

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA OSINERG N° 126-2004-OS/CD

Lima, 17 de Junio de 2004

Que, con fecha 15 de abril de 2004, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante "OSINERG") publicó la Resolución de Consejo Directivo OSINERG N° 069-2004-OS/CD (en adelante la "RESOLUCIÓN") contra la cual Eteselva S.R.L. (en adelante "ETESELVA"), 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° de la Ley de Concesiones Eléctricas¹ (en adelante "LCE"), las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, son fijadas semestralmente por el OSINERG y entran en vigencia en los meses de mayo y noviembre de cada año;

Que, el Proceso de Regulación Tarifaria, conforme se señala en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 028A-2004, se inició el 14 de enero de 2004 con la presentación del Estudio Técnico Económico correspondiente por parte del COES-SINAC;

Que, el OSINERG, en cumplimiento del procedimiento para fijación de Tarifas en Barra, aprobado por Resolución OSINERG N° 0001-2003-OS/CD, convocó la realización de una Audiencia Pública para que el COES-SINAC expusiera el contenido y sustento del Estudio Técnico Económico, la misma que se realizó el 23 de enero de 2004;

Que, seguidamente, el OSINERG presentó sus observaciones al referido Estudio, incluyendo aquellas otras observaciones que se presentaron como consecuencia de la Audiencia Pública. Al respecto, el Artículo 52° de la LCE² dispone que, absueltas las observaciones, o vencido el plazo sin que ello se realice, el OSINERG procederá a fijar y publicar las Tarifas en Barra y sus fórmulas de reajuste mensual;

¹ **Artículo 46°.**- Las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, serán fijados semestralmente por la Comisión de Tarifas de Energía y entrarán en vigencia en los meses de mayo y noviembre de cada año.

Las tarifas sólo podrán aplicarse previa su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y en un diario de mayor circulación.

² **Artículo 52°.**- La Comisión de Tarifas de Energía comunicará al COES sus observaciones, debidamente fundamentadas, al estudio técnico-económico.

El COES deberá absolver las observaciones y/o presentar un nuevo estudio, de ser necesario.

La Comisión de Tarifas de Energía evaluará los nuevos cálculos y luego de su análisis, procederá a fijar y publicar las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensuales, antes del 30 de abril y 31 de octubre de cada año.

Que, posteriormente, se efectuó la prepublicación del Proyecto de Resolución que fija las Tarifas en Barra y la relación de la información que la sustenta, la Audiencia Pública de fecha 24 de marzo de 2004 y la recepción de opiniones y sugerencias de los interesados respecto a la mencionada prepublicación, conforme a lo dispuesto en los literales g), h) e i) del Procedimiento para Fijación de Tarifas en Barra;

Que, con fecha 15 de abril de 2004, el OSINERG, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 43° de la LCE³, publicó la RESOLUCIÓN, la misma que estableció las Tarifas en Barra y sus fórmulas de actualización para el período mayo – octubre 2004, así como las correspondientes tarifas de transmisión para el período mayo 2004-abril 2005 dentro de las que se incluye al SPT de ETESELVA;

Que, con fecha 6 de mayo de 2004, ETESELVA interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN, cuyos alcances se señalan en el apartado 2 siguiente;

Que, el Consejo Directivo del OSINERG convocó a una tercera 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 18 de mayo de 2004;

Que, hasta el 21 de mayo de 2004 los interesados, debidamente legitimados, presentaron sus opiniones y sugerencias en relación con los recursos de reconsideración interpuestos, las mismas que fueron publicadas en la página Web del OSINERG.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, ETESELVA en su recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN, solicita que el OSINERG:

- Modifique la parte pertinente de la RESOLUCIÓN y el Informe 028A, que la sustenta, para fijar el Peaje por Conexión de las Instalaciones del Sistema Principal de Transmisión (en adelante “SPT”) de ETESELVA utilizando como Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante “VNR”) y como Costo de Operación y Mantenimiento (en adelante “COyM”) los valores de US\$ 31 276 981 y US\$ 1 172 117, respectivamente.

Que, como prueba instrumental presenta copia de la Demanda Contencioso Administrativa interpuesta contra el OSINERG en relación a la fijación de las Tarifas en Barra correspondientes al período mayo-octubre 2003, que se efectuaran mediante

³ **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.

las Resoluciones OSINERG N° 057-2003-OS/CD, OSINERG N° 096-2003-OS/CD y OSINERG N° 099-2003-OS/CD.

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, sostiene ETESELVA, que el OSINERG continúa violando, afectando, desconociendo y lesionando su legítimo derecho a la no discriminación, a la propiedad y a la imparcialidad, contenidos en la Constitución Política del Estado, en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Extranjera, aprobada por el Decreto Legislativo N° 757 y en el Reglamento General del OSINERG, según corresponda. Ello por cuanto, según sostiene, el OSINERG ha fijado nuevamente un Peaje por Conexión e Ingreso Tarifario Esperado para las instalaciones de la línea L-253 de su propiedad, perteneciente al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante "SEIN"), para el Reactor de 30 MVAR y Autotransformador 220/138 kV; 40 MVA de su propiedad localizados en la subestación Tingo María del SEIN, sin utilizar los valores de US\$ 31 276 981 como VNR, y 1 172 117, como COyM, para dichas instalaciones;

Que, señala que para la línea de transmisión Pachachaca – Oroya – Carhuamayo – Paragsha – Derivación Antamina (Vizcarra), líneas L-224, L-259, L-258, L-254 e instalaciones de transformación asociadas, de propiedad de la Empresa de Interconexión Eléctrica ISA PERÚ S.A (en adelante "ISA"), el OSINERG ha fijado, en la misma resolución impugnada, un Peaje por Conexión significativamente mayor que el fijado para sus instalaciones;

Que, adicionalmente, ETESELVA menciona que como resultado del menor valor fijado por el OSINERG, recibe 53% menos de lo que recibe su competidor ISA, con lo que se le priva de su derecho de propiedad al afectársele su patrimonio, condenándosele a recibir, más o menos, la mitad de lo que tendría derecho a recibir como compensación por el uso de sus instalaciones. Menciona que se encuentra en trámite una acción judicial sobre este caso;

Que, finalmente, señala que en mérito a la fundamentación de su recurso y a los argumentos contenidos en la demanda contencioso administrativa iniciada por ETESELVA, el OSINERG debe modificar la RESOLUCIÓN y el Informe 028A que la sustenta, para fijar el Peaje por Conexión de las instalaciones del SPT de ETESELVA utilizando los valores de VNR y COyM mencionados anteriormente.

2.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, para sustentar el argumento de la discriminación, la recurrente ha citado el numeral dos del artículo 2°, el artículo 60°, tercer párrafo, y el artículo 70° de la Constitución Política del Estado⁴;

⁴ Lo citado de la Constitución Política del Estado, es lo siguiente:

Artículo 2°.-Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

Que, el numeral 2 del artículo 2° se encuentra contenido en el Título I – “De La Persona y La Sociedad”, Capítulo I, “Derechos Fundamentales de la Persona”.

El numeral 2) citado por ETESELVA señala:

“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”.

Que, el artículo 60° de la Constitución, menciona:

“Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

Que, son los últimos párrafos de los artículos transcritos, los que están relacionados con la afirmación de ETESELVA sobre la existencia de un trato discriminatorio contra ella. Indica que el OSINERG, mediante la RESOLUCIÓN vuelve a fijar un Peaje por Conexión para las instalaciones de su SPT, utilizando como valores de VNR y COyM, valores distintos a los presentados por ETESELVA, discriminándola en relación al Peaje determinado para su supuesta competidora, la empresa ISA, el cual es significativamente mayor que el fijado para ETESELVA;

Que, ETESELVA comete un error al comparar el Peaje fijado para sus

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.

Artículo 60°.-Pluralismo Económico

(...)

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 70°.-Inviolabilidad del derecho de propiedad

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.

Artículo 139°.-Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

instalaciones, con el fijado para las instalaciones de ISA, toda vez que, conforme se ha explicado en oportunidades anteriores, no sólo se trata de instalaciones con características técnicas distintas sino que fundamentalmente el origen de ambos peajes es distinto. En efecto, en el tratamiento que se efectúa para las instalaciones contenidas en los contratos BOOT (Build, Own, Operate and Transfer), el VNR resulta directamente del monto de inversión ofertado por la empresa que se adjudica la buena pro del proceso de licitación, mientras que, en el caso de las instalaciones de ETESELVA, el VNR resulta de la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 76° de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante “LCE”);

Que, de otro lado, los activos que se encuentran bajo la modalidad de los contratos BOOT, luego de cumplido el período de concesión, son transferidos al Estado, lo cual no sucede con los correspondientes al SPT reconocidos a la empresa ETESELVA, para quien los activos le pertenecerán hasta que la propia empresa lo decida. En otras palabras, el régimen contractual de ETESELVA es distinto del régimen aplicable a los contratos BOOT;

Que, las diferencias entre el régimen para establecer el VNR de las instalaciones construidas bajo los contratos BOOT con el régimen para establecer el VNR de las instalaciones de ETESELVA, es el resultado de aplicar el marco legal vigente que, para el caso de los Contratos BOOT, lo constituye, no solamente la LCE y su Reglamento, sino también las disposiciones contenidas en los propios Contratos BOOT y en el 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, aprobada por Decreto Supremo N° 059-96-PCM; mientras que para el caso de ETESELVA lo constituye la LCE y su Reglamento;

Que, en conclusión, el OSINERG no está actuando discriminadamente, al fijar la compensación correspondiente a las instalaciones de ETESELVA, sino que está aplicando las disposiciones que rigen para cada caso en particular, por cuanto ante situaciones de hecho y de derecho distintas, el trato debe ser diferenciado y ello de modo alguno supone discriminación;

Que, por las mismas razones mencionadas, el OSINERG no ha incurrido en un acto violatorio del derecho de propiedad de la recurrente, habida cuenta que ha aplicado a las instalaciones de propiedad de ETESELVA, las disposiciones legales sobre la materia, contenidas en la LCE y su Reglamento;

Que, en cuanto a la supuesta violación del Principio de Imparcialidad, por el que los casos o situaciones de características semejantes, deben ser tratados de manera similar, se pueden sostener válidamente los mismos argumentos que se han utilizado al tratar la supuesta violación del Principio de Discriminación. Los argumentos expuestos allí, confirman que el OSINERG ha actuado con estricto respeto a la normatividad vigente sobre la determinación de las compensaciones que corresponden al SPT de ETESELVA;

Que, respecto a la mención de la recurrente en su recurso de reconsideración, en el sentido que debe agregarse a su sustento los argumentos contenidos en la Demanda Contencioso Administrativa que interpusiera contra el OSINERG en relación a las Resoluciones OSINERG N° 057-2003-OS/CD, OSINERG N° 096-

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA
OSINERG N° 126-2004-OS/CD**

2003-OS/CD y OSINERG N° 099-2003-OS/CD, debe señalarse que, oportunamente, el OSINERG contestó la demanda, en la que se respondieron en detalle los argumentos contenidos en dicha demanda. Cabe precisar que la demanda contencioso administrativa referida se encuentra actualmente en trámite;

Que, en consecuencia, los argumentos y nueva prueba instrumental, presentados por la recurrente, no ameritan la modificación de la RESOLUCIÓN y el Informe 028A, utilizando los valores de VNR y COyM indicados por ETESELVA en su recurso de reconsideración;

Que, en razón de lo expuesto en los considerandos que anteceden, el recurso de reconsideración de ETESELVA debe ser declarado infundado;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se han expedido el [informe OSINERG GART/DGT-045-2004](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante "GART") del OSINERG, que se incluye como Anexo 2 de la presente resolución, y el informe de la Asesoría Legal de la GART OSINERG-GART-AL-2004-070, 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 Procedimiento Administrativo General y en lo dispuesto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimiento Regulatorios de Tarifas.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declárese infundado el recurso de reconsideración presentado por ETESELVA S.R.L. contra la Resolución OSINERG N° 069-2004-OS/CD, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2º.- Incorpórese el [Informe OSINERG-GART/DGT N° 045-2004 - Anexo 1](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3º.- La presente resolución deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano. Igualmente deberá ser consignada, junto con sus Anexos 1 y 2, en la página WEB de OSINERG: www.osinerg.gob.pe.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo