

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 107-2015-OS/CD**

Lima, 29 de mayo de 2015

**CONSIDERANDO:**

Que, con fecha 15 de abril de 2015, fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 067-2015-OS/CD (en adelante "Resolución 067"), mediante la cual, entre otros, se fijaron los Precios en Barra y los peajes del Sistema Principal de Transmisión aplicables al periodo comprendido entre 01 de mayo de 2015 y el 30 de abril de 2016;

Que, la Resolución 067 incluyó la determinación del Cargo Unitario por Generación Adicional (en adelante "CUGA"), y en su literal A.3 -Peajes por Conexión y de Transmisión Unitarios en el SEIN- se incorporó el Cargo Unitario por cumplimiento de Mandato Judicial a favor de Enersur S.A. (en adelante "Enersur");

Que, con fecha 07 de mayo de 2015, la empresa Empresa Electricidad del Perú S.A. (en adelante "Electroperú"), interpuso dos recursos de reconsideración contra la Resolución 067.

**1. ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS**

Que, el Artículo 149° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible, la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión;

Que, de la revisión de los recursos de reconsideración formulados por la propia empresa recurrente, se verifica que dichos petitorios no confrontan intereses incompatibles, por lo que resulta procedente que el Consejo Directivo de Osinergmin, como órgano competente, disponga la acumulación de los procedimientos originados por la presentación de los citados recursos, a efectos de que sean tramitados y resueltos conjuntamente en decisión única, resolución cuya publicación en el diario oficial El Peruano deberá disponerse;

Que, la acumulación en cuestión, cumple con el Principio de Eficiencia y Efectividad, contenido en el Artículo 10° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, por cuanto, procura la eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.

**2. LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN**

Que, Electroperú, como parte del petitorio de sus recursos de reconsideración, solicita los siguientes extremos vinculados:

Primer Recurso:

- a) Que se declare la nulidad parcial, en el extremo que fija el CUGA de la Resolución 067 por considerar que ésta contraviene el Principio de Jerarquía Normativa contenido en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, las disposiciones del Decreto de Urgencia N° 037-2008 (en adelante "DU 037"), el Decreto Supremo N° 031-2011-EM (en adelante "DS 031"), el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, entre otras disposiciones relacionadas con la determinación de los Cargos Unitarios por Generación Adicional, al no permitir que la recurrente recupere la totalidad de los costos operativos y financieros incurridos, correspondientes al periodo anterior a la vigencia del DS 031. Y complementariamente se reconozca los costos asociados al patrocinio jurídico por el arbitraje iniciado por la empresa Consorcio de Servicios Integrales de Energía contra Electroperú, con motivo del contrato "Servicio de Provisión de Capacidad Adicional de Generación para el SEIN-CTE Piura 80 MW", el cual suscribió con motivo del encargo de generación adicional con la Central Térmica Piura.

Segundo Recurso:

- b) Que, por otro lado, esta empresa solicita que las compensaciones pagadas en exceso a REP por el SST Chilca-Independencia por parte de Electroperú, se devuelvan mediante un cargo en el peaje del Sistema Principal de Transmisión, conforme se ha considerado en la Resolución 067 para el caso Enersur.

### **3. SUSTENTO DEL RECURSO Y ANALISIS DE OSINERGMIN**

Que, a continuación se desarrollan los principales argumentos de Electroperú en sus Recursos de Reconsideración y el correspondiente análisis de Osinergmin. El desarrollo en detalle se encuentra contenido en el Informe N° [343-2015-GART](#), que forma parte integrante de la presente resolución.

#### **3.1 PRIMER RECURSO**

##### **3.1.1 SOBRE LA NULIDAD PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN 067**

###### **3.1.1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO**

Que, la recurrente señala que se le encargó celebrar distintos contratos con terceros proveedores para generar la energía adicional requerida por el SEIN;

Que, indica que la Resolución N° 002-2009-OS/CD, que establece el procedimiento de recuperación de costos totales incurridos por el Generador Estatal, no permitía la totalidad de la recuperación de los costos incurridos, y en esa medida se expidió el DS 031, para -según detalla- corregir el no reconocimiento por parte de Osinergmin de los costos totales incurridos por las generadoras estatales a través del CUGA;

Que, Electroperú cuestiona la posición de Osinergmin de no reconocer los costos incurridos durante la vigencia de la Resolución N° 002-2009-OS/CD, y precisa que con esta

decisión, Osinergmin pretende que los generadores estatales asuman un costo que no fue para beneficio propio, sino para el de todos los peruanos, lo que considera una contravención al artículo 5° del DU 037 y lo dispuesto en el DS 031;

Que, sostiene además que, Osinergmin ha emitido la Resolución 067, que entre otras cosas, aprobó el CUGA, y que dentro de sus alcances no se reconoce a Electroperú los costos (operativos y financieros) en los que ha incurrido para generar energía adicional para el SEIN (antes de la vigencia del DS 031), lo que suma un total de S/. 23 177 163,52, lo que significa una contravención a los alcances del artículo 5° del DU 037 y artículo 3° del DS 031;

Que, asimismo Electroperú en su recurso impugnatorio respecto de la fundamentación jurídica, en líneas generales, señala lo siguiente:

- a) La Resolución 067 es un acto administrativo emitido en contra de lo establecido por las normas que regulan la aplicación del CUGA.
- b) La Resolución 067, contraviene el principio de jerarquía normativa, de legalidad, puesto que no se reconocen los costos totales incurridos por Electroperú, apartándose de lo dispuesto en el DU 037 y el DS 031.
- c) La Resolución 067, carece de motivación en el extremo de que no explica las razones por las que no considera los costos totales informados por Electroperú.

Que, manifiesta la recurrente que en aplicación de los criterios de interpretación con los métodos literal, histórico, sistemático y teleológico, concluye que corresponde se le reconozca los costos totales incurridos anterior a la vigencia del DS 031;

Que, finalmente, refiere que a efectos de acreditar que la Resolución 067 transgrede lo dispuesto en el DU 037, indica que la Sentencia recaída en el Expediente N° 7402-2012, expedida por el Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo, de fecha 18 de septiembre de 2014, en la que se ordena a Osinergmin a emitir una nueva resolución aplicando para el reconocimiento de los costos incurridos por la Electroperú para la Generación de Energía Adicional, según lo dispuesto por el DS 031, reglamento del DU 037.

### **3.1.1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN**

Que, el petitorio concreto de la recurrente consiste en el reconocimiento de la totalidad de los costos operativos y financieros incurridos, correspondiente al periodo anterior a la vigencia del DS 031, sosteniendo que el derecho le asiste, por lo que, la negativa del Regulador vulneraría la normativa;

Que, la citada pretensión de Electroperú sobre un periodo anterior al 24 de junio de 2011, fecha en la que entró en vigencia el DS 031, no es una solicitud nueva de la recurrente, sino que ha sido planteada desde el año 2011 hasta la fecha, en múltiples oportunidades por dicha empresa;

Que, en efecto, la tesis expuesta por la recurrente comprende argumentos reiterativos respecto de impugnaciones administrativas interpuestas con anterioridad por

Electroperú, tanto contra resoluciones que fijan el CUGA, como contra resoluciones que aprobaron trimestralmente los factores de actualización “p” del CUGA;

Que, entre las resoluciones administrativas que desestimaron la misma pretensión de la recurrente tenemos las Resoluciones N° 056-2015-OS/CD<sup>1</sup>, 276-2014-OS/CD, 114-2014-OS/CD, N° 049-2014-OS/CD, N° 278-2013-OS/CD<sup>2</sup>, N° 093-2013-OS/CD<sup>3</sup>, N° 057-2012-OS/CD<sup>4</sup>, N° 015-2012-OS/CD<sup>5</sup>, N° 138-2011-OS/CD<sup>6</sup> y N° 100-2011-OS/CD<sup>7</sup>. Estas resoluciones se encontrarían impugnadas judicialmente, y a la fecha están pendientes de decisión definitiva en dicha sede.

Que, podemos citar otras resoluciones ante las cuales, Electroperú demandó en vía contencioso - administrativa con la misma pretensión, directamente al Poder Judicial, sin el agotamiento de la vía administrativa previa, contra las Resoluciones N° 009-2013-OS/CD<sup>8</sup>, N° 235-2012-OS/CD<sup>9</sup>, N° 169-2012-OS/CD<sup>10</sup> y N° 194-2011-OS/CD<sup>11</sup>. Estos procesos judiciales, tampoco tienen una decisión final, con calidad de cosa juzgada;

Que, luego de una verificación de las solicitudes contenidas en los diferentes recursos impugnativos de Electroperú y la respectiva decisión administrativa contenida en las resoluciones del Consejo Directivo, resulta evidente que la actual pretensión respecto de la Resolución 067, ya fue objeto de pronunciamiento administrativo. Y sobre dicho pronunciamiento, la recurrente ha seguido en instancia judicial la impugnación administrativa con el mismo planteamiento, conforme ha sido corroborado;

Que, para resolver si nos encontramos frente a un evidente caso en el que Osinergmin debe confinar su pronunciamiento, merece remitirnos a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Expediente N° 1091-2002-HC/TC, en donde explica a qué se refiere el avocamiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, indicando:

*“... pues la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase.”*

Que, siendo así, en definitiva, nos encontramos con una solicitud administrativa que presenta semejanza directa con la causa judicial pendiente;

---

<sup>1</sup> Expediente N° 4320-2015-0-1801-JR-CA-14.  
<sup>2</sup> Expediente N° 2480-2014-0-1801-JR-CA.  
<sup>3</sup> Expediente N° 6874-2013-0-1801-JR-CA.  
<sup>4</sup> Expediente N° 4668-2012-0-1801-JR-CA.  
<sup>5</sup> Expediente N° 2783-2012-0-1801-JR-CA.  
<sup>6</sup> Expediente N° 4907-2011-0-1801-JR-CA.  
<sup>7</sup> Expediente N° 5702-2011-0-1801-JR-CA.  
<sup>8</sup> Expediente N° 3303-2013-0-1801-JR-CA-09.  
<sup>9</sup> Expediente N° 0782-2013-0-1801-JR-CA-09.  
<sup>10</sup> Expediente N° 7402-2012-0-1801-JR-CA-12.  
<sup>11</sup> Expediente N° 0655-2012-0-1801-JR-CA-06.

Que, al respecto, Chiovenda, al analizar una demanda, identifica tres elementos básicos a tener en cuenta: (i) Identidad de sujetos; (ii) Identidad de Objeto e (iii) Identidad de Causas;

Que, luego de la revisión de los demandas judiciales, no queda dudas de que Electroperú ha recurrido ante el Poder Judicial con la misma pretensión de reconocimiento de la totalidad de los costos incurridos, correspondiente al periodo anterior a la vigencia del DS 031, que ahora solicita en su actual recurso, denotándose la identidad en los sujetos, objeto y causa, por tanto, la materia en controversia ha salido del ámbito administrativo;

Que, en consecuencia, dicha materia se encuentra fuera de la competencia del Consejo Directivo, en aplicación del inciso 2) del artículo 139° de la Constitución Política. El acotado precepto de la Carta Política establece expresamente que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en sus funciones;

Que, en este estado conviene aclarar, en relación a la Sentencia en Primera Instancia, recaída en el Expediente Judicial N° 7402-2012, del Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo, que habría declarado fundada la demanda de Electroperú, que dicha decisión judicial, no tiene calidad de cosa juzgada, puesto que no existe pronunciamiento definitivo del Poder Judicial, encontrándose actualmente dicho expediente en la segunda instancia judicial;

Que, sobre el particular, es oportuno mencionar que en el proceso acaecido en Expediente N° 655-2012, que sobre la misma materia también conoce el Poder Judicial, se ha dictado la Resolución N° Siete de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, como segunda instancia judicial, la cual, ha confirmado la Sentencia del Sexto Juzgado Contencioso Administrativo de Primera Instancia, que declaró infundada la demanda de Electroperú;

Que, bajo estas consideraciones, no podemos afirmar que existe un pronunciamiento definitivo y unívoco del Poder Judicial, al cual deba sujetarse el Regulador;

Que, en consecuencia, el actual recurso de reconsideración que contiene la solicitud de nulidad, debe ser declarado improcedente;

Que, sin perjuicio de lo anterior, es de apreciar de la solicitud de Electroperú, que la misma no cuestiona aspectos decididos en la Resolución 067. La resolución impugnada no se avoca, pues no es su objeto, al análisis del reconocimiento solicitado por la recurrente. El acto administrativo que definió criterios y desestimó el petitorio de la recurrente fue emitido el 2011, motivo por el cual, además no resulta procedente el recurso de reconsideración formulado contra la Resolución 067;

Que, conforme es solicitado por la recurrente, ésta procura el reconocimiento de un periodo anterior al 24 de junio de 2011, y es en dicho año, en el cual, se emitieron los actos administrativos que resolvieron la solicitud de Electroperú, conforme se ha detallado anteriormente. En tales resoluciones y siguientes del Consejo Directivo de Osinergmin, el Regulador ha abordado cada uno los argumentos de la recurrente, ha

probado su sujeción al principio de legalidad y ha motivado adecuadamente su decisión, sustentando las razones que la amparan y desestiman las pretensiones de Electroperú; Que, si la recurrente tiene otra lectura y expresa su desacuerdo con la decisión del Regulador, no significa que la decisión de la autoridad se convierta en incorrecta, en nula o no tenga sustento, sino se trata de la interpretación que tiene la empresa en la búsqueda de una ventaja. Ahora bien, siendo el objetivo final de Electroperú, el modificar una decisión que fue prevista y tomada en resoluciones desde el año 2011, a la fecha, de conformidad con la Ley N° 27444, éstas han agotado la vía administrativa, habiéndose constituido en actos firmes en dicha vía, por lo que, tampoco es procedente volver a impugnarlos, considerando además el exceso de plazo que ha transcurrido.

### **3.1.2 SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS COSTOS DERIVADOS DEL DE PROCESO ARBITRAL INICIADO POR LA EMPRESA CONSORCIO DE SERVICIOS INTEGRALES DE ENERGÍA CONTRA ELECTROPERÚ**

#### **3.1.2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO**

Que, Electroperú sostiene que los costos asociados al patrocinio jurídico por el arbitraje iniciado por la empresa Consorcio de Servicios Integrales de Energía contra Electroperú, con motivo del contrato "Servicio de Provisión de Capacidad Adicional de Generación para el SEIN-CTE Piura 80 MW" (en adelante "Contrato"), deben ser reembolsados vía el CUGA; en razón que los referidos costos tienen una evidente relación de conexidad, con el encargo de generación adicional asumido por Electroperú;

Que, asimismo, señala que la decisión del Regulador de no reconocer los costos declarados por Electroperú, carece de motivación, por lo que debe ser declarada nula, y no resulta de aplicación lo previsto en el Artículo 14.2.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "LPAG") sobre la conservación del acto administrativo.

#### **3.1.2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN**

Que, el principio de motivación se encuentra previsto en el Artículo 6° de la LPAG; para el caso específico de Osinergmin, dicho principio ha sido recogido en el Artículo 8° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM;

Que, el Informe N° 206-2015-GART cuestionado, ha sido expreso en explicar que para el reconocimiento de costos, se ha tomado en cuenta las disposiciones previstas en el DU 037, en el DS 031, en el Procedimiento Compensación por Generación Adicional y los lineamientos de la Resolución N° 094-2014-OS/CD (los mismos contenidos en la Resolución N° 114-2014-OS/CD, que fueron debidamente notificados a Electroperú previamente a la firma del contrato de patrocinio que solicita);

Que, la afirmación de la recurrente de que no existió una motivación o una identificación del documento que la contiene, así como, que a su entender no aplicaría la conservación del acto, son manifestaciones que constituyen opiniones de la recurrente. Las disposiciones de la LPAG son precisas, permitiendo la identificación de otros documentos y

el marco legal para motivar las decisiones, según el citado artículo 6.2 de la LPAG, y que de encontrarse un acto impreciso o con motivación, que no es el presente caso, si está permitido la conservación del acto, según lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LPAG;

Que, debemos indicar que mediante Resolución Ministerial N° 198-2011-MEM/DM, el Ministerio de Energía y Minas declaró la existencia de situación de restricción temporal de generación para el abastecimiento seguro y oportuno de energía eléctrica en la zona norte del SEIN, ordenándose a Electroperú efectúe las contrataciones y adquisiciones para instalar capacidad adicional de generación en la zona norte del SEIN hasta por 80 MW;

Que, con fecha 26 de enero de 2012, Electroperú y la empresa Consorcio Servicios Integrales de Energía suscribieron el Contrato "Servicio de Provisión de Capacidad Adicional de Generación para el SEIN-CTE Piura 80 MW" (en adelante "Contrato"), con la finalidad de que el Consorcio, a través de una Central Térmica, genere la capacidad adicional de energía requerida para el SEIN;

Que, Electroperú cumplió con el encargo conferido mediante Resolución Ministerial N° 198-2011-MEM/DM, hasta el 01 de octubre de 2013, fecha en la cual, se procedió con el retiro de operación comercial en el COES, de la Central Térmica de Emergencia Piura, luego de lo cual, se presentaron controversias entre Electroperú y su Contratista, que fueron sometidas a la vía arbitral;

Que, de lo previsto en el artículo 2 y 5 del DU 037, los costos totales a reconocer deben encontrarse vinculados a los costos que sirven para el abastecimiento oportuno de energía eléctrica por las situaciones de restricción temporal de generación, a fortiori, aquellos que se incurran de forma posterior a la vigencia del DU 037, que culminó el 31 de diciembre de 2013, los cuales, a la fecha deben valorarse sobre la base de los lineamientos que ha definido Osinergmin, para tal efecto. Es claro que, conforme a lo previsto en el Artículo 5° del DU 037, Osinergmin define el procedimiento de aplicación;

Que, por su parte, mediante la Resolución N° 114-2014-OS/CD (en adelante "Resolución 114"), publicada el 17 de junio de 2014, Osinergmin reconoce los costos incurridos por Electroperú, con fecha posterior a la vigencia del DU 037;

Que, asimismo, con dicha Resolución 114, el Consejo Directivo de Osinergmin estableció que se compensarían los costos generados por Electroperú, con fecha posterior al 31 de diciembre de 2013, siempre que se cumplan, entre otros, los siguientes requisitos:

- Sirvan para atender situaciones de restricción temporal declaradas por el Ministerio de Energía y Minas antes del 31/12/2013.
- Los costos deben estar referidos a Contratos suscritos antes del 31/12/2013.
- Solamente se podrán compensar contratos suscritos después del 31/12/2013, siempre que coadyuven directamente con los contratos que sí fueron suscritos antes del 31/12/2013 y cuyo objetivo se encuentre referido directamente a la ejecución y cumplimiento de los contratos que sí fueron suscritos durante la vigencia del decreto de urgencia.

Que, adicionalmente, la citada resolución incluyó como parte de su motivación, el Memorando N° GART-0455-2014, en el cual se indicó lo siguiente:

*“(…) consideramos para los fines pertinentes, que los costos indispensables efectuados con posterioridad al 31 de diciembre del 2013, para la atención de las situaciones de emergencia que se derivan del DU 037 y que están relacionados directamente con los gastos efectuados por las empresas en base a los contratos suscritos antes del 31 de diciembre del 2013, son los siguientes, los cuales dependiendo del contrato suscrito pueden haber o no sido internalizados en los mismos:*

*a) Las compras de combustibles, en vista que guardan relación con la capacidad de producir energía, pues se trata de unidades térmicas que deben quemar dichos combustibles para mover la máquina prima del generador eléctrico;*

*b) Los costos de mantenimiento, toda vez que la realización de los mantenimientos predictivos, preventivos y correctivos son necesarios para que las instalaciones operen con adecuada fiabilidad;*

*c) Los gastos de supervisión, montaje y desmontaje y traslado de equipos, dado que permiten garantizar que las instalaciones cumplan adecuadamente con las restricciones técnicas y ambientales;*

*d) Los gastos administrativos (impuestos que no generan crédito fiscal, desplazamientos de personal, estudios, etc.) pues forman parte de los gastos requeridos para la gestión adecuada de las instalaciones;*

*e) Otros costos relacionados a la operación de las unidades o instalaciones, que serán revisadas por esta División.”*

Que, conforme a lo expuesto, se advierte que Electroperú incurre en error al indicar que existe una relación de conexidad entre los costos por patrocinio jurídico para el Arbitraje, (que aún no ha concluido) y la generación adicional, ya que para el reconocimiento de costos por el encargo de generación adicional incurridos por Electroperú con posterioridad a la vigencia del DU 037, corresponde evaluar el cumplimiento de los requisitos contenidos en la Resolución 114, vigentes a la fecha, la cual adquirió eficacia y obligatoriedad a partir de su notificación;

Que, el contrato de patrocinio jurídico ha sido suscrito por Electroperú el 18 de agosto de 2014, aspecto que no se sujeta a los lineamientos vigentes de Osinergmin antes citados y notificados a Electroperú, por lo que no corresponde incorporar en el CUGA el gasto por concepto de honorarios del referido patrocinio jurídico, en razón que el encargo de generación adicional con la Central Térmica Piura culminó el 01 de octubre de 2013, no habiendo por tanto desde dicha fecha, situación de emergencia que sustente la ejecución de gastos adicionales, salvo los referidos a los gastos de cierre, conforme se ha indicado;

Que, en esa misma línea, considerando que la relación contractual entre Electroperú y el Consorcio culminó con el retiro de la operación comercial de la Central Térmica de Emergencia Piura producido el 01 de octubre de 2013, desde dicha fecha, no es jurídicamente posible reconocer tarifariamente otros contratos que coadyuven directamente a la ejecución y cumplimiento del Contrato suscrito por Electroperú y el Consorcio, al haberse extinguido la relación contractual;

Que, de otro lado, de acuerdo a lo desarrollado en el citado informe, no es correcta la afirmación de la recurrente de que la decisión del Regulador carece de motivación, toda vez que, el propio recurrente conocía vía notificación personal de los lineamientos concretos que permiten el reconocimiento de los costos adicionales incurridos, conforme fueron identificados en la decisión impugnada;

Que, adicionalmente, Electroperú deberá considerar lo previsto en los artículo 56°, 70° y 73° del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, así como lo dispuesto en los Artículo 1363° y 1364° del Código Civil, conforme se explica en el Informe Técnico Legal que sustenta la presente resolución;

Que, por lo expuesto, corresponde declarar improcedente la solicitud de reconocimiento de los gastos por patrocinio jurídico derivado del arbitraje seguido por el Consorcio, entre otros, al no comprobarse una relación de conexidad, en los términos establecidos en la Resolución 114, entre los costos por patrocinio jurídico y la atención de la situación de restricción temporal de generación en la zona norte del SEIN;

Que, por otro lado, con relación a la opinión de Electroperú referida a que Osinergmin intenta limitar su derecho de defensa, corresponde indicar que, como fue indicado en la Resolución N° 056-2015-OS/CD y el Informe Técnico-Legal N° 182-2015-GART, es un dato objetivo que Electroperú ha interpuesto múltiples recursos administrativos, referidos al reconocimiento de los costos por generación adicional incurridos en forma anterior a la vigencia del DS 031, pese a que dicho tema, como se ha indicado, ya ha sido judicializado por la propia empresa Electroperú, y pendiente de decisión definitiva;

Que, en tal sentido, Electroperú incurre en error al indicar que la interposición de sus recursos representa la concreción del principio de tutela administrativa, ya que como hemos indicado líneas arriba, al estar judicializado el tema, la Constitución Política del Perú, prohíbe que el Consejo Directivo de Osinergmin emita un nuevo pronunciamiento respecto de la solicitud de Electroperú;

Que, es por ello que se exhorta (en ningún apartado se limita su derecho de defensa) a Electroperú adecúe su comportamiento con respeto al debido procedimiento, con relación a las impugnaciones que sobre una misma materia y pretensión, plantea de manera reiterativa, pese a que la misma, ha sido objeto de pronunciamiento administrativo y viene conociéndose en la instancia judicial, por lo que se mantiene la posición expuesta por Osinergmin;

Que, en consecuencia el primer recurso de reconsideración deberá declararse improcedente.

### **3.2 SEGUNDO RECURSO**

#### **3.2.1 SOBRE LA CARGA UNITARIO POR CUMPLIMIENTO DE MANDATO JUDICIAL A FAVOR DE ENERSUR**

##### **3.2.1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO**

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, la recurrente 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, 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;

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.

##### **3.2.1.2 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, no es posible desviar la jurisdicción, para aplicar 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, y en un momento posterior, ordenar que Electroperú y las otras generadoras mencionadas procedan con la devolución de las compensaciones, en caso otra 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. 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 segundo recurso de reconsideración corresponde ser declarado infundado;

Que, se ha emitido el Informe Técnico – Legal N° [343-2015-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, el cual complementa 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 Artículo 3º, numeral 4, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias y complementarias y

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 15-2015.

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Disponer la acumulación de los procedimientos administrativos iniciados, como consecuencia de los recursos de reconsideración, presentados por la Empresa Electricidad del Perú S.A. – Electroperú contra la Resolución N° 067-2015-OS/CD.

**Artículo 2°.-** Declarar improcedentes los extremos del Primer Recurso de Reconsideración interpuesto por Empresa Electricidad del Perú S.A. – Electroperú contra la Resolución N° 067-

2015-OS/CD, por las razones expuestas en los numerales 3.1.1.2 y 3.1.2.2 de la presente resolución.

**Artículo 3°.-** Declarar infundado el Segundo Recurso de Reconsideración interpuesto por Empresa Electricidad del Perú S.A. contra la Resolución N° 067-2015-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 3.2.1.2 de la presente resolución.

**Artículo 4°.-** Incorpórese el Informe N° [343-2015-GART](#), como parte integrante de la presente resolución.

**Artículo 5°.-** La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano, y consignada junto con el Informe a que se refiere el artículo 4° precedente en la página Web de Osinergmin: [www.osinergmin.gob.pe](http://www.osinergmin.gob.pe).

**JESÚS TAMAYO PACHECO**  
**Presidente del Consejo Directivo**