

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 120-2019-OS/CD**

Lima, 20 de junio de 2019

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 27 de abril de 2019, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“Osinergmin”), publicó la Resolución N° 071-2019-OS/CD (“Resolución 071”), mediante la cual, se aprobó el Cargo por Compensación a ser adicionado al Peaje del Sistema Secundario de Transmisión y del Sistema Complementario de Transmisión (“SST y SCT”) para el periodo mayo 2019-abril 2020, a fin de compensar a los operadores de las centrales de generación eléctrica beneficiadas del Mecanismo de Compensación. Esta decisión por los fundamentos expuestos en su sustento, consideró únicamente a la Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A como beneficiaria del cargo fijado;

Que, con fecha 20 de mayo de 2019, la empresa Contugas S.A.C. (“Contugas”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 071, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión del citado medio impugnativo.

2.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, Contugas solicita se declare la nulidad de la Resolución 071, por cuanto Osinergmin no ha reconocido un valor en el Cargo Unitario por Compensación de los Generadores Eléctricos que contaban con Ducto de Uso Propio (“GGEE-DUP”) a favor de la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (“Egasa”).

2.1 ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, la recurrente señala que Osinergmin, al no reconocer en la Resolución 071, el Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP a favor de Egasa, se ha atribuido la potestad de reconocer que su contrato de servicio con dicha empresa ha sido resuelto, a pesar de no ser parte y no tener competencia sobre el asunto, incluso pese a estar informado de las tratativas de solución que mantenía con Egasa. Este hecho, le impedirá a Egasa, asumir los compromisos contractuales con Contugas, según sostiene. Asimismo, señala que el citado contrato no ha sido resuelto, dado que Egasa ha renovado, la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de sus obligaciones;

Que, resalta que en el año 2015, el Ministerio de Energía y Minas, mediante Resolución N° 169-2015-MEM/DM, reconoció que el mecanismo de compensación le resulta aplicable a Egasa hasta el 31 de diciembre de 2025. En esa misma línea, agrega que Osinergmin hizo lo propio con el Informe N° 355-2015-GART con el cual se sustenta la Resolución N° 114-2015-OS/CD;

Que, finalmente, indica que la decisión contenida en la Resolución 071 es nula, por cuanto Osinergmin ha actuado arbitrariamente, arrogándose facultades que no tiene atribuidas, además de desconocer sus propias decisiones, en perjuicio evidente de su representada;

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, las funciones asignadas a Osinergmin se encuentran establecidas en el Decreto

Supremo N° 035-2013-EM, emitido al amparo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. De conformidad con el numeral 1.2 del Decreto Supremo N° 035-2013-EM, a Osinergmin le compete ordenar el pago de la compensación, a partir de la solicitud que le efectúa el generador eléctrico y en base al procedimiento que elabora sobre los peajes y el mecanismo;

Que, la compensación es un recargo a los usuarios del servicio de electricidad en función de que el generador solicitante pague las tarifas de distribución de gas natural. El mecanismo de compensación es un beneficio al que accede el generador eléctrico con un ducto de uso propio que transfiere a la distribuidora de gas natural, justificado en el hecho de que asume una tarifa de distribución de gas natural que no asumía y cuenta con compromisos contractuales de suministro eléctrico de largo plazo, en cuya estructura de costos (precios), no preveía la nueva condición a su cargo;

Que, en efecto, en el Decreto Supremo N° 035-2013-EM se establece que el plazo a considerar para que el generador eléctrico reciba la compensación, se sujeta al *“plazo de duración de los contratos de suministro de electricidad”* vigentes. Es por ello que en la Resolución N° 169-2015-MEM/DM se dispone que el plazo de vigencia del mecanismo es: *“desde la firma del contrato de suministro de electricidad hasta el 31 de diciembre de 2025, según corresponda”*. Ello, toda vez que, como se muestra en el sustento de la citada resolución ministerial, existían contratos de suministro de electricidad vigentes con términos en los años 2021, 2023 y 2025, cuyo equilibrio económico estaría comprometido, como lo reconoció el Ministerio de Energía y Minas;

Que, este periodo fue recogido en el sustento del Procedimiento elaborado por Osinergmin (Resolución N° 114-2015-OS/CD), y constituye un plazo máximo para el funcionamiento del mecanismo y no de uno forzoso, por el cual este Organismo, por ejemplo, deba ordenar el pago a los usuarios eléctricos de una compensación cuando el generador no ha incurrido en un pago compensable a la distribuidora, o cuando el generador hubiera restituido el equilibrio económico (origen de la compensación) y no existiera afectación para éste en los contratos vigentes de suministro de electricidad o incluso cuando sea decisión del generador pagar a la distribuidora de gas y no requerir, la restitución, vía la compensación;

Que, en el citado Procedimiento de Osinergmin, se reconoce en su contenido que el beneficiado del mecanismo de compensación es el generador eléctrico por su central aprobada, y ha sido éste que, en el proceso regulatorio, solicitó la exclusión de las estimaciones de las facturaciones y de cualquier cálculo proyectado por el servicio de distribución de gas natural de Contugas, a partir de mayo de 2019. Es claro que la obtención de una compensación que no corresponda por carecer de objeto, conlleva a la devolución de la misma con intereses, sin perjuicio de las acciones de orden sancionador que hubiere lugar;

Que, conforme lo prevé la norma, resulta aplicable que se trate de una *“solicitud de compensación”*, por la cual el titular del derecho (el generador eléctrico) deba plantearla al Regulador para su reconocimiento. El mecanismo no contempla un derecho para Contugas de exigir la compensación (Cargo GGEE-DUP), por lo que, en su caso, éste podrá requerir el pago de las tarifas de distribución de gas natural al generador eléctrico, al amparo de un contrato que tenga efectos vinculantes a las partes;

Que, sobre este aspecto contractual, se debe señalar que la decisión adoptada por Osinergmin no se sustentó en la eficacia o no del contrato de distribución de gas natural,

ni en las comunicaciones sobre las tratativas entre las partes; sino se fundó en el ejercicio de sus competencias, dejando de forma expresa que el cálculo del cargo sin la incorporación de Egasa, no implicaba pronunciamiento alguno sobre los aspectos contractuales ni societarios, tal como se señaló en el numeral 1 del Anexo 9 del Informe N° 227-2019-GRT con el que se sustentó la resolución impugnada;

Que, en ese sentido, Osinergmin ha cumplido funciones dentro del mecanismo aplicando la normativa sectorial y no asumió potestades para pronunciarse ni expresa ni tácitamente sobre los efectos del contrato suscrito entre Egasa y Contugas. El objeto de la Resolución 071 es la aprobación del Cargo GGEE-DUP (valor fijado) por parte de Osinergmin (entidad competente), siendo vinculante a los usuarios del servicio de electricidad (responsables de pago), a través de sus suministradores (recaudadores), y al respectivo generador eléctrico (beneficiario);

Que, como es de apreciar, las decisiones tarifarias que determinan los cargos regulados, como la del caso concreto, no decidió sobre la validez del contrato de Contugas ni tiene por finalidad el cumplimiento de un eventual compromiso de Egasa frente a Contugas; así, tampoco puede contener un pronunciamiento que vulnere o incida sobre la libertad de contratación (libertad contractual y libertad de contratar) de Egasa, empresa que incluso, no ha presentado impugnación contra la Resolución 071, dejándola consentir¹;

Que, por lo expuesto, no corresponde que la Resolución 071, reconozca un valor en el Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP a favor de Egasa;

Que, en cuanto a la solicitud de nulidad presentada por Contugas, mediante su recurso de reconsideración, conforme lo dispone el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), corresponde indicar que las causales de nulidad de los actos administrativos, son aquellas previstas en el artículo 10 del citado TUO de la LPAG;

Que, al respecto, no se advierte vicio administrativo en la Resolución 071 que amerite la declaratoria de nulidad, sino por el contrario, una aplicación de las normas a un caso dado, en estricto cumplimiento de las competencias que le han sido conferidas a Osinergmin, en cumplimiento del principio de legalidad. Como se ha demostrado, el Regulador no se ha pronunciado sobre la validez del contrato de Contugas, y la mención previa a que, el plazo de vigencia del mecanismo es hasta el año 2025, no es una decisión de Osinergmin, sino la reproducción de la Resolución N° 169-2015-MEM/DM, entendido como el plazo máximo para la permanencia del mecanismo y no uno forzoso que desconozca las demás condiciones, sobre las cuales el Regulador debe observar;

Que, en consecuencia, la solicitud de nulidad planteada, debe ser declarada no ha lugar;

Que, finalmente, se ha expedido el [Informe N° 310-2019-GRT](#) de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, el cual complementa la motivación que sustenta la decisión de Consejo Directivo 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

¹ Egasa, mediante GG.-0176/2019-EGASA, únicamente ha informado para conocimiento que, Contugas se ha opuesto a la resolución del contrato, iniciando una controversia, por lo que finalmente será un proceso arbitral el que solucione la situación, por lo que, deberá disponerse lo conveniente en caso, la decisión arbitral mantenga vigente el Contrato.

Al respecto, las decisiones firmes con carácter jurisdiccional que vinculen al Estado o a Osinergmin en específico, son consideradas en la regulación, a partir de su notificación; por lo que, de la solicitud que se plantee y el análisis de su contenido, se obtendrá del Regulador, una decisión motivada en su oportunidad.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 120-2019-OS/CD**

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; en el Decreto Supremo N° 035-2013-EM; en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como en sus normas modificatorias y complementarias; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 18-2019.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad planteada por Contugas S.A.C. mediante su recurso de reconsideración contra la Resolución N° 071-2019-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorporar el [Informe N° 310-2019-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y consignarla junto con el informe a que se refiere el artículo 2 precedente, en la página Web de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2019.aspx>

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