

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 141-2020-OS/CD**

Lima, 03 de setiembre de 2020

**CONSIDERANDO:**

**1. ANTECEDENTES**

Que, con fecha 11 de julio de 2020 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 081-2020-OS/CD (en adelante "Resolución 081"), mediante la cual se aprobó el valor de Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP a ser adicionado al Peaje del Sistema Secundario y Complementario de Transmisión asignado a la demanda del Área de Demanda 15 determinada mediante Resolución N° 083-2015-OS/CD y dictó otras disposiciones, cuyo sustento se complementa mediante los Informes Técnico N° 226-2020-GRT, N° 227-2020-GRT y Legal N° 225-2020-GRT;

Que, con fecha 31 de julio de 2020, Empresa de Generación de Arequipa S.A. (en adelante "Egasa") interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 081, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso;

**2. PETITORIO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN**

Que, solicita se declare nula la Resolución Impugnada y se emita una nueva resolución de acuerdo a lo siguiente:

- 2.1.** Que se considere la facturación por el Servicio de Distribución que mensualmente emite Contugas a Egasa para el cálculo del monto a compensar a Egasa y fijar el Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP, en atención al criterio del Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 18.11.2019;
- 2.2.** Que se disponga el recálculo de los montos reconocidos como compensados a Egasa para todos los años, desde el inicio de la aplicación de Mecanismo de Compensación establecido en el Decreto Supremo N° 035-2013-EM (en adelante "Decreto 035");
- 2.3.** Que se declare que, en caso Egasa se encuentre obligada a continuar con las operaciones de la Central Térmica Pisco, no se afectará su derecho a la compensación del Decreto 035 por el periodo que Osinergmin consideró que dicha Central Térmica no estuvo en operaciones;

**3. SUSTENTO Y ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN**

**3.1. Respecto a que se considere la facturación por el Servicio de Distribución para el cálculo del monto a compensar y la fijación del Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP**

**3.1.1. Argumentos de Egasa**

Que, la recurrente señala que, si bien la Sentencia del Tribunal Constitucional (“Sentencia”) no contiene un análisis específico del proceso de fijación del Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP, eso no significa que Osinergmin no se encuentra obligado a considerar sus alcances, dado que dicha sentencia analiza directamente si la metodología de facturación empleada es conforme a derecho o no, y corrige el criterio consistente en no considerar la facturación que emite Contugas para calcular el monto de la compensación que anualmente le corresponde a Egasa;

Que, la recurrente considera que el Contrato de Servicio de Distribución que suscribió con Contugas (“Contrato de Distribución”), la facturación que emite esta última y la resolución que emitió el Cuerpo Colegiado, que fue materia de análisis y pronunciamiento en la Sentencia, se encuentran directamente vinculados con el proceso regulatorio en curso y no se refiere a acuerdos privados que no tienen incidencia en la regulación;

Que, menciona que el Decreto 035 tiene como propósito permitir que los generadores eléctricos continúen operando en las mismas condiciones económicas que tenían antes de recibir el servicio de distribución, para evitarles un desequilibrio económico;

Que, la recurrente precisa que, hasta el 31 de diciembre de 2025, Egasa debe ser compensada con el equivalente del pago del servicio de distribución que le prestaba y facturaba Contugas, sin que asuma ningún costo económico relacionado con la prestación del servicio de distribución, acorde con las condiciones de la Resolución Ministerial N° 169-2015-MEM/DM;

Que, de otro lado, Egasa señala que el Contrato de Distribución se suscribió en virtud del Decreto 035, como requisito que debía ser acreditado para acogerse a la compensación y no por su libre voluntad. Agrega que, de no suscribir dicho contrato, no hubiera obtenido la compensación, hubiera perdido la propiedad del ducto de uso propio y quedado cancelada su autorización.

Que, de acuerdo a ello, indica que negar la incidencia del Contrato suscrito con Contugas, y sobre el que se pronuncia el Tribunal Constitucional, en el cálculo del cargo y monto a compensar es incumplir el objetivo del mecanismo de compensación y no reconocer la regulación establecida en el Decreto 035;

Que, por otro lado, indica que, la controversia entre Egasa y Contugas que resuelve el Cuerpo Colegiado sí versa sobre la aplicación del procedimiento de facturación previsto en Contrato de Concesión. Es decir, se resolvió un aspecto regulatorio vinculado con la metodología de facturación aplicada por Contugas por el servicio de distribución que le prestaba a Egasa, íntimamente vinculado con el mecanismo de compensación del Decreto 035;

Que, señala que el Cuerpo Colegiado luego de realizar el análisis resolvió declarar fundada la reclamación respecto a la facturación que emite Contugas. En consecuencia, Osinergmin se equivoca al indicar que el Cuerpo Colegiado se pronuncia sobre acuerdos privados;

Que, Egasa manifiesta que cuando obtuvo el derecho a ser compensado, correspondía que dicha compensación se efectúe según la facturación de Contugas, sin embargo, al hacer el cálculo anual del monto a compensar, Osinergmin observó la facturación de Contugas y no la tomó en cuenta, respaldado por lo resuelto por el cuerpo colegiado, conforme se indicó en el Informe N° 271-2016-GRT (de la Resolución N° 087-2016-OS/CD);

Que, la Sentencia analiza en sus fundamentos 28, 29, 30, 31, 38 y 39 el criterio adoptado por el cuerpo colegiado y define que la modalidad de Capacidad Reservada Diaria y la facturación acordada en el Contrato de Distribución no contraviene la metodología de facturación establecida en el Contrato de Concesión y en el procedimiento aprobado por Osinergmin, siendo acuerdos válidos y lícitos, por lo que Osinergmin debe aplicar los alcances de dicha Sentencia y aceptar la facturación de Contugas;

Que, indica que, en la resolución impugnada se señala que, en el Contrato de Distribución, Egasa pudo haber acordado mejor los términos contractuales para una facturación adecuada. Al respecto, Egasa menciona que la única metodología que no podría ser reconocida por Osinergmin sería aquella que se encuentre en contra de la norma o la regulación aplicable, lo cual no sería el actual caso, ya que la tarifa y el volumen están claramente establecidos;

Que, agrega que, ni el Decreto 035 ni la Resolución Ministerial N° 169-2015-MEM/DM, imponen como condición una determinada metodología de facturación. Concluye que, si en principio Osinergmin consideraba que la metodología de facturación era contraria al Contrato de Concesión y a la regulación, una vez que el Tribunal Constitucional determinó que la misma no se encuentra prohibida, Osinergmin tiene que aceptar lo decidido y corregir su criterio;

Que, sostiene, que Osinergmin no está afectando a los usuarios del servicio público de electricidad, porque de acuerdo al diseño del mecanismo de compensación establecido en el Decreto 035, son dichos usuarios los que asumirán el pago y mientras dicho cargo derive de situaciones que están conforme a la norma y la regulación aplicable, no existe afectación alguna;

Que, si bien Osinergmin puede aplicar diversas fuentes de información para cumplir con su función, cuando el procedimiento se encuentra regulado en una norma, no se puede desvirtuar su aplicación cuando existen fuentes directas, como sucede con la facturación que emite el distribuidor, pues refleja el monto que el mecanismo de compensación debe cubrir. Bajo el argumento de aplicar el principio de eficiencia, Osinergmin no podría desconocer dicha facturación;

Que, el numeral 5.4 del Procedimiento establece que Osinergmin tomará en cuenta (como fuente principal) los contratos de gas natural que los generadores tengan con el distribuidor o con el transportista de gas natural, y solo en su defecto la demanda histórica de gas natural de los últimos años;

### **3.1.2. Análisis de Osinergmin**

Que, de conformidad con lo previsto en los artículos 17.5, 55.2 y 55.4 del Código Procesal Constitucional, la sentencia que declara fundada una demanda de amparo, considera un mandato concreto dispuesto, la extensión de sus efectos o la orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia dentro de un caso concreto. Asimismo, en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, se señala que, la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata, para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato;

Que, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04801-2017-PA/TC no contiene un mandato concreto o una extensión de la misma que vincule a las decisiones de Osinergmin con relación a la fijación del Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP, ni para el presente periodo ni mucho menos para alguno anterior, como condición necesaria para reformar las resoluciones tarifarias de Osinergmin y constituir una fuente válida a ser adoptada en la regulación;

Que, las decisiones de Osinergmin deben ser concordantes con lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“TUO de la LPAG”), en donde se señalan las fuentes del procedimiento administrativo, no encontrándose aquella referida a un pronunciamiento jurisdiccional de un caso concreto que no discute ni analiza la situación que regula el acto administrativo; sino, para considerarla en la regulación tendría la decisión que referirse a una jurisprudencia que interprete la disposición administrativa en concreto, por ende, en la que exista una congruencia de su análisis con lo resuelto en sentido mandatorio;

Que, en los fundamentos 22 y 23 de la Sentencia se analiza puntualmente que para los usuarios regulados sí existe una limitación a la libertad de contratación, por la que, el Estado prevé una modalidad especial de protección, y en contraposición, la situación cambia para los usuarios independientes, cuyos pactos son el resultado libre del ejercicio de la libertad de contratación. En sus fundamentos 33 y 34, el Tribunal ha reconocido que no existe prohibición de pactar otras modalidades de facturación con los usuarios independientes que tienen libertades de contratación. Del mismo modo, en los fundamentos 38 y 39 de la Sentencia se resalta la libertad de configuración interna que tienen los usuarios independientes para pactar el mecanismo de facturación;

Que, como es de apreciar, el análisis del Tribunal sobre el caso pondera el valor del acuerdo privado y libre entre dos voluntades en su calidad de agentes económicos con suficiente poder de negociación para pactar y obligarse a sus términos, bajo el entendido de que asumen sus compromisos a su cuenta y cargo;

Que, en ese contexto, en dicha resolución no existe un análisis respecto del cual, se haya decidido que tales estipulaciones privadas y “desventajosas” para una de las partes sean asumidas por terceros ajenos al acuerdo contractual, esto es, hacia los usuarios de un servicio público. Justamente la condición de “consumidor independiente” y no de “usuario regulado” es parte esencial del fundamento que motiva la decisión del Tribunal para resolver que dicho acuerdo es válido comercial y las vincula;

Que, las resoluciones del cuerpo colegiado de Osinergmin, por la naturaleza y origen legal de su proceso, tratan sobre controversias surgidas entre agentes privados y no tiene efectos regulatorios, caso contrario, excedería sus competencias y afectaría la exclusividad del Consejo Directivo de Osinergmin para abordar tales temas, por tanto, indelegables, según el artículo 2 del Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 042-2005-PCM. En ese contexto, la nulidad de las decisiones de dicho colegiado, tampoco tiene efectos regulatorios;

Que, debe tenerse claro que, no ha sido una decisión tarifaria la que ha sido llevada a discusión y decisión del Tribunal Constitucional, ni Osinergmin ha participado en ejercicio legal de su función reguladora en la revisión de una resolución reguladora. En efecto, la decisión constitucional declara nula una resolución de Osinergmin, pero específicamente la

de un cuerpo colegiado nombrado de forma ad-hoc para ese caso exclusivo, la misma que versa sobre una función semejante a la de un árbitro ante el conflicto de dos partes;

Que, en sentido lato, esta decisión en revisión podría tratarse de un laudo (pasible de anulación) o una decisión judicial de primera instancia (pasible de impugnación) y en el entendido de que pueden ser confirmadas o revocadas, ese hecho, no hace que el árbitro o decisor se convierta en una parte real del conflicto. En cualquier caso, no podría trascender la nulidad de una resolución de un órgano independiente frente a otro con funciones legales delimitadas;

Que, las decisiones tarifarias tienen su mecanismo, vía y oportunidad de impugnación por los interesados que se consideren afectados y sólo los pronunciamientos jurisdiccionales finales sobre las mismas inciden en la regulación. Las vías directas de impugnación administrativa y judicial, dentro de los plazos legales, no fueron ejercidas por la recurrente;

Que, la lectura particular de las partes o contexto parcial sobre los fundamentos de una sentencia no tienen fuerza vinculante para Osinergmin en ejercicio de su función reguladora, en el marco de lo previsto en la Ley N° 27332 y la Ley N° 26734. El hecho que el Tribunal considere válido un determinado acuerdo entre dos privados al amparo de su libertad contractual no implica que los usuarios de un servicio público asuman aquel pacto de modo automático o sin la valoración del Regulador;

Que, podrá ser válido que alguna de las partes se comprometa en condiciones superiores de precio, cantidad u otro beneficio económico en favor de la otra, siempre que los efectos se agoten en éstas, mas no cuando afecten a terceros respecto de los cuales, Osinergmin en su rol previsto en el artículo 32.7 de la Ley N° 29158, debe defender su interés. La alegada obligatoriedad en suscribir el Contrato de Distribución, no impuso el sometimiento a condiciones ineficientes, en tanto, de no haber claridad sobre los términos pudieron ser aclaradas o perfeccionadas entre las partes;

Que, en concreto, bajo la existencia del mandato del Tribunal Constitucional, su aplicación integral sólo puede tener efectos entre las empresas Contugas y Egasa, por imperio de su relación bilateral. Los actos que tiene una orden de pago para los usuarios eléctricos no se constituyen a través del contrato entre Contugas y Egasa, ni por la resolución del cuerpo colegiado (puestas en revisión ante el Tribunal); sino a través de las resoluciones tarifarias anuales no impugnadas, que, a su vez, dotaron de seguridad jurídica para estos usuarios sobre lo que se encontraban obligados a pagar;

Que, es oportuno mencionar que, sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, inicialmente dividida a tres votos entre su declaración como fundada o infundada, la misma que resultó fundada por el voto de calidad (doble) del magistrado que presidía dicho acto; la propia Egasa ha presentado dos escritos posteriores solicitando la nulidad, alegando el origen ilícito de la demanda de amparo en base a los fundamentos del voto en “minoría” y debido a la contravención a normas de orden público no considerada en la decisión;

Que, de ello se desprende que, Egasa ejerce y deberá continuar accionando los recursos que la ley franquea a efectos de tutelar sus derechos, por tanto, si la sentencia finalmente no se modificara (pese a existir casos similares) y mantiene la validez al acuerdo de las partes; pues bajo ese mismo criterio, las partes cuentan con los mecanismos contractuales y/o del derecho privado para renegociarlo, por encontrarse en su dominio y contar interés legítimo para ello, mas, bajo el arbitrio de sus “libres” acuerdos, no resulta viable autorizar

que se cargue el peso de cualquier tipo de contraprestación o condición desventajosa a un tercero no interviniente;

Que, otro planteamiento de la recurrente consiste en afirmar que las normas obligarían a reconocer lo facturado por Contugas, y en tanto se trataría de un acuerdo válido y vinculante no solo a los privados, debe ser trasladado a los usuarios eléctricos. Al respecto, la finalidad del marco normativo aplicable al Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP, no se agota en compensar al generador eléctrico que contaba con un ducto que transfirió, por ese sobrecosto con el pago de la tarifa de distribución, sino la razón expresa de la compensación es por el hecho de que vio obligado a asumir esa tarifa de distribución de gas natural no prevista en la estructura de costos de sus contratos de venta de electricidad de largo plazo;

Que, específicamente, la motivación del Decreto 035 indica que el Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP tiene por objeto compensar el desequilibrio económico debido a sus compromisos contractuales de venta de electricidad con precios a firme y que no podían absorber el incremento de los costos de distribución de gas natural que no tenía;

Que, en ese orden, a la fecha la C.T. Pisco, beneficiada del mecanismo, no se encuentra en operación en el SEIN, por tanto, no podría asumir un contrato de suministro eléctrico que le genere un desequilibrio económico a compensar, ya sea por su retiro de operación comercial o porque no cuenta con uno o más de uno de los componentes de la cadena de su principal insumo para operar (ni suministro ni transporte de gas natural);

Que, si Egasa estuviera respondiendo por los contratos de suministro arreglados para que fueran abastecidos por la C.T. Pisco, lo estará efectuando sobre la base de otra estructura de costos (pudiendo ser hasta menores, al adquirir generación del mercado spot y ser remunerado por el precio contractual) o a través de otra central que no es la beneficiada por el mecanismo, por lo que dicho aspecto no debe ser amparado;

Que, el Mecanismo fue aprobado hasta el año 2025 para la C.T. Pisco y hasta el volumen máximo de gas que consumiría, mediante Resolución Ministerial N° 169-2015-MEM/DM. La autorización no puede ser entendida como que es una obligación llegar al año 2025 ni compensar el volumen máximo de modo inalterable;

Que, el término “hasta” permite que la condición sea menor al límite, lo que se confirma con la propia voluntad de Egasa de concluir con el mecanismo en el año 2019, según fue comunicado el proceso regulatorio 2019-2020, y según el reconocimiento autorizado por el Regulador y consentido por las empresas intervinientes desde el año 2016;

Que, debe entenderse que el Cargo por Compensación GGEE-DUP es un beneficio excepcional que no representa ninguna prestación para quien asume la contraprestación, por ende, debe sujetarse a actuaciones diligentes de los agentes y una evaluación rigurosa del Regulador. En ese sentido, no existiendo un desequilibrio a ser compensado ni operación en el SEIN de la central beneficiada, no corresponde fijación alguna en un valor en favor de Egasa. No es responsabilidad de los usuarios eléctricos garantizar un nivel de ingresos a Contugas a través de Egasa;

Que, en ese orden, carece de razonabilidad que los usuarios del servicio eléctrico, mantengan a su cargo una compensación, cuando ésta fue creada para asumir las

diferencias entre lo que pagan los clientes de Egasa y los (nuevos) costos incrementados de Egasa, cuando dichas relaciones no mantienen las mismas condiciones;

Que, con relación al criterio adoptado por Osinergmin desde el 2016, resulta oportuno señalar que, en ejercicio de las funciones y competencias asignadas a un organismo de la administración pública, Osinergmin sujeto al principio de legalidad cuenta con la facultad de fijar los cargos y tarifas del servicio público de electricidad, así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos;

Que, para el ejercicio de la función reguladora, se debe tomar lo previsto en los artículos 8 y 42 de la LCE, en el artículo 5 de la Ley N° 26734 y en el Reglamento General de Osinergmin, referidos a la eficiencia frente al servicio brindado al usuario. La autoridad no es un tomador de datos ni tiene la obligación de adoptar la información que la empresa alega sino deberá hacer su evaluación técnica-legal y aprobar aquellos valores que se sujeten a la eficiencia, cuya verificación es inherente a cualquier Regulador;

Que, en esa línea, el sustento de las resoluciones que fijaron los cargos por compensación en los años 2016 al 2020, tiene una motivación independiente y representa el convencimiento propio del Regulador o información que hace suya, como órgano competente y autónomo para la fijación tarifaria; y por ende, pasible de ser impugnado de forma independiente, en caso, se hubiera considerado que se afectaron los intereses de algún agente;

Que, en el presente periodo regulatorio, con información disponible al mes de febrero de 2020, no se ha acreditado que Egasa se encuentre en operación en el SEIN (siendo la última vez el 29 de marzo de 2019) para respaldar contratos de suministro eléctrico, ni que haya efectuado un pago válido de las facturas emitidas por Contugas, por ende, tampoco se verifica la situación de desequilibrio económico que justificaría el otorgamiento del mecanismo de compensación;

Que, los volúmenes contenidos en el contrato de distribución constituyen uno de los insumos para la regulación. Es un hecho que Osinergmin no desconoce la existencia del contrato, toda vez que, esta relación ha permitido la compensación en años anteriores; lo que se ha descartado es la ineficiencia en los montos facturados pretendidos en su momento por la distribuidora de gas natural con el fin de trasladarlos a los usuarios eléctricos, aspecto incluso que fue impugnado el año pasado por Contugas para el periodo 2019-2020, lo que a la fecha se encuentra en la vía judicial contencioso administrativa;

Que, dentro del ámbito de competencia de Osinergmin, restringido a los efectos tarifarios y del mecanismo de compensación, se adoptó el criterio que se ajusta al objetivo del marco normativo a efectos de considerar la proyección, esto es, la demanda histórica, así como las facturas, notas de créditos y cualquier documento que se emitan sobre la base de los contratos mencionados; estos documentos garantizan una relación concreta que genera certeza sobre cualquier compensación, en contraposición de la incertidumbre originada respecto de la otra fuente de información (central sin operación en el SEIN, sin contratos de su insumo gas natural);

Que, finalmente, en relación al cuestionamiento sobre que la protección al usuario no justifica el desconocimiento de la compensación; adicional a lo desarrollado sobre la no vinculación de los efectos de la sentencia para las decisiones tarifarias, los actos firmes ocurridos, y que el mecanismo compensa un desequilibrio que a la fecha no se identifica;

es de saber que, el criterio de eficiencia en el traslado de los efectos de los acuerdos privados hacia los usuarios del servicio eléctrico, es objeto de protección por parte del Estado, en la medida que de acuerdo a lo señalado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional así como en la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, la Constitución prescribe en su artículo 65 la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, destinada a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica;

Que, cualquier interpretación que se realice de la normativa aplicable a la determinación del Cargo Unitario por Compensación GGEE-DUP no debe dejar de lado la tutela de los intereses de los usuarios del servicio público que pagan dicho cargo. Esa protección cuenta con base constitucional desarrollada por el propio intérprete de la constitución, siendo que Osinergmin, en el ejercicio de sus funciones y en particular en la emisión de dicho acto administrativo; cumple la labor que se le ha asignado siguiendo estrictamente los preceptos constitucionales y de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

Que, de lo hasta aquí señalado y de las citas de las sentencias del Tribunal Constitucional contenidas en el informe legal se precisa que de ningún modo se cuestiona la validez del contrato de distribución que cuenta con un pronunciamiento concreto [y el Regulador la considera con efectos entre las partes], no obstante, a diferencia de dicha Sentencia, en los pronunciamientos citados se analizan los efectos de acuerdos privados en la esfera jurídica de terceros, y ese caso, Osinergmin no puede convalidar un reconocimiento como el planteado por Egasa, incluso debido al fundamento 41 de la Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, que recomienda la adopción de medidas que permitan actuar de manera adecuada en pro de la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, y del interés público;

Que, por lo expuesto, además de no haber precisado la causal, no existe vicio alguno en la Resolución 081 que amerite la declaratoria de nulidad del acto administrativo, toda vez, que fue emitido en aplicación de las normas y en estricto cumplimiento de las competencias conferidas a Osinergmin; por tanto, la solicitud de nulidad debe ser declarada no ha lugar, y la pretensión de que la regulación considere la facturación de Contugas en la Resolución 081, debe ser declarada infundada;

### **3.2. Respecto a que se disponga el recálculo de los montos compensados desde el inicio de la aplicación del mecanismo de compensación**

#### **3.2.1. Argumentos de Egasa**

Que, Egasa señala que si bien estamos en el periodo de cálculo del monto a compensar y Cargo por Compensación para el periodo 2020 – 2021, cada periodo de cálculo está relacionado con el periodo anterior, pues dentro del procedimiento de cálculo se realiza la liquidación considerando el periodo pasado. Agrega que los argumentos expuestos son aplicables para todos los periodos de compensación desde el año de inicio (mayo 2015);

Que, indica que no solo se deberá corregir el periodo actual de cálculo sino todos los periodos anteriores, ya que el criterio utilizado por Osinergmin, se dio desde el inicio del mecanismo de compensación;

Que, manifiesta que si Osinergmin considera que formalmente solo puede corregir lo que corresponde al periodo materia de regulación 2020-2021, deberá disponer las acciones necesarias para que se proceda a corregir los otros periodos;

Que, la recurrente precisa que, no es válido señalar que como son periodos pasados, los actos administrativos ya habrían adoptado la calidad de cosa decidida; ya que la situación se habría producido no por responsabilidad de Egasa sino por la aplicación de un criterio de Osinergmin que posteriormente un Tribunal Judicial está señalando que no fue correcto;

### **3.2.2. Análisis de Osinergmin**

Que, los cargos aprobados en los periodos previos se encuentran contenidos en actos administrativos con calidad de cosa decidida en aplicación del artículo 222 del TUO de la LPAG, al no haber sido impugnados en su momento por la recurrente, quien pudo ejercer su derecho de contradicción en la vía administrativa en caso considerase que dichos actos violan, desconocían o lesionaban un derecho o interés legítimo de su representada, de acuerdo al artículo 217 del TUO de la LPAG;

Que, asimismo, en el marco del artículo 228.1 del TUO de la LPAG, los cargos aprobados en periodos previos pudieron ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado; actuación que tampoco habría realizado la recurrente;

Que, no existe un mandato con carácter jurisdiccional que obligue a la administración a modificar alguna resolución que aprobó los cargos por compensación GGEE-DUP. No es la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04801-2017-PA/TC, una decisión que vincule a las resoluciones tarifarias y mucho menos con efectos retroactivos;

Que, en consecuencia, este extremo del petitorio debe ser declarado improcedente, por no tratarse de la Resolución 081 ni de su proceso, modificar cargos aprobados en periodos anteriores, ni de emitir disposiciones normativas sobre el particular, aplicación de la normativa, que no representa responsabilidad para la Autoridad;

### **3.3. Respecto a que se disponga que en caso la Central Térmica Pisco de Egasa continúe operando no se afectará el Mecanismo de Compensación por el periodo que se consideró que dicha central no estuvo en operaciones**

#### **3.3.1. Argumentos de Egasa**

Que, Egasa considera que Osinergmin no ha interpretado adecuadamente su solicitud en sus opiniones al proyecto, dado que no pretende que se determine un Cargo por Compensación para el periodo en el que la Central Térmica Pisco no ha estado en operación, sino que únicamente pone en conocimiento de Osinergmin que existen circunstancias que podrían determinar que dicha central sea incorporada a Operación Comercial, como consecuencia del resultado de un procedimiento de nulidad de oficio y/o se deje sin efecto la resolución del Contrato de Suministro de Gas Natural con Contugas, como resultado de un laudo arbitral;

Que, sin perjuicio de la ocurrencia de una o ambas circunstancias, señala que comunica estas contingencias para efectos que, de presentarse en la realidad, Osinergmin cuente con la mejor información disponible que le permita adoptar las medidas que considere

adecuadas para la incorporación de Egasa como una empresa beneficiada con el Cargo por Compensación y no se argumente que no se puede corregir la situación por no haberse comunicado dentro del plazo;

### **3.3.2. Análisis de Osinergmin**

Que, si bien Osinergmin toma conocimiento de lo señalado por la recurrente sobre las contingencias expuestas, no es objeto de la resolución o de su proceso, pronunciarse sobre situaciones futuras que merecerán un análisis del caso y decisión de fondo en su oportunidad, la misma que, entre otros tomará en cuenta el desarrollo actual del presente periodo en esta decisión;

Que, asimismo, nos remitimos a lo señalado en el Informe Legal N° 225-2020-GRT donde se precisó que la decisión de Osinergmin respecto a determinar o no los montos a compensar a Egasa se sustenta en el ejercicio de sus competencias regulatorias sobre la base de los principios establecidos en el Decreto 035 y las disposiciones del Procedimiento, mas no se ha fundado en el retiro de operación de la Central Pisco ni sobre la resolución del Contrato;

Que, en consecuencia, este extremo para la declaración de Osinergmin sobre un eventual derecho futuro resulta improcedente, por no tratarse del objeto de la Resolución 081 ni de su proceso;

Que, finalmente se ha expedido el Informe Legal [N° 382-2020-GRT](#) elaborado por la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, con el que se complementa la motivación de la decisión del Consejo Directivo de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos;

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° 31-2020.

### **SE RESUELVE:**

**Artículo 1.-** Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad planteada por la Empresa de Generación de Arequipa S.A. mediante su recurso de reconsideración contra la Resolución N° 081-2020-OS/CD, por las razones expuestas en el numerales 3.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 2.-** Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Empresa de Generación de Arequipa S.A. contra la Resolución N° 081-2020-OS/CD en el extremo referido a que se considere la facturación por el servicio de distribución para el cálculo del monto a compensar, por las razones expuestas en el numerales 3.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 3.-** Declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por Empresa de Generación de Arequipa S.A. contra la Resolución N° 081-2020-OS/CD en el extremo referido al recálculo de los montos desde el inicio del mecanismo, y en el extremo que solicita se declare la no afectación por el periodo que se considere que su central no estuvo en operaciones, por las razones expuestas en los numerales 3.2.2 y 3.3.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 4.-** Incorporar el Informe Legal [N° 382-2020-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

**Artículo 5.-** 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 4 precedente, en el Portal Institucional de Osinergmin: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2020.aspx>.

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