

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 009-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN**

**Expediente** : 42-2008-TSC-OSINERGMIN

**Partes** : EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. –  
ELECTROPERÚ S.A.  
  
RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A.  
  
ENERSUR S.A.

**Materia** : Devolución de pago indebido por uso de líneas que debió ser asumido por otra empresa generadora.

**Apelante** : RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A.

**Resolución  
Impugnada** : N° 004-2008-OS/CC-50

Lima, 09 de junio de 2009.

**VISTO:**

El recurso de Apelación interpuesto por RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. -en adelante REP- contra la Resolución N° 004-2008-OS/CC-50, en adelante la Resolución apelada, en la controversia seguida por la EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. -en adelante ELECTROPERÚ- y a la que durante el trámite de Segunda Instancia Administrativa se apersonó ENERSUR S.A. -en adelante ENERSUR-.

**CONSIDERANDO:**

**I. Antecedentes**

- 1.1. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1036674, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra REP el 21 de julio de 2008.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 598-2008-OS/CD, de fecha 18 de setiembre de 2008, se designó al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, el cual resolvió la presente controversia en primera instancia.
- 1.3. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2008-OS/CC-50, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se admitió a trámite la reclamación y se corrió traslado de ésta a la reclamada, por un plazo máximo de 15 días hábiles, para que la conteste.
- 1.4. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2008-OS/CC-50, se dio por admitida la contestación a la reclamación presentada por REP, la cual se puso

en conocimiento de ELECTROPERÚ y se citó a las partes a la Audiencia Única para el día 31 de octubre de 2008.

- 1.5. El 31 de octubre de 2008 se llevó a cabo la nueva Audiencia Única con la asistencia de ELECTROPERÚ y REP en la que se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

#### **Petitorio de ELECTROPERÚ**

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a REP cumpla con efectuar la devolución a la reclamante de S/. 4, 592 405,93 (sin incluir I.G.V.) más los intereses correspondientes, por cuanto el referido monto pagado en exceso a REP por el uso de las líneas 220 KV Independencia – San Juan L-207 y L-208 por el periodo de noviembre de 2006 - abril de 2007, corresponde ser asumido por otra empresa generadora de electricidad conforme a ley.

#### **Petitorio de REP**

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare fundada las excepciones de Incompetencia, Cosa Juzgada y Falta de Interés para Obrar propuestas por esta parte contra la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare infundada en todos sus extremos la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

- 1.6. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 004-2008-OS/CC-50, de fecha 19 de noviembre de 2008, se declaró: i) infundadas las excepciones de Incompetencia del Cuerpo Colegiado y de Cosa Decidida propuestas por REP; ii) improcedente el medio de defensa de Falta de Interés para Obrar de la Reclamante planteado por REP; iii) fundada la reclamación presentada por ELECTROPERÚ respecto del derecho que tiene a que REP, le devuelva las compensaciones pagadas en exceso correspondientes a la utilización de los sistemas secundarios de transmisión propiedad de la reclamada, consistentes en las líneas de transmisión L-207 y L-208, indicando que REP deberá establecer el monto que deberá devolver a ELECTROPERÚ aplicando los procedimientos aprobados por el OSINERGMIN para los Sistemas Secundarios de Transmisión de cargo de la generación; (iv) fundado el pedido de ELECTROPERÚ respecto de los intereses que deberá pagarle REP y, (v) dejar expedito el derecho de REP de gestionar el cobro de las compensaciones correspondientes al monto devuelto a ELECTROPERÚ a los generadores distintos a ELECTROPERÚ que pudieran haber utilizado los Sistemas Secundarios de Transmisión antes mencionados, por el período noviembre 2006 - abril 2007.
- 1.7. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1104400, el 16 de diciembre de 2008, REP interpuso recurso de apelación contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.
- 1.8. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2008-OS/CC-50, de fecha 18 de diciembre de 2008, se concedió la apelación interpuesta por REP, asimismo se puso ésta en conocimiento de este Tribunal de Solución de Controversias.

- 1.9. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 001-2008-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 23 de diciembre de 2008, este Tribunal dispone que se corra traslado del recurso de apelación interpuesto por REP a ELECTROPERÚ, otorgando a ésta un plazo de 15 días hábiles para que cumpla con absolver el mencionado recurso.
- 1.10. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1119137, el 22 de enero de 2009, ELECTROPERÚ absolvió el traslado del recurso de apelación y se adhirió a éste.
- 1.11. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 002-2008-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 27 de enero de 2009, se corre traslado a REP de la adhesión al recurso de apelación presentado por ELECTROPERÚ y se le otorgó 15 días hábiles para que cumpla con absolver la referida adhesión.
- 1.12. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1130936, el 19 de febrero de 2009, REP absolvió el traslado de la adhesión al recurso de apelación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.13. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 003-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 20 de febrero de 2009, se dio por absuelto el traslado de la adhesión al recurso de apelación y se citó para la Vista de la Causa a las partes para el día 09 de marzo de 2009.
- 1.14. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1139194, el 05 de marzo de 2009, ENERSUR solicita intervenir en la presente controversia y solicita en el Primer Otrosí Decimos se postergue la Audiencia de Vista de la Causa a efectos de contar con un plazo mínimo razonable para ejercer su derecho de defensa.
- 1.15. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 004-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 06 de marzo de 2009, se resolvió tener por apersonado a ENERSUR en el presente procedimiento, poner en conocimiento de REP y ELECTROPERÚ el escrito presentado por ENERSUR, así como poner en conocimiento de ENERSUR los escritos presentados por dichas empresas desde el inicio del procedimiento, se otorgó a las partes, 03 días hábiles para manifestar lo que convenga a sus intereses y se dejó sin efecto el artículo 3º de la Resolución Nº 003-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN a efectos de reprogramar la fecha de la Audiencia de Vista de la Causa.
- 1.16. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1141456, el 11 de marzo de 2009, ELECTROPERÚ interpone recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 004-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN por cuanto considera que en el presente procedimiento ENERSUR carece de legítimo interés para participar en él.
- 1.17. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nº 1141483, el 11 de marzo de 2009 ENERSUR solicita ampliación del plazo otorgado mediante la Resolución Nº 004-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN para manifestar lo que

convenga a sus intereses respecto de los documentos presentados por REP y ELECTROPERÚ durante el desarrollo de la presente controversia.

- 1.18. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 005-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 16 de marzo de 2009, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por ELECTROPERÚ.
- 1.19. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 006-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 16 de marzo de 2009, se denegó la solicitud presentada por ENERSUR sobre ampliación del plazo para manifestar su posición en la presente controversia. Asimismo se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 31 de marzo de 2009.
- 1.20. El 31 de marzo de 2009, se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de las tres partes.
- 1.21. Mediante escritos con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1155772, 1155790 y 1156022, ELECTROPERÚ, REP y ENERSUR presentaron sus alegatos finales.
- 1.22. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN Nº 008-2009-TSC/42-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 08 de mayo de 2009, este Tribunal amplió por única vez el plazo para resolver sobre la base de lo dispuesto por el artículo 51º del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias.
- 1.23. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN Nº 0826-2002-OS/CD, modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD y 752-2007-OS/CD; y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto.

## **II. Argumentos de las partes**

### **2.1. DE REP**

De acuerdo con lo manifestado en sus escritos de apelación contra lo dispuesto en la Resolución Nº 004-2008-OS/CC-50 y de absolución de la adhesión al recurso de apelación, lo manifestado en la audiencia de Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, REP sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

#### **2.1.1. Fundamentos de hecho**

- i) Señala que en mayo de 2002, suscribió con el Estado Peruano el contrato de concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica del Estado (ETECEN y ETESUR), los cuales cubren gran parte de la transmisión principal en las zonas centro norte y sur del país y que como parte de la infraestructura de transmisión concesionada administra las líneas de transmisión Independencia - San Juan (L -

207 y L-208) ubicadas en el sur del país, las cuales forman parte del Sistema Secundario de Transmisión - SST.

- ii) REP precisa que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley para el Desarrollo Eficiente de la Generación de Electricidad, Ley N° 28832, en adelante la LGE, la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Legislativo N° 25844, en adelante la LCE, regulaba dos sistemas de transmisión: i) el Sistema Principal de Transmisión, el cual permite a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema; y, ii) el Sistema Secundario de Transmisión, en adelante el SST, que permite a los generadores conectarse al sistema principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas.
- iii) Asimismo, señala que hasta antes de la entrada en vigencia de la LGE, la LCE establecía que en los casos que el uso de un SST se efectuase en sentido contrario al flujo preponderante de energía, no debía pagarse compensación alguna, y que el SST debía ser remunerado por la empresa generadora que tuviese el flujo preponderante de energía en la correspondiente línea de transmisión.
- iv) Manifiesta que mediante las Resoluciones Nos. 063-2005-OS/CD y N° 064-2005-OS/CD, el Consejo Directivo del OSINERGMIN fijó las tarifas para el SST para el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2007, en virtud de lo previsto por el artículo 62° de la LCE, y los artículos 26° y 27° del Reglamento General del OSINERGMIN.
- v) Añade que mediante Resolución N° 065-2005-OS/CD, de fecha 13 de abril de 2005, el Consejo Directivo del OSINERGMIN fijó las tarifas y compensaciones correspondientes a la transmisión secundaria fijadas en las referidas resoluciones, entre las cuales, quedaron determinadas las compensaciones correspondientes al uso que se hiciera de las líneas de transmisión Independencia - San Juan (L -207 y L-208) administradas por REP.
- vi) REP dice que en virtud de las resoluciones citadas y de lo estipulado en el Contrato de Concesión -en el sentido que REP debía cobrar a los usuarios de las líneas de transmisión que administra, las compensaciones que fijase el OSINERGMIN- cobró a ELECTROPERÚ, durante el período comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2007, las compensaciones correspondientes a las líneas Independencia - San Juan (L -207 y L-208) que fuesen aprobadas mediante Resolución N° 065-2005 OS/CD.
- vii) REP señala que el 30 de marzo de 2006 suscribió un acuerdo con el Ministerio de Energía y Minas para la ejecución del proyecto de construcción de la Subestación Chilca REP y ampliación de las líneas de transmisión en el tramo Chilca REP - San Juan, cuyos trabajos se tenían programados realizar entre abril 2006 y junio 2007. El objetivo de estas obras era la instalación de una subestación en la zona de Chilca que se conectara a la línea San Juan - Independencia, con la finalidad de transportar la energía producida por las centrales térmicas a conectarse en dicha subestación.

- viii) El 23 de julio de 2006, se publicó la LGE, la cual eliminó la regla de que quien hiciera uso de la línea en sentido contrario al flujo preponderante de energía no pagaría compensación alguna, estableciendo un criterio de bidireccionalidad del flujo de energía para la asignación de las compensaciones por el método de Factores de Distribución Topológico, en adelante FDT.
- ix) REP menciona que en el año 2006, ENERSUR inició la construcción de una planta de generación térmica en la provincia de Chilca - Lima, la cual proyectaba conectarse al tramo del SST San Juan - Independencia a través de la subestación Chilca. Al respecto, el 27 de setiembre de 2006, ENERSUR solicitó al OSINERGMIN la fijación de las Tarifas y Compensaciones para el SST involucrado con el ingreso de la Central Térmica Chilca Uno -el 03 de octubre de 2006, ENERSUR complementó su solicitud entregando la información solicitada por el OSINERGMIN-.
- x) Agrega REP que en aplicación de la Resolución N° 234-2005-OS/CD que establece el "Procedimiento para Fijación de Tarifas y Compensaciones para Sistemas Secundarios de Transmisión a la entrada de nuevas centrales de generación", OSINERGMIN dio inicio al procedimiento de Fijación de Tarifas y Compensaciones para los SST involucrados con la entrada de la Central Térmica Chilca Uno. El cronograma de este proceso abarcaba desde el 3 de octubre de 2006 hasta el 25 de mayo de 2007.
- xi) El 13 de febrero de 2007, mediante Decreto Supremo N° 005-2007-EM se suspendió temporalmente la aplicación de los artículos 128° y 139° del Reglamento de la LCE, en adelante, el RLCE, para la fijación de las nuevas tarifas. Sin embargo, en su artículo 2° estableció que las concesiones otorgadas por el Estado al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM (como es el caso del Contrato de Concesión de REP), continuarían rigiéndose por lo dispuesto en sus propios contratos de concesión, inclusive aplicando los artículos 128° y 139° del RCLCE para el caso de las nuevas instalaciones.
- xii) REP indica que sobre la base de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 005-2007-EM, OSINERGMIN suspendió, mediante Resolución N° 009-2007-OS/CD, los siguientes procedimientos:
- Procedimiento de Regulación de los SST para el periodo mayo 2007 - abril 2011, excepto para las empresas señaladas en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2007-EM.
  - Procedimiento para la Fijación de Compensaciones para los SST involucrados con la entrada en operación de la Central Térmica de Chilca.
- xiii) En cuanto al procedimiento de fijación de las compensaciones correspondiente al uso del SST para las empresas señaladas en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2007-EM, REP sostiene que OSINERGMIN publicó la Resolución N° 169-2007-OS/CD, mediante la cual, se aprobaron: i) las tarifas y compensaciones correspondientes a los SST de las empresas ISA Perú, Redesur y REP para el período comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 30 de abril del 2011, ii) se establecieron las compensaciones de las líneas de transmisión Chilca - San Juan (L-2093, L-2094 y L-2095), iii) la responsabilidad de pago de dichas instalaciones se asignaría a las centrales generadoras del SEIN mediante la aplicación del

- método de los FDT y iv) las nuevas compensaciones del SST Mantaro - Lima, modificando aquellas compensaciones establecidas mediante Resolución N° 065-2005-OS/CD (pero para el período comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 30 de abril del 2011) -en esta nueva fijación se incluyó a la subestación Chilca conectada a las líneas de transmisión Independencia - San Juan (L-2207 y L-2208), como resultado de lo cual, las compensaciones anteriormente fijadas para todo el tramo Independencia - San Juan, se dividieron en dos tramos: i) Independencia - Chilca y ii) Chilca - San Juan.
- xiv) REP señala que el 4 de mayo de 2007 presentó ante OSINERGMIN un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 169-2007-OS/CD, solicitando la inclusión de las subestaciones Cantera y Desierto a fin que las compensaciones que, como parte de la Resolución sólo estaban fijadas para el tramo total Independencia - Chilca, se dividieran en Independencia - Cantera, Cantera - Chilca, Independencia - Desierto y Desierto - Chilca y así hacer posible las asignaciones de las compensaciones de acuerdo con el método de asignación de los FDT y la direccionalidad de los flujos de energía dispuesta por la LGE. El recurso fue declarado procedente por OSINERGMIN mediante Resolución N° 360-2007-OS/CD y se incluyeron las subestaciones intermedias (Cantera y Desierto).
- xv) REP dice que mediante carta recibida por OSINERGMIN el 12 de julio de 2007, comunicó que debido a los trabajos para la puesta en servicio de la Ampliación N° 1, las configuraciones de las líneas de transmisión entre las subestaciones Independencia y San Juan fueron modificadas a fin de hacer factible la puesta en servicio de las centrales térmicas en Chilca.
- xvi) REP señala que el 20 de julio de 2007, mediante Carta N° C-693-2007, ELECTROPERÚ le solicitó la devolución de parte de las compensaciones pagadas por dicha empresa por concepto de las compensaciones de las líneas L-2207 y L-2208 correspondientes al periodo noviembre 2006 hasta mayo 2007. El monto determinado por ELECTROPERÚ y solicitado como devolución ascendía a la suma de S/. 5, 343 359,56 sin IGV.
- xvii) REP señala que respondió a ELECTROPERÚ mediante carta de fecha 23 de julio de 2007, señalando que la facturación de las compensaciones por las líneas del tramo Independencia - San Juan se efectuó conforme con lo que establecen las Resoluciones Nos. 065-2005-OS/CD (para el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2007) y 360-2007-OS/CD (para el periodo que rige a partir del 1 de mayo de 2007).
- xviii) Según manifiesta REP, para atender la solicitud de ELECTROPERÚ para la revisión de la facturación, era necesario que de forma previa, el órgano regulador del OSINERGMIN, vale decir, el Consejo Directivo, estableciese de manera expresa a través de una resolución las compensaciones correspondientes a cada uno de los tramos de las líneas entre Independencia y San Juan, y además, la metodología y criterios para la distribución. En tal sentido, mediante Carta N° 1133-2007, de fecha 11 de julio de 2007, informó a OSINERGMIN respecto de la solicitud de ELECTROPERÚ de recálculo de las compensaciones pagadas en el periodo comprendido entre noviembre de 2006 y junio de 2007 y solicitó al regulador emitir un pronunciamiento con relación a la asignación de las compensaciones por tramos de las líneas L-207 y L-208, teniendo en cuenta la bi-

direccionalidad de los flujos, así como al periodo a partir del cual se aplicaría dicho criterio.

- xix) REP indica que el 30 de julio de 2007, OSINERGMIN publicó la Resolución N° 429-2007-OS/CD, y tomando en consideración todas las configuraciones de las líneas de transmisión entre las subestaciones Independencia y San Juan que fueron modificadas, a fin de hacer factible la puesta en servicio de las centrales térmicas en Chilca, fijando compensaciones para cada tramo según el periodo de cada configuración del sistema eléctrico y modificando así la Resolución N° 169-2007-OS/CD).
- xx) REP señala que en relación a su consulta, OSINERGMIN señaló lo siguiente:
- "Que, respecto a la consulta formulada por REP sobre el criterio de flujo bidireccional que introdujo la Ley 28832, cabe señalar que en el artículo 11° de la Resolución N° 360 se precisó que para todas las instalaciones del SST cuya asignación de pago se realiza mediante los "Factores de Distribución Topológicos" no se debe tener en cuenta el flujo preponderante de la energía y que para la asignación del pago por este método se debe considerar a los generadores que hacen uso de estas instalaciones en ambos sentidos. Lo dispuesto en dicha resolución, complementaria a la Resolución 169, es aplicable desde el 1 de mayo de 2007".*
- xxi) De acuerdo con ello, quedó claro según REP que, para el Consejo Directivo del OSINERGMIN, las compensaciones establecidas por la Resolución N° 429-2007-OS/CD que modificaron las establecidas en la Resolución N° 169-2007-OS/CD, debían aplicarse a partir del 1 de mayo de 2007, lo cual tenía sentido, porque la Resolución N° 169-2007-OS/CD (complementando la Resolución N° 360-2007-OS/CD) había fijado las compensaciones correspondientes al período comprendido entre el 01 de mayo de 2007 y el 30 de abril de 2011.
- xxii) REP señala que el 20 de agosto de 2007, ELECTROPERÚ presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 429-2007-OS/CD en el extremo referido a la aplicación del criterio del flujo bidireccional de energía introducido por la Ley N° 28832 a partir del 1 de mayo de 2007. El 3 de octubre de 2007, OSINERGMIN publicó la Resolución N° 610-2007-OS/CD mediante la cual declaró infundado el referido recurso, precisando que si bien quedaba claro que la Ley N° 28832 se encontraba vigente desde el día siguiente al de su publicación, resultaba también absolutamente evidente que lo dispuesto en la Resolución N° 169-2007-OS/CD y sus resoluciones complementarias y ampliatorias con relación a la asignación de las compensaciones por el uso del SST era aplicable desde el 1 de mayo de 2007, fecha a partir de la cual debían rebajar las tarifas y compensaciones fijadas para el período tarifario respectivo.
- xxiii) A decir de REP, el Consejo Directivo del OSINERGMIN, si bien, para el periodo tarifario comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 30 de abril de 2011 fijó compensaciones por el uso de los SST considerando el criterio de flujo bidireccional, así como el cambió en la configuración topológica experimentada por las Líneas de Transmisión Independencia - San Juan (L -207 y L-208) administradas por REP como producto de la inclusión de las subestaciones Chilca, Cantera y Desierto; no modificó con acto administrativo alguno lo dispuesto por la



Resolución N° 065-2005-0S/CD con respecto a las compensaciones por el uso de las Líneas de Transmisión Independencia - San Juan (L -207 y L-208) por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2007.

**2.1.2. Sobre la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para establecer y/o modificar y/o suplir regulación tarifaria aplicable a las compensaciones por el uso de líneas de transmisión L-207 y L-208.**

- i) REP señala que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15° y 62° de la LCE, los artículos 22° y 62° del RLCE, y 27° y 30° del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, el único órgano competente del OSINERGMIN con función reguladora para fijar y/o modificar tarifas y/o resolver cuestiones tarifarias y/o discrepancias de interpretación y/o aplicación que pudiesen tener los agentes eléctricos afectados con respecto a una fijación tarifaria determinada, es el Consejo Directivo.
- ii) En tal sentido, sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc carece de competencia para pronunciarse sobre la corrección o incorrección de una fijación tarifaria determinada por el Consejo Directivo, o para suplir y/o modificar una fijación tarifaria de cargo del Consejo Directivo y menos aún, ordenar una devolución de compensaciones en abierta violación con una fijación tarifaria establecida por el Consejo Directivo.
- iii) Agrega que las facultades concedidas a los órganos de solución de controversias se ciñen estrictamente a la facultad de resolver conflictos y controversias y conciliar intereses contrapuestos, sin que ello pueda dar lugar a que, directa o indirectamente, puedan modificar, en un caso concreto y a través de una resolución expedida en un procedimiento de solución de controversias, una tarifa fijada por el Consejo Directivo.
- iv) Menciona REP que al establecerse la aptitud de un Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para conocer controversias por temas o materia relacionadas con la regulación entre generadores y transmisores, sólo se le habilita para que resuelva cuestiones de hecho y/o de derecho controvertidos sobre la base de disposiciones y/o resoluciones regulatorias expedidas por los órganos del propio OSINERGMIN sobre temas de su competencia (como por ejemplo, del Consejo Directivo), no pudiendo modificar dichas disposiciones y/o resoluciones.
- v) REP refiere que el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN ha confirmado lo anterior, señalando en un caso *“que no corresponde al procedimiento de solución de controversias determinar o modificar tarifas”* - Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 006-2008-TSC/37-2008, sección 3.2, página 18-. Y negando por tanto la competencia de los Cuerpos Colegiados Ad-Hoc para avocarse a estas materias al indicar que *“la fijación de tarifas es competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSINERGMIN, de conformidad con el artículo 27° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM”*.
- vi) REP sostiene que en la medida que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno

derecho, entre otros, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, la resolución apelada debe ser declarada nula de pleno derecho por contravenir la LCE, el RLCE y el Reglamento General del OSINERGMIN.

### **2.1.3. Sobre la supuesta obligación de REP de solicitar al Consejo Directivo la modificación de la Resolución Nº 065-2005-OS/CD.**

- i) REP afirma que uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es que ninguna de las partes solicitó que el Consejo Directivo de OSINERGMIN modifique la Resolución Nº 065-005-OS/CD sobre la base del criterio de bi- direccionalidad.
- ii) REP sostiene que no tenía ninguna obligación de solicitar la fijación de tarifas y compensaciones ante la entrada de la C.T. Chilca Uno, máxime si dicha obligación recaía en ENERSUR, titular de la referida central, de conformidad con lo dispuesto en el "Procedimiento para la Fijación de Tarifas y Compensaciones para Sistemas Secundarios de Transmisión a la entrada de nuevas centrales de generación", aprobado por Resolución Nº 234-2005-OS/CD, que establece que el titular de la nueva central es el responsable de solicitar a la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (que informa al Consejo Directivo) la fijación de tarifas y compensaciones de los SST.
- iii) Afirma que contrariamente a lo que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sostiene, el Consejo Directivo de OSINERGMIN sí tenía una solicitud de regulación de las tarifas y compensaciones para los SST que involucraban las líneas L-207 y L-208 ante el ingreso de la C.T. Chilca Uno por parte de ENERSUR, motivo por el cual se inició un procedimiento regulatorio. Sin embargo, éste fue cancelado mediante Resolución Nº 428-2007-OS/CD, quedando vigentes para el periodo noviembre 2006 - abril 2007, las tarifas y compensaciones establecidas en la Resolución Nº 065-2005-OS/CD y recién a partir de abril de 2007, comenzaron a regir las tarifas y compensaciones establecidas en la Resolución Nº 169-2007-OS/CD y modificatorias.
- iv) REP argumenta que la resolución apelada ha contravenido lo dispuesto en el "Procedimiento para la Fijación de Tarifas y Compensaciones para Sistemas Secundarios de Transmisión a la entrada de nuevas centrales de generación" y por tanto deviene en nula, de conformidad con lo que establece el artículo 10º de la LPAG, que señala que son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, entre otros, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

### **2.1.4 Sobre la competencia sobre la materia.**

- i) Para REP el hecho que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se haya considerado competente para realizar labor regulatoria tarifaria, y en función de ello, le haya ordenando el pago de compensaciones y la devolución de montos que aparentemente le pagó en exceso ELECTROPERÚ, no sólo configura una contravención a la LCE, el RLCE y el Reglamento General del OSINERGMIN, sino también la verificación de la falta de un requisito de validez de todo acto administrativo.
- ii) REP señala que el requisito de competencia al que se refiere el numeral 1 del

artículo 3° de la LPAG, establece que es requisito del acto administrativo que éste haya sido emitido por el órgano facultado en razón de la materia.

- iii) Sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se habría atribuido una función de la que no goza legalmente, y en tanto que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, el defecto o la omisión de algunos de los requisitos de validez del acto administrativo como lo es la competencia; la resolución apelada también debe ser declarada nula por esta razón.

#### **2.1.5 Sobre el objeto o contenido de la Resolución impugnada.**

- i) Desde la perspectiva de REP, la Resolución impugnada tiene un objeto o contenido que es contrario al ordenamiento jurídico, impreciso e inaplicable en la práctica.
- ii) REP sostiene que la Resolución impugnada es contraria al ordenamiento jurídico, en tanto supone la contravención a la LCE, el RLCE, el Reglamento General del OSINERGMIN, al basarse en una supuesta inexistente facultad del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para pronunciarse sobre materia regulatoria tarifaria de exclusiva competencia del Consejo Directivo, asimismo, es contraria al ordenamiento jurídico, en tanto que no sólo implica la atribución por parte del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de la función regulatoria tarifaria, sino que desconcentra ésta a favor de una empresa privada, como REP cuando le encarga efectuar el cálculo o determinación de los montos a devolver a ELECTROPERÚ, en función de un ejercicio de determinación regulatoria tarifaria que le compete al Consejo Directivo, esto sobre la base de lo que establece el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG.

#### **2.1.6. Sobre la imprecisión e inaplicabilidad de lo contenido en la Resolución apelada con relación al procedimiento aprobado por OSINERGMIN como vicio de contenido del acto administrativo.**

- i) REP señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la parte resolutive de la Resolución impugnada, ordena a REP calcular el monto a devolver a ELECTROPERÚ, aplicando los procedimientos aprobados por el OSINERGMIN para los SST.
- ii) A decir de REP, la resolución es imprecisa porque no se entiende qué procedimientos aprobados por OSINERGMIN debiera, a criterio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, aplicar REP para calcular el monto que debe devolver a ELECTROPERÚ.
- iii) REP indica que en el supuesto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se haya referido a un procedimiento regulatorio tarifario específico aprobado para el periodo comprendido entre noviembre de 2006 y abril de 2007, o al procedimiento regulatorio tarifario contenido en la Resolución N° 065-2005-OS/CD, o al procedimiento regulatorio tarifario aprobado para el período contado a partir de mayo de 2007; ninguno de esos procedimientos resultaría aplicable al caso concreto por las razones siguientes:

- No existe procedimiento regulatorio tarifario aprobado por el OSINERGMIN para el período comprendido entre noviembre de 2006 y abril de 2007 que considere el criterio de bidireccionalidad, las subestaciones Chilca y Cantera, y el método de FDT.
- Si la resolución apelada se refiriese únicamente a la aplicación del criterio de bidireccionalidad durante el periodo noviembre 2006 - abril 2007 para la asignación de las compensaciones fijadas en la Resolución N° 065-2005-0S/CD, esto no es posible de realizar, dado que para que dicho criterio sea aplicable en la asignación de las compensaciones del sistema en cuestión, sería necesario que se fijen y regulen las compensaciones por cada tramo de línea existente considerando las subestaciones Chilca (en la cual se inyecta la energía producida por la C.T. Chilca Uno de ENERSUR) y Cantera (en la cual se retira energía del sistema), las cuales son las principales fuentes de los flujos bidireccionales en las líneas de transmisión L-207 y L-208.
- Pretender que incluya a ENERSUR (por las inyecciones de su C.T. Chilca Uno) como parte de los recálculos para la asignación de las compensaciones de las líneas L-207 y L-208 no es posible, por cuanto sería pretender que REP modifique la Resolución N° 065-2005-0S/CD, que fraccione las líneas L-207 y L-208 e incluya la subestación Chilca, y con ello modificar las compensaciones ya reguladas por el OSINERGMIN.
- Pretender utilizar las Compensaciones fijadas en la Resolución N° 065-2005-0S/CD conjuntamente con el criterio de bidireccionalidad y las inyecciones de la C.T. Chilca Uno de ENERSUR no es posible, toda vez que dichas compensaciones fueron reguladas desde la subestación Independencia hasta la subestación San Juan, sin considerar la nuevas configuraciones de las líneas ni el ingreso de la C. T. Chilca Uno como parte del SST. Sostiene que la subestación Chilca, en la cual se encuentra conectada la C.T. Chilca Uno, no forma parte del Sistema Económicamente Adaptado (SEA) regulado por el OSINERGMIN (Resolución N° 065-2005-0S/CD); por lo cual no existe forma de considerar las inyecciones de energía de dicha central en la asignación de los cálculos de las compensaciones de las instalaciones de transmisión. Agrega que la referida resolución sólo establece las compensaciones para el total de las líneas L-207 y L-208, desde la subestación Independencia hasta la subestación San Juan, es decir, no se toma en cuenta los diferentes tramos de línea existentes entre las subestaciones Independencia y San Juan, los cuales tienen diferentes comportamientos de los flujos de energía y por tanto, diferente proporción de asignación entre los generadores que hacen uso de la instalación.
- Pretender que REP aplique la regulación tarifaria aprobada desde el mes de mayo de 2007 en adelante, para el periodo comprendido entre noviembre de 2006 hasta abril de 2007, tampoco resulta posible, de no contarse previamente con una definición técnica, compleja y especializada sobre el particular por parte del Consejo Directivo.

- iv) REP sostiene que por la supuesta imprecisión e inaplicación de lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, es claro que la Resolución N° 004-2008-OS/CC-50 es nula de pleno derecho.

**2.1.7. Sobre la imprecisión e inaplicabilidad de lo contenido en la Resolución apelada con relación a la posibilidad que REP pueda cobrar compensaciones a otros generadores como vicio de contenido del acto administrativo.**

- i) La Resolución apelada es nula de pleno derecho por cuanto se señala que REP tiene expedito su derecho de cobrar las compensaciones correspondientes al monto devuelto a ELECTROPERÚ a otros generadores que puedan haber utilizado los SST involucrados en la controversia; sin embargo, no establece una responsabilidad de pago a dichos generadores.
- ii) REP sostiene que al no establecer explícitamente la obligatoriedad y responsabilidad de pago de los generadores, no genera ningún compromiso de éstos a realizarla, por lo tanto, REP no podría recaudar nunca las compensaciones que en total debe recibir.

**2.1.8. Sobre la imprecisión e ilegalidad de lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc frente a lo estipulado en el Contrato de Concesión de REP como vicio de contenido del acto administrativo.**

- i) REP señala que el Contrato de Concesión, que es un Contrato Ley, establece que OSINERGMIN deberá velar y garantizar a través de las disposiciones necesarias la recaudación del monto total de la Remuneración Anual determinada en éste.
- ii) A decir de REP, ello no se cumpliría si, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no garantiza que ante cualquier recálculo y devolución a ELECTROPERÚ, las demás empresas generadoras involucradas en la asignación de las compensaciones de las líneas L-207 y L-208 están obligadas a pagar a REP, a fin de que complete el 100% del monto establecido en la regulación vigente.
- iii) REP señala que conforme lo establece el Contrato de Concesión, el OSINERGMIN realiza anualmente una Liquidación Anual de sus ingresos a fin de garantizar la equivalencia entre los montos mensuales que recauda y la Remuneración Anual garantizada a REP a través de su contrato. Para los fines de la Liquidación, se requiere un pronunciamiento sobre la validez de los recálculos y emisión de nuevas facturaciones y/o notas contables, a fin de que sean válidos en los recálculos correspondientes a la Liquidación de ingresos del periodo involucrado mayo 2006 - abril 2007, los cuales ya han sido verificados, supervisados y liquidados por OSINERGMIN (Gerencias de Fiscalización Eléctrica y de Regulación Tarifaria).

**2.1.9. Sobre el defecto en el requisito de validez de la Resolución apelada en relación a la motivación.**

- i) De conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 3° de la LPAG: a) el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y

conforme al ordenamiento jurídico; y b) es nulo de pleno derecho todo acto administrativo que carece de un requisito de validez como lo es la motivación.

- ii) A decir de REP, la Resolución apelada tiene motivación imprecisa y contraria al ordenamiento jurídico (esto último ya que supone no sólo la atribución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para realizar labor regulatoria tarifaria, sino inclusive para desconcentrar y encargar parte de ésta a REP) por lo que sería nula de pleno derecho.
- iii) Asimismo, para REP la Resolución apelada incurre también en defectos de contenido y de motivación en la parte pertinente a la aplicación de intereses desde el 20 de julio de 2007, es decir, desde la fecha en la cual REP fue notificado con la primera comunicación de ELECTROPERÚ en la cual solicitó la devolución de dinero por concepto de compensaciones supuestamente pagadas en exceso.
- iv) Para REP en el hipotético caso que tuviese que devolverle algún monto a ELECTROPERÚ por mandato del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sólo podría haber pagos de intereses a partir de la fecha en la que la referida determinación regulatoria tarifaria anómala se efectúe, toda vez que de acuerdo a derecho el cómputo de intereses es aplicable únicamente desde que las obligaciones son exigibles, por tanto, no corresponde la aplicación de intereses al presente caso.

Sobre la base de lo expuesto, REP solicita al Tribunal declarar fundado el recurso de apelación interpuesto y la nulidad de la Resolución N° 004-2008-OS/CC-50, así como declarar infundada la adhesión al recurso de apelación presentada por ELECTROPERÚ.

## **2.2. DE ELECTROPERÚ**

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de absolución y adhesión al recurso de apelación presentado por REP, lo manifestado en la audiencia de Vista de la Causa y lo expresado en sus alegatos finales, ELECTROPERÚ sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

- i) ELECTROPERÚ señala que cumplió con pagar a REP las compensaciones por el uso de las líneas L-207 y L-208 por el período noviembre 2006 - abril 2007, no obstante que, según los registros de medición, a partir de las 6:00 p.m. del día 18 de noviembre de 2006 dichas líneas empezaron a ser utilizadas por ENERSUR, para evacuar su energía al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), por lo que partir de tal fecha ENERSUR debió participar en el pago de las compensaciones de tales líneas:

**CUADRO 1**

Sin IGV

Mes	Factura	Línea 207	Línea 208	Total
Noviembre 2006	F 001-5546	S/. 696,138.28	S/. 700,234.86	S/ 1'396,373.14
Diciembre 2006	F 001-5654	S/. 703,259.78	S/. 707,398.25	S/ 1'410,658.03
Enero 2007	F 001-5769	S/. 701,157.56	S/. 705,283.68	S/ 1'406,441.24
Febrero 2007	F 001-5862	S/. 699,867.89	S/. 703,986.39	S/ 1'403,854.28
Marzo 2007	F 001-5993	S/. 692,682,97	S/. 696,759.22	S/ 1'389,442.19
Abril 2007	F 001-6108	S/. 698,355.44	S/. 702,465.05	S/ 1'400,820.49
Total		S/ 4'191,461.92	S/ 4'216,127.45	S/ 8'407,589.37

- ii) ELECTROPERÚ indica que durante el período noviembre 2006 - abril 2007 no estuvieron determinados los flujos de energía que transitaron por las líneas L-207 y L-208, lo cual impidió efectuar el cálculo de las compensaciones mensuales correctas que correspondían a cada una de las empresas generadoras de electricidad. Esta situación fue evidenciada en su Carta N° C-357-2007 de fecha 16 de abril de 2007 dirigida al COES-SINAC. A mediados de junio de 2007, el COES-SINAC publicó en su página web la información sobre medición de energía activa en las líneas L-207 y L-208, con lo que se superó el problema señalado.
- iii) Agrega que sobre la base de la información del COES, y teniendo en cuenta que a partir del 24 de julio de 2006 la LGE modificó el artículo 62° de la LCE para eliminar el criterio de “flujo preponderante de energía” para calcular el pago de compensaciones a REP, ELECTROPERÚ calculó los montos correctos de compensación por las líneas L-207 y L-208 en los meses de noviembre de 2006 a abril de 2007 (conforme se aprecia en el procedimiento descrito en el punto 3 del Informe N° CC-1000-2007, medio probatorio de esta parte):

**CUADRO 2**

Sin IGV

Mes	Línea 207	Línea 208	Total
Noviembre 2006	S/. 650,984.36	S/. 581,946.26	S/. 1'232,930.62
Diciembre 2006	S/. 480,834.39	S/. 116,158.99	S/. 596,993.38
Enero 2007	S/. 510,955.89	S/. 66,881.73	S/. 577,837.62
Febrero 2007	S/. 499,810.18	S/. 100,399.10	S/. 600,209.28
Marzo 2007	S/. 304,223,26	S/. 30,031.29	S/. 334,254.55
Abril 2007	S/. 418,936.77	S/. 54,021.22	S/. 472,957.99
Total	S/. 2'865,744.85	S/. 949,438.59	S/. 3'815,183.44

- iv) ELECTROPERÚ dice que corresponde que REP le devuelva:

**CUADRO 1 – CUADRO 2 = CUADRO 3**

**CUADRO 3**

Sin IGV

Mes	Línea 207	Línea 208	Total
Noviembre 2006	S/. 45,153.92	S/. 118,288.60	S/. 163,442.52
Diciembre 2006	S/. 222,425.39	S/. 591,239.26	S/. 813,664.65
Enero 2007	S/. 190,201.67	S/. 638,401.95	S/. 828,603.62
Febrero 2007	S/. 200,057.71	S/. 603,587.29	S/. 803,645.00
Marzo 2007	S/. 388,459.71	S/. 666,727.93	S/. 1'055,187.64
Abril 2007	S/. 279,418.67	S/. 648,443.83	S/. 927,862.50
<b>Total a devolver por REP</b>	S/. 1'325,717.07	S/. 3'266,688.86	<b>S/. 4'592,405.93</b>

- v) ELECTROPERÚ considera que su pedido se encuentra sustentado por las Resoluciones Nos. 355-2007-OS/CD y 610-2007-OS/CD, en las cuales se recogió el nuevo criterio de pago de compensaciones por uso de redes de transmisión secundaria plasmado en el artículo 62º de la LCE modificado.
- vi) Agrega que la Resolución N° 610-2007-OS/CD establece que lo que dispone la Ley N° 28832 sobre pago de compensaciones, se aplica desde su entrada en vigencia, lo cual se aprecia en el subtítulo “Segundo Petitorio” del punto 2.2 de la resolución acotada, cuyo texto dice:

*“Que, la interpretación que de este texto desprende ELECTROPERÚ, es que el OSINERGMIN ha dispuesto que lo que manda la Ley No. 28832 se aplica desde el 1 de mayo de 2007, y ello no es así. Lo que en dicho considerando ha señalado el Regulador es que, para calcular las compensaciones que corresponden a REP, no se debe tener en cuenta el flujo preponderante de energía, debiendo considerarse además, a los efectos del pago que corresponda, a todos los generadores que hagan uso del SST de REP, agregando, a modo de precisión, que lo dispuesto en la resolución complementaria se aplica desde el 1 de mayo de 2007, lo cual, como se vio al analizar el primer petitorio, resulta concordante con la vigencia de la regulación, desde el primero de mayo de 2007;*

*Que, en ningún momento el OSINERGMIN ha pretendido referirse a la vigencia de la Ley No. 28832, la que conforme al artículo 109 de la Constitución, tiene vigencia a partir del día siguiente a su publicación, salvo que ella establezca una vigencia posterior, sino que se ha pronunciado aclarando que la decisión tomada en la resolución complementaria, es vigente desde el 1 de mayo de 2007, porque es desde esa fecha que rigen las tarifas y compensaciones fijadas por la Resolución 169. Pronunciarse a situaciones ocurridas con anterioridad a la Resolución 169, hubiera traído como consecuencia la nulidad de dicho acto administrativo por pronunciarse sobre temas que escapan al objeto de la regulación (...).”*

- vii) ELECTROPERÚ manifiesta con relación a la afirmación de ENERSUR -Vista de la



Causa- de que ELECTROPERÚ no se perjudicaría económicamente si REP no le devuelve el monto reclamado debido a que habría trasladado dicho monto a los usuarios finales y, de recibirlo, no se los devolvería, sostiene que tal posición es incorrecta y señala que las líneas L-207 y L-208 son parte del SST Mantaro-Lima, el cual, conforme con lo establecido en el numeral 1.3 de la Resolución OSINERG N° 065-2005-OS/CD, corresponde a un sistema secundario de generación, el que, según lo dispuesto en el artículo 139° del RLCE, el 100% de la respectiva compensación de transmisión viene siendo pagado con sus propios recursos por los generadores usuarios de dicho sistema secundario de transmisión.

- viii) ELECTROPERÚ precisa respecto del cuestionamiento de REP de la falta de competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para conocer y resolver la presente controversia, que en la Resolución impugnada no se ha cuestionado, regulado o modificado las tarifas fijadas por la Resolución N° 065-2005-OS/CD, únicamente se ha ordenado la devolución de lo pagado en demasía por ELECTROPERÚ por el uso de las líneas L-207 y L-208 durante el período noviembre 2006 - abril 2007, monto que a criterio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, fue cobrado por REP en su oportunidad, de conformidad con las tarifas aprobadas mediante la referida resolución.
- ix) De otro lado, añade que de conformidad con el literal a) del artículo 2° de la Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 0826-2002-OS-CD, los órganos de solución de controversias tienen competencia para conocer las controversias entre Generadores y Transmisores, distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.
- x) ELECTROPERÚ concluye que la Resolución apelada no infringe el numeral 2 del artículo 10° de la LPGA, por cuanto no existe vicio de competencia alguno al haber resuelto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre una controversia entre un generador y un transmisor distinta a las originadas en el COES y que se encuentra relacionada con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN.
- xi) ELECTROPERÚ, respecto de la supuesta nulidad de la Resolución apelada por contravenir la Resolución N° 234-2005-OS/CD que disponía el procedimiento para la fijación de tarifas y compensaciones para SST a la entrada de nuevas centrales de generación, manifiesta que resulta irrelevante para el análisis de la procedencia de su petitorio si ENERSUR solicitó o no la regulación de tarifas y compensaciones para los SST que involucraban las líneas L-207 y L-208, así como si el Consejo Directivo canceló tal regulación, por cuanto su reclamación debe ser amparada en estricto cumplimiento del artículo 62° de la LCE modificado, vigente desde el 24 de julio de 2006.
- xii) ELECTROPERÚ sostiene que por tanto, no puede argumentarse que la Resolución apelada es nula en virtud del numeral 1 del artículo 10° de la LPAG, toda vez que lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se encuentra en el marco de lo regulado por el artículo 62° de la LCE modificado por la Ley N° 28832.
- xiii) En cuanto a los supuestos vicios sobre el objeto o contenido de la Resolución

apelada (contrariar el ordenamiento jurídico o contener un imposible jurídico), ELECTROPERÚ reitera que la Resolución apelada no contraviene ni la LCE, ni el Reglamento General de OSINERGMIN, ni el Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, puesto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc era competente para conocer el presente caso.

- xiv) Al respecto, ELECTROPERÚ señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha establecido a efectos del cálculo del monto que REP debe devolverle, que debe seguirse el criterio anunciado por OSINERGMIN para el periodo regulatorio vigente a partir de mayo de 2007, en tanto que dicho criterio fue diseñado bajo el nuevo artículo 62º de la LCE y esto porque el OSINERGMIN no se pronunció de manera expresa respecto de la aplicabilidad del criterio del flujo preponderante de energía respecto a los meses reclamados por ELECTROPERÚ (noviembre de 2006 - abril de 2007), relacionados con la regulación correspondiente al periodo mayo de 2005 - abril de 2007.
- xv) ELECTROPERÚ precisa que el fraccionamiento por parte de REP de las compensaciones por el uso de las líneas L-207 y L-208 para el cálculo del monto a devolverle no implica modificación alguna de las compensaciones que fueron reguladas por el OSINERGMIN mediante la Resolución Nº 065-2005-OS/CD, alegando que dicho fraccionamiento ha sido ordenado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para solucionar la presente controversia en vista a que no existe pronunciamiento expreso alguno del OSINERGMIN sobre la aplicabilidad del criterio del flujo preponderante de energía respecto al período comprendido entre noviembre de 2006 y abril de 2007.
- xvi) Argumenta que en tanto se aplica la Resolución Nº 065-2005-OS/CD, no estamos ante un supuesto de nulidad contemplado en el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG.
- xvii) Sobre el supuesto vicio de validez de la Resolución apelada por no haberse considerado en ésta que las demás empresas involucradas en la asignación de las compensaciones de las líneas L-207 y L-208 se encuentran obligadas a pagar a REP por el uso de éstas, ELECTROPERÚ menciona que tal alegación carece de todo fundamento legal, puesto que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc únicamente podía pronunciarse en la presente reclamación sobre lo pretendido por ELECTROPERÚ en su reclamación, esto es, sobre su derecho de devolución de lo pagado en demasía por el uso de las líneas acotadas.
- xviii) ELECTROPERÚ señala sobre los intereses que REP debe pagarle, que éstos deben calcularse desde que dicha empresa conoció la solicitud de devolución de los montos pagados en exceso por las compensaciones correspondientes al período noviembre 2006 - abril 2007, de conformidad con los artículos 161º y 176º del Reglamento de la LCE.
- xix) ELECTROPERÚ hace referencia al artículo 1271º del Código Civil, el cual establece que quien acepta de buena fe un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos. En tal sentido, considera que es desde la fecha en que se solicitó por primera vez a REP, que ésta se encontraba en la obligación de pagarle los intereses a su favor.

## **2.3. POSICIÓN DE REP RESPECTO DE LA ADHESIÓN DE ELECTROPERÚ AL RECURSO DE APELACIÓN.**

### **2.3.1. Sobre la supuesta legitimidad del pedido de ELECTROPERÚ para que REP le devuelva los pagos que habría efectuado en exceso.**

- i) REP señala que lo que le pagó ELECTROPERÚ por el uso de las líneas L-207 y L-208 que administra, responde exclusivamente a lo regulado por la Resolución N° 065-2005OS/CD.
- ii) REP reitera que es el Consejo Directivo el encargado de regular las tarifas (que todas las empresas deben respetar mientras éstas se encuentren vigentes), a la luz de los criterios que para el efecto se encuentran establecidos en la LCE y su Reglamento. En función de lo que establecía el artículo 62° de la LCE (antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28832), el Consejo Directivo reguló las tarifas aplicables por el uso de las líneas L-207 y L-208 para el período comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2007 (que forman parte del sistema de transmisión Mantaro-Socabaya), así como los métodos para determinar a los responsables del pago de éstas.
- iii) Añade que el hecho que, en julio de 2006 (con la entrada en vigencia de la LGE, haya cambiado el criterio que el Consejo Directivo del OSINERGMIN debía considerar para regular las tarifas, sin que ello haya implicado una modificación de oficio de la regulación tarifaria establecida por la Resolución N° 065-2005-OS/CD, no significa de manera alguna, que dicha regulación tarifaria resulte susceptible de ser desacatada por los agentes.
- iv) REP argumenta que si ELECTROPERÚ no estuvo de acuerdo con la fijación tarifaria regulada por la Resolución N° 065-2005-OS/CD, tenía su derecho expedito a impugnar oportunamente. Asimismo, si durante el periodo de vigencia de dicha resolución tarifaria, surgieron determinadas circunstancias que, a criterio de ELECTROPERÚ, hacían necesaria la modificación de ésta, entonces, debió acudir al Consejo Directivo para formular su pedido de modificación respectivo, siguiendo el procedimiento correspondiente. Sin embargo, ELECTROPERÚ no lo hizo.
- v) REP sostiene que ELECTROPERÚ lo que hace en la presente controversia es cuestionar una regulación tarifaria bajo el "disfraz" de un simple pedido de pago de suma de dinero en exceso. Agrega que si se admitiera que ELECTROPERÚ ha pagado sumas de dinero en exceso a REP por el uso de las líneas que administra, y se ordena el recálculo y devolución de cargo de REP no se estaría haciendo otra cosa más que inaplicar y desacatar lo dispuesto por la Resolución N° 065-2005-OS/CD, y en el extremo, modificar la regulación contenida en la referida resolución, invadiéndose de esa manera la esfera de competencia que las normas vigentes han otorgado en exclusiva al Consejo Directivo para fijar y/o modificar tarifas y/o resolver cuestiones tarifarias y/o discrepancias de interpretación y/o aplicación que pudiesen tener los agentes eléctricos afectados con una regulación tarifaria específica.
- vi) REP considera que el hecho que, en la regulación tarifaria correspondiente al periodo tarifario inmediatamente posterior al fijado mediante la Resolución N° 065-

2005-0S/CD (el aplicable desde mayo de 2007 en adelante), el Consejo Directivo si haya considerado en sus resoluciones el nuevo criterio para el pago por el uso de líneas de transmisión que dispuso la LGE, no sustenta de manera alguna, la devolución de dinero a favor de ELECTROPERÚ. Precisa que la regulación tarifaria aplicable a cada periodo está determinada por las resoluciones tarifarias que emita el Consejo Directivo en cada oportunidad.

- vii) Sostiene que en la medida que nunca ha recibido de ELECTROPERÚ por el uso de las líneas de transmisión que administra suma alguna por encima de lo regulado por el Consejo Directivo, el pedido de devolución de montos pagados en exceso de ELECTROPERÚ no tiene asidero alguno.

### **2.3.2. Sobre la supuesta falta de relevancia del hecho que REP haya cobrado las compensaciones fijadas por la Resolución N° 065-2005-0S/CD.**

- i) REP señala que una vez que las tarifas son fijadas a través de la resolución de fijación tarifaria correspondiente, los agentes del sistema sólo podrán cobrar y pagar los montos establecidos en dicha resolución. Por tanto, ante un cobro de tarifa por uso de instalaciones del sistema secundario que hubiese sido efectuado en estricta observancia de las tarifas vigentes no sería posible hablar de un pago en exceso.
- ii) Agrega que para poder determinar la procedencia de un pedido de devolución resulta de suma relevancia verificar si el cobro fue efectuado conforme a las tarifas establecidas en la resolución tarifaria vigente, tal y como REP ha acreditado en el presente procedimiento, y el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc lo ha confirmado.

### **2.3.3. Sobre la necesidad de una regulación tarifaria del Consejo Directivo aplicable al periodo noviembre de 2006 y abril de 2007.**

- i) REP sostiene que durante el periodo tarifario regulado por la Resolución N° 065-2005-0S/CD, no sólo se eliminó el criterio de flujo preponderante para la determinación de las compensaciones por el uso de las líneas de transmisión, sino que las configuraciones de las líneas L-207 y L-208 sufrieron cambios como consecuencia de:
- El ingreso de nuevas instalaciones de transmisión: Subestación Chilca REP (en la cual se inyecta la energía producida por la C.T. Chilca Uno de ENERSUR) y Subestación Cantera (en la cual se retira energía del sistema). Estas dos subestaciones son las principales fuentes que originan los flujos bidireccionales en las líneas de transmisión L-207 y L-208.
  - El ingreso de un nuevo agente generador: C.T. Chilca Uno de ENERSUR, conectada a la Subestación Chilca REP.
- ii) REP argumenta que para que se le exija válidamente cualquier devolución de compensaciones por el uso de las líneas de transmisión L-207 y L-208 durante el periodo comprendido entre noviembre de 2006 y abril de 2007, es de imperiosa necesidad que el Consejo Directivo realice las nuevas determinaciones o recálculos regulatorios, mediante los instrumentos legales con los que cuenta para el efecto, considerando los cambios sufridos en la configuración de las referidas

líneas de transmisión.

#### **2.3.4. Sobre el momento a partir del cual correspondería que REP pague los intereses.**

- i) REP señala que el derecho al cómputo de intereses sólo es aplicable desde que la obligación se torna en exigible, no antes. En este caso, su supuesta obligación de devolver los montos exigidos por ELECTROPERÚ se volvería exigible en caso exista una resolución de fijación tarifaria expedida por el Consejo Directivo que modifique la regulación tarifaria para el periodo noviembre 2006 - abril 2007 respecto del pago de compensaciones por el uso de las líneas L-207 y L-208.
- ii) REP indica que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha ordenado a REP calcular el monto a devolver, según "los procedimientos aprobados por el Consejo Directivo del OSINERGMIN", cuando no existe procedimiento alguno para la determinación de compensaciones tarifas aplicables al uso de la infraestructura de transmisión de REP materia de la presente controversia aplicable para el periodo comprendido entre abril de 2005 y mayo de 2007, distinto al contenido en la Resolución N° 065-2005-OS/CD.

#### **2.4. DE ENERSUR.**

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de apersonamiento, en la audiencia de Vista de la Causa y en las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, ENERSUR sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

##### **2.4.1. Sobre interés legítimo en la controversia**

- i) ENERSUR señala que en su calidad de concesionaria, REP tiene derecho a cobrar a los usuarios de las líneas de transmisión que administra una tarifa calculada en función de la Remuneración Anual Garantizada, en adelante la RAG, prevista por la Cláusula Décimo Tercera de su contrato de concesión.
- ii) ENERSUR indica que en virtud de lo dispuesto por el numeral 4 de la cláusula mencionada en el párrafo anterior, el OSINERGMIN establecería las proporciones del pago mensual a efectuar por los generadores y consumidores según el Anexo 7 del contrato de concesión. En tal sentido, REP siempre percibiría como remuneración por el uso del Sistema de Transmisión Eléctrica un monto fijo y previamente definido, estando el OSINERGMIN habilitado sólo a determinar en qué proporciones concurrirían a su pago consumidores y generadores. Agrega que aquella suma de la remuneración que no sea pagada por uno de los actores involucrados deberá, necesariamente, ser pagada por otro.
- iii) ENERSUR sostiene que ELECTROPERÚ pretendería no ser responsable por el pago ya realizado de parte de la compensación determinada para las líneas L-207 y L-208, en tal sentido y, aplicando la lógica del contrato de concesión, el monto que deberá restituirle REP, deberá ser atribuido a los demás usuarios de las líneas de transmisión en cuestión.

- iv) ENERSUR manifiesta que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc contaba con todos los elementos para advertir que la controversia interesaba directamente a más agentes del sector.
- v) ENERSUR menciona que el derecho de participación en la presente controversia de las demás empresas generadoras usuarias de las líneas L-207 y L-208, se encuentra reconocido en los artículos 51º y 60º de la LPAG, según los cuales son considerados terceros administrados aquellas personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida en el procedimiento administrativo, lo que las habilitaba a apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él. En atención a ello, considera que al ostentar un interés legítimo que podía verse afectado con la resolución final, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debió notificar a ENERSUR, así como a las demás generadoras usuarias, desde el inicio de la controversia, más aún si la propia reclamante mencionó que el monto que pretendería dejar de pagar correspondería totalmente ser asumido por ENERSUR en razón de haber empezado a utilizar las líneas de transmisión mencionadas desde noviembre de 2006.
- vi) A decir de ENERSUR, en el presente procedimiento se ha afectado su derecho de defensa al no haberla notificado, lo que generaría la nulidad de la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

#### **2.4.2. Nulidad de la Resolución apelada.**

- i) A decir de ENERSUR, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha contravenido la Constitución, la LPAG y el Reglamento de Solución de Controversias al no haberla notificado y por tanto ha incurrido en causal de nulidad según lo previsto en el artículo 10º de la LPAG.
- ii) Precisa que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha contravenido el artículo 139º de la Constitución debido a que no le ha permitido ejercer su derecho de defensa respecto de una controversia que podía afectar sus derechos.
- iii) ENERSUR agrega que entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal, destaca el derecho de defensa, el cual se proyecta como un principio de interdicción de la indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés en aquél.

#### **2.4.3. La incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para conocer la reclamación.**

- i) ENERSUR señala que si bien los órganos de solución de controversias son competentes para “declarar” o “reconocer” derechos y obligaciones a favor de los generadores o transmisores como consecuencia del uso de las líneas de transmisión que componen el SST, las declaraciones y decisiones que en cada caso se emitan deben suponer la aplicación de la regulación tarifaria previamente aprobada por el Consejo Directivo.
- ii) ENERSUR precisa que para resolver la presente controversia era necesario la existencia de una regulación tarifaria, emitida por el Consejo Directivo y que haya

estado vigente durante el periodo materia de cuestionamiento, de la cual se desprenda claramente que ELECTROPERÚ pagó compensaciones en exceso y que, en consecuencia, REP debe realizar las devoluciones correspondientes.

- iii) ENERSUR menciona que la Resolución apelada no precisa en modo alguno qué regulación del OSINERGMIN habría sido erróneamente observada por ELECTROPERÚ y REP y que hubiera resultado en un pago en exceso de la primera a la segunda.
- iv) ENERSUR considera que ante la “ausencia” de la regulación aplicable en el tiempo, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc decidió “suplir” esa omisión con la combinación de la regulación vigente hasta abril de 2007 pero bajo “el criterio anunciado por el OSINERGMIN para el periodo regulatorio vigente a partir del mes de mayo de 2007”. Al adecuar directamente la Resolución Nº 065-2005-OS/CD, el Cuerpo Colegiado no sólo excedió sus competencias sino que, además, modificó la vigencia de un acto administrativo emitido por el Consejo Directivo, otorgándole eficacia anticipada. En efecto, en la Resolución impugnada se ordenó que los criterios contenidos en la Resolución Nº 169-2007-OS/CD, vigente desde el 1 de mayo de 2007, sean aplicables al SST Chilca Independencia desde noviembre de 2006.
- v) A decir de ENERSUR, el hecho que en ejercicio de sus funciones de solución de controversias el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc pueda pronunciarse respecto del pago de las compensaciones y peaje por el uso de las redes del SST en aplicación de la regulación tarifaria vigente no lo vuelve competente para suplir la adecuación que, de oficio o a solicitud de parte, debió realizar el Consejo Directivo respecto de la Resolución Nº 065-2005-OS/CD. Así, contrariando las normas que distribuyen las competencias de los distintos órganos del OSINERGMIN, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc asumió que existía un vacío normativo para los meses de noviembre 2006 a abril 2007 y decidió otorgarle eficacia anticipada a la Resolución Nº 169-2007-OS/CD.

#### **2.4.4. La decisión tomada por el Consejo Directivo.**

- i) ENERSUR señala que durante el proceso tarifario aplicable al periodo de mayo de 2007 a abril de 2011, ELECTROPERÚ interpuso ante el Consejo Directivo un recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 429-2007-OS-CD, la que modificó la Resolución Nº 169-2007-OS-CD, en los términos siguientes:
  - Se reconsidere la modificación introducida por el artículo 1º de la Resolución Nº 429-2007-OS-CD y se incluya la precisión de que el criterio del flujo bidireccional de energía que introdujo la Ley Nº 28832 resulta de aplicación desde la entrada en vigencia de dicha ley.
  - Se deje sin efecto la limitación incluida respecto de que la fecha de inicio de la aplicación del criterio del flujo bidireccional de energía introducido por la Ley Nº 28832 es aplicable únicamente desde el 1 de mayo de 2007.
- ii) Para ENERSUR, ELECTROPERÚ buscaba mediante el primer petitorio, que se declare que el criterio introducido por la LGE en torno a los SST resultaba de aplicación desde la entrada en vigencia de dicha ley y, a través del segundo, se elimine la limitación contenida en la Resolución Nº 429-2007-OS-CD respecto de

la aplicación de dicho criterio únicamente a partir de mayo de 2007. Ambas declaraciones eran necesarias para concluir que el criterio introducido por la LGE en torno al SST de que se trate se aplicaba desde noviembre de 2006 y no, como había expresado el Consejo Directivo, desde el 01 de mayo de 2007. El Consejo Directivo declaró infundado el recurso en cuestión, aclarando que:

*“ [...] la interpretación que de este texto desprende ELECTROPERÚ, es que el OSINERGMIN ha dispuesto que lo que manda la Ley N° 28832 se aplica desde el 1° de mayo de 2007, y ello no es así. Lo que en dicho considerando ha señalado el Regulador es que, para calcular las compensaciones que correspondan a REP, no se debe tener en cuenta el flujo preponderante de energía, debiendo considerarse además, a los efectos del pago que corresponda, a todos los generadores que hagan uso del SST de REP, agregando, a modo de precisión, que lo dispuesto en la resolución complementaria se aplica desde el 1° de mayo de 2007, lo cual, como se vio al analizar el primer petitorio, resulta concordante con la vigencia de la regulación, desde el 1° de mayo de 2007”.*

- iii) ENERSUR argumenta que el Consejo Directivo resolvió que la Resolución N° 169-2007-OS.CD -y el criterio que ésta contiene- sólo fuera aplicable desde el 1 de mayo de 2007 y no con anterioridad a esa fecha.
- iv) ENERSUR concluye que el Consejo Directivo no aceptó otorgarle eficacia anticipada a la regulación vigente desde mayo de 2007 con lo cual, para los meses de noviembre de 2006 y abril de 2007, se debía seguir aplicando la Resolución N° 065-2005-OS/CD.
- v) Agrega que ante el rechazo de su impugnación, ELECTROPERÚ decidió plantear una reclamación con el mismo propósito ante los órganos de solución de controversias, recibiendo una respuesta favorable por parte del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, opuesta a lo ya resuelto con carácter de cosa decidida por el Consejo Directivo.
- vi) ENERSUR sostiene que el fundamento expresado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -página 20-21- es que ELECTROPERÚ nunca había formulado una solicitud de pago ante el OSINERGMIN idéntica a la contenida en la reclamación. Pero ello no basta, para justificar el descartar que el asunto haya sido ya resuelto por el Consejo Directivo. En efecto, la solicitud de restitución descansa, necesariamente, sobre una declaración previa, a saber: que la modificación del artículo 62° resulta inmediatamente aplicable a las compensaciones por el uso del SST Chilca Independencia y que no es necesario que dicha modificación legislativa sea reglamentada o materia de una regulación.
- vii) Para ENERSUR es evidente que ELECTROPERÚ está implícitamente solicitando cuánto ya le ha sido negado por el Consejo Directivo y el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, con un criterio perfectamente opuesto al del citado consejo, ha decidido reconocer un derecho que aquél había estimado, con calidad de cosa decidida, completamente inexistente, esto es, se ha vuelto a pronunciar sobre un asunto ya resuelto.



#### **2.4.5. La modificación del artículo 62º de la LCE se aplica desde su regulación.**

- i) ENERSUR menciona que si bien el artículo 62º de la LCE fue modificado el 23 de julio de 2006, dicha modificación fue recién reglamentada mediante lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 027-2007-EM, publicado el 17 de mayo de 2007. A su turno, recién la regulación contenida en la Resolución Nº 169 aplica por primera vez esa norma. Esto se da en un sector donde las tarifas y compensaciones no se pagan en aplicación directa de las normas legales sino de las regulaciones (actos administrativos de eficacia general) que se expiden por las entidades y órganos competentes y por el tiempo en que tales regulaciones estén vigentes.
- ii) Para ENERSUR, la cuestión fundamental no es si el artículo 62º de la LCE, modificado por la Ley Nº 28832 está o no vigente sino si la regulación contenida en la Resolución Nº 065-2005-OS/CD perdió vigencia por la simple existencia de la modificación del artículo 62º. A este efecto, es esencial notar que conforme a la LCE todas las resoluciones que fijan tarifas y compensaciones tienen, por lo menos, una eficacia anual y no cambian sino cuando son sustituidas por otras equivalentes en el periodo siguiente.
- iii) A decir de ENERSUR, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría determinado y analizado de manera incorrecta la materia controvertida, dado que no existía controversia respecto de la vigencia de la LGE sino respecto de su aplicación o eficacia. Señalar que todas las normas son eficaces o aplicables de manera automática a partir de su entrada en vigencia es desconocer que existen normas que, para su incidencia en las diversas relaciones jurídicas, requieren de otros actos o normas que los complementen. Ese es el caso de las normas tarifarias en el sector eléctrico, que no constituyen un caso de normas “auto aplicativas” y, por lo tanto, no son, por su sola vigencia, susceptibles de aplicación a las relaciones jurídicas existentes.
- iv) Agrega que sobre la base de lo manifestado, REP afirmaríase estar imposibilitada de aplicar la Resolución apelada, pues no es jurídicamente posible combinar la Resolución Nº 065-2005-OS/CD con los criterios contenidos en la Resolución Nº 169-2007-OS-CD que se aplican únicamente desde mayo de 2007 en adelante.
- v) ENERSUR cuestiona que si la modificación del artículo 62º de la LCE pudiera aplicarse de modo inmediato, carecería de sentido que el Estado haya suspendido los procedimientos tarifarios hasta que se emita la reglamentación necesaria para la aplicación de los cambios que al marco legal de transmisión introdujo la LGE o que haya dispuesto que la regulación emitida en virtud del nuevo Reglamento de Transmisión -que reglamentó la modificación al artículo 62º de la LCE- sea aplicable sólo de mayo de 2007 en adelante.
- vi) Para ENERSUR, tales disposiciones sólo tienen sentido si se comprende que las compensaciones se pagan en función de la regulación que se emita.
- vii) ENERSUR señala también que no se debe perder de vista que el presente no es un caso de relaciones jurídico privadas que se rigen por el simple acuerdo de las

partes o por la aplicación directa de las normas del Código Civil. Se trata de una actividad que, por constituir un servicio público, se encuentra sujeta a regulación económica y a las decisiones de un organismo regulador. Establecer como precedente administrativo que los criterios que en materia de tarifas prevé la LCE se aplican de manera directa sin que sea necesaria la existencia de una regulación previa por parte de OSINERGMIN, sería a decir de ENERSUR, eliminar la finalidad de la existencia misma del organismo regulador y de la regulación económica a la que se encuentran sujetos los agentes del mercado eléctrico.

#### **2.4.6. No hubo pago indebido.**

- i) ENERSUR considera que sólo podrá haber exceso en un pago allí donde éste sea mayor que aquello a lo cual habilita el respectivo título. En este caso, tanto la reclamante como el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc admiten que el cobro hecho por REP se ajusta al título correspondiente, es decir, a lo dispuesto por la Resolución Nº 065-2005-OS/CD.
- ii) Finalmente ENERSUR señala que salvo una contradicción en la motivación de la resolución apelada, no puede entender cómo así se afirme que REP cobró bien a ELECTROPERÚ por el periodo que va de noviembre de 2006 a abril de 2007, ajustándose a la regulación aplicable y que, al mismo tiempo, ELECTROPERÚ pagó demás y por el mismo concepto durante ese mismo periodo.
- iii) ENERSUR considera que únicamente en caso se determine que el cobro de REP no se ajustó a la regulación aplicable es que la reclamante podría afirmar que tiene derecho a la restitución de alguna suma. Pero en el presente caso constituye un extremo firme de la resolución apelada que el cobro fue correcto, con lo cual sería jurídicamente imposible que se haya verificado un pago en exceso.

### **III. Análisis del Tribunal**

#### **3.1. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias para pronunciarse sobre la materia reclamada**

REP y ENERSUR cuestionan la Resolución apelada por cuanto ha sido expedida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, órgano que manifiestan, carecería de competencia para conocer y resolver la reclamación planteada por ELECTROPERÚ, por estar referida a materia reguladora, que constituye competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSINERGMIN.

Al respecto, corresponde examinar el marco jurídico que regula el ámbito de competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc y de este Tribunal, a efectos de determinar si en el presente caso, el primero de los mencionados, se pronunció dentro de los alcances de sus facultades al amparar la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

Debe comenzarse este análisis tomando en cuenta que la Ley Marco de los Organismos Reguladores en la Inversión Privada, Ley Nº 27332<sup>1</sup>, establece en su

---

<sup>1</sup> Publicada en el diario Oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2000.

artículo 3º que estos organismos -entre ellos el OSINERGMIN- tienen reconocidas diversas funciones: supervisora; reguladora; normativa; fiscalizadora y sancionadora; la de solucionar controversias y la de solucionar reclamos de usuarios de los servicios regulados.

Estas funciones, conforme lo precisa el numeral 3.2. del artículo 3º de la misma ley, serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

Pues bien, en el ámbito de OSINERGMIN cada una de dichas funciones es ejercida por un órgano diferente y con competencia exclusiva en el caso de las funciones normativa<sup>2</sup> y reguladora<sup>3</sup>. Lo anterior significa que cada uno de estos órganos tiene como límite del alcance de su función, la competencia del otro. Así, la función reguladora (relacionada con la fijación de tarifas, peajes y compensaciones) corresponde en exclusiva al Consejo Directivo y se ejerce a través de resoluciones -artículo 27º del Reglamento General del OSINERGMIN- mientras que la función de solución de controversias corresponde en primera instancia a los Cuerpos Colegiados Ad-Hoc y en segunda instancia al Tribunal de Solución de Controversias.

El inciso a) del artículo 46º del Reglamento General del OSINERGMIN<sup>4</sup>, precisa que los órganos de solución de controversias son competentes para conocer las controversias que pueden suscitarse entre generadores, entre generadores y transmisores, y entre transmisores, distintas a las originadas en el COES, que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del regulador.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el Cuerpo Colegiado o el Tribunal al resolver un conflicto entre los agentes indicados estén facultados a ejercer de manera supletoria las funciones de supervisión, regulación y/o fiscalización, por cuanto ello implicaría desconocer las competencias exclusivas otorgadas normativamente a otros órganos del OSINERGMIN y consecuentemente el alcance de sus facultades. Por ello, si la solución de la controversia requiere de la pre existencia de una disposición reguladora emitida por el órgano competente en materia reguladora debe ser declarada improcedente.

En el presente caso, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declaró fundada la reclamación presentada por ELECTROPERÚ contra REP, la cual consistía en que esta última devuelva a la primera el importe correspondiente a compensaciones pagadas en exceso durante el período comprendido entre noviembre 2006 - abril 2007 por el uso de las líneas L-207 y L-208 del SST que REP administra.

---

<sup>2</sup> El Reglamento General del OSINERGMIN establece lo siguiente:

**“Artículo 24.- Carácter Indelegable de la Función Normativa**

*La función normativa del Consejo Directivo de OSINERG es indelegable, salvo lo previsto en el inciso g) del Artículo 62 del presente Reglamento”.*

<sup>3</sup> El Reglamento General del OSINERGMIN establece lo siguiente:

**“Artículo 27.- Órgano Competente para ejercer la Función Reguladora**

*La función reguladora es de competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSINERG y se ejerce a través de Resoluciones”.*

<sup>4</sup> Publicado en el diario Oficial “El Peruano” el 09 de mayo de 2001.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc tomó en consideración que en julio de 2006, entró en vigor la Ley N° 28832, que modificó el artículo 62° de la LCE y estableció que la remuneración por el uso de redes de transmisión debían ser efectuados por todas las empresas generadoras de electricidad que utilizaran dichas vías, con independencia del sentido de los flujos de energía, dejando de lado el criterio anterior en virtud del cual quedaban exceptuados de dichos pagos los generadores que transportaban su energía en sentido contrario al flujo preponderante. En ese sentido, siendo que en el período reclamado ELECTROPERÚ no fue el único usuario de las líneas de transmisión administradas por REP (sino que también las utilizó ENERSUR a partir de las 18 horas del día 18 de noviembre de 2006) a juicio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc correspondía que se le devolviese lo pagado en exceso.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc agregó que los montos a devolver a ELECTROPERÚ debían ser determinados en función de los flujos registrados durante el período reclamado, aplicando el método de Factores de Distribución Topológico - FDT, tomando en cuenta la participación de ENERSUR como generador que utilizó las líneas L-207 y L-208 para transportar la energía proveniente de su Central Termoeléctrica de Chilca. Para ello a su juicio, debía tenerse en cuenta que los montos de las compensaciones por el uso de los SST fueron establecidos en la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 065-2005-OS/CD, vigente hasta el mes de abril de 2007. Asimismo, el juzgador de primera instancia señaló la obligación de efectuar la devolución a ELECTROPERÚ aplicando “los procedimientos aprobados por OSINERGMIN”.

Sin embargo, conforme lo reconoce el propio Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en su resolución, el órgano competente en materia reguladora, vale decir, el Consejo Directivo de OSINERGMIN, nunca emitió disposiciones tarifarias o procedimientos que permitieran efectuar el recálculo de las compensaciones de ELECTROPERÚ aplicables al período materia de reclamación, de acuerdo con el nuevo criterio establecido en el artículo 62° de la LCE modificado, salvo la Resolución N° 065-2005-OS/CD, que para permitirlo, requería que se distribuyeran las compensaciones por el uso del SST Independencia - San Juan conforme con los cambios efectuados y se dictaran los procedimientos que lo permitieran, lo cual también es competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSINERGMIN, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15°, inciso a), 43°, inciso c) y 62° de la LCE, artículos 22°, inciso a) y 139° del RLCE y artículo 27° de la Ley N° 28832, entre otras.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha reconocido que de la revisión de lo actuado, no se ha encontrado solicitud alguna de cualquiera de las partes involucradas en la reclamación dirigidas al Consejo Directivo para que establezca la aplicabilidad del nuevo criterio establecido por la LGE para el período reclamado. Del mismo modo, reconoce que el OSINERGMIN no podía hacer extensivo el criterio imperante a partir de la expedición de la referida ley por cuanto la aplicación de esta ley quedó ligada al proceso regulatorio vigente a partir del mes de mayo de 2007, cuando empezaron a regir las tarifas y compensaciones aprobadas por el Consejo Directivo en función al nuevo criterio aprobado por dicha ley.

Por lo anterior, que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc haya dispuesto que se aplique para determinar los montos a devolver a ELECTROPERÚ el criterio para la determinación de compensaciones vigente a partir de mayo de 2007, no solo contradice su propio razonamiento, sino que implica la arrogación de una facultad que corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo.

Al respecto, debe tenerse presente que el requisito de la competencia exige, para el válido desarrollo de un proceso en el que intervenga un órgano resolutorio, que le esté legalmente atribuida la materia en litigio. García de Enterría así lo define: *“Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar, simplemente”*<sup>5</sup>.

Asimismo, Dromi señala que *“la competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directamente y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución, avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes”*<sup>6</sup>.

Por su parte, el artículo 61.1º de la LPAG establece que *“la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan”*.

A su vez, el artículo 65.1º del mismo cuerpo normativo prescribe que *“el ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley”*.

En atención a las consideraciones antes desarrolladas, se advierte que en el presente caso, si bien el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para pronunciarse respecto de la reclamación de devolución por pago en exceso por el uso de las líneas Independencia - San Juan L-207 y L-208 durante el periodo de noviembre de 2006 - abril de 2007, dicho órgano requiere para emitir un pronunciamiento válido, que previamente existan las disposiciones tarifarias o procedimientos que permitan efectuar el recálculo de las compensaciones de ELECTROPERÚ aplicables al período materia de reclamación. En vista que dichas disposiciones tarifarias no han sido emitidas por el órgano competente, corresponde revocar la recurrida y declarar IMPROCEDENTE la reclamación interpuesta por ELECTROPERÚ contra REP.

---

<sup>5</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición, Madrid. Civitas, ps. 429 y 433.

<sup>6</sup>DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, p. 209

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS/CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD y 752-2007-OS/CD y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución.

**SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1º.-** Declarar FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A., REVOCAR la Resolución N° 004-2008-OS/CC-50 y declarar IMPROCEDENTE la reclamación interpuesta por la EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. por las razones expuestas en los considerandos de la presente resolución.

**ARTÍCULO 2º.-** Declarar INFUNDADA la adhesión al recurso de apelación interpuesto por RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. presentada por la EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. por las razones expuestas en los considerandos de la presente resolución.

**ARTÍCULO 3º.-** Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.

---

Oswaldo García Bedoya  
Miembro

---

Víctor Manuel Jorge Farro Cuya  
Miembro

---

Roberto Shimabukuro Makikado  
Miembro