

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 019-2015-OS/CD**

Lima, 27 de enero de 2015

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 26 de noviembre de 2014, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "Osinergmin"), publicó la Resolución N° 242-2014-OS/CD (en adelante "Resolución 242"), mediante la cual se dictaron disposiciones en cumplimiento del mandato judicial emitido por la Segunda Sala Contencioso Administrativa Transitoria de Lima en el proceso judicial seguido por Enersur S.A. (en adelante "Enersur");

Que, la Empresa de Electricidad del Perú S.A. – Electroperú S.A. (en adelante "Electroperú") dentro del término de ley, presentó recurso de reconsideración, el mismo que fue objeto de informe oral, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Electroperú, como parte del petitorio de su recurso de reconsideración, solicita lo siguientes extremos vinculados:

- a) Que las compensaciones por el SST Chilca-Independencia, previstas en el numeral 1.3 del Artículo 2° de la Resolución N° 169-2007-OS/CD (en adelante "Resolución 169"), consideren el criterio de asignación de responsabilidad de pago de Generación/Demanda, responsabilizando a la demanda del 91,29% para efecto del pago de las compensaciones que debe realizar Electroperú a Red de Energía del Perú S.A. (en adelante "REP").
- b) Que el régimen especial de recálculo y devolución de las compensaciones pagadas en exceso por el SST Chilca-Independencia, contemplado a favor de Enersur, se aplique también para las demás empresas generadoras involucradas, incluyendo a Electroperú.
- c) Que las compensaciones pagadas en exceso a REP por el SST Chilca-Independencia por parte de las generadoras involucradas, incluida Electroperú, se devuelvan mediante un cargo en el peaje del Sistema Principal de Transmisión, conforme se ha considerado en la Resolución 242 para el caso Enersur. Caso contrario, no recuperaría la suma de S/ 10 672 478 sin IGV.

2.- SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, según indica la recurrente, la Sentencia emitida por la Segunda Sala Contencioso Administrativa Transitoria de Lima en el proceso judicial seguido por la empresa Enersur S.A. (en adelante "Sentencia") resuelve señalando que sí se debe hacer el análisis y que

no existe ninguna limitación legal para aplicar el Artículo 62° de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante “LCE”) y el Artículo 139° del Reglamento de la LCE. Agrega que el regulador ha realizado el correspondiente análisis y se ha identificado que la demanda es responsable del 91,29% del pago del SST Chilca-Independencia, por lo que los generadores no debieron asumir el pago del 100% de la compensación a REP de dicha instalación de transmisión, sino sólo 8,71%;

Que, Electroperú manifiesta que los actos administrativos que fijan tarifas tienen alcance general, debido a la naturaleza del acto de interés general de los actos administrativos que fijan tarifas de servicio público, como en el caso de la Resolución 169;

Que, Electroperú cita y transcribe los principios contenidos en la Ley N° 27444, para luego afirmar que cuando la Administración resuelva un recurso de reconsideración en un procedimiento administrativo y acepte el petitorio, no sólo deberá afectar la esfera jurídica del recurrente, sino que deberá corregir todas las premisas incorrectas, sin perjuicio de si con ello se afectara la situación de administrados que no recurrieron;

Que, indica la recurrente que Osinergmin tiene innumerables resoluciones por las que, al resolver recursos impugnativos contra actos administrativos tarifarios de interés general, hace extensiva la corrección a toda la regulación tarifaria, sin distinguir que sus efectos repercutirán en administrados que no impugnaron;

Que, señala que cuando un acto administrativo es declarado nulo, las consecuencias son las siguientes: a) Los efectos del acto se extinguen desde la fecha de emisión del acto nulo; b) El procedimiento administrativo se debe retrotraer al momento en que se emitió el acto declarado nulo; c) La nulidad abarca a todos los extremos del acto administrativo que se vean afectados con el vicio que generó la nulidad del acto, dejando a los demás intactos; d) De igual manera la nulidad implica a los demás actos sucesivos, cuando estos actos se encuentran vinculados con el vicio que generó la nulidad;

Que, la recurrente señala que la Sentencia resuelve declarar nulo el Artículo 3° de la Resolución N° 357-2007-OS/CD (en adelante “Resolución 357”) en cuanto desestima el pedido de calificación del SST Chilca-Independencia como caso excepcional efectuado. En tal sentido, afirma que para el cumplimiento de la Sentencia, Osinergmin debió cumplir con los lineamientos estipulados en la Sentencia y como consecuencia de ello, aplicar de manera homogénea los efectos de la Sentencia a todos los generadores;

Que, Electroperú señala que Osinergmin ha aplicado los efectos de la nulidad declarada por una autoridad jurisdiccional de manera distinta que cuando la nulidad es declarada en vía administrativa, siendo que la Ley N° 27444 y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, no diferencian los efectos de la nulidad en función de su origen;

Que, por otro lado, Electroperú indica que la Sentencia, al amparar la demanda de Enersur, en el fondo ha dejado sin efecto la Resolución 169;

Que, Electroperú agrega, que el Juez no se ha pronunciado sobre la consulta efectuada por Osinergmin, respecto a los alcances de la Sentencia, ya que de la respuesta emitida

por el Juez: “estese a lo resuelto”, no se puede desprender alguna expresión de voluntad o decisión en dicha resolución.

2.- ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, en concreto el petitorio de Electroperú, sobre el cual radica todo su recurso, consiste en que se le extienda los efectos de la sentencia en favor de Enersur, a todas las generadoras, responsabilizando a la demanda del 91,29% del pago de las compensaciones que realizaron estas generadoras, incluyendo Electroperú, y por tanto se le devuelva lo pagado en exceso a través de un cargo en el peaje del Sistema Principal de Transmisión, caso contrario, no recuperaría la suma de S/ 10 672 478 sin IGV;

Que, extender a otras empresas los efectos de una sentencia judicial en favor de una empresa, es otorgar un derecho que no ha sido previamente otorgado dentro del mandato judicial. Por tanto, se vulnera el principio general de la Igualdad, al equiparar a dos empresas como iguales, cuando en los hechos se encuentran diferenciadas por una orden judicial;

Que, en ese contexto, para una empresa, la situación jurídica ha sido modificada por mandato judicial, para la otra empresa aplica la resolución tarifaria que no ha sido anulada, siendo válida conforme lo dispone el Artículo 9 de la Ley N° 27444, por el cual, todo acto administrativo se presume válido, mientras que su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o judicial, en este caso la Resolución 167, no ha sido declarada nula, por ninguna autoridad;

Que, la Resolución 167 y la Ley N° 28832, en tanto no han sido modificadas con efectos generales, por autoridad competente, resultan eficaces y aplicables para el resto de las empresas; en tal caso, sólo a Enersur ese efecto no le alcanza como consecuencia del citado mandato; admitir otra interpretación, avalaría una ventaja irregular, de quien admitió la validez de un acto, pero que ahora pretende desconocer sus acciones por resultarle más beneficiosa la nueva situación dispuesta para Enersur;

Que, a nivel judicial, además de tener la posibilidad de iniciar la acción contencioso-administrativa dentro del plazo de tres meses de agotada la vía administrativa, así también, mientras no existía decisión firme en el proceso seguido por Enersur, Electroperú tenía plenas facultades en intervenir en el proceso judicial seguido por Enersur y ser parte de él en su transcurso, pero ello no ocurrió;

Que, con el resultado ya conocido, resulta conveniente pretender beneficiarse del mismo, pero no asumir las consecuencias y cargas siendo parte del litigio, en donde incluso, en primera instancia se declaró infundada la demanda, o pudo existir un allanamiento o una conciliación que ponga fin al proceso con un resultado sin las ventajas que Electroperú ahora quiere irrogarse;

Que, es así que, Electroperú pudo convertirse un litisconsorte, y recaerle los efectos de la sentencia, conforme el Artículo 98 de nuestro Código Procesal Civil:

*“Artículo 98.- Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta.
Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.”*

Que, la recurrente, en la etapa de imposición de recurso administrativo contra la resolución que dicta disposiciones para cumplir un mandato judicial, que ya tiene autoridad de cosa juzgada y luego de haber pasado todas las instancias judiciales el proceso de Enersur, recién se considera titular de la relación jurídica y pretende se le extienda los efectos favorables de una sentencia para Enersur, cuando ese derecho ha decaído para la actual recurrente;

Que, el Artículo 123 de nuestro Código Procesal Civil dispone la “cosa juzgada” involucra solo a las partes, incluyendo a las personas que derivan los derechos de las partes (herederos). En el caso de terceros, solo se admite a los terceros cuyos derechos dependen de los derechos de las partes, si hubieran sido citados con la demanda (litisconsortes). En tal sentido, no resulta válido legalmente extender libremente a cualquier tercero los efectos de una sentencia, a fortiori, si no ha sido especificado en la orden judicial;

Que, cabe precisar que las sentencias expedidas en procesos ordinarios tienen efecto inter partes, lo cual ha sido claramente expuesto por el Tribunal Constitucional en diferentes decisiones. Así, en el Expediente N° 4119-2005-PA/TC, leemos:

*“3.3.1. La ejecución de sentencias constitucionales en el ordenamiento peruano:
En la ejecución de las sentencias recaídas en los procesos constitucionales de la libertad, el juez encargado debe actuar dentro del marco previsto en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; especialmente debe observar los artículos II, V y VII, ya que, a diferencia de las sentencias recaídas en los procesos ordinarios, donde el juzgador resuelve una controversia que vincula únicamente a las partes en el proceso que fuere, con un efecto inter partes, ello no necesariamente ocurre en la sentencias emitidas dentro de los procesos constitucionales, donde si bien es cierto es posible identificar plenamente a las partes o, cuando menos, a la parte demandante, los efectos de sus sentencias muchas veces tienen un alcance mayor que las de los procesos ordinarios, pues no solo vinculan a quienes son parte material del mismo, sino también a los propios órganos de la administración de justicia, bien cuando actúan en sede ordinaria, bien cuando lo hacen en sede constitucional”*

Que, se ha evidenciado que la fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes se encontraban en la litis como parte o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto Inter Partes, por el principio de relatividad;

Que, así también, a modo de ejemplo, debemos señalar que en los procesos constitucionales de amparo, el Tribunal Constitucional ha establecido que los efectos de las sentencias emitidas por los jueces constitucionales sólo son entre partes, no extendiéndose los mismos a terceros no integrantes de la relación procesal. Es decir,

aunque en algunos casos, se reconozca la afectación a un derecho fundamental, la decisión favorable se vincula sólo a las partes.

Que, por su parte, Couture sostiene, bajo el título “Personas alcanzadas por la Cosa Juzgada”, lo siguiente: “El problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia. El punto de partida en esta materia es el de que, por principio, la cosa juzgada alcanza tal solo a los que han litigado; quienes no han sido partes en el juicio anterior no son afectados por ella y pueden proclamarse ajenos a ésta...”

Que, de otro lado, si bien se cuestiona que el Juez no se ha pronunciado sobre la consulta que le formulara Osinergmin relacionada con los alcances de la Sentencia, el fundamento Tercero de la Resolución Número 12 del 07 de noviembre de 2014, sí permite afirmar que la sentencia sólo tiene efecto inter partes, conforme a la lectura cuando dice:

“Tercero.- Con relación a lo señalado por la empresa demandante, efectivamente, la Resolución N° 170-2014-OS/CD, emitida por el Osinergmin con fecha 26 de agosto de 2014, no configura cumplimiento del fallo judicial firme recaído en autos; habiéndose asimismo, vencido el plazo concedido para dicho cumplimiento: en tal circunstancia, el requerimiento solicitado resulta plenamente atendible; ahora bien, la precisión que solicita la entidad demandada con respecto a los alcances del fallo, resulta inoficiosa, pues en aplicación de lo establecido por el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le corresponde dar cumplimiento estricto al mandato contenido en la sentencia final, el cual obliga a las partes involucradas en el proceso; en consecuencia, los pedidos de precisión, así como de informe oral que se formulan, resultan inamparables...”

Que, con ese amparo, apreciamos que el citado mandato judicial, se pronuncia sobre un acto administrativo que resuelve un recurso de reconsideración de Enersur, el mismo que expresamente señala:

“REFORMAR la sentencia declarando FUNDADA EN PARTE [la demanda], en consecuencia:

I. NULO el artículo 3° de la Resolución del Consejo Directivo del Osinergmin N° 357-2007-OS/CD, en cuanto desestima el pedido [de Enersur] de calificación del SST Chilca – Independencia como caso excepcional y que se fijen compensaciones con base al beneficio económico.

...”

Que, en ese sentido, al declarar nulo el Artículo 3 de la Resolución 357 que decidió el recurso de Enersur, en cuanto desestimó su pedido de calificación del SST como caso excepcional y que se fijen las compensaciones por el beneficio económico, ha correspondido excluir a Enersur de la aplicación del numeral 1.3 del Artículo 2° de la Resolución 169, en donde se incluía a Enersur como responsable del pago del 100% del referido SST;

Que, por lo tanto, para este generador, Enersur, con base al mandato judicial, se ha calificado el SST como caso excepcional (generación/demanda) fijando sus

compensaciones por el beneficio económico, ergo se ha estimado su pedido, por el estricto mandato judicial;

Que, el alcance de la nulidad declarada tiene que ser entendido dentro del contexto del proceso judicial que favorece únicamente a Enersur, no puede ser aplicado en sentido lato, puesto que se llegaría al sinsentido de además de favorecer a todas las generadoras, aplicarse también a todas las instalaciones SST y en todos los periodos regulatorios de las diferentes resoluciones tarifarias emitidas por Osinergmin, y no es el caso, no puede separarse el cumplimiento de la sentencia del contexto de la misma;

Que, en suma, al declararse judicialmente nulo el Artículo 3° de la Resolución 357, ha operado en esencia, una nulidad parcial de la Resolución 169 acotada para Enersur.

Que, la Resolución 169 y la Ley N° 28832, no han perdido eficacia general, como consecuencia de la sentencia, ya que según el Artículo 1° del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, la finalidad del proceso contencioso administrativo, es el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, y no la declaración de inaplicación de normas jurídicas con rango de Ley, como lo es la Ley N° 28832, salvo que el Juzgador competente haga uso expreso de su facultad de aplicar el control difuso;

Que en cuanto a la nulidad parcial, podemos apreciar las diferentes disposiciones de los cuerpos normativos que armonizan entre sí, conforme se señala:

“Artículo 224 del Código Civil.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.”

*“Artículo 41 del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.- Sentencias estimatorias
La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:*

La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.

El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.

...”

“Artículo 13 de la Ley N° 27444.-

...

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

...”

Que, es preciso notar que nos enfrentamos al cumplimiento de una sentencia judicial y que en este caso, es posible separar los efectos del cambio parcial de la resolución tarifaria únicamente en favor de Enersur, pudiendo ser individualizada como consecuencia de dicha orden de las otras empresas que no la tienen, al tratarse de un bien divisible.

Que, por consiguiente, debe admitirse únicamente a cargo de los usuarios finales la devolución en dinero en favor de Enersur por el mandato judicial, y no hacer extensiva a terceros dicha devolución. Asimismo, cabe notar que el Regulador además considera anti técnica e ilegal, la interpretación judicial en este caso, tal como lo expresó en el diario El Comercio, mediante comunicado del 14 de diciembre de 2014. Los efectos de la Resolución 169 para las empresas que no tienen un mandato judicial a favor, son idóneos;

Que, por otro lado, reiteramos que el Poder Judicial no ha incluido a ninguna generadora, aparte de Enersur, al tratarse de su proceso, como beneficiario de los efectos de su sentencia, por lo que su inclusión de parte de la autoridad administrativa, vulneraría el precepto "estare decisis et quieta non movere" contenido en el numeral 2 del Artículo 139 de nuestra Constitución, por el cual:

“2. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución...”

Que, asimismo, conforme a la norma fundamental citada, así como al inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, para el caso de la empresa Kallpa Generación S.A. (en adelante “Kallpa”), que aun habiendo cuestionado a nivel administrativo y judicial la decisión del Regulador, tampoco puede extenderse los efectos de una sentencia que favorece a Enersur;

Que, además de ser el caso de la empresa Kallpa, una causa pendiente de decisión judicial, en donde la autoridad administrativa no puede avocarse, no es posible desviar la jurisdicción en donde se conoce el caso de Kallpa, para aplicarle los resultados de otra jurisdicción que no ha conocido el caso concreto de esta empresa. Teniendo en cuenta el principio de independencia inherente a función jurisdiccional, la autoridad judicial que viene conociendo del proceso determinará si la demanda es fundada, fundada en parte o infundada, constituyendo la Sentencia una decisión cuyos efectos le serán aplicables a quien demandó, no pudiendo existir interposición, lo que, con mayor razón hace inviable cualquier extensión de una sentencia a un beneficiario no determinado;

Que, en el supuesto negado que se acoja la posición sentada por Electroperú, ello implicaría que Osinergmin ante cada pronunciamiento judicial que sobre el caso puede emitirse, deberá iniciar un nuevo procedimiento regulatorio y establecer reglas jurídicas dependiendo del sentido del fallo judicial; es decir, disponer en un momento que se le devuelva las compensaciones pagadas por Electroperú y otras generadoras que tampoco

impugnaron judicialmente la resolución de Osinergmin, en caso el juzgador califique como caso excepcional al SST Chilca-Independencia, y en un momento posterior, ordenar que Electroperú y las otras generadoras mencionadas procedan con la devolución de las compensaciones, en caso la autoridad judicial considere que el SST Chilca-Independencia debe ser retribuido en forma exclusiva por los Generadores conectados;

Que, de otra parte, este es el criterio que ha tenido Osinergmin en cumplimiento de decisiones judiciales. Los casos contenidos en resoluciones de Osinergmin que cita la recurrente, de su revisión, se aprecia que se tratan de corrección de errores no comparables con el caso materia de análisis referido a un proceso judicial. En tal contexto, a continuación se cita un pronunciamiento comparable por ser un tema judicial, del Consejo Directivo en el cual queda clara la postura de Osinergmin, en su Resolución N° 238-2013-OS/CD, publicada el 14 de noviembre de 2013, en el diario oficial El Peruano:

“Que, interesa mencionar que el Grupo Distriluz sostiene que la nueva metodología contenida en el presente proceso debe ser extendida con los nuevos valores para el resto de empresas, replicándose los efectos para las empresas del Grupo Distriluz;

Que, al respecto, se considera que el procedimiento iniciado mediante Resolución 196, fue producto, estrictamente, de una orden judicial, dirigida a modificar una situación concreta de Luz del Sur, por una demanda judicial que esta empresa presentó. Esta modificación surge a partir de una medida cautelar, cuya naturaleza es transitoria y no de una sentencia firme, y en cualquier caso, sólo puede tener efectos para Luz del Sur, como demandante. En ese sentido, bajo ningún caso, debiera la Administración apartarse de lo ordenado judicialmente, pretendiendo extender sus efectos para personas jurídicas que no son parte del proceso judicial. Por tanto, la pretensión de Distriluz sobre replicar la metodología, para el resto de empresas, no puede ser atendida;

...

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobar el nuevo cargo unitario que remplace al aprobado mediante Resolución OSINERGMIN N° 055-2013-OS/CD y modificatoria, para la empresa Luz del Sur S.A.A. a partir de la notificación judicial...”

Que, Osinergmin tiene la obligación, conforme lo ha realizado, de considerar al momento de emitir su acto administrativo que los efectos favorables de la Sentencia no pueden ser extendidos a los otros titulares de las centrales de generación, conclusión a la que se adopta, con base a un estudio detenido de la legislación vigente, los principios del derecho, de la doctrina y de fallos del Tribunal Constitucional sobre los efectos de una Sentencia en un proceso ordinario;

Que, en consecuencia, el recurso de reconsideración corresponde ser declarado infundado;

Que, finalmente, se han expedido el Informe N° [044-2015-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, el cual complementan la motivación que sustenta la decisión de

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 019-2015-OS/CD**

Osinermin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3°, de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

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 en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinermin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinermin en su Sesión N° 02-2015.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Electricidad del Perú S.A. – Electroperú S.A. contra la Resolución N° 242-2014-OS/CD, en todos sus extremos, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorpórese el Informe N° [044-2015-GART](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3°.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con al Informe a que se refiere el artículo 2° precedente, en la página Web de Osinermin: www.osinermin.gob.pe.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo