.3 Copia de la publicación de la Resolución No. 099-2003-OS/CD y de su fe de erratas.
- 6.4 Copia del cargo de presentación de nuestro Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 057-2003-OS/CD, presentado a OSINERG el 9 de mayo de 2003.
- 6.5 Copia del cargo de presentación de nuestro escrito de fe de erratas respecto al Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 057-2003-OS/CD, presentado a OSINERG el 14 de mayo de 2003.

Con los medios probatorios indicados en los puntos 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley No. 27584, cumplimos con el requisito de admisibilidad consistente en acompañar el documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa.

- 6.6 Copia de la **Resolución No. 1450-2002-OS/CD**, mediante la cual el Consejo Directivo de OSINERG fijó por primera vez el **Peaje por Conexión** de las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA.
- 6.7 Copia del **Informe OSINERG-GART/DGT No. 10A-2003**.

POR TANTO:

AL JUZGADO PEDIMOS: Se sirva admitir a trámite la presente demanda y, oportunamente, declararla fundada.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que, acompañamos los siguientes anexos:

1. Copia del R.U.C. de la empresa demandante (Anexo 1-A).
2. Copia del poder que faculta a nuestro representante (Anexo 1-B).
3. Copia de la publicación de la Resolución No. 057-2003-OS/CD (Anexo 1-C).
4. Copia de la publicación de la Resolución No. 096-2003-OS/CD y de la Resolución No. 099-2003-OS/CD y su fe de erratas (Anexo 1-D).
5. Copia del cargo de presentación de nuestro Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 057-2003-OS/CD, presentado a OSINERG el 9 de mayo de 2003 (Anexo 1-E).
6. Copia del cargo de presentación de nuestro escrito de fe de erratas respecto al Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 057-2003-OS/CD, presentado a OSINERG el 14 de mayo de 2003 (Anexo 1-F).
7. Copia de la Resolución No. 1450-2002-OS/CD, mediante la cual el Consejo Directivo de OSINERG fijó por primera vez el Peaje por Conexión de las Instalaciones de la Línea Pachachaca-Vizcarra de ISA (Anexo 1-G).
8. Copia del Informe OSINERG-GART/DGT No. 10A-2003 (Anexo 1-H).
9. Arancel judicial por concepto de Ofrecimiento de medios probatorios (Anexo 1-I).

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley No. 27584, nos reservamos el derecho de ampliar la demanda siempre que, antes de la expedición de la sentencia se produzcan nuevas actuaciones impugnables que sean consecuencia directa de las que son objeto del presente proceso.

TERCER OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley No. 27584, SOLICITAMOS que la demanda y la resolución admisorias sean notificadas a la Procuraduría encargada de los Asuntos Judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Procesal Civil, delegamos nuestra representación en los letrados que autorizan el presente escrito, doctores Juan Monroy Gálvez, con Registro C.A.L. No. 11036 y José Omar Cairo Roldán, con Registro C.A.L. No. 23273, concediéndoles las facultades generales de representación contenidas en el artículo 74 del Código Procesal Civil.

Para tal efecto ratificamos nuestra dirección domiciliaria señalada en el principal del presente escrito. Asimismo, declaramos estar instruidos de la delegación que otorgamos y de sus alcances.

QUINTO OTROSI DECIMOS: Que, autorizamos a los Sres. Carlos Torero Pacheco, con D.N.I. No. 41510134, César Ramírez Valencia con D.N.I. No. 0793822, Hugo López Pereyra con D.N.I. No. 25412977, Juan José Edquén Miranda con D.N.I. No. 07635407, Manuel Valdivieso Porras, con D.N.I. No. 07255572, y Libertad Martínez Mayorca con D.N.I. No. 06800247, para que en forma conjunta o indistinta puedan recoger y tramitar en nombre de la recurrente

todos los avisos, exhortos y demás documentos que hubiese que tramitar en el presente proceso.

SIXTO OTROSI DECIMOS: Que, acompañamos copia simple del presente escrito para ser entregado a la otra parte; así como las cédulas de notificación conforme a ley.

Lima, 19 de septiembre de 2003

ETESSELVA S.R.L.
P.P.

Juan F. Menroy Galvez
ABOGADO
Lima: Reg. O.A.L. N° 11009
Cajamarca: Reg. O.A.L. N° 2011

José Omar Calvo Roldán
ABOGADO
REG. CAL. 23273