

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 279-2015-OS/CD**

Lima, 24 de noviembre de 2015

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, mediante Resolución N° 241-2015-OS/CD (en adelante “Resolución 241”) publicada el 15 de octubre de 2015, se dejó sin efecto la Resolución N° 238-2013-OS-CD (en adelante “Resolución 238”), y se aprobó el Cargo Unitario de Liquidación del Saldo pendiente de devolución, por inversiones no ejecutadas del Plan de Inversiones 2009 - 2013 de la empresa Luz del Sur;

Que, con fecha 29 de octubre de 2015, la empresa Luz del Sur S.A.A. (“Luz del Sur”) interpone recurso de reconsideración contra la Resolución 241, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo y las comunicaciones recibidas sobre el tema, al haberse cumplido los requisitos legales.

2. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Luz del Sur solicita que se declare fundado su recurso, se deje sin efecto la Resolución 241 y se declare la nulidad de la Resolución 241, que dejó sin efecto la Resolución 238. A continuación se presenta las pretensiones de Luz del Sur, el resumen de sus argumentos y el análisis de Osinergmin,

2.1. LA RESOLUCIÓN 241 HABRÍA SIDO EXPEDIDA SOBRE LA BASE DE UNA RESOLUCIÓN CUYOS EFECTOS SE ENCUENTRAN SUSPENDIDOS

2.1.1. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, afirma Luz del Sur, que la sentencia de vista de fecha 15 de julio de 2015, que revocó la sentencia de primera instancia y declaró infundada su demanda, ha sido cuestionada vía recurso de casación;

Que, agrega Luz del Sur, que de acuerdo al artículo 393° del Código Procesal Civil, los efectos de la sentencia de segunda instancia se encuentran suspendidos por la interposición del recurso de casación; y, por consiguiente, resulta errado que se disponga la aprobación del nuevo Cargo Unitario de Liquidación del Saldo pendiente de devolución, sobre la base de la citada resolución judicial, ya que la misma aún no se encuentra consentida;

Que, Luz del Sur además indica que la resolución judicial que dispuso la cancelación de la medida cautelar, también ha sido objeto del correspondiente recurso de apelación por parte de Luz del Sur, en fecha 16 de setiembre de 2015, y sostiene que la vigencia de la medida cautelar solicitada por Luz del Sur, se sustentó no sólo en el artículo 630° del Código Procesal Civil, sino sobre todo en lo prescrito en el artículo 393° del Citado Código;

Que, por lo expuesto, la recurrente solicita se deje sin efecto lo establecido en la Resolución 241 hasta que exista un pronunciamiento definitivo.

2.1.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, Luz del Sur incurre en error cuando indica que la Resolución 241 ha sido emitida al amparo de la sentencia de segunda instancia expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuando dicha decisión de ha sido citada como parte de los antecedentes para una mejor ilustración del caso;

Que, es de verse de los propios considerandos de la Resolución 241, que el acto administrativo fue emitido como consecuencia de la cancelación de la medida cautelar dispuesta por el Noveno Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima;

Que, asimismo, en la Resolución 241 se dejó constancia que la casación presentada contra la sentencia de segunda instancia no era impedimento para el cumplimiento de la decisión de cancelación cautelar;

Que, como es de conocimiento general, la regla recogida en los artículos 9, 16 y 192 de la Ley N° 27444, ("LPAG"), es que el acto administrativo es válido, eficaz y aplicable, hasta que no exista un mandato judicial que lo modifique;

Que, en un escenario normal, culminado el proceso judicial que de ser el caso, reforme un acto administrativo, es cuando la Autoridad administrativa modifica su decisión sujetándose a la decisión con calidad de cosa juzgada;

Que, Luz del Sur escogió, se apartó de la regla pretendiendo un "juzgamiento anticipado" mediante medida cautelar, el cual fue otorgado;

Que, por su parte, Osinergmin cumplió el mandato cautelar, inclusive habiéndolo impugnado, lo que a decir de Luz del Sur en su actual recurso, bastaría para no ejecutarlo porque no sería una "decisión firme";

Que, con la cancelación de la medida cautelar, la apariencia del derecho ha desaparecido, y la regla general retoma su estado y los actos administrativos recuperan su validez;

Que, la Resolución 238 se emitió producto de un mandato cautelar y la Resolución 241 se emitió producto de la cancelación del mandato cautelar;

Que, dictado el mandato en favor de una empresa, aun así Osinergmin presentara un recurso impugnatorio no puede interpretar que no debe cumplir la orden judicial porque aún no han calificado su recurso impugnatorio y menos lo han resuelto en decisión firme. Lo mismo ocurre con la cancelación de la cautelar, que obliga al cumplimiento de la Administración, sin observar si existe o no impugnación;

Que, a mayor abundamiento, el artículo 372 del Código Procesal Civil establece que cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, por lo tanto, es innegable que la apelación

que planteó Luz del Sur, no implicaba suspender el mandato judicial de cancelación de la medida cautelar;

Que, en concordancia con el artículo 630 del Código Procesal Civil, si corresponde cancelar una medida cautelar por un fallo contrario de primera instancia aunque esta sea apelada, con mayor razón una medida cautelar cuyo fallo de segunda instancia ha sido adverso, no debería subsistir;

Que, en consecuencia, este extremo deviene en infundado.

2.2. LA RESOLUCIÓN 241 SERÍA NULA POR HABER SIDO EXPEDIDA SIN CUMPLIR LO DISPUESTO EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS REGULATORIOS DE TARIFAS

2.2.1. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Luz del Sur señala que Osinergmin debe proceder sobre la base de criterios técnicos y legales, que deben exponerse para la participación de los interesados, garantizárseles la posibilidad de emitir sus opiniones y sugerencias a fin de que éstas sean analizadas por el Osinergmin para efectos de la resolución final;

Que, refiere la recurrente que teniendo en cuenta que el procedimiento de liquidación es un proceso regulatorio, Osinergmin debió aplicar las disposiciones legales que rigen a los procesos regulatorios, específicamente la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas;

Que, conforme a ello, afirma Luz del Sur que la Resolución 241 es nula porque Osinergmin no ha cumplido con el procedimiento regular previsto para su emisión, en correspondencia con los artículos 3° y 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

2.2.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, en las decisiones de Osinergmin establecidas con Resolución 055-2013-OS/CD ("Resolución 055") y 132-2013-OS/CD ("Resolución 132"), se consideró la devolución del pago adelantado realizado a favor de Luz del Sur, habiendo el Regulador sometido las referidas decisiones al procedimiento de transparencia previsto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas;

Que, en cumplimiento del mandato judicial contenido en la Resolución N° 1 del Cuaderno Cautelar, mediante Resolución 238 se suspendió los efectos de las Resoluciones 055 y 132; y como consecuencia de ello, se aprobó el nuevo cargo unitario de liquidación para Luz del Sur, que reemplazó al aprobado mediante Resolución 055;

Que, cabe señalar que la Resolución 238, fue emitida en el marco del procedimiento regulatorio iniciado mediante la Resolución N° 196-2013-OS/CD, en la cual se dio a conocer las actuaciones judiciales, y se describió la metodología que el Regulador debía emplear para suspender por mandato judicial, los efectos de las Resoluciones 055 y 132, en tanto que existían usuarios con intereses difusos que se afectarían con el mandato judicial;

Que, de esta forma, Osinergmin cumplió con informar a los interesados, la decisión judicial que provocaban el incremento de las tarifas eléctricas del Área de Demanda 7, y la metodología que emplearía para dejar sin efecto el cargo unitario de liquidación aprobado en el procedimiento regulatorio ordinario de liquidación de ingresos;

Que, en esta oportunidad, nos encontramos con la cancelación de la suspensión de las Resoluciones N° 55 y 132 dispuestas por el Poder Judicial, ya que al cancelarse por mandato judicial la medida cautelar concedida a Luz del Sur, la ejecutoriedad y eficacia de los citados actos administrativos anteriores debía ser reestablecida;

Que, en consecuencia, como se estableció en la Resolución 241, el acto administrativo impugnado tiene por objeto hacer viable la devolución del monto percibido por obras no ejecutadas, cuyo tema que fue ampliamente discutido y transparentado en el procedimiento regulatorio que finalizó con la emisión de las Resoluciones 055 y 132, y en el proceso judicial seguido con Luz del Sur, quien tiene conocimiento del caso, es plenamente identificable, y ejerce su derecho a la defensa con su recurso de reconsideración, por lo que no se han vulnerado sus derechos;

Que, en consecuencia, deviene en No Ha Lugar la solicitud de nulidad planteada en este extremo.

2.3. EL CARGO UNITARIO ESTABLECIDO POR OSINERGMIN NO SE AJUSTARÍA AL PERIODO ESTABLECIDO EN LA NORMA LIQUIDACIONES

2.3.1. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, la recurrente, sostiene que el numeral i) del literal e) del capítulo 6.2 del Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica de los SST y/o SCT (“Norma Liquidaciones”) aprobado con Resolución N° 261-2012-OS/CD, establece que la demanda a considerar para el cálculo del cargo unitario, corresponde a un período de doce (12) meses. Sin embargo, el cálculo del nuevo cargo unitario se ha efectuado considerando la demanda del periodo noviembre 2015 - abril 2016 (seis meses), incumpliendo el procedimiento descrito en la Norma Liquidaciones;

Que, Luz del Sur señala que corresponde que se deje sin efecto el cargo unitario de liquidación y que se fije un nuevo cargo considerando la demanda del periodo mayo 2015 – abril 2016 (doce meses), conforme lo establece la Norma Liquidaciones.

2.3.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.1 de la Norma Liquidaciones, la citada norma tiene por objeto establecer los criterios y procedimiento para efectuar la Liquidación Anual de los ingresos por el servicio de transmisión eléctrica de las instalaciones que conforman los SST y SCT remuneradas por la demanda, en concordancia con lo establecido en el literal f) del Artículo 139° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (“RLCE”);

Que, de la revisión de los alcances del literal f) del Artículo 139° del RLCE, en ninguno de sus apartados se establece que el Procedimiento que apruebe Osinergmin, sea aplicable al

supuesto que es objeto de análisis, esto es, a la aprobación de un cargo tarifario ad-hoc como consecuencia del cumplimiento de un mandato judicial;

Que, en consecuencia, no resulta correcto afirmar que para el caso que nos avoca, Osinergmin tiene la obligación de cumplir con el mandato judicial que cancela la medida cautelar de Luz del Sur, aplicando cada uno de los preceptos establecidos en la Norma Liquidaciones;

Que, sin perjuicio de lo expuesto, dado que nos encontramos ante una situación no prevista por el ordenamiento jurídico, Osinergmin tiene la obligación de emitir el acto administrativo que haga viable el cumplimiento del mandato judicial, conforme lo establece el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por lo que utilizó criterios aplicables de la Norma Liquidaciones, conforme se explica en los informes de sustento;

Que, cabe reiterar que para el cálculo se han seguido los criterios de la Norma y la decisión que cancela el mandato cautelar, por lo que no se vulnera el principio de legalidad, ya que en el marco del proceso cautelar se crearon disposiciones a las que se sujetó el Regulador, que han sido canceladas;

Que, en consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración.

2.4. SE HABRÍA CONSIDERADO LA LIQUIDACIÓN DEL PERÍODO ENERO 2015 - DICIEMBRE 2015, LO CUAL NO SE AJUSTA A LA NORMA LIQUIDACIONES

2.4.1. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, la recurrente, sostiene que el numeral i) del literal e) del capítulo 6.2 de la Norma Liquidaciones aprobada con Resolución N° 261-2012-OS/CD, establece que la demanda a considerar para el cálculo del cargo unitario, corresponde a un período de doce (12) meses. Sin embargo, el cálculo del nuevo cargo unitario se ha efectuado considerando la demanda del periodo noviembre 2015 - abril 2016 (seis meses), incumpliendo el procedimiento descrito en la Norma Liquidaciones;

Que, Luz del Sur señala que corresponde que se deje sin efecto el cargo unitario de liquidación y que se fije un nuevo cargo considerando la demanda del periodo mayo 2015 – abril 2016 (doce meses), conforme lo establece la Norma Liquidaciones.

2.4.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, como se ha indicado en el numeral 2.3.2, nos encontramos ante una situación no prevista por el ordenamiento jurídico, Osinergmin tiene la obligación de emitir el acto administrativo que haga viable el cumplimiento del mandato judicial, conforme lo establece el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27444;

Que, el Cargo Unitario de Liquidación determinado por Osinergmin no se ha realizado mediante la liquidación de ingresos del periodo comprendido entre enero 2015 y diciembre 2015, como señala Luz del Sur en su recurso; en cambio, únicamente se ha determinado

simplemente el saldo pendiente devolución por obras que Luz del Sur no ejecutó. Dicho monto, expresado al 01 de mayo de 2015, es de S/. 18 411 982;

Que, finalmente, es del caso señalar que Luz del Sur solicita en este extremo del recurso que el cargo unitario de devolución sea determinado a partir de un monto menor (S/. 4 167 492) al que le corresponde devolver (S/. 18 411 982), situación que no es correcta y que, si se considerara, significaría que Osinergmin incumpla con lo dispuesto en la Resolución judicial N° 6, es decir, con la devolución del importe a los usuarios libres y regulados del Área de Demanda 7;

Que, en consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración.

2.5. EL NUEVO CARGO FIJADO DEBERÍA REEMPLAZAR AL CARGO ACTUAL Y NO DEBERÍA SER ADICIONADO, DE ACUERDO AL CRITERIO PREVIO ESTABLECIDO POR OSINERGMIN

2.5.1. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, la recurrente señala que a fin de dar cumplimiento al inciso iii del literal e) del numeral 6.2 de la Norma Liquidaciones, el nuevo cargo fijado debe reemplazar al cargo actual; y no como lo ha hecho Osinergmin, que al Peaje Reajustado (que contiene el cargo unitario calculado anteriormente y que se viene aplicado desde mayo del presente año) le ha añadido un segundo cargo unitario;

Que, señala que Osinergmin no ha motivado ni ha sustentado por qué en el presente caso se ha apartado del criterio establecido en el proceso complementario que concluyó con la expedición de resoluciones que dispusieron que el cargo fijado por la medida cautelar otorgada a favor de Luz del Sur, reemplace al cargo obtenido en el proceso regular fijado en el procedimiento regulatorio.

2.5.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, como se ha indicado en el numeral 2.3.2, nos encontramos ante una situación no prevista por el ordenamiento jurídico, Osinergmin tiene la obligación de emitir el acto administrativo que haga viable el cumplimiento del mandato judicial, conforme lo establece el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27444;

Que, en este extremo del recurso, Luz del Sur no presenta sustentos técnicos ni propuesta alguna de cálculo, para sus argumentos;

Que, sin perjuicio de ello debemos precisar que Osinergmin evaluó en su oportunidad la alternativa señala por Luz del Sur y encontró que no era conveniente porque existe un cargo unitario obtenido de la liquidación anual de ingresos de Luz del Sur del periodo comprendido entre enero y diciembre de 2014;

Que, dicho cargo, aprobado mediante Resolución N° 070-2015-OS/CD, viene recaudando ingresos desde mayo de 2015 a la fecha pero aún no es posible validar la información de

dichos ingresos ya que se requiere cruzar información con los agentes (titulares y recaudadores del Área de Demanda 7 y 15) para su validación, que el soporte para realizar dicha validación no se tiene contratado a la fecha y que dicha validación está prevista que se realice en la siguiente oportunidad del proceso de liquidación anual de ingresos, que iniciará a fines de enero 2016 y culminará aproximadamente en junio de 2016;

Que tratar de obtener un cargo unitario que reemplace al aprobado en mayo de 2015, que permita la devolución del importe recaudado por obras que Luz del Sur no ejecutó (S/. 18 411 982) y que sea además vigente desde noviembre de 2016, requeriría estimar los ingresos obtenidos por Luz del Sur desde mayo hasta octubre 2015. Dicha estimación sería sujeta a errores debido a que no se cuenta aún con información validada de lo recaudado desde mayo a octubre 2015, como se menciona en el numeral i) anterior;

Que, por lo tanto la forma más eficiente era determinar un cargo unitario negativo para devolución del importe indicado en el párrafo anterior y que dicho cargo se descontaría del peaje aplicado a los usuarios del Área de Demanda 7;

Que además, el tener dicho cargo de devolución por separado permitiría su mejor identificación para efectos de la liquidación de ingresos del siguiente año;

Que el efecto final ya sea de la alternativa propuesta por Luz del Sur y la que implementó Osinergmin serían equivalentes y darían como efecto final la devolución del importe recaudado por obras no ejecutadas;

Que, finalmente, es del caso señalar que Luz del Sur no ha sustentado su propuesta de cálculo ni ha identificado agravio alguno que le cause la alternativa implementada por Osinergmin en la resolución impugnada;

Que, en consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración.

3. ACTUACIONES PROCESALES POSTERIORES A LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN 241

Que, con fecha 19 de noviembre de 2015, Osinergmin recibió la Resolución N° 7 expedida por el Novena Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, que concede recurso de apelación con efecto suspensivo formulado por Luz del Sur, contra la Resolución N° 6 que cancela la medida cautelar a favor de la recurrente;

Que, la citada resolución ha sido expedida por el Noveno Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, el mismo que:

- i) dictó una primera medida cautelar en favor de Luz del Sur que fue revocada por el superior,
- ii) dictó una sentencia en favor de Luz del Sur que fue revocada y reformada por el superior en todos sus extremos.
- iii) dictó una segunda medida cautelar en favor de Luz del Sur sobre la base de la sentencia de primera instancia que luego fue cancelada producto de la sentencia de segunda instancia.

Que, hemos demostrado que la presentación de un recurso impugnatorio en una decisión cautelar no paraliza su ejecución. Sostuvimos que conocido el mandato cautelar se inició su cumplimiento por parte del Regulador, independientemente de que fue impugnado por Osinergmin y no habría obtenido la calidad de “firme”;

Que, en tal sentido lo propio ocurre con la cancelación del mandato cautelar, ya que la supuesta verosimilitud del derecho recaída en la sentencia de primera instancia, ha desaparecido;

Que, la posición que Luz del Sur defiende en su recurso es que por encontrarse impugnada la cancelación no debería ejecutarse; posición errada que si la adoptara Osinergmin, implicaría a que tampoco reconozca el efecto suspensivo ordenado, toda vez que dicha decisión será cuestionada por el Regulador;

Que, la Resolución N° 7, resulta extemporánea a la decisión administrativa, al haber sido presentada y notificada con posterioridad a la publicación de la Resolución 241 y a la fecha máxima para presentación del recurso de reconsideración, lo que no afecta la decisión sobre el recurso, toda vez que la Resolución 241 fue correctamente emitida y bajo el principio de verdad material;

Que, independientemente de la posición de Osinergmin que hará valer en el Poder judicial, al conocer el efecto suspensivo ordenado judicialmente, corresponderá suspender la Resolución 241, hasta obtener la disposición aclaratoria o reformatoria respectiva;

Que, esto es, se considera que la Resolución Judicial N° 7 requiere ser aclarada en cuanto a sus alcances, por lo que, en este caso concreto a la luz de su propio contenido, en tanto sea evaluada judicialmente, se dará el efecto suspensivo que se ‘desprende’ de su mandato. Dicho acto judicial en su caso, será impugnado;

Que, la Resolución N° 7 resulta incorrecta pues va en contra de lo establecido en el artículo 372° del Código Procesal Civil, que no ha previsto que la apelación contra una resolución que cancela una medida cautelar pueda ser otorgada con efectos suspensivos, asimismo esa decisión no puede considerarse como una nueva medida cautelar o que revive aquella cancelada, por lo que, en mérito de ello, Osinergmin interpondrá los recursos correspondientes, y de ser el caso, las denuncias a que hubiere lugar;

Que, se han emitido los Informes N° [692-2015-GART](#) y N° [693-2015-GART](#), elaborados por la División de Generación y Transmisión Eléctrica y la Coordinación Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria de Osinergmin, 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 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; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; y, en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en las normas modificatorias,

complementarias y conexas.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSINERGMIN en su Sesión N° 40-2015.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración de Luz del Sur S.A.A. y No Ha Lugar la solicitud de nulidad contra la Resolución N° 241-2015-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Suspender los efectos de la Resolución N° 241-2015-OS/CD por las razones señaladas en el numeral 3 de la parte considerativa de la presente resolución, a partir de la fecha de notificación de la Resolución Judicial N° 7 expedida por el Noveno Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, correspondiendo la adecuación de los pliegos tarifarios al Usuario final desde el 20 de noviembre de 2015, sin el cargo negativo dispuesto.

Artículo 3°.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano, y consignada junto con los informes N° [692-2015-GART](#) y N° [693-2015-GART](#), en la página web de Osinergmin, www.osinergmin.gob.pe.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo