

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 101-2011-OS/CD**

Lima, 14 de junio de 2011

Que, con fecha 14 de abril de 2011, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN"), publicó la Resolución OSINERGMIN N° 067-2011-OS/CD (en adelante "Resolución 067"), mediante la cual, entre otros, se fijaron los Precios en Barra aplicables al periodo comprendido entre 01 de mayo de 2011 y el 30 de abril de 2012, contra la cual, el 10 de mayo de 2011 la empresa Abengoa Transmisión Norte S.A. (en adelante "Abengoa"), dentro del término de ley, presentó recurso de reconsideración, 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° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante "LCE"), los Precios en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, son fijados anualmente por OSINERGMIN y entran en vigencia en el mes de mayo de cada año;

Que, el procedimiento de regulación tarifaria se inició el 12 de noviembre de 2010 con la presentación del "Estudio Técnico Económico de Determinación de Precios de Potencia y Energía en Barras para la Fijación Tarifaria de Mayo de 2011" y del "Estudio Técnico Económico Fijación de Tarifas en Barra del Periodo Mayo de 2011 – Abril 2012", preparados por el Subcomité de Generadores y por el Subcomité de Transmisores del COES-SINAC, respectivamente;

Que, luego de cumplir con las etapas del citado procedimiento de regulación, con fecha 14 de abril de 2011, OSINERGMIN, al amparo de lo establecido en el Artículo 43° de la LCE, publicó la Resolución 067 que fijó los Precios en Barra para el período mayo 2011 - abril 2012;

Que, con fecha 10 de mayo de 2011, la empresa Abengoa interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 067. Asimismo, OSINERGMIN convocó a una Audiencia Pública para que las instituciones, empresas y demás interesados que presentaron recursos de reconsideración contra la Resolución, pudieran exponer el sustento de sus respectivos recursos, la misma que se realizó el 20 de mayo de 2011, no habiéndose recibido comentarios y/o sugerencias sobre los mismos.

2.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Abengoa impugna la Resolución 067 en el extremo referido a la fijación de los valores del Peaje de Transmisión e Ingreso Tarifario para el Sistema de Transmisión de Abengoa, de acuerdo a las siguientes pretensiones:

- 2.1 Pretensión Principal:** Que, se reconsidere lo establecido en el Artículo 13 de la Resolución 067, de manera que el Peaje de Transmisión de Abengoa sea calculado considerando el nuevo texto de los acápites b) y c) de la Cláusula 8.1. del Contrato de Concesión de la Línea de Transmisión 220 kV Carhuamayo Paragsha – Conococha – Huallanca – Cajamarca -

Cerro Corona - Carhuaquero (en adelante "Contrato"), vigente desde el 03 de marzo de 2011, debiendo OSINERGMIN ceñirse para estos efectos, a la interpretación que sobre el particular ha efectuado y efectúe el Concedente;

- 2.2 Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal:** Que, al declararse fundada la pretensión principal, se modifique los valores correspondientes al Peaje de Transmisión de la L.T. 220 kV Carhuamayo - Paragsha y SS.EE. Asociadas (Tramo 1), L.T. 220 kV Paragsha - Conococha y SS.EE. Asociadas (Tramo 2) y Ampliación de la Subestación Cajamarca (SVC), fijados mediante la Resolución OSINERGMIN N° 014-2011-OS/CD; y disponer que lo dejado de percibir producto de esta modificación sea incluido dentro de la Liquidación Anual del periodo tarifario aprobado por la Resolución 067, conforme a las disposiciones del Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica del Sistema Garantizado de Transmisión, aprobado mediante Resolución OSINERGMIN N° 200-2010-OS/CD (en adelante "Procedimiento de Liquidación").
- 2.3 Pretensión Subordinada:** Que, en el supuesto que se declare infundada la pretensión principal, se emita una resolución complementaria mediante la cual modifique el Artículo 13° de la Resolución 067, en el extremo referido a las tarifas fijadas para el Sistema de Transmisión de Abengoa durante el periodo mayo 2011 - abril 2012, considerando la interpretación efectuada por el Concedente respecto de la forma de aplicar el nuevo texto de los acápite b) y c) de la Cláusula 8.1. del Contrato;
- 2.4 Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada:** Que, en caso se declare fundada la pretensión subordinada, se modifique los valores correspondientes al Peaje de Transmisión del Tramo 1, Tramo 2 y SVC fijados mediante la Resolución OSINERGMIN N° 014-2011-OS/CD; y disponer que lo dejado de recaudar producto de esta modificación sea incluido dentro de la Liquidación Anual del periodo tarifario aprobado por la Resolución 067, conforme a las disposiciones del Procedimiento de Liquidación.

3.- SUSTENTO DEL PETITORIO

3.1 Sustento de la Pretensión Principal:

Que, Abengoa manifiesta que de conformidad con la cláusula tercera de la Adenda N° 1 del Contrato, desde el 03 de marzo del 2011, operó de forma automática la sustitución de los acápite b) y c) del numeral 8.1 del Contrato. Señala que no obstante ello, el numeral 4.1.19 del Informe Legal N° 154-2011-GART, ha establecido que, a efectos de tomar los Costos de Inversión (en adelante CI) y Costos de Operación y Mantenimiento (en adelante COyM), del SGT de Abengoa, debe mantenerse el criterio definido en la prepublicación y que la incorporación de la diferencia resultante se realice en la forma y oportunidad que lo comunique el Ministerio de Energía y Minas;

Que, la recurrente indica que lo expuesto por OSINERGMIN en el numeral 4.1.19 del citado Informe, guarda concordancia con anteriores decisiones adoptadas por parte el Regulador, que ante la "aparente contradicción o laguna" entre las disposiciones contractuales de los contratos derivados de las normas de promoción de la inversión privada, ha consultado expresamente al Concedente respecto a la correcta interpretación de los mismos. A modo de ejemplo, Abengoa cita párrafos de las Resoluciones OSINERG N° 1316-2002-OS/CD, N° 1317-2002-OS/CD y N° 134-2005-OS/CD, en las cuales se evidenciaría, en opinión de la recurrente, que OSINERGMIN optó por consultar al Ministerio de Energía y Minas (en adelante "MEM"), en su calidad de Concedente, sobre la interpretación de los Contratos de Concesión y atendió las respuestas emitidas;

Que, Abengoa señala que con fecha 15 de abril de 2011, solicitó al Concedente que declare expresamente que el Tramo 5 quedó excluido desde el 03 de marzo de 2011 por falta de acuerdo entre las partes y que la repartición de los nuevos valores de CI y COyM sean recuperados a prorrata distribuyendo e integrando las sumas correspondientes en los CI y COyM de los Tramos 1, 2, 3 y 4, adjuntando para estos efectos una propuesta de repartición;

Que, manifiesta que a la fecha de presentación de su recurso, el MEM mediante Oficio N° 117-2011/MEM-VME, confirmó la exclusión del Tramo 5, desde el 03 de marzo de 2011. De allí queda pendiente, indica, que el MEM confirme la forma de distribución de los nuevos valores de CI y COyM, a efectos que conforme lo ha indicado OSINERGMIN el criterio de interpretación comunicado por el MEM sea tenido en cuenta para proceder con la modificación de la Resolución 067 con la finalidad de garantizar el principio de predictibilidad;

Que, a partir de lo expuesto, Abengoa sostiene que ello no contravendría los alcances del principio de verdad material, ya que el derecho de Abengoa de percibir los nuevos valores de CI y COyM vía las tarifas aprobadas por OSINERGMIN ha surgido desde el 03 de marzo del presente.

3.2 Sustento de la Pretensión Subordinada:

Que, la recurrente considera que en vista que el MEM remitirá la interpretación requerida por OSINERGMIN mediante el Oficio N° 239-2011-GART y el Informe Legal N° 054-2011-GART, solicita que al igual que en procedimientos regulatorios anteriores en los cuales debido a los resultados de los recursos de reconsideración o a la obtención de mayor información por el OSINERGMIN durante la etapa de impugnación, se disponga la emisión de una resolución complementaria a fin de modificar la Resolución 067;

3.3 Sustento de las Pretensiones Accesorias:

Que, Abengoa explica que conforme al Contrato, lo reconocido por OSINERGMIN en el Informe Legal y por el Concedente mediante el Oficio N° 117-2011/MEM-VME, desde el 03 de marzo de 2011, ha operado la

sustitución de los acápites b) y c) de la cláusula 8.1 del Contrato. Señala que como consecuencia de ello, desde esa fecha dichos nuevos valores de CI y COyM debían ser reflejados en el Peaje de Transmisión de las instalaciones del Sistema de Transmisión de Abengoa que fueron reguladas mediante la Resolución OSINERGMIN N° 079-2010-OS/CD, a efectos de que Abengoa pueda recuperar los nuevos valores de CI y COyM;

Que, Abengoa manifiesta que ha dejado de percibir desde el 03 de marzo del 2011 hasta el 30 de abril de 2011, un excedente producto de la sustitución de los acápites b) y c) que conforme al Contrato debía obtener, ya que el Peaje de Transmisión correspondientes al Tramo 1, Tramo 2 y SVC aprobado mediante la Resolución OSINERGMIN N° 014-2011-OS/CD, que modificó la Resolución OSINERGMIN N° 079-2010-OS/CD, fue fijado en función de los costos de inversión, operación y mantenimiento vigentes hasta el 02 de marzo de 2011. Abengoa solicita que lo dejado de percibir, debe ser incluido en el concepto de liquidación anual de ingresos del presente periodo tarifario, precisando que no habría una aplicación retroactiva de las modificaciones que se impongan ya que en este caso, existe una obligación legal de OSINERGMIN de fijar desde el 03 de marzo de 2011.

4.- ANÁLISIS DE OSINERGMIN

4.1 Análisis de la Pretensión Principal y Subordinada:

Que, Abengoa inicialmente se comprometió a la construcción de una línea de transmisión con una única fecha de Puesta en Operación Comercial. Así, el Contrato establecía que, a partir de la Puesta en Operación Comercial del sistema de transmisión, Abengoa adquiriría el derecho de cobrar la Base Tarifaria, que se calcula considerando el Costo de Inversión (CI) y el Costo de Operación y Mantenimiento (COyM) consignado en el Contrato.

Que, posteriormente, las partes suscribieron la Adenda 1 del Contrato, donde acordaron diferenciar 2 momentos:

- i) La puesta en Operación Comercial de los Tramos 1, 2, 3 y 4, que mantenía en el mismo y único plazo establecido en el Contrato.
- ii) Para la puesta en Operación Comercial del Tramo 5, se indicó que, de mantenerse la fuerza mayor del Tramo 5 por un plazo mayor a 1 año, quedará excluido del Contrato y:

“(...) OSINERGMIN fijará la Base Tarifaria reconociendo el íntegro de los conceptos “Costos Indirectos” y “Administración del Proyecto” y la parte proporcional de los Costos de Operación y Mantenimiento consignados en los Formularios 4-A y 4-B. Para el resto de rubros desagregados en dichos formularios, se utilizarán únicamente los montos consignados para los Tramos N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4. En consecuencia, si el Tramo N° 5 queda excluido del Contrato por las razones aquí estipuladas, el texto de los acápites b) y c) de la Cláusula

8.1, será sustituido por el siguiente:

“b) Costo de Inversión, a la cantidad de US\$ 100 474 831 (Cien millones cuatrocientos setenta mil ochocientos treintón dólares de los Estados Unidos de América), expresado a la fecha de Puesta en Operación Comercial. Constituye la inversión o componente de inversión a que se refieren los artículos 24° y 25° de la Ley N° 28832 (formularios 4A y 4B de las Bases).

“c) Costo de OyM, a la cantidad de US\$ 4 539 040 (Cuatro millones quinientos treinta y nueve mil cuarenta dólares de los Estados Unidos de América), expresado a la fecha de Puesta en Operación Comercial. Constituye los costos eficientes de operación y mantenimiento a que se refieren los artículos 24° y 25° de la Ley N° 28832 (formularios 4A y 4B de las Bases).”

Que, seguidamente, de acuerdo con la Adenda 2, las partes decidieron fragmentar por completo el sistema de transmisión, independizando cada Tramo, estableciendo que la remuneración de cada uno de éstos iniciará a la Puesta en Operación Comercial de cada Tramo, señalándose además que OSINERGMIN para definir la Base Tarifaria de cada Tramo, utilizará el CI y COyM detallados en el Anexo 1A de la Adenda 2;

Que, luego se suscribió la Adenda 3 al Contrato, modificando las fechas de Puesta en Operación Comercial de cada Tramo, así como extendiendo hasta el 03 de marzo de 2011, el plazo para decidir la exclusión definitiva del Tramo 5¹, señalándose que en caso de no llegarse a ningún acuerdo, dicho Tramo quedará excluido, operando la sustitución de los acápite b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato, conforme fue definido en la Adenda 1;

Que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 4.3 del Contrato, modificada por la Adenda 3, los Tramos 1, 2 y SVC entrarían en operación comercial en el periodo mayo de 2010 - abril de 2011, esto es, durante la vigencia de la Resolución OSINERGMIN N° 079-2010-OS/CD, por ello dicha resolución fue modificada mediante Resolución OSINERGMIN N° 014-2011-OS/CD, fijando las tarifas para los Tramos 1, 2 y SVC hasta el 30 de abril de 2011. Para tal efecto, de acuerdo a lo ordenado por el Contrato y sus adendas, la Base Tarifaria de cada Tramo se calculó considerando el CI y el COyM estipulado en el Anexo 1A de la Adenda 2;

Que, por otra parte, la Resolución 067 aplicable para el periodo mayo de 2011 - abril de 2012, fijó las tarifas para los Tramos 3 y 4, y modificó las tarifas aprobadas para los Tramos 1, 2 y SVC como consecuencia de la liquidación anual. De igual manera, la Base Tarifaria de los Tramos 3 y 4 se calculó considerando el CI y el COyM estipulado en el Anexo 1A de la Adenda 2;

¹ En la Adenda N° 2 se extendió en 6 (seis) meses, el plazo de 1 año otorgado en la Adenda 1, para decidir la exclusión definitiva del Tramo 5, léase hasta el 03 de setiembre de 2010. Se reiteró que vencido el plazo, operaría la sustitución de los acápite b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato, conforme fue definido en la Adenda 1.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 101-2011-OS/CD**

Que, como es de apreciar, al momento de la emisión de la Resolución 067, OSINERGMIN no tenía el conocimiento formal de que el Tramo N° 5, había sido excluido definitivamente o que al respecto se hubiera llegado a un acuerdo de aplazamiento, conforme se realizó sucesivamente con las Adenda 2 y 3 al Contrato. Asimismo, tampoco se tenía conocimiento de la forma y criterios de asignación que se darían sobre los nuevos valores que tendría el CI y COyM, en el supuesto de la exclusión del Tramo 5. Es por ello que la Resolución 067 mantuvo los valores del CI y COyM por los 4 Tramos que entraron o entrarían en operación comercial hasta el 30 de abril de 2012, aplicando los importes detallados en el Anexo 1A de la Adenda 2;

Que, cabe precisar que mediante Oficio N° 239-2011-GART del 18 de marzo de 2011, se consultó al MEM sobre la circunstancia en que se encontraba el Tramo 5 y la oportunidad y forma para la aplicación de los nuevos literales b) y c) de la Cláusula 8.1, en caso de exclusión del Tramo 5; no obstante, hasta el 12 de abril de 2011, fecha de emisión de la Resolución 067, no se obtuvo respuesta del MEM;

Que, ahora bien, mediante Oficio N° 117-2011/MEM-VME de fecha 25 de abril de 2011, el Vice Ministerio de Energía del MEM precisó a la concesionaria que la exclusión del Tramo 5 operó automáticamente desde el 03 de marzo de 2011; asimismo, mediante Oficio N° 386-2011-GART entregado con fecha 11 de mayo de 2011, se consultó al MEM sobre si el componente adicional de inversión que reconoce los conceptos de “Costos indirectos” y “Administración del proyecto” del Tramo 5 y el correspondiente componente de OyM, habilitan para ser reconocidos en la tarifa desde el 03 de marzo de 2011 o desde la fecha de puesta en operación comercial de las instalaciones del último Tramo que entre en servicio;

Que, posteriormente, mediante Oficio N° 606-2011/MEM-DGE, recibido con fecha 16 de mayo de 2011, la Dirección General de Electricidad del MEM se dirigió a la empresa Abengoa y remitió un cuadro con el detalle de la distribución de los conceptos del Tramo 5 no ejecutado en los cuatro Tramos restantes, adjuntando a su oficio el cuadro respectivo;

Que, en respuesta a nuestro Oficio N° 386-2011-GART, la Dirección General de Electricidad del MEM indica que, de acuerdo con el Contrato y sus Adendas, la distribución del CI y COyM del Tramo N° 5 no ejecutado, es aplicable desde el 03 de marzo de 2011, conforme vayan entrando en operación los Tramos de la línea eléctrica;

Que, como puede apreciarse del Anexo 1A de la Adenda 2, el total de CI y COyM para los 5 Tramos, era de US\$ 106 140 662 y US\$ 4 795 001, respectivamente. Cada Tramo tiene asignado un CI y COyM que se paga al momento de su Puesta en Operación Comercial. No obstante, al quedar excluido el Tramo 5, y entrar en vigor los literales b) y c) de la Cláusula 8.1, el total de CI y COyM para los Tramos 1 al 4, asciende a US\$ 100 474 831 y US\$ 4 539 040, respectivamente, y ya no la sumatoria que resultaría del Anexo 1A de la Adenda 2 para los 4 Tramos.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 101-2011-OS/CD**

Que, el CI y COyM del Tramo 5 definido en la Adenda 2, es de US\$ 6 695 502 y US\$ 302 611, respectivamente, lo cual quiere decir que al entrar en vigencia los nuevos literales b) y c) de la Cláusula 8.1, a pesar de la exclusión del Tramo 5, no se está reduciendo de la Base Tarifaria por las líneas de transmisión de Abengoa, el equivalente al total del correspondiente CI y COyM del Tramo 5. Esta diferencia fue la que se denominó en el Informe N° 0154-2011-GART (numeral 4.1.14), que sustentó la resolución impugnada, Diferencia Resultante, que corresponde al Tramo 5 y que se pagará a la concesionaria, a pesar de haber quedado excluido el Tramo 5;

Que, sobre el particular, es de apreciar que conforme al Contrato y sus Adendas, resulta un hecho objetivo que el Tramo 5 quedó excluido desde el 03 de marzo de 2011, toda vez que las partes no han suscrito ninguna Adenda que postergara los plazos ya previstos, por tanto los literales b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato modificado por la Adenda 1 cobraron vigencia. La lectura de la Cláusula Tercera de la Adenda 3, no deja dudas sobre la fecha y vigencia de los nuevos literales b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato, en concordancia con lo informado mediante Oficio N° 117-2011/MEM-VME, con la exclusión del Tramo 5 de la Línea de Transmisión que opera desde el 03 de marzo de 2011;

Que, como se ha mencionado, la exclusión del Tramo 5 y la sustitución de los literales b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato, conforme fue definido en la Adenda 1, origina la Diferencia Resultante. Vale mencionar, la Adenda 1, que incorporó los nuevos literales b) y c) de la Cláusula 8.1, fue suscrita bajo el esquema de una sola fecha de Puesta en Operación Comercial. Es la Adenda 2, la cual fragmenta la Línea de Transmisión, reconociendo montos de CI y COyM de acuerdo a la Puesta en Operación Comercial de cada uno de los cinco Tramos y conforme el detalle de costos de su Anexo 1A;

Que, dado que el Tramo 5 ya no entrará en operación comercial, ni en el Contrato ni en sus Adendas se encuentra especificado desde cuándo se debe pagar a la concesionaria la Diferencia Resultante (pues el único criterio fijado en el Contrato es a la Puesta en Operación Comercial), que corresponde al Tramo 5. De esta forma, debe precisarse mediante una Adenda al Contrato, desde cuándo corresponde el pago de la Diferencia Resultante atribuida al Tramo N° 5. Incluso si la voluntad de las partes es incorporar la Diferencia Resultante dentro de la Base Tarifaria de los Tramos 1 al 4, lo que corresponde realizar es la modificación del Anexo 1A de la Adenda 2, para lo cual se requiere de una Adenda modificatoria;

Que, debemos señalar que, las modificaciones al Contrato deben ceñirse a lo establecido en su Cláusula 14.3, que indica:

“14.3 Las modificaciones y aclaraciones al Contrato, serán únicamente válidas cuando sean acordadas por escrito y suscritas con poder suficiente de las Partes y cumplan con los requisitos pertinentes de las Leyes Aplicables”

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 101-2011-OS/CD**

Que, de acuerdo con lo expuesto, no resulta suficiente la comunicación remitida mediante Oficio N° 606-2011/MEM-DGE, ya que si bien se plantea una forma de distribución para el pago de la Diferencia Resultante, la misma no resulta válida al no ceñirse a la disposición contenida en la Cláusula 14.3 del Contrato;

Que, como fue indicado en el Informe Legal N° 154-2011-GART, OSINERGMIN, si bien debe velar² y dar estricto cumplimiento a las cláusulas y condiciones de los Contratos de Concesión³, ello resulta incompatible con la creación de nuevas reglas, ya que dicha atribución no le ha sido conferida en el Contrato ni en sus Adendas; no teniendo el criterio de asignación en la Base Tarifaria de la Diferencia Resultante. Sobre este punto, cabe mencionar que la Diferencia Resultante responde a los conceptos de “Costos Indirectos” y “Administración del Proyecto” del CI y la parte del COyM del Tramo 5 no ejecutado, es decir, en caso hubiera continuado la ejecución del Tramo 5, dichos conceptos recién estarían autorizados a cobrarse por Abengoa a la Puesta en Operación Comercial de dicho tramo, la misma que hubiera ocurrido en un posterior periodo regulatorio al presente que sólo abarca entre mayo 2011 – abril 2012;

Que, Abengoa hace referencia al principio de predictibilidad, sosteniendo que el criterio de OSINERGMIN en la Resolución OSINERG N° 1316-2002-OS/CD (vinculada a la Resolución OSINERG N° 134-2005-OS/CD) y la Resolución OSINERG N° 1317-2002-OS/CD, ha sido consultar al MEM, sobre la interpretación de los Contratos, por lo que solicita se tenga en cuenta todas las comunicaciones que sobre el presente caso efectúe el MEM. Respecto de la revisión de las resoluciones acotadas por la recurrente, es de apreciar que en las mismas se desarrolla un análisis completo sobre los asuntos tratados, siendo sólo uno de los fundamentos la opinión del MEM; al respecto, el considerando aludido señala: *“Que, a efecto de contar con la opinión del Concedente, el OSINERG optó por consultar al Ministerio de Energía (en adelante “MEM”), en su calidad de Concedente, sobre la correcta interpretación [del Contrato]”*.

Que, en muchas oportunidades ha resultado importante el apoyo y colaboración institucional; tal como se observa en el presente caso, fue relevante conocer del MEM, la información contenida en el Oficio N° 117-2011/MEM-VME, que al no haber llegado a un acuerdo contractual entre las partes, se había efectuado la exclusión del Tramo 5; con dicha información se confirmaba lo ya establecido en el Contrato. Sin embargo,

² Artículo 19 del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.- Objetivos de OSINERG.

Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos de OSINERG:

...

b. Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión eléctrica, de transporte de hidrocarburos por ductos y de distribución de gas natural por red de ductos.

³ Artículo 25 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

...

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 incorporarán en el contrato de concesión.

no es posible atender una comunicación que en realidad ocupe temas que deberían ser resueltos mediante una Adenda al Contrato;

Que, en ese orden, OSINERGMIN para el cumplimiento de sus fines tiene la potestad de efectuar consultas de opinión a otras entidades, como se ha presentado en este caso, opinión que necesariamente no tendría que ser recogida, si es que ella, contraviene el contrato o no observa la formalidad respectiva, ya que OSINERGMIN es competente y autónomo para la función reguladora ceñido al marco legal y contractual, de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 27332⁴; en ese sentido, cualquier opinión emitida por las diferentes instituciones no tiene fuerza vinculante para OSINERGMIN;

Que, los oficios de consulta han procurado obtener una respuesta que de luces sobre la materia a regular, cumpliendo su objetivo. En ningún momento se ha desconocido que la única forma de modificar el Contrato, es mediante Adenda, incluso en el Oficio N° 239-2011-GART, solicita que de darse el caso, se remitan las Adendas que pudieran haberse suscrito;

Que, del mismo modo el Informe Legal N° 154-2011-GART, en el numeral 4.1.18, expone que la incongruencia del Contrato debe ser subsanada por las partes; el siguiente numeral del informe, manifiesta que la incorporación de la Diferencia Resultante se realice en la forma y oportunidad que lo comunique el MEM; ello no desconoce la Cláusula 14.3 del Contrato, puesto que, si la forma, como ya se ha visto, requiere una modificación contractual, ésta debe ser plasmada mediante Adenda;

Que, una vez suscrito el Contrato, éste tiene vida propia. Afectaría a la seguridad jurídica permitir que la lectura de una de las partes o del representante del momento, transmitida mediante una comunicación sea concluyente para el Regulador, si es que ello no tiene su correlato en el Contrato; justamente es por ello que el mismo establece los parámetros a seguir en casos de modificaciones o aclaraciones en su Cláusula 14.3;

Que en consecuencia, respecto a la Pretensión Principal, relacionada con reconsiderar lo establecido en el Artículo 13° de la Resolución 067, considerando el nuevo texto de los acápites b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato, conforme a la interpretación que sobre el particular ha efectuado y efectúe el Concedente mediante Oficios, resulta infundada;

Que, en relación a la Pretensión Subordinada, en el extremo de emitir una resolución complementaria mediante la cual modifique el Artículo 13° de la Resolución N° 067, considerando el nuevo texto de los acápites b) y c) de la Cláusula 8.1 del Contrato, de acuerdo con la interpretación efectuada por el MEM, también debe ser declarada infundada de acuerdo con los considerandos antes expuestos;

⁴ Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

4.2 Análisis de las Pretensiones Accesorias:

Que, atendiendo que las Pretensiones Principal y Subordinada han sido declaradas infundadas, de acuerdo con el análisis realizado en el numeral 4.1 de la presente resolución, las pretensiones accesorias que procuran la modificación de la Resolución OSINERGMIN N° 079-2010-OS/CD y se disponga que lo dejado de percibir por Abengoa entre el 03 de marzo de 2011 al 30 de abril de 2011, sea incluido dentro del concepto de la Liquidación Anual, resultan también infundadas.

Que, como resultado de los argumentos anteriores, se concluye que el recurso de reconsideración interpuesto por Abengoa, debe declararse infundado en todos sus extremos;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se ha expedido el informe N° 210-2011-GART de la Asesoría Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, el mismo que se incluye como Anexo de la presente resolución y complementa la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN, 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° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas; en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, 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 la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas.

RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Abengoa Transmisión Norte S.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 067-2011-OS/CD en todos sus extremos.

Artículo 2º.- Incorpórese el [Informe N° 210-2011-GART](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3º.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con los Informes a que se refiere el artículo precedente, en la página Web de OSINERGMIN: www.osinerg.gob.pe.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo