

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 185-2018-OS/CD**

Lima, 27 de noviembre de 2018

VISTOS:

La solicitud de fijación tarifaria presentada por la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. ("SMCV") mediante Carta SMCV-VAC-GL-162- 2017 de fecha 1 de febrero de 2017, así como lo resuelto por el Consejo Directivo de Osinergmin en las Resoluciones N° 204-2017-OS/CD y 144-2018-OS/CD.

CONSIDERANDO:

1.-ANTECEDENTES

Que, la función reguladora de Osinergmin se encuentra reconocida en el artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Dicha función, exclusiva del Consejo Directivo, comprende la facultad de fijar, mediante resoluciones, las tarifas de los servicios bajo su ámbito, bajo criterios y principios previstos en las legislaciones sectoriales. En ese sentido, se encuentran sujetas a regulación de precios, conforme al literal c) del artículo 43 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas ("LCE"), las tarifas y compensaciones de sistemas de transmisión;

Que, de conformidad con el literal c) del artículo 27.2 de la Ley N° 28832, en el caso de instalaciones que permiten transferir electricidad hacia los Usuarios Libres, dichos Agentes podrán suscribir contratos para la prestación del servicio de transporte, con sus respectivos titulares, en los cuales la compensación correspondiente será de libre negociación. Se precisa en dicho dispositivo legal que, para el uso de las instalaciones por terceros, las compensaciones y tarifas, para los mismos, se regulan por Osinergmin, según el criterio establecido para los SST según la LCE;

Que, atendiendo a lo establecido en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, mediante Resolución N° 080-2012-OS/CD, aprobó la Norma "Procedimientos para Fijación de Precios Regulados" en cuyo Anexo A3. se encuentra el "Procedimiento para fijación de peajes y compensaciones de Sistemas Complementarios de Transmisión (SCT) cuyos cargos corresponde asumir a terceros por instalaciones construidas por acuerdo de partes" ("Procedimiento"), el cual contiene las etapas, los responsables, las obligaciones y los plazos que rigen el presente proceso;

Que, ABY Transmisión Sur S.A. ("ABY") es la empresa concesionaria de la Línea de Transmisión SGT Chilca – Marcona – Montalvo en la cual SMCV realizó un seccionamiento para construir la subestación San José a la cual se encuentra conectada la empresa Samay I S.A.;

Que, en base a lo expuesto, SMCV solicitó a Osinergmin fijar peajes y compensaciones por el uso de dos celdas de 500 kV de la S.E. San José de su propiedad, las cuales son utilizadas por Samay I S.A. El proceso regulatorio se llevó a cabo según el Procedimiento, cumpliéndose todas las etapas allí previstas, además de la etapa de aprobación de la nueva Base de Datos de Módulos Estándares en Transmisión (módulos en 500 kV), que fue incluida en el proceso conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 204-2017-OS/CD;

Que, mediante la Resolución N° 144-2018-OS/CD publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 26 de septiembre de 2018 (“Resolución 144”) se fijaron las tarifas correspondientes a las Celdas de Línea de 500 kV de la LT San Jose - Montalvo de SMCV;

Que, con fecha 17 de octubre de 2018, ABY interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 144, el mismo que fue expuesto en Audiencia Pública llevada a cabo el 09 de noviembre de 2018. Asimismo, como parte del proceso, con fecha 07 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia ante la Gerencia de Regulación de Tarifas, solicitada por SMCV, al amparo de lo previsto en el artículo 8 de la Ley N° 27838; y, con fecha 16 de noviembre de 2018, SMCV presentó sus comentarios al recurso de reconsideración.

2.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE ABY

Que, ABY solicita que se deje sin efecto la Resolución 144 y que Osinergmin se abstenga de emitir una regulación tarifaria respecto de las instalaciones de 500 kV, declarando con ello, fundado su recurso; sobre la base de los argumentos que se presentan a continuación.

2.1 SOBRE EL INTERÉS DE ABY PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN 144

Que, ABY señala que es un agente interesado en la regulación tarifaria, pues Osinergmin pretende fijar peajes y compensaciones respecto de las instalaciones de 500 kV instaladas en la subestación San José, las cuales fueron construidas producto de un seccionamiento del tramo en 500 kV entre la subestación Ocoña y la subestación Montalvo que forma parte de la línea de transmisión del SGT Chilca – Marcona – Montalvo que se encuentra bajo la concesión de ABY, cuyo seccionamiento fue producto de un mandato de conexión;

2.2 SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS INSTALACIONES MATERIA DE REGULACIÓN

Que, la recurrente indica que Osinergmin debe advertir que al aplicar un procedimiento de fijación tarifaria sobre la subestación San José y las instalaciones de 500 kV, necesariamente se parte de la premisa de que dichas instalaciones califican como Sistema Complementario de Trasmisión de Libre Negociación (SCTLN), que a su consideración es errónea y, sólo en razón de ello, el Regulador tiene competencia para fijar peajes;

Que, añade que ello transgrede el principio de legalidad, pues la calificación de instalaciones es una competencia del Ministerio de Energía y Minas, de manera tal que la Resolución 144 implica una categorización ilegal y arbitraria al calificar instalaciones como SCT, toda vez que tales instalaciones deben formar parte del SGT de ABY y formar parte de su contrato de concesión;

Que, ABY menciona que el seccionamiento y los equipos ahí instalados dan continuidad eléctrica al SGT de su propiedad, situación que ha sido reconocida por el COES en su comunicación COES/D-696-2016, motivo por el cual los mismos deben formar parte del SGT sin que puedan tener calificación de SCT ni siquiera para efectos tarifarios. Asimismo, sostiene la recurrente que el pronunciamiento del COES implica, para el caso de líneas SGT que son seccionadas para la conexión de terceros, que la nueva conexión mantenga la continuidad del SGT con lo que tales equipos forman parte del SGT. Refiere que tal criterio ha sido reconocido en el artículo 62-B del RLCE introducido mediante el Decreto Supremo N° 018-2016-OS/CD. Indica que la calificación de la subestación San José y las instalaciones en 500 kV como SCT, en la práctica, modifica la finalidad de una instalación SGT construida para dar seguridad y confiabilidad al sistema;

Que, la impugnante precisa que bajo la regulación tarifaria que pretende realizar Osinergmin, SMCV terminaría siendo titular de equipos en 500 kV, los cuales por su naturaleza constituyen troncales en favor de todo el sistema, es decir del SGT, máxime cuando SMCV no estaría habilitado a tener tales equipos por no ser concesionario de SGT sino solamente de un SCT en 200 kV; de tal manera, concluye que la calificación de Osinergmin de SCTLN implicaría darle valor de concesionario SGT a SMCV sin cumplir el procedimiento legal, lo que desvirtúa su Contrato SGT y la normativa;

Que, la recurrente indica que, en los informes de sustento de la Resolución 144 Osinergmin se refiere al sistema de SMCV como si se tratara de un SCT, indicando, incorrectamente según alega, que la única manera de que tales instalaciones formen parte de un SGT es que hayan sido incorporadas en el Plan de Transmisión;

Que, sobre el particular, refiere que las instalaciones que dan continuidad eléctrica a los SGT son parte del mismo, debiendo tener la misma calificación, a pesar de que no hayan sido incluidas en el Plan de Transmisión, ello, de conformidad con el artículo 62-B del RLCE, que contiene una regla aplicable a cualquier seccionamiento por lo que no cabe una interpretación distinta a la situación física y técnica sobre la calificación de las instalaciones de continuidad. Por lo tanto, concluye la recurrente que calificar como SCT a las instalaciones de SMCV implica considerar ilegal al citado artículo 62-B, generando una situación de incertidumbre que vulnera los principios de predictibilidad y confianza legítima.

2.3 SOBRE LA CONTROVERSIA EN CURSO

Que, ABY señala que actualmente se encuentra en trámite una controversia con el Ministerio de Energía y Minas concerniente, entre otros aspectos, a la determinación de responsabilidades, obligaciones y derechos de ABY bajo el contrato de concesión SGT en cuanto a las instalaciones incluidos en el seccionamiento; lo que generaría situaciones contradictorias que deberán ser evitadas por Osinergmin;

Que, agrega que en cuanto dicha controversia no quede aclarada, Osinergmin debe abstenerse de emitir una regulación tarifaria que suponga una calificación de las instalaciones comprendidas en el tramo, pues dicha regulación podría oponerse con el pronunciamiento final a ser emitido por el Tribunal Arbitral.

3.-COMENTARIOS DE SMCV AL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN DE ABY

3.1 SOBRE EL INTERÉS DE ABY PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN 144

Que, SMCV indica que, por razones de seguridad jurídica el artículo 118 del TUO de la LPAG, establece que únicamente pueden impugnar una decisión administrativa los administrados que cuenten con un interés legítimo, personal, actual y probado; desarrollando estas características doctrinaria y jurisprudencialmente;

Que, manifiesta que no existe relación jurídica entre la posición de ABY y lo dispuesto en la Resolución 144, pues la decisión fija un peaje a favor de SMCV que debe asumir Samay I S.A., que es un titular distinto a ABY, por lo que no se cumple la legitimación obligatoria, que implica que, sólo los afectados en sus intereses tengan la aptitud para contradecir la Resolución 144. Señala que ABY no tiene un interés personal, porque no es titular de las instalaciones materia de pronunciamiento y tampoco es un usuario o generador, en capacidad de inyectar o retirar energía. Menciona que ABY no tiene un interés actual, sino un interés futuro e hipotético, a raíz de su

pretensión en una controversia, en donde el Estado le ha negado derechos sobre las instalaciones de propiedad de SMCV. Sostiene finalmente que, ABY no tiene un “interés probado”, en tanto no ha evidenciado que la tarifa de la Resolución 144, le podría causar afectación, ya que su medio probatorio se vincula a la continuidad eléctrica, aspecto que no tiene relación con la resolución impugnada;

Que, en consecuencia, SMCV solicita se declare improcedente el recurso de reconsideración o se reencause como un escrito de comentarios, señalando además que, de admitirse la procedencia, ABY podría accionar contra Osinergmin, en un proceso contencioso administrativo.

3.2 SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS INSTALACIONES MATERIA DE REGULACIÓN

Que, SMCV desarrolla los antecedentes sobre su Subestación San José, precisando que, quien construyó las instalaciones, preparó los documentos y obtuvo el título habilitante fue la empresa Abengoa Perú, como empresa vinculada y constructora de ABY. En dicha concesión se encontraban comprendidos los equipos en 500 kV, que ahora ABY pretende desconocer;

Que, indica que SMCV es la titular legítima (propietaria) de la SE San José y todos los equipos, y el respectivo título habilitante le fue transferido, mediante Resolución Ministerial N° 096-2016-MEM/DM, siendo expresamente reconocidos los elementos en 500 kV en el Contrato de Concesión, en su Expediente Técnico evaluado por el Ministerio, y en las Memorias Descriptivas elaboradas por Abengoa Perú;

Que, en tal sentido, señala que la denominación en el Contrato de Concesión de una línea en 220 kV, no impide que contenga equipos en 500 kV, resultando las afirmaciones de ABY sin sustento; por tanto, la Concesión que conoce perfectamente ABY incluye las instalaciones en 500 kV; la cual resulta vinculante, más aún si, la Concesión en favor de SMCV tiene carácter firme; y así lo ha reconocido el Ministerio de Energía y Minas en el Oficio N° 1452-2016-MEM/DGE; y Osinergmin, mediante Resoluciones N° 252-2014-OS/CD y N° 053-2015-OS/CD;

Que, adicionalmente, SMCV enfatiza que, la propia ABY ha reconocido que la titular y propietaria de la Subestación San José es SMCV, no sólo al transferir la concesión, sino mediante Carta ATS.GG.75.2014, en donde planteó adquirir las instalaciones en 500 kV y las denominó un SCTLN, y en el Contrato de Servicios Complementarios de Transmisión suscrito entre Abengoa Perú y SMCV;

Que, SMCV indica que, el artículo 62-B del RLCE, incorporado por Decreto Supremo N° 018-2016-EM, es una norma excepcional y posterior a la construcción, al seccionamiento y al otorgamiento de la concesión de SMCV, por lo que, habiendo incluido una obligación no contemplada en el ordenamiento que regulaba a las interconexiones; ese cambio de reglas no aplica con anterioridad al 24 de julio de 2016, según la Constitución, demostrando más bien, que las instalaciones anteriores que se encuentren el supuesto no forman parte del SGT (como ha ocurrido por más de 20 años); debiendo aplicarse por excepción para las nuevas instalaciones, caso contrario constituiría en una aplicación retroactiva e ilegal;

3.3 SOBRE LA CONTROVERSI A EN CURSO

Que, SMCV señala que ABY ha tenido que iniciar un arbitraje para que se le reconozcan derechos que no le fueron otorgados, y menciona que, el resultado de la controversia no podría afectar las instalaciones que conforman la Subestación San José, por tratarse de bienes que son de un tercero

ajeno a dicha controversia, así como no podría modificar los términos de la concesión de SMCV, sino únicamente el Contrato SGT de ABY.

4.-ANÁLISIS DE OSINERGMIN AL RECURSO Y A LOS COMENTARIOS PRESENTADOS

4.1 SOBRE EL INTERÉS DE ABY PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN 144

Que, la norma especial contenida en el artículo 74 de la Ley de Concesiones Eléctricas, en cuanto a las Disposiciones Diversas sobre Tarifas, prevé que “las partes interesadas podrán interponer recursos de reconsideración contra la resolución (tarifaria) de Osinergmin...”, sin prever un mayor desarrollo sobre las características de dicho “interés”;

Que, por su parte, el artículo 118 del TUO de la LPAG, como regla general precisa que procede el derecho de contradicción frente a un acto que supone afecta o lesiona un derecho o un interés legítimo, y establece que para que el interés justifique la titularidad del administrado debe ser legítimo, personal, actual y probado; pudiendo ser material o moral;

Que, en efecto, para el ejercicio del derecho de contradicción se requiere contar con un interés legítimo del recurrente. Ahora bien, tratándose de la posible limitación del derecho fundamental a la defensa que se encuentra conexas al debido procedimiento, su aplicación no puede ser de naturaleza restrictiva, máxime si, la resolución cuestionada involucra una decisión tarifaria emitida en un entorno de transparencia, con efectos permanentes y vinculantes en el tiempo, para diversos agentes;

Que, en cuanto al interés personal, la doctrina reconoce que debe tratarse de un interés privado, en contraposición con el interés general (Ej. que se cumpla la Ley o que se respeten los principios del Derecho) cuya tutela está encargada a la Administración;

Que, sobre el interés probado se precisa que no basta su “mera alegación” sino deberá acreditarse o encontrarse acreditado en el expediente. En lo relacionado a que el interés puede ser material o moral, se refiere en líneas generales, a un interés de contenido patrimonial (concreto) o uno no patrimonial (abstracto);

Que, en el caso concreto, la validación de un interés legítimo que habilita la procedencia para realizar un análisis de fondo, no implica *a priori* que ese interés se encuentre afectado; sino únicamente que merecerá un análisis motivado y no la declaratoria liminar de improcedencia. En ese orden, de la revisión del caso, está demostrado que las instalaciones vinculadas a la regulación, seccionan instalaciones de ABY; que se encuentra en curso una pretensión arbitral de ABY para que las instalaciones vinculadas a la regulación formen parte de su Contrato SGT, lo que eventualmente convertiría en futuro “titular” a ABY de dichas instalaciones; y finalmente ABY sostiene que la calificación de Osinergmin afecta de forma actual el proceso que tiene en curso relacionado también a la calificación de las instalaciones y que las decisiones sobre la calificación podrían ser

contradictorias, por lo que solicita a Osinergmin se abstenga de su calificación y como consecuencia de efectuar su regulación, para evitar tal situación;

Que, de lo expuesto, se colige que ABY cuenta con un interés legítimo dentro del derecho administrativo que le permite accionar contra la decisión de Osinergmin, por lo que procede que su recurso de reconsideración sea analizado en los aspectos de fondo.

Que, en relación a la eventual acción contencioso administrativa que podría plantear ABY, según señala SMCV en sus comentarios; se precisa que la decisión de Osinergmin para validar un interés legítimo no se sujeta a que se presente o no una acción judicial contra su acto administrativo; y por último, el ejercicio de este derecho de acción, no se encuentra en función de la improcedencia del recurso de reconsideración, esto es, no puede verse limitado, por el hecho de que el recurso fuera declarado improcedente. Finalmente, evidenciándose el carácter impugnativo del escrito de ABY, tampoco cabe jurídicamente para este caso, un encauzamiento de ese “recurso de reconsideración” como si se tratara de “comentarios”, como lo plantea SMCV;

4.2 SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS INSTALACIONES MATERIA DE REGULACIÓN

Que, ABY en su recurso y en la exposición en audiencia, afirmó que el Ministerio de Energía y Minas es el único competente para calificar una instalación dentro de los sistemas de transmisión existentes y alega que la calificación de Osinergmin trasgrede la legalidad, sin embargo, no identifica en qué dispositivo normativo se consignó dicha competencia a cargo del Ministerio de Energía y Minas, o en cual, se negó la posibilidad de que, Osinergmin califique las instalaciones en el ejercicio de sus funciones;

Que, la única regla que otorgaba exclusivamente al Ministerio de Energía y Minas la potestad de calificación de instalaciones, era el artículo 58 de la LCE, en cuanto a la definición de Sistema Principal de Transmisión y Sistema Secundario de Transmisión, no obstante, a partir de la vigencia de la Ley N° 28832, las instalaciones calificadas a esa fecha en esos dos sistemas mantendrían hasta el final de su vida útil dicha calificación. Y fue la Ley N° 28832, la que estableció las condiciones para que una instalación sea calificado en los dos nuevos sistemas, ya sea Sistema Complementario de Transmisión o Sistema Garantizado de Transmisión;

Que, debe destacarse, que es la Ley N° 28832 y no en los pronunciamientos de Osinergmin, en donde se establece expresamente, qué características debe cumplir una instalación para formar parte del Sistema Garantizado de Transmisión y para formar parte del Sistema Complementario de Transmisión. En ese sentido, el hecho de que los informes de sustento de la Resolución 144, mencionen que para que una instalación sea parte del SGT, debe encontrarse en el Plan de Transmisión y debe ser licitado, lejos de afectar el principio de legalidad, se sujeta rigurosamente a lo previsto en la ley;

Que, la disposición reglamentaria contenida en el artículo 62-B del RLCE, que debe ser interpretada en sujeción a las reglas de rango legal y no en contravención de éstas, dispone que, “las instalaciones que se requieran para mantener la continuidad del SGT..., forman parte de la Concesión del SGT”. Específicamente, no se ha previsto que las instalaciones serán del SGT o forman parte del SGT, sino que forman parte de la “Concesión del SGT”; en buena cuenta, se adherirá a la “concesión”; sin especificar mayores detalles sobre su tratamiento;

Que, por naturaleza del nuevo elemento, no se establece en el reglamento que se trata de un SGT, y tampoco correspondería otorgarle todas las cualidades que si les aplica a instalaciones SGT, ya

que si bien, para los fines de operación y continuidad eléctrica podría entenderse como un “solo sistema” y tratarse como tal; no obstante, para los fines remunerativos no corresponderá tratar a las instalaciones, con la misma categoría unificada;

Que, de ese modo, no resultaría viable jurídicamente, que el transmisor exija el pago por una instalación construida por un privado, por su necesidad y para su beneficio; con cargo de los usuarios del servicio público de electricidad (demanda del SEIN), como si se tratara de una instalación que fue parte de un Plan de Transmisión (Coes-Osinergmin-MINEM) y se adjudicó con una oferta ganadora en una licitación pública (ProInversión); situación que podría ocurrir, en tanto, que el artículo 62-B del RLCE, no puede reformar el derecho fundamental de la propiedad, lo que generaría un eventual pago por la infraestructura del transmisor al agente, para que esa instalación sea parte de la “concesión SGT” del transmisor;

Que, las alegaciones de ABY referidas a que las instalaciones materia de regulación dan continuidad eléctrica y que corresponde que sean operadas por ABY, y para ello debe formar parte de su Concesión, no son aspectos controvertidos a dilucidar por Osinergmin;

Que, el Regulador tiene un encargo legal contenido en el artículo 27.2.c de la Ley N° 28832, que establece en sentido lato, que Osinergmin regula las tarifas (Resolución 144) por el uso de terceros (Samay I) de las instalaciones de libre negociación -ámbito privado- (Subestación San José) que permiten transferir electricidad hacia los Usuarios Libres (SMCV). El supuesto legal para activar la regulación de Osinergmin, se cumple a cabalidad, incluso con independencia de una “calificación”. La calificación es inherente y proviene de la propia lectura de la Ley N° 28832, que indica que las instalaciones que no cumplan con las condiciones de SGT, indefectiblemente serán SCT;

Que, como se ha indicado a lo largo del proceso regulatorio, la calificación como SCTLN efectuada por Osinergmin, se limita a los efectos de competencia del Regulador, que no es otro que los efectos tarifarios, y no debe influir en las funciones y/o decisiones de otras Autoridades del sector, que no se relacionan al ámbito regulatorio de exclusividad de Osinergmin;

Que, Osinergmin fijó las tarifas de instalaciones de la Subestación San José, y ese pago regulado es independiente de las denominaciones actuales de los intervinientes o de los elementos, es decir, si Samay I, cambia su “razón social” o cambia de titularidad, el pago fijado que debe efectuar, será ahora de quien asuma esa posición; de igual modo ocurre con el agente al que se le dirige el pago, que en este caso se trata de SMCV, pero de haber un cambio, la posición contractual se modifica mas no la fijación tarifaria; en tal sentido, un cambio de nombre de la subestación o que, para los efectos de la continuidad eléctrica, las instalaciones eventualmente pertenezcan al “Contrato de Concesión SGT”, no repercute en la fijación tarifaria realizada;

Que, a la fecha, SMCV es propietario y titular de las instalaciones reguladas de la Subestación San Jose contenidas en la Resolución 144, esta cualidad se encuentra acreditada en el expediente administrativo, aunado con los medios probatorios remitidos por SMCV en los comentarios al recurso, en particular aquellos vinculados a documentos contractuales, actos y comunicaciones remitidas por la propia empresa Abengoa. Así también, se ha tomado conocimiento de los elementos en 500 kV que forman parte expresa de la concesión firme otorgada por el Ministerio de Energía y Minas, perteneciente a SMCV. Por lo expuesto, resulta válido que el titular del derecho

al pago fijado en la Resolución 144, sea SMCV, no encontrándose ninguna causal o vicio administrativo que invalide dicha decisión;

Que, en la Comunicación COES/D-696-2016 se concluye que las instalaciones de la Subestación San José son indispensables para transportar energía a través de la línea de transmisión en 220 kV San José - Cerro Verde, lo que no implica una calificación previa de las instalaciones, ni una limitación para el ejercicio de las funciones regulatorias de Osinergmin;

Que, en lo que respecta a los cuestionamientos sobre la vulneración a los principios de predictibilidad y confianza legítima al desconocer el artículo 62-B del RLCE, independientemente de que no existe un desconocimiento del citado artículo como se ha desarrollado anteriormente, precisamos que éstos principios justamente imponen el deber a la “autoridad administrativa a que se someta al ordenamiento jurídico vigente”; siendo que la mayor afectación a la confianza legítima, predictibilidad y seguridad jurídica, será aplicar una nueva regla del ordenamiento de forma retroactiva a situaciones en donde normaban otras reglas, acción que no ha ejecutado Osinergmin, y afectaría con el criterio constitucional de aplicación de las normas en el tiempo;

Que, en consecuencia, no existe ninguna indebida calificación de las instalaciones como SCTLN, en el marco de los efectos tarifarios de competencia de Osinergmin;

4.3 SOBRE LA CONTROVERSIA EN CURSO

Que, en el artículo 72 del TUO de la LPAG establece expresamente: i) es nulo todo acto administrativo que contemple la renuncia de titularidad o del ejercicio de las atribuciones conferidas; ii) solo por ley o mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer una atribución administrativa de su competencia; iii) la demora o no ejercicio de la competencia, constituye falta administrativa; y iv) la Autoridad no puede dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos; todo acto en contra, es nulo de pleno derecho;

Que, Osinergmin tiene la competencia y obligación de efectuar su regulación dentro del procedimiento tarifario iniciado, conforme a las etapas desarrolladas, y se encuentra impedido jurídicamente de suspender o abstenerse de regular y dejar sin efecto lo regulado, tal como lo solicita la recurrente, en su petitorio. Un acto en sentido contrario, sería nulo;

Que, la única vía que impediría válidamente al Regulador no ejercer la atribución administrativa de su competencia, sería el mandato de una ley o de una orden de carácter judicial, que no existe a la fecha, y no existió al momento de emitir la decisión tarifaria;

Que, sin perjuicio de lo indicado, del análisis de identidad utilizado habitualmente para verificar una litispendencia, a fin de que la autoridad administrativa no se avoque o interfiera con una causa que se está conociendo en una instancia jurisdiccional, en lo que respecta a i) la identidad de sujetos (mismas partes intervinientes), ii) la identidad de objeto (mismas pretensiones), y iii) la identidad de causas (mismos fundamentos), se verifica que entre el proceso regulatorio de Osinergmin y el proceso arbitral iniciado por ABY contra el Ministerio de Energía y Minas, mediante demanda del 06 de marzo de 2018 mencionado en la Audiencia, no se evidencia identidad de sujetos ni identidad de objeto, y si bien pueden existir fundamentos similares en la demanda de ABY con respecto al

presente recurso de reconsideración del mismo ABY, éstos no son los que han motivado a Osinergmin, a regular o calificar la instalación, para los efectos tarifarios;

Que, en suma, la regulación de Osinergmin no se relaciona con lo que se resuelva en el proceso arbitral, dado que ni en el proceso arbitral se está fijando tarifas a ser pagadas por Samay I por el uso que efectúa de las instalaciones; ni en el proceso de Osinergmin se ha decidido si las instalaciones en 500 kV de la Subestación San José deben formar parte o no del “Contrato de Concesión SGT” de ABY;

Que, en cuanto a las afirmaciones de SMCV en sus comentarios, sobre que el resultado del arbitraje no podría afectar sus instalaciones ni su concesión, no corresponde al Regulador un pronunciamiento sobre el particular, por no encontrarse en su competencia;

Que, en consecuencia, el proceso arbitral en curso, no sustenta la abstención de la regulación por parte de Osinergmin, ni dejar sin efecto la Resolución 144;

Que, por las razones expuestas, se considera que el recurso de reconsideración de ABY, debe ser declarado infundado; y respecto de los comentarios de SMCV al recurso de reconsideración, éstos han sido considerados y atendidos dentro del análisis efectuado en el presente numeral;

Que, finalmente, se ha expedido el [Informe N° 523-2018-GRT](#) de la Gerencia de Regulación de Tarifas, el cual, 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 numeral 4 del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; 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 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en la Ley N° 28832, y en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; así como en sus normas modificatorias y complementarias; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 35-2018.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa ABY Transmisión Sur S.A. contra la Resolución N° 144-2018-OS/CD, de conformidad con lo señalado en el numeral 4 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el [Informe N° 523-2018-GRT](#), que la integra; en la página Web de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2018.aspx>

**Daniel Schmerler Vainstein
Presidente del Consejo Directivo
Osinergmin**