

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA OSINERG N° 129-2005-OS/CD

Lima, 15 de Junio de 2005

Que, con fecha 15 de abril de 2005, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante "OSINERG") publicó la Resolución de Consejo Directivo OSINERG N° 066-2005-OS/CD (en adelante "RESOLUCIÓN") contra la cual la Empresa de Generación Eléctrica CAHUA S.A. (en adelante "CAHUA"), dentro del término de ley, presentó recurso de reconsideración (en adelante el "RECURSO"), siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- ANTECEDENTES

Que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 46° de la Ley de Concesiones Eléctricas¹ (en adelante "LCE"), las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, son fijadas anualmente por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante "OSINERG") y entran en vigencia en el mes de mayo de cada año;

Que, el Proceso de Regulación Tarifaria, conforme se señala en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005, se inició el 14 de enero de 2005 con la presentación del Estudio Técnico Económico correspondiente, por parte del COES-SINAC;

Que, posteriormente, el 4 de febrero de 2005, el OSINERG remitió al COES-SINAC un informe con las observaciones encontradas al Estudio Técnico Económico señalado anteriormente, mediante oficio N° 055-2005- OSINERG/GART;

Que, dichas observaciones fueron revisadas y respondidas por el COES-SINAC con fecha 25 de febrero de 2005, mediante oficio COES-SINAC/P-009-2005;

Que, seguidamente, el 18 de marzo de 2005 se publicó la Resolución OSINERG N° 044-2005-OS/CD, la cual contiene el proyecto de resolución que fija las Tarifas en Barra para el periodo mayo 2005 – abril 2006;

Que, conforme a lo dispuesto en la Resolución OSINERG N° 044-2005-OS/CD, hasta el 01 de abril de 2005, se recibieron las opiniones y sugerencias de los interesados al proyecto de Resolución, sin que CAHUA haya presentado opinión alguna;

¹ **Artículo 46°.-** Las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, serán fijadas anualmente por OSINERG y entrarán en vigencia en el mes de mayo de cada año.

Las tarifas sólo podrán aplicarse previa publicación de la resolución correspondiente en el Diario Oficial "El Peruano" y de una sumilla de la misma en un diario de mayor circulación. La información sustentatoria será incluida en la página web de OSINERG.

Que, luego del análisis de las opiniones y sugerencias, el OSINERG, con fecha 15 de abril de 2005, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 43° de la LCE², publicó la RESOLUCIÓN, la misma que estableció las Tarifas en Barra y sus fórmulas de actualización para el período mayo 2005 – abril 2006; así como, el valor de la Remuneración Anual Garantizada (en adelante “RAG”), a que se refiere el Contrato de Concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica de ETECEN/ETESUR (en adelante el “CONTRATO”), para el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril del 2006, así como el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión (en adelante “SPT”) de la empresa Red Energía del Perú S.A. (en adelante “REP”);

Que, con fecha 6 de mayo de 2005, CAHUA interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN, cuyo sustento fue expuesto por dicha empresa en la Audiencia Pública, convocada por el OSINERG, realizada el 18 de mayo de 2005

Que, conforme se señala en el procedimiento correspondiente a la regulación de las Tarifas en Barra, los interesados, debidamente legitimados, podían presentar sus opiniones y sugerencias en relación con los recursos de reconsideración interpuestos hasta el 23 de mayo de 2005, no habiéndose recibido ello en lo que respecta al RECURSO.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, CAHUA solicita modificar los términos de la RESOLUCION, en el extremo que fija el peaje del SPT correspondiente a REP; y emitir una nueva resolución tarifaria que, con relación a dicho peaje, tome en consideración que el contrato denominado “Acta por el uso de instalaciones de la Empresa de Transmisión Eléctrica del Centro S.A (en adelante “ETECEN”) en S.E. Paramonga Nueva”, de fecha 6 de abril de 1998 (en adelante “el ACTA”) originalmente celebrado entre CAHUA y ETECEN quedará resuelto en los próximos 30 días calendario;

Que, CAHUA acompaña al recurso, copia de la carta notarial de fecha 6 de mayo de 2005 a través de la cual pone en conocimiento de REP la decisión de resolver el acuerdo por el uso de las instalaciones de la Subestación Paramonga Nueva (celda 138 kV de la línea 101 y el autotransformador), cuyas condiciones se encuentran pactadas en el ACTA;

² **Artículo 43°.**- Estarán sujetos a regulación de precios:

- a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41° de la presente Ley.
Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador;
- b) Las tarifas y compensaciones a titulares de Sistemas de Transmisión y Distribución;
- c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; y,
- d) Las ventas a usuarios del Servicio Público de Electricidad.

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, CAHUA señala que mediante la Ley N° 27239 del 22 de diciembre de 1999 se modificaron los artículos 44⁰³ y 62⁰⁴ de la LCE, mediante los cuales se dispone que las compensaciones por el uso de las instalaciones del Sistema Secundario de Transmisión (en adelante "SST") deben ser regulados por el OSINERG, a diferencia del texto anterior que señalaba que estas se establecían por mutuo acuerdo entre el generador interesado y el propietario de la instalación;

Que, agrega CAHUA, que con fecha 6 de abril de 1998, estando vigente el artículo 62⁰ original, CAHUA y ETECEN llegaron a un acuerdo, por el uso de las instalaciones de la subestación Paramonga Nueva (en adelante "SEPANU") comprendida por la celda en 138 kV de la línea L-101 y el autotransformador de 220/138 KV, el cual quedó reflejado en el ACTA. Resulta que en dicha ACTA no se acordó el plazo de vigencia, ni se estableció otras obligaciones y derechos, razón por la cual el ACTA es de plazo indeterminado;

Que, así mismo, señala que dicho acuerdo no se afectó por el cambio que se introdujo en el artículo 62⁰ de la LCE mediante la Ley 27239, dado que en este mismo se dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones cuya vigencia sea posterior a la celebración de tales acuerdos;

Que, a continuación manifiesta que de acuerdo a los términos del CONTRATO, REP asumió la posición contractual de ETECEN y, que en el Anexo 11 de dicho CONTRATO se incluye al contrato de ETECEN con CAHUA dentro de la

³ **Artículo. 44⁰ (vigente).**- Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes.

En las ventas de energía y potencia que no estén destinados al servicio público de electricidad, las facturas deberán considerar obligatoria y separadamente los precios acordados a nivel de la barra de la referencia de generación y los cargos de transmisión, distribución y comercialización.

El anterior artículo señalaba "No están sujetos a regulación de precios las ventas de energía eléctrica no señaladas explícitamente en el artículo anterior"

⁴ **Artículo. 62⁰ (vigente).**- Las compensaciones por el uso de las redes del sistema secundario de transmisión o del sistema de distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía.

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

Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del sistema secundario de transmisión y/o del sistema de distribución serán resueltas por el OSINERG quien actuará como dirimente a solicitud de parte, debiendo pronunciarse en un plazo máximo de 30 (treinta) días, siendo obligatorio su cumplimiento para las partes involucradas. El Reglamento de la Ley establecerá el procedimiento y las instancias respectivas.

El anterior artículo señalaba: "Si un generador suministra energía eléctrica en barras ubicadas en el Sistema Secundario de Transmisión o utilizando instalaciones de un concesionario de distribución, deberá convenir con sus propietarios las compensaciones por el uso de dichas instalaciones.

Estas compensaciones cubrirán el Costo Medio de eficiencia de tales Sistemas y no se pagarán si el uso se efectúa en sentido contrario al flujo preponderante de energía.

En caso de discrepancia y a solicitud de parte, la Comisión de Tarifas de Energía actuará como dirimente y deberá resolver en un plazo máximo de 30 días de presentada".

relación de contratos cedidos a REP, precisándose en dicho anexo, que es a plazo indeterminado y que el monto que debe pagar CAHUA asciende a US\$ 23 225 mensuales.

Que, señala la recurrente, que mediante las resoluciones N° 1449-2002-OS/CD y N° 1470-2002-OS/CD el OSINERG concluyó que las instalaciones de la SEPANU, al ser parte del Sistema de Transmisión Eléctrica otorgado en concesión a REP, debe ser remunerada a través de la RAG, y en consecuencia el regulador ha venido incluyendo la contraprestación pactada entre CAHUA y REP como parte de la RAG;

Que, CAHUA, manifiesta que en aplicación del artículo 1365° del Código Civil⁵, el día 6 de mayo de 2005 notificó a REP su decisión de resolver el ACTA, la misma que, afirma, se hará efectiva en los siguientes 30 días calendario contados a partir de la fecha de la notificación. Agrega que con ello CAHUA estará liberada de su obligación de pagar a REP la contraprestación mensual de US\$ 23 225;

Que, añade que, el hecho que quede resuelto dicha ACTA no limita su derecho, al igual que el de cualquier otro generador, a utilizar dichas instalaciones para entregar energía a sus clientes, dado que aquel no deriva del ACTA sino de la Ley. Complementa que en este caso sería aplicable el artículo 62° de la LCE ahora vigente, el cual establece que las compensaciones por el uso de las redes del SST serán reguladas por el OSINERG y no por acuerdo de partes;

Que, manifiesta que por lo tanto, el uso que CAHUA haga de la SEPANU, luego de concluido el contrato, debe ser remunerado a través del pago de una tarifa regulada, la misma que, agrega no es otra que la RAG. Añade que en consecuencia corresponde al OSINERG establecer la tarifa que le corresponderá pagar a CAHUA a partir de la resolución del ACTA;

Que, finalmente solicita al OSINERG, en razón de los argumentos anteriores, que por la vía de la reconsideración efectúe el cálculo correspondiente asignando a la SEPANU la calificación de subestación de Generación / Demanda, toda vez que la calificación de subestación de generación le fue otorgada únicamente para efectos del ACTA, y que por otro lado luego de la suscripción del ACTA, la SEPANU ha venido siendo utilizada tanto por CAHUA como por otras empresas que forman parte de la demanda de dicha parte del sistema eléctrico;

⁵ **Artículo 1365°** En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.

2.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, la RESOLUCION fijó las Tarifas en Barra aplicables para el periodo entre el 01 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2006. Dicha resolución, publicada en el Diario oficial El Peruano del día 15 de abril de 2005, fue aprobada por el Consejo Directivo del OSINERG en su sesión realizada el día 13 de abril último;

Que, conforme establece la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "LPAG"), en su artículo IV, numeral 1.11, bajo el Principio de Verdad Material, la autoridad administrativa pertinente debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones. Tales hechos, claro está, serán aquellos conocidos o existentes antes de que la autoridad tome la decisión que compete, garantizando de esta forma al administrado que tal decisión es consecuencia de una exhaustiva revisión de hechos presentes;

Que, el principio de verdad material contemplado como tal en la LPAG, en su artículo IV, numeral 1.11, señala que la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual adoptará las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas;

Que, sostiene Gordillo que "*... mientras que en el proceso civil el juez debe en principio constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no, por ejemplo, hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias, que están en expedientes paralelos o distintos, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos, etc. Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado por esa sola circunstancia*";

Que, recordemos que la LPAG exige al funcionario involucrado en la toma de decisión de la administración, a respetar los principios del procedimiento administrativo, a los que hace referencia expresa el Título Preliminar de la mencionada ley, dentro de los que se encuentra el anunciado principio de verdad material;

Que, en conclusión, la legalidad del acto administrativo exige que éste se ajuste a la normativa vigente y que, para su expedición, se haya tenido en cuenta toda la información disponible que sustente la decisión reflejada en dicho acto;

Que, como se mencionó anteriormente, el Consejo Directivo del OSINERG tomó la decisión relacionada con las Tarifas en Barra a que se refiere la RESOLUCIÓN, en su sesión del día 13 del mes de abril del presente año, es decir, con 23 días de anticipación a la fecha que, según sostiene CAHUA, cursó la Carta Notarial a la empresa REP respecto a la resolución de un contrato privado suscrito entre las partes, en virtud del cual, según señala, después de 30 días de notificado REP, quedará resuelto el contrato privado respecto a la compensación que CAHUA pagaba a REP por el uso de las instalaciones en la Subestación Paramonga Nueva;

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA
OSINERG N° 129-2005-OS/CD**

Que, lo cierto es que, todo recurso impugnativo debe estar sustentado en hechos y situaciones que causan perjuicio al administrado por situaciones ocurridas al momento en que se adopta la decisión administrativa, lo que no sucede en esta oportunidad;

Que, en el caso que anuncia CAHUA, si a futuro fuera legalmente procedente que el OSINERG determine compensación alguna como la solicitada por CAHUA, ello será motivo de una petición expresa de tal empresa o de REP, sobre dicho particular, no siendo procedente que utilice la vía de la reconsideración para solicitar una fijación tarifaria para instalaciones que, a la fecha, se encuentran vinculadas a un contrato privado suscrito entre las partes con fecha anterior al 23 de diciembre de 1999, en que las compensaciones eran el resultado de acuerdo entre ellas, sin intervención del regulador, quien, solamente podía intervenir si cualquiera de las partes hubiera solicitado su dirimencia, tal como se señalaba en el texto del artículo 62° de la LCE, en su versión anterior a la modificación dispuesta por la Ley 27239;

Que, finalmente, debe resaltarse el hecho que la RESOLUCIÓN es resultado de un proceso regulatorio que se iniciara en el mes de enero del presente año, con la presentación por parte del COES-SINAC del correspondiente Estudio Técnico-Económico. Dicho proceso contiene una serie de etapas que fueron desarrollándose sucesivamente hasta culminar con la publicación de la resolución que ahora impugna CAHUA. En esta etapa del proceso sólo cabe admitirse las solicitudes de reconsideración presentadas por cualquier empresa contra aspectos contenidos en la resolución tarifaria, no siendo pertinente la presentación de solicitudes destinadas a que se regule tal o cual instalación que, a futuro puede quedar excluida de la regulación;

Que, en razón de las argumentos expuestos en los considerandos que anteceden, el recurso de reconsideración de CAHUA debe ser declarado improcedente;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se han expedido, el Informe OSINERG-GART/DGT N° 030-2005 de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante "GART") del OSINERG, que se incluye como Anexo 1 de la presente resolución, y el Informe OSINERG-GART-AL-2005-080 de la Asesoría Legal de la GART, los mismos que complementan la motivación que sustenta la decisión del OSINERG, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el Artículo 3°, Numeral 4 de la LPAG ; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en el Reglamento General del OSINERG, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, en lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en lo dispuesto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica CAHUA S.A., contra la Resolución OSINERG N° 066-2005-OS/CD, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorpórese el [Informe Técnico OSINERG-GART/DGT N° 030-2005](#) - Anexo 1, como parte de la presente resolución.

Artículo 3°.- La presente resolución deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano. Igualmente deberá ser consignada, junto con el Anexo 1, en la página WEB del OSINERG: www.osinerg.gob.pe.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo