

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 006-2011-TSC/62-2011-TSC-OSINERGMIN**

Expediente : 62-2011-TSC-OSINERGMIN

Partes : EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD SAN RAMÓN DE PANGO S.A.

EMPRESA DISTRIBUIDORA - GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD PANGO S.A.

Materia : Sobrefacturación por compra de energía y potencia por considerar tarifas distintas a los Precios en Barra Efectivos aplicados para los Sistemas Aislados regulados por OSINERGMIN.

Apelante : EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD SAN RAMÓN DE PANGO S.A.

Resolución Impugnada : 004-2011-OS/CC-62

Lima, 23 de febrero de 2012.

SUMILLA:

Los Precios en Barra Efectivos determinados por el OSINERGMIN son aplicables a la compra de energía y potencia en los Sistemas Aislados. Asimismo, los montos por concepto de MCSA no pueden ser retenidos por una Empresa Receptora, cuando ésta deba, en su condición de distribuidora no generadora, transferirlos a la generadora.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD SAN RAMÓN DE PANGO S.A., en adelante EDELSA, contra la Resolución Nº 004-2011-OS/CC-62, en la controversia seguida contra EMPRESA DISTRIBUIDORA - GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD PANGO S.A., en adelante EGEPSA.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

1.1. El día 19 de abril de 2010, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 1338878, EDELSA presentó reclamación contra EGEPSA ante la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, en adelante GFE, solicitando se determine que la sobrefacturación que efectuó EGEPSA por concepto de venta de energía y potencia al considerar tarifas distintas a los

Precios en Barra Efectivos aplicados para los Sistemas Aislados regulados por el OSINERGMIN, correspondientes al periodo mayo 2007 a agosto 2009, y los intereses correspondientes, ascendentes al monto total de S/. 31 534,36, sea devuelta a favor de EDELSA.

- 1.2. El 20 de mayo de 2011, mediante Memorandum Nº GFE-579-2011, la GFE declinó competencia transfiriendo la documentación presentada por las partes a la Secretaría General del Tribunal de Solución de Controversias y Cuerpos Colegiados, al considerar que esta última era la competente para su resolución, conforme lo establecido por el artículo 82º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG.
- 1.3. El 28 de junio de 2011, mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN Nº 130-2011-OS/CD, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, quienes resolvieron la controversia en primera instancia.
- 1.4. Luego de verificadas todas la etapas procesales para el procedimiento de solución de controversias en primera instancia administrativa, el 28 de setiembre de 2011, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 004-2011-OS/CC-62, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declaró:
 - a. Fundada en parte la reclamación presentada por EDELSA respecto de la sobrefacturación en la compra de energía y potencia del período mayo 2007 a agosto 2009, por haberse considerado tarifas distintas a los Precios en Barra Efectivos aplicados a los Sistemas Aislados regulados por el OSINERGMIN, según lo establecen el artículo 4º del Procedimiento de Aplicación del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados, aprobado por Resolución del OSINERGMIN Nº 167-2007-OS-CD¹; y el inciso f) del artículo 5.1 del Reglamento del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados, aprobado por Decreto Supremo Nº 069-2006-EM²; e Infundada la parte referente al monto reclamado ascendente a S/. 31 534,36.
 - b. Que EGEPSA debe aplicar y facturar la Tarifa en Barra Efectiva aprobada por el OSINERGMIN por concepto de suministro de energía y potencia a EDELSA en el periodo mayo 2007 a agosto 2009, en virtud de las disposiciones indicadas en el literal precedente.
 - c. Que EDELSA debe transferir a EGEPSA el monto total recibido por concepto de compensaciones del Mecanismo de Compensaciones del Sistema Aislado, en adelante MCSA, durante el periodo mayo 2007 a agosto 2009 más los intereses, según lo ordena el inciso c) del artículo 7º del Procedimiento de Aplicación del MCSA, el cual determina que las Empresas Receptoras del MCSA (distribuidoras), que no cuenten con generación propia, están obligadas a transferir dichos montos a la empresa generadora que corresponda.
- 1.5. El 20 de octubre de 2011, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201100138196, EDELSA interpuso recurso de

¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 11 de abril de 2007.

² Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 28 de noviembre de 2006.

apelación contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, solicitando la evaluación del criterio planteado en su reclamo.

- 1.6. El 24 de octubre de 2011, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2011-OS/CC-62, se concedió el recurso de apelación interpuesto por EDELSA.
- 1.7. El 02 de noviembre de 2011, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 001-2011-TSC/62-2011-TSC-OSINERGMIN, se corrió traslado a EGEPSA del recurso de apelación interpuesto y se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que lo absuelva.
- 1.8. El 25 de noviembre de 2011, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 201100156481, EGEPSA absolvió el recurso de apelación interpuesto por EDELSA.
- 1.9. El 28 de noviembre de 2011, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 002-2011-TSC/62-2011-TSC-OSINERGMIN, se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 13 de diciembre de 2011.
- 1.10. El 13 de diciembre de 2011 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.11. El 20 y 22 de diciembre de 2011, mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expedientes Nos. 201100169327 y 201100170711, EDELSA y EGEPSA, respectivamente, presentaron sus alegatos.
- 1.12. El 23 de enero de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 005-2011-TSC/62-2011-TSC-OSINERGMIN, se amplió por única vez el plazo de expedición de la resolución final por el plazo de veinte (20) días hábiles.
- 1.13. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, y la LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto en segunda y última instancia administrativa.

2. Argumentos de las partes:

2.1. DE EDELSA

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 004-2011-OS/CC-62, en la hoja de cálculo que adjuntó, en la Audiencia de Vista de la Causa y lo expresado en sus alegatos finales, EDELSA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

Sobrefacturación

- EDELSA sostiene que no derivó transferencias provenientes del MCSA, a EGEPSA porque ésta aplicó tarifas diferentes a las de Barra Efectiva reguladas por el OSINERGMIN señaladas en las Resoluciones Nos. 168-2007-OS/CD;

341-2008-SC/CD y 053-2009-OS/CD para los Sistemas Aislados, en el periodo mayo 2007 a agosto 2009, ocasionando una sobrefacturación.

- Para tal efecto, presentó el siguiente cálculo:

Facturado y cobrado por EGEPISA (de mayo 2007-agosto 2009) (A)	Recálculo de la facturación con Precios Barra Efectiva- GART (mayo 2007-agosto 2009) (B)	(C) Diferencia - Sobrefacturación (A-B)	Transferencia MCSA (EDELISA no derivo a EGEPISA) - mayo 2007 a agosto 2009	Diferencia (C- D) (+) a favor EDELISA (-) a favor EGEPISA
430 066,29	365 756,66	64 309,63	35 873,00	28 436,63

- Añade que si se resta al monto proveniente del MCSA el monto sobrefacturado por EGEPISA, se obtiene una diferencia de S/. 28 436, 63 a favor de EDELISA, además de los intereses de ley, ascendentes a S/. 3 097,74. Sustenta su posición en los recibos que obran en el expediente y la hoja de cálculo que se adjunta al escrito de interposición de la apelación.

Devolución de MCSA retenido

- Señala que por desconocimiento de las normas, creían que el MCSA que recibían correspondía a EDELISA; y que recién en mayo de 2009, la Gerencia de Regulación Tarifaria de OSINERGMIN, en adelante la GART, en atención a la consulta formulada mediante Carta Nº 0114-2009-DG/EDELISA, les informó que los montos por concepto de MCSA debían ser transferidos al generador EGEPISA, por no contar EDELISA con generación propia, y que las tarifas aplicables eran las de Barra Efectiva y no las de Barra en Subestación Base.
- Agrega que en virtud de la Resolución Nº 483-2007-OS/CD de fecha 14 de agosto de 2007 que modifica los numerales 6 y 7; y parcialmente el 10 del Procedimiento de Aplicación del MCSA se establece que el programa de transferencia será elaborado sobre la base de:
 - Información reportada por las empresas Aportantes, a través de los formatos MCSA-1 y MCSA-2 (advierten que no es su caso).
 - La información reportada por las empresas Distribuidoras para aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica, en adelante FOSE, aprobada mediante la Resolución Nº 2123-2001-OS/CD.
 - La información de clientes libres, reportada por las empresas.
 - Los montos de las compensaciones anuales a asignar a cada una de las empresas Receptoras.
 - Cualquier otra información que disponga OSINERGMIN y que considere pertinente para la elaboración del programa de transferencia.

Con lo expuesto, concluyen que desde el año 2001, EDELISA reportó mes a mes a OSINERGMIN información correcta, mediante el FOSE, en los formatos preestablecidos.

- EDELSA discrepa con el cálculo presentado por EGEPSA en su Carta N° 534-GG-EGEPSA-2011, según el cual el monto a devolver por MCSA asciende a S/. 62 139,44.
- Por todo esto, EDELSA solicita se evalúe el criterio planteado en su reclamación y se ratifiquen los artículos 2º y 3º de la resolución impugnada.

2.2. DE LA RECLAMADA EGEPSA

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de absolución de la apelación interpuesta por EDELSA, en la Audiencia de la Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, EGEPSA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

- Señala que EDELSA no cumplió con lo dispuesto por el inciso d) del numeral 5.2. del Reglamento del MCSA, el cual señala que *“para cada Empresa Receptora se calcula la diferencia entre el monto calculado en b) y el monto calculado en c)”*. Al respecto, los incisos b) y c) establecen que:

“b) Para cada Empresa Receptora se calcula el producto del Precio en Barra de Sistemas Aislados por la Potencia y Energía Proyectadas medidas en barra para el siguiente periodo tarifario de cada uno de sus Sistemas Aislados.

c) Para cada Empresa Receptora, se calcula el producto del Precio de Referencia del SEIN por Potencia y Energía Proyectadas medidas en barra para el siguiente periodo tarifario de cada uno de sus Sistemas Aislados”.

- Por lo expuesto en el párrafo precedente, EGEPSA indica que, EDELSA informó al OSINERGMIN de manera errada la demanda proyectada de potencia y energía, por lo cual las compensaciones no se ajustaron a la realidad. Según el cuadro que presentó en la absolución de la apelación, el monto no derivado por EDELSA durante el periodo de reclamación, según los cálculos de la reclamante, ascendería a S/. 35 873.00, pero el monto obtenido al realizar el recálculo es de S/. 62 139.44 aproximadamente, determinándose un saldo de S/. 26 266.44 que EGEPSA dejaría de percibir por información errónea proporcionada por EDELSA.

Cálculo de Facturación con Precios en Barra GART (de mayo 2007-agosto 2009)(A)	Cálculo de la facturación con Precios Barra Efectiva- GART (mayo 2007-agosto 2009) (B)	(C) Diferencia - Es el costo de MCSA (A-B)	(D) Transferencia MCSA (EDELSA no derivó a EGEPSA) - mayo 2007 a agosto 2009	Diferencia (C- D) (es el monto real del MCSA que falta compensar a favor de EGEPSA
427 896,10	365 756,66	62 139,44	35 873,00	26 266,44

Resumen de cuadro presentado en el escrito de absolución de apelación.

- Manifiesta que durante el periodo de reclamación, EGEPSA ha facturado con tarifas en Barra por el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, para Sistemas Aislados, y al compararlas con las tarifas en Barra de la GART para Sistemas Aislados para Sub Estaciones Base, existe una diferencia

de S/. 2 949.50 de sobrefacturación que, considerando los intereses respectivos asciende a S/. 3, 693.86, monto total que ha sido devuelto a EDELSA. Señaló que EGEPSA realizó el descuento de dicho monto en la facturación del mes de abril de 2010 por el concepto de devolución por exceso de facturación según Carta N° 156-GG-EGEPSA-2010. Recibo N° 001-0057618.

Facturado y cobrado por EGEPSA (de mayo 2007-agosto 2009) (A)	Recálculo de la facturación con Precios Barra - GART (mayo 2007-agosto 2009) (B)	(C) Diferencia - Sobrefacturación (A-B) devolver a EDELSA
430 066,29	427 117,11	2 949,50

Resumen de cuadro presentado en el escrito de absolución de apelación.

- Precisa que no se puede aplicar la tarifa en Barra a Precios Efectivos porque la Barra de entrega de generación de la energía tiene una línea de media tensión de 20 km, la cual tiene un costo de operación y mantenimiento que lo asume EGEPSA, razón la por cual aplicaron las tarifas en Barra en Sub Estación Base.
- Asimismo, indicaron que EGEPSA vende a EDELSA y a EPASA el 100% de la energía comprada a Electrocentro S.A., por lo cual la tarifa aplicada en barra es la correcta. Precisa que Electrocentro S.A. les ha facturado en el punto de entrega a Precios de Barra en Sub Estación Base para Sistemas Asilados, por un suministro en la fecha de reclamación (la energía fue de la Central Hidroeléctrica de Chaluamayo de un Sistema Aislado), por lo cual EGEPSA no puede facturar a Precio en Barra Efectivo en tanto éste es menor que el Precio de Barra. En este sentido, no habría razón para comprar a un precio mayor a Electrocentro S.A. y vender a EDELSA y EPASA a un precio menor, en tanto se estaría perdiendo con la aplicación de tarifas a precios efectivos. Adjuntan copia de facturación de Electrocentro S.A.
- Añade que EDELSA, según las facturaciones de los meses de reclamación, tiene una demanda de energía más alta en los meses de mayo 2008 hasta abril de 2009, a diferencia de los otros meses; sin embargo, cuando se compara con el monto del MCSA programado por la GART para estos meses se advierte que son bajos, por lo cual EGEPSA considera que la GART debería corroborar con la información presentada por EDELSA.
- Sostiene que EDELSA no le ha transferido los S/. 35 873.00 más los intereses correspondientes por concepto de MCSA, perjudicándolos económicamente, por lo cual no es razonable la aplicación de las tarifas a Precios Efectivos a nivel generación.

3. Análisis del Tribunal

Del análisis de los escritos del recurso de apelación y de sus alegatos, advertimos que EDELSA solicita se evalúe el criterio que planteó en el escrito de su reclamación respecto del hecho de no haber transferido el monto recibido por MCSA debido a que EGEPSA no aplicó las tarifas correctas reguladas por OSINERGMIN.

En este sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse si procede o no la compensación efectuada por EDELSA y revocar o confirmar lo resuelto en primera instancia en relación a este punto.

3.1. Sobre la aplicación de tarifas en Precio en Barra Efectivos

Cabe precisar que el Sistema Eléctrico Peruano está compuesto por: i) el SEIN, y ii) los Sistemas Aislados, sistemas eléctricos no conectados eléctricamente al SEIN³.

Al respecto, es de advertir dadas las características propias de cada uno de estos sistemas, que por ley se establecen tarifas distintas. Es así que, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4.7 del artículo 4^o y el numeral 9.5 del artículo 9^o del Procedimiento de Aplicación del MCSA, así como de lo determinado por el artículo 5^o del Reglamento del MCSA, a los Sistemas Aislados les corresponde la aplicación de Tarifas en Barra reguladas por el OSINERGMIN denominadas tarifas en Barra Efectiva, menores y distintas a las que se aplican al SEIN.

Asimismo, el artículo 30^o de la Ley Nº 28832⁷ establece que las tarifas para Sistemas Aislados serán únicas por cada empresa (promedio de sus Sistemas

³ Numeral 32 del artículo 1^o de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley Nº 28332:

“Sistema Aislado.- Sistema eléctrico no conectado eléctricamente al SEIN. No incluye sistemas operados por empresas municipales”.

⁴ *“4. Definiciones y Glosario de Términos*

(...).

4.7 Precios en Barra Efectivos.- Son los precios que aplicará cada Empresa Receptora a sus Usuarios Regulados y que serán determinados de acuerdo con lo establecido en el literal f) del numeral 5.1 del Artículo 5^o del Reglamento”.

⁵ *“9. Procedimientos, plazos y medios*

(...)

9.5 Es obligación de las Empresas Receptoras aplicar los Precios en Barra Efectivos, no estando condicionadas a la recepción de la transferencia respectiva (...).”.

⁶ Artículo 5^o.- *“Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados*

5.1. El Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados será aplicado por OSINERG en cada regulación anual de las Tarifas en Barra, de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) OSINERG fijará anualmente el Precio en Barra de Sistemas Aislados para cada Empresa Receptora;
b) Para cada Empresa Receptora, se calcula el producto del Precio en Barra de Sistemas Aislados por la potencia y energía proyectadas medidas en barra para el siguiente período tarifario de cada uno de sus Sistemas Aislados;

c) Para cada Empresa Receptora, se calcula el producto del Precio de Referencia del SEIN por la potencia y energía proyectadas medidas en barra para el siguiente período tarifario de cada uno de sus Sistemas Aislados;

d) Para cada Empresa Receptora se calcula la diferencia entre el monto calculado en b) y el monto calculado en c);

(...)

f) Los Precios en Barra Efectivos que aplicará cada Empresa Receptora a sus usuarios regulados, será determinado descontando de los Precios en Barra fijados según a), la Compensación Anual determinada según e). (...).”.

⁷ Artículo 30^o: *“Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados*

30.1 Créase el Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados destinado a favorecer el acceso y utilización de la energía eléctrica a los Usuarios Regulados atendidos por Sistemas Aislados. Su finalidad es compensar una parte del diferencial entre los Precios en Barra de Sistemas Aislados y los Precios en Barra del SEIN, según lo que establece el Reglamento.

30.2 Los recursos necesarios para el funcionamiento del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados se obtendrán de hasta el cincuenta por ciento (50%) del aporte de los Usuarios de electricidad, a que se refiere el inciso h. del artículo 7^o de la Ley Nº 28749. El monto específico será determinado por el Ministerio de Energía y Minas cada año, de conformidad a lo que establece el Reglamento”.

Aislados) y una parte de sus tarifas serán subsidiadas con el dinero aportado por los usuarios del SEIN, hasta un límite anual establecido por el Ministerio de Energía y Minas. Es decir, que esta distinción de tarifas y la creación de este MCSA buscan favorecer a los usuarios de los Sistemas Aislados, a quienes se les aplica tarifas menores que a los usuarios del SEIN, quedando saldada la diferencia entre éstas por los aportes realizados por los usuarios del SEIN.

En este sentido, no debemos olvidar que el derecho de las empresas de recibir el monto de MCSA (tema desarrollado en el numeral siguiente) está esencialmente unido al hecho que éstas han aplicado primero las tarifas en Barra Efectiva que, como ya hemos mencionado, son más bajas que las aplicadas al SEIN y ocasionan un déficit que el MCSA busca saldar.

Igualmente, debemos tener claro que la normativa que regula las tarifas que les son aplicables a los Sistemas Aislados, presenta dos posibles situaciones para el caso de Empresas Receptoras: i) que éstas sean empresas distribuidoras y generadoras, como es el caso de la mayoría de Empresas Receptoras de los Sistemas Aislados; o ii) que sean empresas distribuidoras no generadoras, como efectivamente sucede en el presente caso. En este sentido, cuando el numeral 9.5 del artículo 9º del Procedimiento de Aplicación del MCSA señala que “es obligación de las Empresas Receptoras aplicar los Precios en Barra Efectivos, no estando condicionadas a la recepción de la transferencia respectiva”, debemos entender que esta obligación también se aplica a las empresas generadoras que proporcionan energía y potencia a las empresas distribuidoras de los Sistemas Aislados que no cuentan con generación propia, con el fin de cumplir el objeto del MCSA.

Lo señalado en el párrafo precedente se desprende de una interpretación sistemática de la norma antes citada y del inciso c) del artículo 7º de la misma norma, el cual señala que “[l]a Empresa Receptora que no disponga de generación propia, está obligada a transferir a la empresa generadora el monto por compensación correspondiente (...)”. Por tanto, la obligación de aplicar las tarifas en Barra Efectiva de las Empresas Receptoras (distribuidoras con generación) que establece el numeral 9.5 del artículo 9º del Procedimiento del MCSA, también es aplicable a las empresas generadoras que suministran energía y potencia a las Empresas Receptoras (distribuidoras que no son generadoras); de lo contrario no tendría ningún sentido la transferencia de MCSA que la norma determina a favor de los generadores para que funcione este sistema, pues no habría nada que compensar.

Este punto ha sido desarrollado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, habiendo quedado debidamente acreditado que las tarifas que debió aplicar EGEPSA, en tanto empresa del Sistema Aislado, en el periodo mayo 2007 a agosto 2009, por la venta de potencia y energía, son las de Precios en Barra Efectivos, las cuales son las establecidas para los Sistemas Aislados, de modo claro y expreso, en las Resoluciones del OSINERGMIN Nos. 168-2007-OS-CD⁸, 341-2008-OS-CD⁹ y 053-2009-OS-CD¹⁰. Es preciso resaltar que este punto no ha sido materia de cuestionamiento por ninguna de las partes (ni en el recurso de apelación de EDELSA, ni por EGEPSA por cuanto no interpuso recurso alguno, ni se adhirió al de EDELSA).

⁸ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 11 de abril de 2007.

⁹ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 14 de abril de 2008.

¹⁰ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 15 de abril de 2009.

Asimismo, ha quedado demostrado tanto en lo actuado en primera instancia, como en el propio dicho de EGEPSA (absolución del recurso de apelación y sus alegatos finales) que EGEPSA aplicó un Precio en Barra distinto al de Barra Efectivo, por lo expuesto en los párrafos precedentes, este Tribunal determina que se ha incurrido en una sobrefacturación que debe ser resarcida mediante la aplicación de las tarifas que corresponden para el periodo de mayo 2007 a agosto 2009. En este sentido, este Tribunal confirma los artículos 1º y 2º de la Resolución impugnada.

3.2. Sobre el MCSA

3.2.1. Sobre las transferencias del MCSA

Con el fin de garantizar el acceso y la utilización de la energía eléctrica a los Usuarios Regulados servidos por los Sistemas Aislados, la Ley Nº 28832, creó el MCSA, el cual tiene por objeto compensar la diferencia que surge entre los Precios en Barra de Sistemas Aislados (denominados “Efectivos”) y los Precios en Barra del SEIN¹¹.

De este modo, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 3º del Reglamento del MCSA¹² y por el artículo 7º del Procedimiento de Aplicación del MCSA¹³ - norma que establece la operación del Programa de Transferencias del MCSA por parte de las Empresas Aportantes y de las Empresas Receptoras y determina las obligaciones de cada una- el monto que debe transferirse derivado de la aplicación de este mecanismo -determinado por el OSINERGMIN- es cubierto por las Empresas Aportantes -pertenecientes al SEIN-, quienes entregan el monto recaudado de sus usuarios a las Empresas Receptoras -empresas distribuidoras de los Sistemas Aislados- y, de ser el caso, éstas lo derivan a la empresa generadora correspondiente.

¹¹ Ver: Pie de Página Nº 7.

¹² Artículo 3º:

“3.1. Empresa Aportante.- Generador y/o Distribuidor conectado al SEIN, que recauda los aportes de los usuarios de electricidad indicados en el inciso h) del Artículo 7º de la Ley Nº 28749.

3.2. Empresa Receptora.- Distribuidor que suministra energía eléctrica a usuarios regulados en Sistemas Aislados”.

Cabe señalar que el artículo 7º, inciso h) de la Ley General de Electrificación Rural, Ley Nº 28749, establece que:

“Los recursos para la electrificación rural constituyen bienes inembargables y son los siguientes:

(...)h) El aporte de los usuarios de electricidad, de 2/1000 de 1 UIT por Megavatio hora facturado, con excepción de aquellos que no son atendidos por el Sistema Interconectado Nacional”.

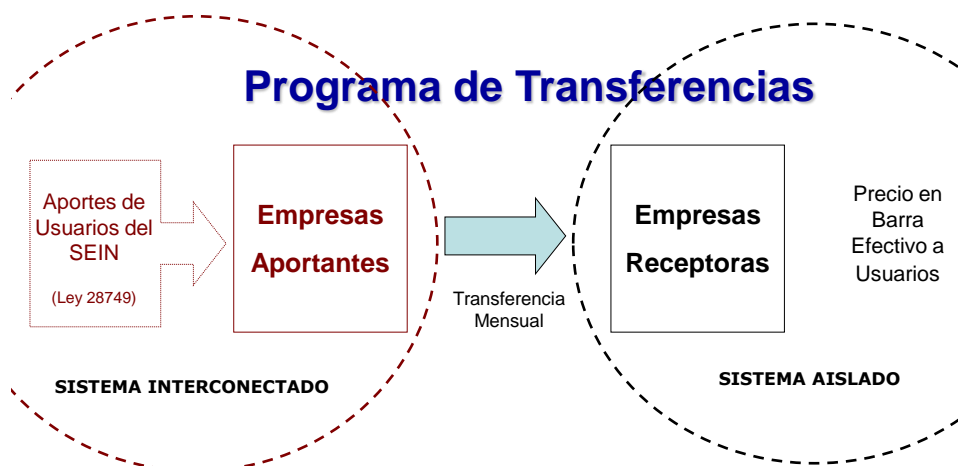
¹³ Artículo 7º:

“a) Las Empresas Aportantes están obligadas a realizar los desembolsos de las transferencias a las Empresas Receptoras correspondientes a cada mes en los plazos establecidos en el Programa de Transferencias.

(...).

c) La Empresa Receptora que no disponga de generación propia, está obligada a transferir a la empresa generadora el monto de compensación correspondiente a la cantidad de energía comprada, dentro de los cinco días útiles siguientes a la recepción de la transferencia del SEIN”.

MECANISMO DE COMPENSACIÓN PARA SISTEMAS AISLADOS



En el presente caso, EDELSA -empresa distribuidora perteneciente al Sistema Aislado- al no contar con generación propia, en su condición de Empresa Receptora, tiene la obligación de transferir el monto recibido por MCSA a la empresa generadora, en este caso, EGEPSA.

Las normas citadas que regulan el MCSA son normas de orden público y de carácter imperativo, las cuales imponen al administrado una conducta de modo absoluto, es decir, las partes no pueden adoptar conductas distintas a las prescritas por los referidos dispositivos, en tanto implican una limitación a la autonomía privada. En este sentido, la doctrina define a las normas de orden público como aquellas que "(...) imponen necesariamente su propia regulación, sin permitir a los particulares prescindir de ella y establecer otra prescripción diversa. La situación o relación forzosamente debe ser regulada por esa norma"¹⁴. Asimismo, la imperatividad de las normas adquiere relevancia cuando en el presente caso importa salvaguardar el objeto que se persigue con la aplicación del MCSA. De este modo, de no cumplir con realizar la transferencia indicada, la misma norma considera tal incumplimiento como una infracción pasible de sanción, según lo prevé en su artículo 8^o¹⁵.

Por otro lado, advertimos que EDELSA alega que en un primer momento no transfirió el monto percibido por concepto de MCSA a EGEPSA, debido a que desconocía tal obligación; y que recién tomó conocimiento de ella en mayo de 2009.

Al respecto, teniendo en cuenta que el periodo de esta controversia se inicia en mayo de 2007 y termina en agosto de 2009, es preciso señalar que las normas son obligatorias desde el día siguiente de su publicación, según lo establece el

¹⁴ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p.46.

¹⁵ Artículo 8º: "SANCIONES

Se considerarán infracciones de las empresas eléctricas por el incumplimiento de la presente Norma las que se señalan a continuación:

(...)

Por incumplir con las Transferencias del Mecanismo de Compensación.

Cuando no presenten la información en la forma y plazos establecidos en la Norma o lo hagan en forma inexacta

Estas infracciones serán sancionadas de acuerdo con los montos previstos en la escala de multas y sanciones del OSINERGMIN".

artículo 109º de la Constitución Política del Perú¹⁶; en virtud del cual nadie puede alegar desconocimiento de la ley. Esta ficción jurídica señala que la obligatoriedad de una norma solo puede correr desde su publicación y tiene su razón de ser en el hecho de que una norma debe ser conocida para poder ser obedecida¹⁷. En este sentido, como *la ley se presume conocida por todos*, EDELSA no puede alegar el desconocimiento de la normativa para justificar su incumplimiento¹⁸, menos aún cuando durante dos (2) años percibió mensualmente a su favor un monto de dinero del SEIN, respecto del cuál debió informarse adecuadamente acerca del régimen legal al que se sujetaba la transferencia de dicho monto y lo que le correspondía hacer con él.

Por lo expuesto, EDELSA no puede justificar el incumplimiento de una norma imperativa alegando una compensación de carácter privado -que exige la existencia de prestaciones recíprocas- que no es aplicable a una relación jurídica regida por normas de orden público, por tanto debe transferir a EGEPSA el monto total recibido por compensación del MCSA durante el periodo comprendido entre mayo de 2007 a agosto de 2009, más los intereses correspondientes.

3.2.2. Fijación de los montos a ser transferidos por concepto de MCSA

El numeral 9.1 del artículo 9º¹⁹ del Procedimiento de Aplicación del MCSA establece que la GART es quien se encarga de realizar el cálculo mensual de las transferencias del MCSA; cálculo que realiza sobre la base de la información remitida por las empresas involucradas.

En este sentido, EGEPSA argumenta que debido a que EDELSA proporcionó información errada al OSINERGMIN se determinó un monto por concepto de MCSA más bajo del que realmente correspondía, lo cual le implicó un perjuicio económico.

Sin embargo, el procedimiento de determinación de tarifas (en este caso Tarifas en Barra), implica que el proyecto de resolución de tarifas, la resolución final y las convocatorias de audiencias públicas son publicados en el diario oficial. Por su parte, los estudios técnicos económicos son publicados en el portal institucional. De este modo, todo interesado puede presentar observaciones o recurso impugnativo (reconsideración) frente a ellos. Estas publicaciones facilitan el ejercicio de la participación ciudadana en la medida que permiten conocer la posibilidad y oportunidad de formar parte activa en los procesos regulatorios.

¹⁶ Artículo 109º:

“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

¹⁷ CORREA RUBIO, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo IV, PUCP, Lima, p. 233.

¹⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26/04/2010, referente al Exp. N° 06859-2008-PA/TC.

¹⁹ “9. Procedimientos, plazos y medios

9.1 La GART del OSINERGMIN se encargará de calcular mensualmente las transferencias producto de la aplicación del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados, y de acuerdo con el procedimiento establecido en el Artículo 5 del Reglamento.

9.2 El OSINERGMIN publicará en su página Web las transferencias por concepto del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados. (...)”.

Principales Etapas de los Procedimientos



Fuente: OSINERGMIN

De este modo, notamos que en el procedimiento de fijación de tarifas existen dos momentos en los cuales las partes tienen la oportunidad de manifestar su desacuerdo: i) en la publicación del proyecto de resolución del OSINERGMIN, mediante observaciones y comentarios; y ii) en la publicación de la resolución, a través del recurso impugnativo -reconsideración-; y sin embargo, no lo hicieron.

En este sentido, advertimos que en el presente caso, los actos administrativos que fijaron los montos a transferir por MCSA en el periodo de mayo 2007 a agosto 2009 han quedado consentidos y firmes, según lo señalado por la LPAG:

“Artículo 212.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto”.

Por lo expuesto, carece de sentido que este Tribunal se pronuncie sobre el criterio utilizado para la fijación de éstos, en tanto se trata de un acto firme e inalterable vía recurso de impugnación en la vía administrativa.

3.3.- Sobre la supuesta comisión de infracciones

Por otro lado, tenemos que el numeral 22.2 del artículo 22º del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN²⁰ faculta a las diferentes áreas del regulador a denunciar o comunicar la comisión de una presunta infracción ante el área correspondiente.

De este modo, respecto del supuesto incumplimiento de la transferencia del MCSA por parte de EDELSA, así como de la supuesta información errada proporcionada por EDELSA al OSINERGMIN, corresponde a este Tribunal, en virtud de lo señalado en el párrafo anterior, comunicarlo a la GFE para que realice las investigaciones pertinentes, según lo establece el numeral 9.3 del artículo 9º del Procedimiento de Aplicación del MCSA²¹ y, de ser el caso, inicie Procedimiento Administrativo Sancionador y aplique la sanción correspondiente, según lo señalado en el artículo 8º de la norma que regula el Procedimiento de Aplicación del MCSA²².

²⁰ Aprobado por Resolución de OSINERGMIN Nº 233-2009-OS-CD.

²¹ “9.3. La Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN se encargará de fiscalizar la correcta aplicación del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados por parte de las Empresas Aportantes y Empresas Receptoras, debiendo aplicar cuando corresponda la escala de multas y sanciones”.

²² Ver Pie de Página Nº 15.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley Nº 27332, el Reglamento General de OSINERGMIN; aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN Nº 0826-2002-OS/CD, modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD y 752-2007-OS/CD, y de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Declarar Infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD SAN RAMÓN DE PANGO S.A., en atención a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución Nº 004-2011-OS/CC-62.

ARTÍCULO 2º.- Disponer que EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD SAN RAMÓN DE PANGO S.A. y EMPRESA DISTRIBUIDORA - GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD PANGO S.A. deben cumplir con remitir información a la Secretaría General del Tribunal de Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado por la presente resolución en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente Resolución.

ARTÍCULO 3º.- Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (3) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.

ARTÍCULO 4º.- Poner en conocimiento de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería la presente Resolución a fin de verificar la supuesta comisión de infracciones sobre la base de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Aníbal Eduardo Ismodes Cascón
Presidente

Oswaldo García Bedoya
Miembro

Roberto Carlos Shimabukuro Makikado
Miembro

Víctor Manuel Jorge Farro Cuya
Miembro