

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 028-2015-OS/CD**

Lima, 10 de febrero de 2015

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 09 de enero de 2015, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "Osinergmin"), publicó la Resolución N° 258-2014-OS/CD (en adelante "Resolución 258"), mediante la cual se dictaron disposiciones en cumplimiento del mandato judicial emitido por el Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso judicial seguido por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A;

Que, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (en adelante "San Gabán") dentro del término de ley, presentó recurso de reconsideración, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, San Gabán, como parte del petitorio de su recurso de reconsideración, solicita los siguientes extremos:

- i) Se modifique la Resolución 258 considerando su real responsabilidad como generador por las compensaciones asignadas a la Generación por el uso del SST Azángaro-Juliaca-Puno.
- ii) Se considere la tasa de 12% a que se refiere el Artículo 79° de la Ley de Concesiones Eléctricas, que corresponden al período comprendido entre la emisión de la Sentencia (19 de noviembre de 2014) y el inicio de la devolución de los saldos a favor de San Gabán por los pagos indebidos realizados a consecuencia de la Resolución N° 180-2002-OS/CD (01 de mayo de 2015).

2.- SUSTENTO DEL PETITORIO

2.1. SE MODIFIQUE LA RESOLUCIÓN 258 CONSIDERANDO SU REAL RESPONSABILIDAD COMO GENERADOR POR LAS COMPENSACIONES ASIGNADAS A LA GENERACIÓN POR EL USO DEL SST AZÁNGARO-JULIACA-PUNO

Que, San Gabán señala que, de acuerdo con el literal c) del Artículo 2° de la Resolución 258, el saldo a compensar a San Gabán será igual al producto de "las compensaciones mensuales por el uso del SST Azángaro-Juliaca-Puno efectivamente realizadas por San Gabán y el porcentaje de responsabilidad";

Que, indica que, se está considerando a San Gabán como el único generador que usó dicha línea. Sin embargo, de acuerdo a lo que señala la Sentencia, corresponde utilizar el método de los beneficios económicos para determinar los generadores responsables del

porcentaje correcto, tal como se utilizó para la determinación de los generadores responsables de las compensaciones por el Sistema Secundario de Generación/Demanda a la que se refiere el numeral 1 del Artículo 2° de la Resolución N° 1417-2002-OS/CD emitida por Osinergmin;

Que, en ese sentido, agrega que utilizando los datos del archivo B-C_Azángaro-Juliaca-Puno.xls, publicado por Osinergmin, obtiene un porcentaje diferente que debe asumir como Generador. Muestra la recurrente, en el Cuadro 1 de su recurso, la relación de los Generadores responsables del porcentaje asignado a la Generación.

2.1.1. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, el Poder Judicial a través de la Sentencia declaró nula la Resolución N° 556-2002-OS/CD y dispuso que se proceda a calificar que el Sistema de Transmisión 138 kV Azángaro-Juliaca-Puno es de uso compartido entre la demanda y generación, y fijar el pago de las compensaciones en función al método de los beneficios económicos por el uso y/o beneficio de las redes de transmisión entre la generación y demanda; sin aplicar el método de los “Factores de Distribución Topológicos”;

Que, siendo que la declaración ha sido adoptada por la autoridad judicial, corresponde que el pronunciamiento que emita Osinergmin se sujete a los criterios establecidos en la Sentencia, en razón que esta contiene la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos;

Que, sobre el particular, la Sentencia en su el penúltimo párrafo de su Décimo Segundo considerando ha establecido el siguiente criterio:

“En razón a ello, la demanda debe declararse fundada y proceder ordenar al Organismo Supervisor de la Inversión de la Energía y Minería (OSINERGMIN, actual denominación del OSINERG, que proceda a emitir nueva resolución señalando expresamente que la Línea de Transmisión 138 kV Azángaro-Juliaca y Juliaca-Puno es una de uso compartido entre la demanda y la generación; y por lo tanto es de uso compartido; así también fijar las compensaciones en función del método del beneficio económico por el uso y/o beneficio de las redes de transmisión entre ambos usuarios” ;

Que, por tanto, corresponde utilizar el método de los beneficios económicos para la determinación de los generadores responsables de pago del porcentaje asignado a estos, y no el método de factores topológicos de distribución, dado que en la regulación de los sistemas secundarios del año 2002 de instalaciones similares (generación/demanda) correspondía la aplicación de dicho método;

Que, aplicando el método de los beneficios económicos y utilizando los resultados que se obtuvieron del modelo Perseo para la determinación de la asignación de responsabilidad entre la generación y demanda, se obtuvo que San Gabán es responsable del 92,5% del monto asignado a la generación;

Que, por lo tanto, el saldo a devolver a San Gabán será lo que resulte del producto de las compensaciones mensuales por el uso del SST Azángaro – Juliaca – Puno efectivamente

realizadas por San Gabán por la diferencia de uno y el producto del porcentaje de responsabilidad de la generación y el porcentaje de responsabilidad de San Gabán;

Que, en función a los argumentos señalados, este petitorio debe ser declarado fundado.

2.2. SE CONSIDERE COMO INTERES COMPENSATORIO LA TASA DE 12% A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 79° DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS

Que, señala San Gabán, que en el literal e) del Artículo 2° de la Resolución 258, se establece que los saldos favorables a San Gabán se realizarán a partir del mes de mayo de 2015. Considera la recurrente que los referidos saldos deben ser afectados por la tasa de actualización a que se refiere el Artículo 79° de la Ley de Concesiones Eléctricas, aplicado para el período comprendido entre el plazo de ejecución de la Sentencia, esto es desde el 19 de noviembre de 2014, hasta mayo de 2015;

2.2.1. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, es preciso señalar que la Sentencia no ordena la aplicación de costas ni costos, no haciendo referencia alguna al pago de intereses como lo solicita San Gabán;

Que, en tal sentido, siendo que la Resolución 258 tiene por objeto dar cumplimiento al mandato explícito contenido en la Sentencia, Osinergmin no puede afectar los saldos a compensar a San Gabán con la Tasa del 12% durante el periodo 19 de noviembre de 2014 al 01 de mayo de 2015, ya que ello implicaría una alteración de lo dispuesto por la autoridad judicial en la Sentencia, a cargo de los usuarios, lo cual implica el incumplimiento del inciso 2 del Artículo 139 de la Constitución Política y el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

Que, es así que ni la Sentencia ni la normativa aplicable, ordena ni otorga facultades a Osinergmin para emitir un acto administrativo, en el que se aplique intereses compensatorios a la Tasa del 12%, en un periodo en donde no se aplica ningún valor tarifario, como lo pretende la recurrente;

Que, es importante mencionar que el mandato judicial ordena, como una obligación de hacer dentro de un plazo, la emisión de un acto administrativo, específicamente la calificación de la instalación eléctrica de uso compartido y la fijación del pago en función al método de los beneficios económicos y el Regulador así lo ha efectuado. La citada obligación de hacer no genera intereses;

Que, de la sentencia ejecutoriada, se advierte que el Órgano Jurisdiccional no ha reconocido a cargo de la administración una obligación de dar suma de dinero, menos aún una suma líquida, sino una obligación de hacer, consistente en una determinada fijación tal como ha sido ejecutada, esta fijación técnicamente involucra la tasa de descuento de 12 % únicamente durante el periodo de recaudación, cuando es aplicable;

Que, en tal sentido, resulta evidente que al no haberse ordenado en la sentencia materia de ejecución una obligación de dar suma de dinero a cargo de Osinergmin, no corresponde reconocer los intereses compensatorios solicitados por la concesionaria, al no presentarse los supuestos previsto en el Artículo 1242° del Código Civil;

Que, en función a los argumentos señalados, este petitorio debe ser declarado infundado.

Que, finalmente, se han emitido los informes N° [058-2015-GART](#) y N° [061-2015-GART](#) de la División de Generación y Transmisión Eléctrica y de la Coordinación Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, los cuales complementan la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3º, 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 - Osinergmin, 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 Osinergmin en su Sesión N° 03-2015.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A contra la Resolución N° 258-2014-OS/CD, en lo que respecta al petitorio desarrollado en el numeral 2.1, por los fundamentos expuestos en el numeral 2.1.1 de la presente Resolución.

En consecuencia, modifíquese los literales a) y c) del Artículo 2º de la Resolución N° 258-2014-OS/CD, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

“ Artículo 2.- Para dar cumplimiento de la Sentencia emitida por el Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, en el proceso judicial seguido por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. en contra de las Resoluciones N° 180-2002-OS/CD y N° 556-2002-OS/CD, se determina lo siguiente:

- a. Con la aplicación de la Sentencia en beneficio de San Gabán S.A., la cual calificó como uso compartido las instalaciones SST Azángaro – Juliaca – Puno, entre la demanda y generación, resultó en función al método de los beneficios económicos que a la demanda le corresponde pagar el 62% y a la generación el 38% de las compensaciones correspondientes a las instalaciones contenidas en la Resolución N° 180-2002-OS/CD.

Por otro lado, aplicando el método de los beneficios económicos se determinó que San Gabán es responsable del 92,5% del monto asignado a la generación.

(...)

- b. La GART, en función al nuevo porcentaje de participación de la generación y demanda, determinará los saldos mensuales a favor de San Gabán correspondientes al período de vigencia de la Resolución N° 180-2002-OS/CD, por el uso del SST Azángaro – Juliaca – Puno, y tomando en cuenta el porcentaje de participación de San Gabán respecto al monto asignado a la generación, esto es 92,5%. Los saldos se determinarán

multiplicando las compensaciones mensuales por el uso del SST Azángaro – Juliaca – Puno efectivamente realizadas por San Gabán por la diferencia de uno y el producto del porcentaje de responsabilidad de la generación y el porcentaje de responsabilidad de San Gabán, establecidos en el literal a.
(...)”

Artículo 2°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A contra la Resolución N° 258-2014-OS/CD, en lo que respecta al petitorio desarrollado en el numeral 2.2, por los fundamentos expuestos en el numeral 2.2.1 de la presente Resolución.

Artículo 3°.- Incorpórese los Informes N° [058-2015-GART](#) y N° [061-2015-GART](#), como parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 4°.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con los Informes a que se refiere el artículo 3 precedente, en la página Web de Osinergmin: www.osinergmin.gob.pe.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo