

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 100-2020-OS/CD**

Lima, 13 agosto de 2020

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 19 de junio de 2020, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“Osinergmin”), publicó la Resolución N° 068-2020-OS/CD (“Resolución 068”), mediante la cual, entre otras disposiciones, se fijaron los Precios en Barra y peajes del Sistema Principal de Transmisión (“SPT”), así como sus fórmulas de actualización, para el período 2020 –2021;

Que, con fecha 10 de julio de 2020, la empresa Electro Zaña S.A.C., (“Electro Zaña”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 068 (“Recurso”), y presentó alegaciones con fecha 05 de agosto de 2020; siendo materia del presente acto administrativo, el análisis y decisión del citado medio impugnativo.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la recurrente solicita que se declare la nulidad de la Resolución N° 068-2020-OS/CD y se disponga su inclusión en el listado de empresas beneficiarias de la Prima RER para el periodo mayo 2020 – abril 2021, otorgándose dicha prima de acuerdo con los criterios y procedimientos del marco legal.

2.1 ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, luego de desarrollar los antecedentes previos a su operación en el sistema, así como los aspectos normativos y contractuales generales vinculados a su proyecto RER, la recurrente como parte de sus fundamentos, manifiesta que participó y resultó adjudicataria en la Tercera Subasta RER, en virtud de la cual suscribió un Contrato de Suministro de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables con el Estado Peruano y una Adenda, actualmente vigente, generándosele por lo tanto el derecho a recibir el cargo por Prima RER, el que debe ser garantizado por el Estado, por lo que sus diversas agencias (el MEM, Osinergmin y el COES) deben respetar íntegramente este especial marco de promoción del régimen RER;

Que, señala que, pese a las demoras atribuibles al Estado Peruano, Electro Zaña cumplió con su obligación de construcción y puesta en operación de la Central Hidroeléctrica Zaña antes del 31 de diciembre de 2018 con el grupo G2, y desde febrero de 2019 con ambos grupos, lo cual se encuentra acreditado por el COES;

Que, advierte que en la cláusula 11.5 del Contrato RER se establece que, ante una situación de arbitraje como en la que se encuentra, no se suspenderá la ejecución de las obligaciones de las partes, inclusive aquellas que son materia del arbitraje hasta que la controversia arbitral sea resuelta de forma definitiva. Indica que, aun existiendo dicha disposición, el Estado pretende suspender la ejecución de sus obligaciones contractuales negándole el pago de la Prima RER, pese a que, el propio Tribunal Arbitral ha manifestado la aplicación de la citada cláusula 11.5.;

Que, la recurrente indica que el Tribunal Arbitral ha emitido una medida cautelar que dispone que el Estado cumpla con el pago de la tarifa RER, pese a lo cual, Osinergmin ha decidido no incorporar a Electro Zaña como beneficiario, en el proceso tarifario 2019 – 2020 (impugnado judicialmente) y en el proceso tarifario 2020 – 2021, sobre la base de que la POC fue alcanzada luego de la fecha máxima contractual y debido a una litispendencia por la impugnación judicial respecto del proceso previo;

Que, Electro Zaña precisa que Osinergmin trasgrede el marco legal, por cuanto, asume un incumplimiento contractual que es materia de controversia, contraviene la cláusula 11.5 de contrato que obliga cumplir con las obligaciones en vigencia de un arbitraje e incumple una orden cautelar; aspectos que son cuestionados por la empresa y conforme alegan determina la vulneración del principio de legalidad e infracción de los deberes de las autoridades previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (“TUO de la LPAG”);

Que, señala que, de acuerdo con el TUO de la LPAG, las autoridades tienen el deber de actuar en el ámbito de sus competencias y conforme a los fines para los que les fueron conferidas las atribuciones, por tanto, concluye que de conformidad con el artículo 10 del TUO de la LPAG, se ha configurado un vicio de nulidad del acto administrativo;

Que, en su escrito del 05 de agosto de 2020, la recurrente precisa que, mediante orden procesal del 17 de diciembre de 2019, el Tribunal Arbitral advirtió que Osinergmin se encuentra vinculado por su decisión, lo que, a través del Décimo Séptimo Juzgado Civil Comercial fue ordenado, en vía de auxilio judicial al Regulador, sin embargo, se niega a acatar;

Que, manifiesta también que, en la Resolución N° 098-2019-OS/CD, Osinergmin sostuvo expresamente que se sujetaría a un mandato arbitral, lo que no ha ocurrido, vulnerando el principio de predictibilidad y confianza legítima. A su vez, manifiesta que el Regulador desconoce la posición del MINEM a través del Informe N° 476-2019-MINEM/DGE, sobre el cumplimiento de la decisión cautelar; contradiciendo con todo ello, actos previos del Estado;

Que, la recurrente indica que, Osinergmin como parte del Estado, tiene el deber de cumplir con la orden cautelar y su desacato infringe el artículo 139 de la Constitución y el artículo 3.4 del Decreto Legislativo 1071;

Que, finalmente, la empresa señala que, no existe litispendencia pues no se cumple con la triple identidad necesaria, ya que, el proceso judicial pendiente de decisión y el arbitraje no comparten el mismo objeto, ni causa; uno a la nulidad administrativa de decisiones tarifarias y otro sobre la puesta en operación comercial de su central, en el marco contractual.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la posición institucional de Osinergmin puesta en conocimiento al Ministerio de Energía y Minas y al Poder Judicial, la misma que resulta aplicable como análisis del presente recurso de Electro Zaña, versa sobre la existencia de una litispendencia y la no participación del Regulador como parte del arbitraje en trámite iniciado por la recurrente;

Que, en ese sentido, en el proceso judicial con Expediente N° 09955-2019 ante el Octavo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, se conoce la causa por la cual, Electro Zaña solicita a Osinergmin la inclusión como beneficiario del Cargo por Prima RER dentro de la fijación administrativa anual, existiendo identidad de dicha causa pendiente de decisión judicial con el proceso que ha iniciado actualmente la empresa (pedido de inclusión como beneficiario de la Prima RER dentro de la fijación administrativa anual), presentando

identidad de sujetos (Electro Zaña como solicitante y Osinergmin como entidad), de objeto (inclusión como beneficiario del cargo desde la POC que alega) y de causa (razones derivadas del contrato, que incluyen desde el 2018 la existencia de un proceso arbitral);

Que, de ese modo, el Regulador no puede avocarse indebidamente sobre un tema que se encuentra judicializado, dado que la pretensión de incluir o no a la empresa como beneficiaria del cargo por Prima RER está siendo conocida por el Poder Judicial, y dicha prohibición, se encuentra en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el marco del artículo 139 de la Constitución;

Que, por otro lado, se manifiesta que, el convenio arbitral por mandato expreso del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, no se le extiende a Osinergmin, pues no ha expresado su consentimiento de someterse a la competencia arbitral, tanto más si la solicitud arbitral no está dirigida al Regulador ni ha sido emplazada;

Que, asimismo, obligar al Regulador a someterse a la competencia del Tribunal Arbitral, constituiría una vulneración a su autonomía y a sus funciones legales, que constituyen materias no arbitrables; por lo tanto, sus actuaciones se someten, según su naturaleza, a la aplicación de la normativa vigente en cumplimiento del principio de legalidad, no siendo un órgano de línea del Ministerio de Energía y Minas, y sus resoluciones, según el artículo 148 de la Constitución, causan estado, siendo susceptibles de impugnación judicial, como ha ocurrido desde el proceso tarifario previo;

Que, finalmente, en el proceso judicial con Expediente N° 011-2020 ante el Décimo Séptimo Juzgado Civil Comercial, sobre el cumplimiento de la medida cautelar arbitral, el Regulador ha desarrollado las razones antes señaladas mediante un escrito a dicho juzgado, lo que no ha merecido a la fecha un pronunciamiento sobre el particular;

Que, mayor detalle sobre los aspectos antes mencionados, se encuentra en el Informe [N° VQP/095/2020](#) elaborado por el estudio externo que patrocina a Osinergmin, por encargo de la Gerencia de Asesoría Jurídica;

Que, en función a lo expuesto, la resolución impugnada se ha ceñido al principio de legalidad, por cuanto, no abordó una causa pendiente de decisión judicial que viene a ser i) lo impugnado judicialmente en el proceso tarifario 2019 - 2020 (en donde parte de los argumentos que ha presentado Electro Zaña en el juzgado, se refieren al proceso arbitral y su medida cautelar) frente a ii) lo solicitado administrativamente en el presente proceso tarifario 2020 – 2021, y no como lo señala la recurrente respecto del proceso arbitral. Por consiguiente, no resulta procedente avocarse a una causa pendiente de decisión judicial;

Que, en cuanto a la supuesta vulneración al principio de predictibilidad y confianza legítima, por la mención en la Resolución N° 098-2019-OS/CD debe tenerse en cuenta que: i) a dicha fecha no existía un proceso pendiente de decisión judicial; y ii) una decisión judicial o arbitral que vincule a Osinergmin, debe ser acatada, sigue siendo un hecho incontrovertible, desde el punto de vista jurídico. De ese modo, la sujeción de la Constitución y la ley no constituye un quebrantamiento al principio de predictibilidad;

Que, ante el cuestionamiento de que Osinergmin no tendría competencia para aplicar el contrato, es preciso señalar que, las normas sectoriales vinculadas a la Prima RER, implican que el Regulador tome información contractual, por tanto, en el ejercicio de sus funciones, le corresponde a Osinergmin aplicar las reglas y los mandatos ahí contenidos;

Que, si la normativa dirige a que se adopte información del Contrato RER en la regulación, pues Osinergmin es competente para considerar dicha regla contractual; de ese modo, si las normas y el contrato establecen que la tarifa de adjudicación inicia su vigencia desde la

Puesta en Operación Comercial, que ésta no puede ocurrir por motivo después de diciembre de 2018 y que para entenderla cumplida no puede ser particionada en fases o unidades, pues Osinergmin es competente para considerar válidamente que la regulación no debe considerar esa tarifa de adjudicación, ni la consecuente Prima RER y Cargo por Prima RER, a partir de una puesta en operación comercial posterior a la fecha contractual máxima, pues no reúne las condiciones legales y contractuales;

Que, respecto de las razones que llevaron al Regulador a no considerar a Electro Zaña como beneficiario de la Prima RER, los fundamentos se encuentran en la Resolución N° 061 y 098-2019-OS/CD y en sus informes de sustento, los cuales deben ser considerados como parte del sustento de la presente decisión, en el marco del artículo 6 del TUO de la LPAG;

Que, específicamente, respecto a la posibilidad de “continuar” con la ejecución de obligaciones bajo la existencia de una controversia contractual pendiente, sujeta a “la medida de lo posible”, como lo alude la Electro Zaña en su recurso, reiteramos expresamente lo señalado en la Resolución N° 098-2019-OS/CD:

“Que, la Tarifa de Adjudicación y la Prima RER, las cuales representan el instrumento para asegurar los ingresos garantizados de la central adjudicada, tienen como inicio de vigencia expreso en el contrato (cláusulas 1.2.46 y 1.2.50) a la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial. Es decir, en los hechos, no se presenta una obligación contractual que se esté ejecutando, puesto que [la ejecución de dicha obligación] no ha iniciado y [por tanto no existe actividad que] deba “continuar” ejecutándose, al amparo de la citada cláusula 11.5;

Que, al encontrarse en discusión la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial, la central no puede ser tratada como si se hubieran cumplido las obligaciones dentro del plazo en condiciones semejantes a las centrales que cumplieron, ya que existen evidencias notorias de que, una de las unidades de generación de Electro Zaña, aquella que permite cumplir con el compromiso [contractual] indivisible de potencia, ha entrado en operación con posterioridad al 31 de diciembre de 2018 [fecha máxima contractual]; por tanto, ello originaría que su central se aparte del régimen RER. Evidentemente, si la Tarifa de Adjudicación es un compromiso principal del contrato, como lo exige Electro Zaña, también lo es el hecho que activa el inicio de la vigencia de dicha tarifa [y como Regulador, en cumplimiento a las reglas normativas y contractuales, no puede soslayar o pasar por alto este requisito];”

Que, si Osinergmin desconociera la condición previa para el inicio de la Tarifa de Adjudicación, contravendría las reglas contractuales y normativas citadas. Por tanto, vulneraría el principio de legalidad, y asumiría un mandato de carácter jurisdiccional en favor de Electro Zaña, cuando éste no se ha producido, cargando tales efectos a los usuarios del servicio público con el incremento de sus tarifas;

Que, además el Regulador se vería imposibilitado dentro del mecanismo RER a una futura recuperación de los montos pagados por los usuarios con la Prima RER en el periodo, como consecuencia de una decisión desfavorable a Electro Zaña...”

Que, en consecuencia, Osinergmin se ha sujetado a las reglas del TUO de la LPAG, actuando dentro del ámbito de su competencia, la misma que le permite analizar los hechos y el derecho, para proceder a reconocer o no un precio regulado; observando, además, los principios de neutralidad y de análisis de decisiones funcionales, contenidas en su Reglamento General; por lo que no existe vicio administrativo en la Resolución 068, en el marco de lo dispuesto en el artículo 10 del TUO de la LPAG;

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N°100-2020-OS/CD**

Que, en consecuencia, corresponde declarar no ha lugar la solicitud de nulidad presentada por Electro Zaña en contra de la Resolución 068 e infundado el petitorio relacionado con incluir a la recurrente como beneficiaria del Cargo por Prima en la Resolución 068.

Que, finalmente, el Informe [N° 290-2020-GRT](#) de la Gerencia de Regulación de Tarifas, complementa la motivación que sustenta la decisión del 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,

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

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 27-2020.

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad planteada e infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Electro Zaña S.A.C contra la Resolución N° 068-2020-OS/CD, por las razones expuestas en el numerales 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorporar el Informe [N° 290-2020-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 precedente y el Informe [N° VQP/095/2020](#) elaborado por encargo de la Gerencia de Asesoría Jurídica, en el portal Institucional de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2020.aspx>.

**Antonio Ángulo Zambrano
Presidente del Consejo Directivo (e)
Osinergmin**