

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA OSINERG N° 130-2005-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 Red de Energía del Perú S.A. (en adelante "REP"), 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, dentro del cual se incluye lo relacionado a la Remuneración Anual Garantizada (en adelante "RAG") de REP;

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, al respecto, hasta el 01 de abril de 2005, se recibieron las opiniones y sugerencias de los interesados, entre ellos REP, al mencionado proyecto de Resolución;

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 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;

Que, con fecha 6 de mayo de 2005, REP 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, en su recurso REP solicita:

- a) Que el OSINERG reconsidere lo establecido en la RESOLUCIÓN, en la parte que establece tarifas de transmisión correspondientes a su sistema de transmisión, de forma que la remuneración correspondiente a las instalaciones materia de los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1 del Anexo 11 del Contrato de Concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica de ETECEN y ETESUR (en adelante “CONTRATO”), sea un ingreso adicional a la RAG. Para ello solicita específicamente que:
 - Se fije nuevamente el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión de REP previo recálculo de la RAG por el periodo mayo 2005 a abril 2006 y de la liquidación del período marzo 2004 a abril 2005, en los cuales no se considere la remuneración correspondiente a las instalaciones materia de los contratos incluidos en el citado Numeral 11.1.1.
 - Se establezca el procedimiento de detalle necesario para efectuar el cálculo de la RAG, sin incluir en su cómputo las remuneraciones que correspondan a las instalaciones materia de los contratos incluidos en el referido Numeral 11.1.1, y

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.

que una vez establecido este procedimiento, se efectúe la liquidación de tal manera que se restituyan la integridad de los ingresos por concepto de la RAG y la remuneración correspondiente a las instalaciones materia de los contratos incluidos en dicho Numeral 11.1.1.

- b) Que se considere como valor inicial del índice WPSSOP3500 a utilizarse en la actualización de la RAG, el del mes anterior al de la fecha de cierre, es decir el correspondiente a Agosto de 2002.

Que, REP acompaña, como prueba instrumental, los siguientes documentos:

- Acta de Entrega de los Bienes de la Concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN - ETESUR a Red de Energía del Perú.
- Contratos incluidos en el Numeral 11.1.1 del Anexo 11 del CONTRATO y sus respectivos contratos de Cesión de Posición contractual:
 - Contrato por uso de Celda 60 kV de la línea L-656 a C.H. Gallito Ciego.
 - Acta por uso de instalaciones de ETECEN en S.E. Paramonga Nueva (celda 138 kV de L-101 y Autotransformador 220/138 kV).
- Carta N° G-037-2002 remitida por REP a PROINVERSIÓN el 18 de setiembre de 2002.
- Oficio N° 4 CPI/2002/PROINVERSION remitido por PROINVERSION a REP el 27 de febrero de 2003
- Carta N° GG-0354-2002 remitida por CAHUA S.A. a REP el 10 de octubre de 2002.

2.1 LA REMUNERACION DE LAS INSTALACIONES COMPRENDIDAS EN EL ANEXO 11 DEBEN EXCLUIRSE DE LA RAG

2.1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, como fundamentos de hecho de este extremo de su recurso, REP sostiene que conforme al CONTRATO, debería recibir como compensación la RAG y los ingresos adicionales a la RAG. Agrega, que el Numeral 11.1.1 del Anexo 11 del CONTRATO, lista 7 contratos de servicios de transmisión, suscritos por ETECEN, que le han sido cedidos a REP mediante contratos de cesión de posesión contractual, los que, según menciona, generan ingresos adicionales a la RAG;

Que, señala que según se establece en el Numeral 7.6 del CONTRATO, el OSINERG se encuentra obligado a cautelar los términos y condiciones del mismo, de modo tal que debe asegurar que REP perciba ingresos por las instalaciones materia de los contratos señalados en el Numeral 11.1.1 mencionado;

Que; agrega, el OSINERG ya ha reconocido que el CONTRATO establece como adicionales a la RAG los ingresos de los contratos que le han sido cedidos al concesionario. De la misma forma, PROINVERSION, mediante Oficio N° 4-CPI/2002/PROINVERSION de fecha 26 de marzo de 2003 ha opinado que la remuneración por los servicios de transmisión proveniente de dichos contratos son adicionales a la RAG, pudiendo ser excluidos de ella, en la medida que las compensaciones a pagarse por dichas instalaciones se encuentran determinadas contractualmente;

Que, seguidamente, señala REP que la regulación efectuada por el OSINERG no debe perjudicar su derecho a cobrar la integridad de la RAG y, al mismo tiempo, los ingresos adicionales antes mencionados;

Que, REP hace referencia que en la regulación del año 2003, el OSINERG, mediante la Resolución OSINERG N° 098-2003-OS/CD, declaró improcedente el recurso de reconsideración que había presentado contra la Resolución OSINERG N° 057-2003-OS/CD, basándose en una interpretación inadecuada del Artículo 206, inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "LPAG"), sin considerar que las resoluciones tarifarias no constituyen reproducción una de la otra pues se trata de actos administrativos autónomos y con plazos y mecanismos de impugnación propios;

Que, señala que con fecha 15 de abril del 2004, el OSINERG publicó la Resolución OSINERG N° 069-2004-OS/CD, fijando la RAG para el período mayo 2004 - abril 2005 y las respectivas tarifas de transmisión, en la cual se consideró nuevamente, dentro de la RAG, la remuneración de las instalaciones comprendidas en los contratos incluidos en el numeral 11.1.1 del Anexo 11 del CONTRATO. REP señala que, nuevamente el OSINERG lo declaró improcedente por la interpretación inadecuada del artículo 206, inciso 3 de la LPAG;

Que, menciona que mediante la RESOLUCION, el OSINERG ha considerado como parte de la RAG la remuneración correspondiente a algunas de las instalaciones materia de los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1, citando los contratos suscritos por ETECEN con las empresas de generación de electricidad CAHUA S.A. y ex-Energía Pacasmayo S.A., de modo tal que REP no puede exigir a dichas empresas el pago considerado en sus contratos y, simultáneamente, el pago de la suma correspondiente a la remuneración asignada a dichas instalaciones en la RAG, perjudicándose de esta forma el derecho de REP a cobrar la integridad de la RAG y de los ingresos adicionales, lo que origina el incumplimiento de las obligaciones del Estado Peruano en el CONTRATO;

Que, agrega REP, que el hecho de que el Anexo 7 del CONTRATO comentado no haya previsto expresamente el caso de las instalaciones materia de los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1 no significa que el OSINERG ignore la particularidad y problemática de dichas instalaciones. Según el Numeral 1.0 del propio Anexo 7, los procedimientos de detalle que sean necesarios deben ser establecidos por el OSINERG;

Que, a continuación señala que el OSINERG es competente para fijar las compensaciones por el uso de instalaciones de transmisión secundaria aplicando el procedimiento del Artículo 139º del Reglamento de la LCE;

Que, adicionalmente, la recurrente, haciendo mención a los principios de neutralidad y de análisis de decisiones funcionales, expresa que las decisiones del OSINERG deben tener efectos neutros con relación a las partes, preservando el equilibrio pre-existente entre ellas, de modo tal que deben analizarse los efectos de la decisión del OSINERG;

Que, concluye REP sus fundamentos de hecho, manifestando que tomando en consideración los argumentos expuestos, las instalaciones materia de los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1, cuyos ingresos son adicionales a la RAG, no pueden tener tarifa cero y la remuneración que les corresponde no puede estar incluida en la RAG, debiendo el OSINERG abstenerse de fijar tarifas de transmisión para dichas instalaciones con contratos vigentes. Termina mencionando que en el caso de SHOUGESA, materia de otro recurso impugnatorio, por excepción el OSINERG debe fijar las tarifas de transmisión para sustituir la integridad de la remuneración correspondiente a las instalaciones;

Que, los fundamentos de derecho que señala REP sobre este extremo del RECURSO son los siguientes:

- Que la remuneración correspondiente a las instalaciones materia de los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1 es adicional a la RAG. Sostiene que, conforme a las reglas de interpretación pactadas en el CONTRATO, el contenido de los Anexos forma parte del contenido y de los términos y condiciones de dicho CONTRATO. Hace mención al informe OSINERG-GART-DGT N° 020A-2005, sección L.6, en donde el OSINERG manifiesta que de la lectura de las opiniones alcanzadas por REP, observa que estas contienen los mismos argumentos consignados en los recursos de reconsideración que interpusiera contra las resoluciones OSINERG N° 1449-2002-OS/CD, OSINERG N° 057-2003-OS/CD, OSINERG N° 105-2003-OS/CD, OSINERG N° 069-2004-OS/CD, OSINERG N° 071-2004-OS/CD y OSINERG N° 072-2004-OS/CD, que fueron resueltos oportunamente por el OSINERG declarándolos improcedentes;
- Sostiene que la posición del OSINERG no es correcta, puesto que plantea una aplicación parcial del CONTRATO sin analizar el Numeral 11.1.1 del Anexo 11 del CONTRATO;
- Señala que el OSINERG hace referencia a la Resolución OSINERG N° 336-2004-OS/CD, la cual no tiene trascendencia en el tema de los Ingresos Adicionales a la RAG, por cuanto esta norma se refiere a la manera como se debe liquidar la RAG y no analiza el tratamiento del numeral 11.1.1 del Anexo 11 del Contrato;
- Agrega que el OSINERG ha reafirmado mediante Resolución OSINERG N° 1470-2002-OS/CD, Artículo 9°, que el CONTRATO en mención establece como adicionales a la RAG los ingresos correspondientes a los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1;
- Sostiene que el Estado Peruano se comprometió y obligó frente a REP a que el OSINERG sea el organismo que cautele el cumplimiento de los términos y condiciones del CONTRATO que, si bien corresponden

principalmente a la RAG, la obligación también está referida a la cautela de la remuneración adicional a la RAG por los contratos listados en el Numeral 11.1.1 que es parte de dicho CONTRATO y constituye obligación contractual del Estado Peruano, según se establece en la Cláusula 7.6 del CONTRATO;

- Señala que el Estado Peruano ha garantizado a REP la inexistencia de impedimento legal para que el OSINERG actúe en cumplimiento de las obligaciones pactadas en el CONTRATO (Numeral 4.2.3) mientras que la definición de Autoridad Gubernamental incluye expresamente al OSINERG, según se lee en el Numeral 1.2³ de las Definiciones del CONTRATO;
- Indica que el OSINERG está facultado para establecer los procedimientos de detalle necesarios para efectuar el cálculo y fijación de la RAG asegurando simultáneamente la integridad de la RAG y de la remuneración correspondiente a las instalaciones materia de los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1, como adicional a la RAG;
- Citando el Numeral 1.0 del Anexo 7 del CONTRATO, REP hace referencia a que provee los criterios generales para el pago de la RAG y prevé que sea el OSINERG quien establezca los procedimientos de detalle, facultad que le es implícita conforme al literal c) del Artículo 3.1 de la Ley 27332⁴ (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos) y Artículo 21° del Reglamento General del OSINERG⁵;

³ Numeral 1.2 del CONTRATO: Definiciones. ...

Autoridad Gubernamental: Significará cualquier gobierno o autoridad nacional, regional, departamental, provincial o municipal, o cualquiera de sus dependencias o agencias, reguladoras o administrativas, o cualquier persona que ejerza función ejecutiva, legislativa, administrativa o judicial, o que pertenezca a cualquiera de los gobiernos, autoridades o instituciones antes citadas, incluyendo a OSINERG.

⁴ Artículo 3. Funciones

3.1

c) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador...

⁵ Artículo. 21°. – Definición de Función Normativa-

Corresponde a OSINERG dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las ENTIDADES y de éstas con sus usuarios.

De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad de OSINERG de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios.

- Adicionalmente, señala que el OSINERG debe adoptar decisiones que constituyan las señales más adecuadas para los agentes del mercado, evitando distorsiones en las relaciones contractuales. Al efecto, hace mención a los Artículos 3°, 5° y 13° del Reglamento General del OSINERG⁶;
- Finalmente, sostiene que cada resolución tarifaria tiene un objeto y cumple con una función de regulación propia e independiente, a pesar que existan identidad de cálculos y metodologías utilizadas para su implementación, de modo tal que el Artículo 206°, inciso 3 de la LPAG es una norma que, al restringir derechos, debe utilizarse en forma restrictiva, como lo sostiene uno de los autores de la LPAG.

2.1.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, de la revisión de las resoluciones expedidas por el OSINERG, que resolvieron recursos anteriores de REP, se concluye que los argumentos expuestos por dicha empresa, con ligeras modificaciones, han sido ya expuestos en tales recursos reconsiderativos anteriores. En efecto, REP, presentó recurso de reconsideración contra la Resolución OSINERG N° 1449-2002-OS/CD, que fijó el factor para determinar la RAG que debe percibir REP, y que culminó con la expedición de la Resolución OSINERG N° 1470-2002-OS/CD que, resolviendo este extremo del recurso reconsiderativo, lo declaró infundado;

Que, nuevamente, como consecuencia de la Resolución OSINERG N° 057-2003- OS/CD, que fijó las tarifas en barra aplicables para el período mayo-octubre 2003, en la parte que estableció las tarifas correspondientes al sistema de transmisión de REP, esta empresa solicita reconsideración, recurso que fue resuelto con la Resolución OSINERG N° 098-2003-OS/CD, declarándolo improcedente, en aplicación del Artículo 206.3 de la LPAG, que dispone que no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes;

La función normativa de OSINERG no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del SECTOR ENERGÍA.

⁶ **Artículo. 3º.** – Importancia de los Principios.-

Los Principios contenidos en el presente Título establecen las bases y lineamientos de la acción de OSINERG en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. En tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los ORGANOS DE OSINERG deberá sustentarse y quedar sujeta a los mismos.

Artículo. 5º. – Principio de Neutralidad.-

El OSINERG velará por la neutralidad de la operación de las actividades que desarrollan las ENTIDADES sujetas a su supervisión, regulación y/o fiscalización; cuidando que no utilicen su condición de tales², directa o indirectamente, para obtener ventajas en el mercado, frente a otras personas naturales o jurídicas. OSINERG deberá cuidar también que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, innovación, o precios.

Artículo. 13º. – Principio de Análisis de Decisiones Funcionales.-

El análisis de las decisiones funcionales de OSINERG tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas.

Que, seguidamente, a consecuencia de la Resolución OSINERG N° 069-2004-OS/CD, que fijó el monto de la RAG y los cargos por Peaje por Conexión del Sistema Principal de REP para el período mayo 2004 - abril 2005, REP presentó recurso de reconsideración, que fue resuelto con la Resolución OSINERG N° 129-2004-OS/CD, declarándolo improcedente, en aplicación del Artículo 206.3 de la LPAG, mencionado anteriormente;

Que, REP ha interpuesto una acción contencioso administrativa ante el Segundo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo Permanente solicitando que se declare la nulidad de la Resolución OSINERG Nos. 098-2003-OS/CD alegando, en esencia, la exclusión de las instalaciones del Anexo 11 de su Contrato de Concesión en el cálculo de la RAG. El referido proceso judicial se encuentra en trámite, sin que todavía haya sido expedida sentencia de primera instancia;

Que, REP ha interpuesto una acción judicial contencioso administrativa solicitando que se declare la nulidad de la Resolución OSINERG N° 129-2004-OS/CD alegando la exclusión de las instalaciones del Anexo 11 de su Contrato de Concesión en el cálculo de la RAG, proceso que se encuentra en trámite, sin que todavía se haya expedido sentencia de primera instancia;

Que, en el RECURSO, REP presenta nuevamente los mismos argumentos, insistiendo que los ingresos correspondientes a los contratos incluidos en el Numeral 11.1.1, son adicionales a la RAG. En consecuencia, como quiera que tal petición ya fue resuelta anteriormente, con la Resolución OSINERG N° 1449-2002-OS/CD (recordemos que dicha Resolución fijó el factor para determinar la RAG que debe percibir REP, contra la cual presentó recurso reconsiderativo, que fue resuelto con la Resolución OSINERG N° 1470-2002-OS/CD, declarándolo infundado en lo que se refiere a la exclusión de la RAG de los ingresos provenientes de los contratos que aparecen en el numeral 11.1.1 del Anexo 11 del Contrato), resulta de aplicación el mismo artículo 206.3 de la LPAG al que se hizo referencia en el párrafo anterior, habida cuenta que la decisión del OSINERG contenida en las resoluciones en mención, no fueron recurridas ante el Poder Judicial, quedando de esta forma consentidas;

Que, resulta evidente que el RECURSO, en materia de los ingresos adicionales a la RAG, nuevamente alega los argumentos aludidos en las fijaciones anteriores, los cuales tienen a la fecha la calidad de Cosa Decidida, por lo que OSINERG en estricta aplicación del artículo 206.3 de la LPAG está facultado a declarar improcedente el referido recurso en el extremo indicado;

Que, respecto a lo expresado por REP en el sentido que *“OSINERG no considera que las Resoluciones tarifarias no constituyen reproducción una de la otra pues se trata de actos administrativos autónomos y con plazo y mecanismos de impugnación propios”*, debe señalarse nuestra coincidencia con la posición que cada proceso tarifario es autónomo respecto al siguiente, pero discrepamos en el hecho que de ello se deduzca que pueda impugnarse un criterio que ya adquirió la calidad de Cosa Decidida por cuanto ello significaría infringir el precepto jurídico doctrinario en virtud del cual *“no puede hacerse por la vía indirecta lo que la ley prohíbe en forma directa”*. En tal sentido, por criterio de seguridad jurídica las leyes establecen plazos de caducidad y prescripción para interponer recursos o iniciar acciones judiciales, de modo que si dichos plazos no son respetados los recursos o acciones devienen en improcedentes.

Cabe también tener presente que el sentido del artículo 206.3 de la LPAG no es sólo evitar que actos administrativos que han quedado consentidos sean revividos sino que también es evitar conductas repetitivas de la autoridad y de los administrados cuando no median nuevos argumentos o pruebas a analizar sobre un mismo tema;

Que, en tal razón, el RECURSO de REP, en lo que se refiere a este extremo, resulta improcedente.

2.2 INDICE APLICABLE A LA ACTUALIZACION DE LA RAG

2.2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, como fundamentos de hecho, REP cita el artículo 4.1⁷ del artículo 4º de la Resolución OSINERG N° 335-2004-OS/CD, que aprobó la norma “Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica con modalidad de Contrato BOOT” (en adelante “Norma BOOT”); así mismo, manifiesta que en el CONTRATO se ha establecido que la RAG se reajuste anualmente por la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (serie WPSOOP3500) publicado por el departamento de Trabajo del gobierno de los Estados Unidos de América;

Que, con base en ello, REP señala que la actualización del VNR de los Contratos BOOT y para la RAG es similar, por lo que el OSINERG debe uniformizar sus criterios y considerar en el caso de REP como valor inicial del índice WPSSOP3500, a utilizarse, el del mes anterior al de la fecha de cierre, es decir agosto 2002 y no de setiembre de 2002;

Que, como fundamento de derecho, REP manifiesta que en aplicación del principio general del derecho, “*donde existe la misma razón existe el mismo derecho*”, se utilice como valor inicial del índice del mes anterior al de la fecha de cierre, tal como lo ha establecido para los contratos BOOT.

2.2.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, de la revisión de los diferentes contratos de concesión tipo BOOT⁸ suscritos por el Estado Peruano se encuentra que en todos ellos, en cuanto al

⁷ **4.1 Ajuste del VNR**

a. Conforme se lee en los contratos BOOT, el VNR determinado por el regulador, será siempre igual al Monto de Inversión Inicial del Adjudicatario, ajustado en cada período de revisión por la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (Serie ID: WPSOOP3500) publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de América.

b. La tarifa inicial, que rige a partir de la Puesta en Operación Comercial de las instalaciones, fecha en la que la Concesionaria comienza a prestar el servicio y adquiere el derecho a cobrar la Tarifa, se determina considerando como VNR inicial el Monto de Inversión de la Oferta Económica del adjudicatario del Contrato BOOT. En consecuencia, el valor inicial del índice WPSSOP3500, a utilizarse, corresponde al del mes anterior al de la indicada Puesta en Operación Comercial de las instalaciones.

⁸ **Numeral 5.2.5** del Contrato del Sistema de Transmisión Mantaro Socabaya modificado por el Addendum N° 1

régimen tarifario, se declara que el VNR se ajustará con base a la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (Serie ID: WPSSOP3500) publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de América;

Que, en virtud de tal característica similar, en el artículo 4.1, literal b)⁷ de la Norma BOOT, publicada el 27 de diciembre de 2004, se estableció que el valor inicial del índice WPSSOP3500 a utilizarse, corresponde al del mes anterior al de la Puesta en Operación Comercial de las instalaciones, señalándose además que es en dicha fecha en la que la concesionaria comienza a prestar el servicio y adquiere el derecho a cobrar la tarifa;

Que, la razón para establecer dicho artículo, radica en el criterio general que, para la actualización de un valor dado, desde una fecha inicial hasta otra posterior, se deben emplear índices que sean conocidos en tales fechas; en ese sentido, para cualquier fecha, el índice más reciente y con mayor probabilidad de ser conocido, es el que corresponde al mes anterior de dicha fecha;

Que, por otro lado, en el numeral 6 del Anexo N° 7 del CONTRATO se establece que, la actualización de la RAG se realizará sobre la base del índice WPSSOP3500, en los términos siguientes:

“6.0 Actualización de la Remuneración Anual Garantizada

La RAG, expresada en Dólares Americanos, será reajustada anualmente, para entrar en vigor el 1 de mayo de cada año, a partir de la Fecha de Cierre, por la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (serie ID: WPSSOP3500) publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de América. Para tal fin se utilizará el último dato definitivo de la serie indicada,

“...Que la Tarifa comprenderá:

(i) la anualidad de la Inversión que será calculada aplicando:

- (a) El VNR determinado por el organismo regulador, el que será igual al Monto de Inversión del Adjudicatario, ajustado en cada período de revisión por la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (Serie ID: WPSSOP3500) publicado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos de América; ...”*

Numeral 5.2.5.1 del Contrato de Reforzamiento de los Sistemas Eléctricos de Transmisión del Sur:

“5.2.5.1 Que la Tarifa comprenderá:

(i) la anualidad de la Inversión que será calculada aplicando:

- (a) el VNR determinado por el organismo regulador el que será siempre igual al Monto de Inversión del Adjudicatario, ajustado en cada periodo de revisión por la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (Serie ID: WPSSOP3500) publicado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos de América; ...”*

Numeral 5.2.5 del Contrato de las Líneas Eléctricas Oroya-Carhuamayo-Paragsha derivación Antamina y Aguaytia-Pucallpa:

“Que la Tarifa de cada una de las líneas eléctricas del Sistema de Transmisión, materia de este Contrato, comprenderá:

(i) la anualidad de la Inversión que será calculada aplicando:

- (a) el VNR determinado por la CTE, el que será siempre igual al Monto de Inversión de cada una de las líneas eléctricas del Sistema de Transmisión, ajustado en cada período de revisión previsto por el D.L. 25844, a partir de la Puesta en Operación Comercial, por la variación en el Finished Goods Less Food and Energy (Serie ID: WPSSOP3500) publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de América...”*

disponible en la fecha que corresponda efectuar la regulación de las tarifas de transmisión según las Leyes Aplicables...”;

Que, el texto contractual transcrito define como fecha inicial el de la fecha de cierre del CONTRATO, así como define qué índice tomar en la fecha de actualización, mas no especifica a qué fecha corresponde el valor inicial del índice WPSSOP3500, debiendo entonces el OSINERG, en cumplimiento de las facultades otorgadas en el CONTRATO⁹, establecer un criterio al respecto;

Que, es importante mencionar que REP no se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la NORMA por cuanto dicha norma sólo es aplicable a los Contratos suscritos bajo la modalidad BOOT, no siendo el Contrato de Concesión de REP de dicha modalidad;

Que, sin embargo, la figura que se presenta en el caso de la RAG, también cae en el alcance del criterio general para la actualización de un valor dado, desde una fecha inicial, hasta otra posterior. Entonces, con base en este criterio, correspondería adoptar como valor inicial del índice WPSSOP3500, el correspondiente al del mes anterior al de la fecha de cierre del CONTRATO, mas aún teniendo en cuenta el principio de imparcialidad¹⁰ contemplado en el Reglamento General del OSINERG;

Que, por lo tanto, es factible considerar, a partir del presente proceso de actualización de la RAG, como valor inicial del índice WPSSOP3500, el correspondiente al mes de Agosto de 2002, de modo tal que el presente RECURSO, en lo que se refiere a este extremo, debe ser declarado fundado;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se han expedido, el Informe OSINERG-GART/DGT N° 032-2005 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-2005-074 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 3º, 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

⁹ **Cláusula 13.1** “... El Concedente garantiza que el Organismo Supervisor de la Concesión (OSINERG) y/o quien le suceda en la función, establecerán los mecanismos tarifarios y los correspondientes valores para asegurar que la Remuneración Anual Garantizada de la Sociedad Concesionaria sea íntegramente pagada, de conformidad con lo establecido en el Anexo No 7 del presente Contrato...”

Anexo N° 7. Numeral 1.0 INTRODUCCION

El presente Anexo señala criterios y procedimientos básicos de recaudación, actualización y liquidación o cierre anual, de la Remuneración Anual Garantizada (RAG). Otros procedimientos de detalle serán establecidos, de ser necesario, por el OSINERG, de acuerdo con las Leyes Aplicables.

¹⁰ **Artículo. 9º.** – Principio de Imparcialidad.-

OSINERG aplicará las normas legales vigentes. Los casos o situaciones de características semejantes, deberán ser tratados de manera similar

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 Red de Energía del Perú S.A., contra la Resolución OSINERG N° 066-2005-OS/CD, en el extremo contenido en el numeral 2.1.1, “La remuneración de las instalaciones comprendidas en el anexo 11 deben excluirse de la RAG”, por los fundamentos expuestos el numeral 2.1.2 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A., contra la Resolución OSINERG N° 066-2005-OS/CD, en el extremo contenido en el numeral 2.2.1, “índice aplicable a la actualización de la RAG”, por los fundamentos expuestos el numeral 2.2.2 de la presente resolución.

Artículo 3°.- Incorpórese el [Informe Técnico OSINERG-GART/DGT N° 032-2005 - Anexo 1](#), como parte de la presente resolución.

Artículo 4°.- Los valores resultantes de las modificaciones a efectuarse como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo 2° de la presente resolución, serán consignados en resolución complementaria.

Artículo 5°.- 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 Directivo