

**RESOLUCION DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA OSINERG
N° 004-2003-OS/CC-03**

Lima, 13 de junio de 2003

VISTO:

El Expediente N° CC-03-2002-CP de la Reclamación formulada por EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELECTRICA DEL SUR S.A.(en adelante ETESUR), para que la empresa generadora ELECTROANDES S.A.(en adelante ELECTROANDES) cumpla con pagar el Cargo de Peaje Secundario de Transmisión Equivalente en Energía CPSEE02 durante el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2001 al 04 de setiembre de 2002, en virtud a lo establecido en la Resolución N° 006-2001-P/CTE y la Resolución N° 1417-2002-OS/CD.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

1.1. Que con fecha 06 de noviembre de 2002, la empresa concesionaria de transmisión ETESUR presentó una Reclamación contra la empresa generadora ELECTROANDES, solicitando el pago por concepto de Cargo de Peaje Secundario de Transmisión Equivalente en Energía CPSEE02.

1.2. Que el 08 de noviembre de 2002, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mediante Resolución N° 001-2002-OS/CC-03 admitió a trámite la Reclamación presentada por ETESUR, corriendo traslado a ELECTROANDES el 20 de noviembre de 2002, para que sea contestada dentro del plazo de 15 días hábiles de recibida.

1.3 Que con fecha 11 de diciembre de 2002, ELECTROANDES contesta la Reclamación, formulando al mismo tiempo una Réplica.

1.4 Que el 13 de enero de 2003 el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc designado mediante Resolución de Consejo Directivo de OSINERG N° 1422-2002-OS/CD, presentó su renuncia irrevocable por motivos estrictamente personales, la misma que fue aceptada por el Consejo Directivo de OSINERG en su Sesión N° 02-2003 de fecha 15 de Enero de 2003.

1.5 Que con fecha 15 de enero de 2003 el Consejo Directivo de OSINERG, mediante Resolución N° 0013-2003-OS/CD designó a los nuevos integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, conformado por el Ingeniero Jesús Tamayo Pacheco quien lo preside, el Ingeniero Amadeo Prado Benítez y el Doctor Pablo Duobert Reyes.

1.6 Que con fecha 03 de marzo de 2003, OSINERG designó al Dr. Hebert Tassano Velaochaga como Secretario Técnico de los Cuerpos Colegiados Ad-Hoc.

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
OSINERG N° 004-2003-OS/CC-03**

1.7 Que el designado Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, mediante Resolución N° 002-2003-OS/CC-03 de fecha 19 de marzo de 2003, admite a trámite la contestación y la Réplica presentada por ELECTROANDES, corriendo traslado de la Réplica a ETESUR para su contestación en un plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.

1.8 Que el 15 de abril de 2003 ETESUR responde la Réplica formulada por ELECTROANDES.

1.9 Que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, mediante Resolución N° 003-2003-OS/CC-02 de fecha 29 de abril de 2003, pone en conocimiento de ELECTROANDES la contestación a la Réplica, convocando a ambas partes a la Audiencia Única, para el día viernes 16 de mayo de 2003 a las 15.00 a.m. en la sala de reuniones de OSINERG.

1.10 Que en la fecha y hora programada, se dio inicio a la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento de Osinerg para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD, se exhortó a las partes para que lleguen a un acuerdo conciliatorio, suspendiéndose brevemente la Audiencia a pedido de las partes, con el fin de poder encontrar puntos conciliatorios a sus pretensiones. Concluida la misma ETESUR Y ELECTROANDES a través de sus representantes manifestaron que si bien es cierto se encontraban de acuerdo en el marco legal regulatorio de la controversia, subsistía todavía la discrepancia en lo que respecta a la materia controvertida.

1.11 En virtud al artículo 43° de la Resolución N° 0826-2002-OS/CD se procedió de inmediato a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios presentados por las partes.

1.12 Que a continuación, las partes sustentaron y expusieron sus pretensiones ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

2. Determinación de los puntos controvertidos

En la Audiencia Única llevada a cabo el 16 de mayo de 2003, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

2.1 De la reclamación

Determinar si existe obligación de pago por parte de ELECTROANDES a ETESUR del Cargo de Peaje Secundario de Transmisión Equivalente en Energía CPSEE02, durante el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2001 al 04 de setiembre de 2002.

2.2 De la Réplica

Determinar si ETESUR debe devolver a ELECTROANDES:

a) Los importes entregados por concepto de la aplicación del Cargo CPSEE02 con relación a las instalaciones de ETESUR, durante el periodo de reclamación que fueron pagados directamente por ELECTROANDES y

b) Los montos que ELECTROANDES pagó a ETESUR como generador, en aplicación de las disposiciones y de las Resoluciones.

3 . De la Controversia

3.1 Sobre la Reclamación

ETESUR solicita en su Petitorio lo siguiente:

- Para que ELECTROANDES cumpla con abonar S/. 272, 915.89 nuevos soles por concepto de Cargos de Peajes Secundarios de Transmisión Equivalente en Energía CPSEE02 establecido por la Resolución de la CTE (hoy Osinerg) N° 006-2001-P/CTE y la Resolución OSINERG N° 1417-2002-OS/CD por el período comprendido entre el 01 de octubre 2001 al 04 de setiembre de 2002, mas los intereses que se generen a la fecha del pronunciamiento definitivo de OSINERG.

ETESUR fundamenta su petitorio sobre la base de los siguientes argumentos:

- Que el inciso c) del artículo 43° de la Ley de Concesiones Eléctricas N° 25844 (en adelante LCE) establece que están sujetos a regulación de precios, las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al servicio público de electricidad.

- Que el artículo 44° de la LCE modificado por la Ley 27239, precisa que las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la CTE(hoy OSIENRG) independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el Servicio Público de Electricidad o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el reglamento de la ley. Para éstos últimos, los precios de generación estarán sujetos a negociación.

- Que el mismo artículo precedente, señala que en las ventas de energía no destinadas al Servicio Público de Electricidad las facturas deben considerar obligatoria y separadamente los precios acordados al nivel de barra de referencia de generación y los cargos de transmisión, distribución y comercialización.

- Que con fecha 12 de abril de 2001, se publicó la Resolución N° 006-2001-P/CTE que fija las tarifas en barra para los suministros a que se refiere el artículo 43° de la LCE y las correspondientes tarifas de transmisión. De igual manera fija los Cargos de Peaje Secundarios de Transmisión Equivalente en Energía CPSEE01 y CPSEE02, Resolución que entró en vigencia el 01.05.2001.

- Que con fecha 28 de julio de 2002 se publica la Resolución N° 1417-2002-OS7CD que fija las tarifas y compensaciones correspondientes a la transmisión secundaria a que se refiere el artículo 43° inciso b) de la LCE y sus fórmulas de actualización, fijándose los cargos CPSEE01 y CPSEE02, Resolución que entró en vigencia el 01.08.2002.

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
OSINERG N° 004-2003-OS/CC-03**

- Que mediante carta GA-1075/2001 del 13.09.2001 ETESUR remite a ELECTROANDES la Factura N° 003-0001137 por concepto de compensación por Peaje de Conexión al Sistema Principal, compensación por ingreso tarifario del Sistema Principal, compensación por uso de instalaciones SST Generación/Demanda y peaje de conexión del SST Generación/Demanda, correspondiente al mes de Agosto de 2001.
- Que posteriormente a través de la carta GOEA/794-2001 del 21.09.2001, ELECTROANDES responde a ETESUR que el pago del íntegro del Cargo CPSEE02, por los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2001 no proceden por cuanto éstos pagos estaban condicionados al reconocimiento que sus clientes efectúen sobre dichos cargos.
- Que con carta GA-1167/2001 del 02.10.2001 ETESUR manifiesta a ELECTROANDES, que de acuerdo al artículo Décimoquinto de la Resolución 006-2001-P/CTE, la regulación de transmisión es de aplicación a todos los consumidores finales y que éstos ingresos originados por efectos de los peajes, serán transferidos como compensación al concesionario de transmisión, no existiendo condicionante de pago, ni mucho menos que los pagos al transmisor están supeditados al reconocimiento que hagan los clientes finales.
- Que con esta interpretación ELECTROANDES esta desconociendo que los cargos se originan de una recategorización de las instalaciones efectuadas por la CTE (hoy OSINERG) y que éstas instalaciones siempre han formado parte de la cadena de transmisión por lo que el pago de las compensaciones está incluido dentro de los costos regulados del sistema de transmisión.
- ETESUR añade que, respecto al debate de si los pagos deben o no ser reconocidos por sus clientes, esto corresponde a un acuerdo contractual entre ELECTROANDES y sus clientes, totalmente ajeno a ETESUR, y así lo han entendido el resto de las empresas generadoras. Lo contrario sería aceptar que una empresa resulte beneficiada en detrimento de otra pues está cobrando dentro de su monto contractual una tarifa por transmisión, la misma que no está trasladando al propietario de dichas instalaciones y el hecho de que el monto correspondiente a la transmisión no esté detallado en sus contratos privados, no quiere decir que no se cobre por éstas instalaciones.
- Que ELECTROANDES se estaría beneficiando indebidamente y perjudicando económicamente a ETESUR al retener montos que siempre formaron parte de su estructura de costos pretendiendo presentarlos a sus clientes como costos nuevos o pagos adicionales y supeditando sus pagos al reconocimiento que sus clientes efectúen sobre dichos cargos.
- Que resulta inadmisibles sostener que las tarifas que por ley se encuentran sujetas a regulación por parte de OSINERG, dependan de la aceptación de los consumidores finales de energía.

3.2 Sobre la Contestación a la Reclamación

ELECTROANDES solicita en su petitorio lo siguiente:

- a.- Se declare improcedente la reclamación y/o
- b.- Se acoja las excepciones previas contra la Reclamación.
- c.- Se declare infundada la Reclamación.
- d.- En caso de que no se acoja favorablemente lo solicitado en los literales a, b y c anteriores, o solo lo haga en parte, admita la Réplica que se propone.

ELECTROANDES fundamenta su petitorio sobre la base de los siguientes argumentos :

- Que se declare Improcedente la Reclamación, porque no existe conexión entre los hechos y el petitorio de la misma, invocando para ello el numeral 5) del artículo 427° del CPC que dice que el juez debe declarar improcedente la demanda cuando " no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio".
- Que ni la Resolución N° 006-2001-P/CTE y la N° 1417-2002-OS/CD señalan que ELECTROANDES debe asumir o pagar estos cargos, por lo tanto no hay conexión entre la existencia de las resoluciones y el pago que se pretende se le abone.
- Que el texto del artículo 62° de la LCE precisa que solo hay lugar al pago de una compensación cuando la instalación correspondiente se usa en el mismo sentido del flujo preponderante de energía a través de la misma y que ETESUR no alega ni mucho menos prueba este hecho, con lo cual se demuestra finalmente que no existe ninguna conexión entre los hechos y el petitorio de la reclamación, por lo que debe ser declarada Improcedente su reclamación.
- Que también debe ser declarada Improcedente porque el petitorio es jurídicamente imposible, pues no se ha alegado ni probado que la instalación correspondiente debe ser usada en el mismo sentido del flujo preponderante de energía a través de la misma, para pagar una compensación por el uso de una instalación del Sistema Secundario de Transmisión como son las de ETESUR.
- Que el Petitorio también es jurídicamente imposible pues no alega ni prueba el uso de ELECTROANDES de las instalaciones de ETESUR durante el periodo de reclamación y pretende que se le pague una compensación por dicho uso.
- Que es Improcedente la Reclamación, porque ETESUR carece evidentemente de legitimidad para obrar, invocando para ello el artículo 427° del CPC.
- Que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe acoger las excepciones previas contra la Reclamación como la Falta de Legitimidad para obrar de ETESUR, pues no existe ninguna disposición legal ni contractual que obligue a abonar este monto, si es que previamente no se prueba que ELECTROANDES efectivamente ha utilizado las instalaciones de ETESUR en el mismo sentido del flujo preponderante de energía a través de la misma.

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
OSINERG N° 004-2003-OS/CC-03**

- ELECTROANDES señala que como generador pagó debida y oportunamente a ETESUR el monto respectivo que le correspondía pagar por el concepto del uso de instalaciones de ETESUR, dada la calificación de instalaciones de generación/demanda de las mismas, efectuada según cuadro que aparece en el artículo tercero de la Resolución 0852-2001-OS/CD publicada el 31.05.01 que modificó el artículo décimo séptimo de la Resolución N° 006-2001-P/CTE, y en el cuadro N° 13 numeral 1 del artículo 2° de la Resolución N° 1417-2002-OS/CD.
- Que existe falta de legitimidad pasiva para obrar de ELECTROANDES, por cuanto no está obligada al pago del Cargo CPSEE02.
- Que según el numeral 4.3.1 del informe SEG/CTE N° 019-2001 del 09.04.2001, las instalaciones de ETESUR, poseen características que la hacen indistinguibles entre instalaciones de generación e instalaciones de demanda, para efectos de la aplicación del artículo 139° del RLCE.
- Que según el numeral 4.1 del informe SEG/CTE N° 037-2001 del 18.05.01, las instalaciones del Sistema Secundario de Transmisión que poseen características indistinguibles entre instalaciones de generación y de demanda corresponden a los casos excepcionales a los que se refiere el artículo 139° RLCE.
- Que de acuerdo al numeral 4.5 del SEG/CTE N° 037-2001, los cargos establecidos para los consumidores y generadores en las instalaciones del SST definidas como casos excepcionales en virtud a lo señalado en el Informe SEG/CTE N° 019-2001, incluyendo las instalaciones CPSEE02 de ETESUR, se distribuyeron entre los consumidores finales y los generadores.
- Queda claro para ELECTROANDES, que son exclusivamente los consumidores finales los obligados a abonar a ETESUR, cualquier monto por este concepto durante el Periodo de Reclamación, incluyendo ciertos clientes libres.
- Por lo tanto ETESUR no puede dirigir la Reclamación contra ELECTROANDES, pues carece de legitimidad pasiva para obrar.
- Que el artículo décimo quinto de la Resolución N° 006-2001-P/CTE aclara que sus disposiciones son aplicables exclusivamente a los usuarios (consumidores finales) pertenezcan o no al Servicio Público de Electricidad y que la responsabilidad de los Generadores incluyendo ELECTROANDES se limita a transferir como compensación al titular del Sistema de Transmisión correspondiente, los montos que se recauden de los consumidores finales.
- Que a pesar que ELECTROANDES lo ha solicitado, existen varios consumidores finales que no aceptan pagar los Cargos CPSEE01 y CPSEE02, motivo por lo cual ETESUR debió dirigir su Reclamación contra los usuarios finales y no contra ellos.
- Que todos los contratos de suministro fueron celebrados antes del 19.09.2000 en que entró en vigencia el D.S. 017-2000 que reglamentó la Ley 27239 publicada el 22.12.99

- Que según el literal a) del numeral 24 artículo 2° de la Constitución, ELECTROANDES no está obligada a hacer lo que la ley no manda. No hay norma con rango de ley, que le obligue a pagar por los conceptos ya mencionados si no ha utilizado las instalaciones de ETESUR en el mismo sentido del flujo preponderante de la energía a través de las mismas, lo contrario sería inconstitucional

- Que en virtud al artículo 33° y 62° de la LCE solo se tiene derecho a cobrar una compensación por su uso cuando dichas instalaciones son efectivamente usadas y que dicho uso se hace en el sentido del flujo preponderante de energía a través de las mismas

3.3 Sobre la Réplica

ELECTROANDES solicita en su Réplica que ETESUR le devuelva lo siguiente:

a) Los importes entregados por concepto de la aplicación del Cargo CPSEE02 con relación a las instalaciones de ETESUR, durante el período de Reclamación que fueron pagados directamente por ellos.

b) Los montos que ELECTROANDES como generador, pagó a ETESUR en aplicación de las disposiciones de las Resoluciones.

ELECTROANDES fundamenta su Réplica sobre la base de los siguientes argumentos:

- Que el Cargo CPSEE02 debe ser pagado por los Consumidores Finales, correspondiendo a ELECTROANDES la recaudación y transferencia a ETESUR de los importes obtenidos.

- Que ELECTROANDES no tiene obligación de asumir dichos cargos y como quiera que efectuó abonos con la reserva que estaban supeditados a los pagos que realizarían los Consumidores Finales y al no haber hecho éstos los desembolsos respectivos solicitan que ETESUR cumpla con devolverles el dinero entregado, mas los intereses que corresponda por el tiempo transcurrido.

- Que las disposiciones del artículo 139° del RLCE modificado por D.S 017-2000-EM son inconstitucionales, pues son contrarias a las disposiciones de los artículos 33° y 62° de LCE.

- Que por lo tanto las resoluciones que aplican las disposiciones del artículo 139° también son inconstitucionales y en consecuencia ELECTROANDES como generador no tiene ninguna obligación de pagar compensación alguna por el uso de las instalaciones de ETESUR.

- Que corresponde entonces, el retorno por ETESUR a ELECTROANDES de los importes pagados, de conformidad con las disposiciones de las Resoluciones, pues se trata de pagos indebidos.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sobre los alcances y el marco legal regulatorio del procedimiento administrativo en trámite.

4.1 Que el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos N° 27332, define a la Función de Solución de Controversias, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

4.2 Que el artículo 47° del Reglamento General de OSINERG, aprobado por D.S. N° 054-2001-PCM (en adelante el RGO), precisa que la vía administrativa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERG, de acuerdo con las reglas establecidas en dicha norma.

4.3 Que en su artículo 71°, el RGO señala que los Cuerpos Colegiados, son los órganos encargados de resolver en primera instancia administrativa, las controversias de competencia de OSINERG.

4.4 Que en su artículo 21° en la que se define la Función Normativa, se establece que corresponde a OSINERG, dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones.

4.5 Que en virtud a las normas precedentes, con fecha 08 de abril de 2002, el Consejo Directivo de OSINERG aprobó a través de la Resolución N° 0826-2002-OS/CD, el texto del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias (en adelante el ROSC).

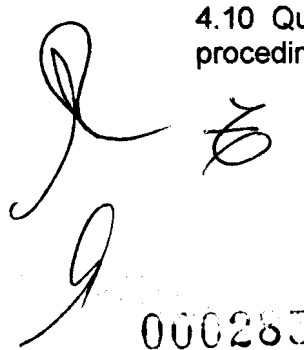
4.6 Que de acuerdo al artículo 1° del ROSC, el presente Reglamento rige la actuación del OSINERG en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere la Ley Marco, el mismo que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos según lo expresado en el numeral 4.1 del presente análisis.

4.7 Que según el artículo 4° del ROSC, el procedimiento administrativo en primera y segunda instancia regulado por el presente Reglamento, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial y de competencia exclusiva de los órganos de OSINERG.

4.8 Que el artículo 31° del ROSC precisa que a solicitud de parte, el "reclamante" inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación, denominándose a cualquiera de los emplazados como el "reclamado";

4.9 Que en la Cuarta Disposición Transitoria y Final del ROSC se establece que en todo lo no previsto en el presente Reglamento, se aplicará supletoriamente las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444;

4.10 Que el numeral 1.2 del artículo IV de la Ley 27444 señala que la institución del debido procedimiento administrativo, se rige por los principios del Derecho Administrativo y que la



000285

regulación propia del Derecho Procesal Civil, sólo es aplicable en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

4.11 Que la Ley 27444 en su Título IV referido a los Procedimientos Especiales, trata en los artículos 219° y siguientes de su Capítulo I, todo lo referente al Procedimiento Trilateral, siendo el presente procedimiento uno de naturaleza trilateral, según la definición contenida en el citado artículo;

4.12 Que el numeral 223.4 del artículo 223° de la Ley 27444 establece que adicionalmente a la contestación, el reclamado podrá presentar una réplica, alegando violaciones a la legislación respectiva dentro de la competencia del organismo correspondiente de la entidad.

4.13 Que el artículo 37° del ROSC, también señala que adicionalmente a la contestación, el reclamado podrá presentar réplicas.

4.14 Que ELECTROANDES en la contestación a la reclamación formulada por ETECEN, en lugar de una Réplica, formula una Reconvención (Artículo 445° CPC), la misma que no está considerada en el ROSC. Asimismo, plantea excepciones que tampoco se encuentran contempladas en el Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, ni en la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

4.15 Que uno de los principios que enmarca un procedimiento administrativo es la celeridad en su tramitación, siendo exigible para aquellos que participan en el mismo, que deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite, de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento, tal como lo precisa el numeral 1.9 del artículo IV de la Ley 27444.

4.16 Que según el artículo 145° de la Ley 27444, la autoridad competente aún sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superando cualquier obstáculo que se oponga a regular la tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aún cuando no haya sido invocada o fuese errónea la cita legal.

4.17 Que amparados en el artículo 145° y el numeral 1.9 del artículo IV de la Ley 27444, la reconvención formulada por ELECTROANDES, ha sido calificada por éste Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, como una Réplica.

4.18 Que en la exposición de motivos del ROSC, se precisa que éste Reglamento tiene como finalidad organizar la conformación y funcionamiento de los órganos que desarrollarán la función jurisdiccional administrativa de Solución de Controversias asignada al OSINERG, mediante la Ley marco N° 27332, regulando así mismo el Procedimiento Administrativo de Solución de Controversias, como vía obligatoria a cualquier acción judicial que los particulares pretendan iniciar.

4.19 Que en virtud a todo el sustento legal expuesto, queda muy claro que no se puede tramitar un procedimiento administrativo que tiene normas propias, como si fuera un proceso judicial y menos aplicando supletoriamente normas no invocadas o permitidas expresamente dentro del contexto de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 y el Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado mediante Resolución N° 0826-2002-OS/CD.

4.20 Que en el caso de las Excepciones planteadas, al no encontrarse éstas comprendidas dentro de la normatividad administrativa aplicable al presente procedimiento y en virtud a lo sustentado en los numerales precedentes, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, considera que lo argumentado en ellas debe tomarse como parte de los alegatos de la replica del Reclamado y evaluarlos como tales y sobre los cuales el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe pronunciarse como parte de su análisis del caso.

5. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sobre la Reclamación formulada.

5.1 Que es importante precisar que ELECTROANDES, de las barras del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, realiza retiros de energía y potencia para cumplir con los contratos celebrados con sus Clientes Libres, los mismos que son servidos a través de ciertos tramos del Sistema Secundario de Transmisión propiedad de ETESUR;

5.2 Que el artículo 49° de la LCE establece que el precio en las barras del Sistema Secundario de Transmisión, incluirá el Costo Medio de dicho Sistema Económicamente Adaptado, habiéndose determinado según el artículo 33° de la LCE y el artículo 139° del RLCE, que la compensación de estos costos de sistemas de transmisión, será asumido por los terceros que los utilicen;

5.3 Que no existe en ningún artículo de la LCE ni en su Reglamento, el condicionamiento de supeditar pagos de compensaciones por uso del Sistema Secundario de Transmisión, al reconocimiento o decisiones de los clientes libres;

5.4 Que también el inciso b) del artículo 43° de la LCE desde antes de su modificación, precisa que las compensaciones a titulares de Sistemas de Transmisión están sujetos a regulación de precios;

5.5 Que según el artículo 132° del RLCE, la evaluación de los Sistemas de Transmisión, su modificación o redefinición ocurrirá cada cuatro años o a la incorporación de una nueva central de generación, estableciéndose así la variabilidad legal de la calificación de un Sistema sea como Principal de Transmisión o como Secundario de Transmisión;

5.6 Que por lo tanto el Sistema Principal de Transmisión y los Sistemas Secundarios de Transmisión, son remunerados según los artículos 135°. a 139°. del RLCE;

5.7 Que adicionalmente el artículo 138° del RLCE, establece que el flujo preponderante de energía mayor a 90% de la energía transportada por dicho sistema en una misma dirección, se considerará para los flujos producidos en un año hidrológico con una probabilidad de excedencia promedio, y si el uso se da en sentido contrario es condición que exonera del

pago de compensación por uso de tal sistema secundario de transmisión, de acuerdo al artículo 62° de la LCE. Correspondiéndole al OSINERG al tiempo de calcular las compensaciones por el Sistema Secundario de Transmisión y regular tarifas, determinar en que tramos del Sistema Secundario se presenta la excepción y de ser así exonerar expresamente a quienes tienen derecho a la misma. En todo caso quienes se crean con derecho a ser exonerados tienen abierto el procedimiento de reclamación contra la resolución tarifaria a fin de que se evalúe su situación particular, si considera violado su derecho;

5.8 Que los únicos que pueden efectuar retiros en barras son los generadores y distribuidores, por el compromiso contractual que tienen con sus clientes libres, no siendo posible legalmente que éste retiro sea efectuado por los CLIENTES LIBRES, los cuales no ejercen derechos sobre el sistema de transmisión o la red; por lo tanto es entre los generadores, distribuidores y los transmisores que regirá lo convenido por el uso del Sistema Secundario de Transmisión;

5.9 Que por lo expuesto, los generadores que contraten con sus clientes el suministro que permita el uso de Sistemas Secundarios de Transmisión, deberán asumir el pago de las compensaciones por el uso de dichos Sistemas de Transmisión Secundaria, compensaciones que necesariamente deberán formar parte de los precios pactados contractualmente con sus clientes, y si no fue así, no pueden exonerarse de asumir los pagos por servicios originados y usados por ellos, debiendo abonarle a los transmisores secundarios, las compensaciones establecidas por el OSINERG;

5.10 Que el artículo 139° del RLCE precisa de quienes son los cargos por el uso del Sistema Secundario de Transmisión, siendo que los valores de la compensación asignada a la demanda CPSEE02, se aplica en las barras en las cuales cada generador retira energía y potencia, correspondiéndole al generador efectuar los cobros pertinentes a sus clientes, sean estos libres o regulados;

5.11 Que el artículo 33° de la LCE obliga al transmisor a permitir la utilización de sus sistemas por terceros, en el entendido que será compensado automáticamente por los costos medios de su transmisión, siendo los generadores partícipes en el COES quienes recaudan los peajes y los transfieren a los transmisores;

5.12 Que además, el artículo 139° del RLCE no establece liberación alguna de obligación de pagos de compensaciones de transmisión, salvo que se hubiera pactado con los transmisores el uso de sus sistemas secundarios, en cuyo caso prevalecerá el pago de los montos pactados;

5.13 Que no puede presumirse que el pago de la compensación sea efectuado por otra persona distinta que el concesionario contratante, pues solamente él sabe cuanto y en que barras liberará al suministro libremente contratado, conocerá si cabe la posibilidad de uso en contra del sistema preponderante del flujo de energía, y por lo tanto de su probable exoneración de pago, así como si el Sistema se considera Principal o Secundario (ya que en ambos casos se cubren los costos medios de los tramos de transmisión usados);

5.14 Que si se pretendiera que tal suministro discurría por líneas del Sistema Principal de Transmisión, tampoco es excusa que justifique negar su pago al cambiarse éste a Sistema Secundario de Transmisión, ya que los costos totales de dicho Sistema Principal de Transmisión también son pagados por lo Generadores, a través del Ingreso Tarifario según el artículo 136° del RLCE y a través del Peaje por Conexión según artículo 137° del RLCE, siendo muy claro que siempre hay obligación de pago tratándose de un Sistema Principal de Transmisión o un Sistema Secundario de Transmisión;

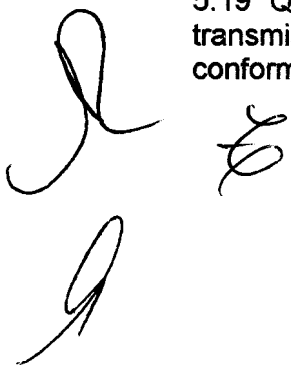
5.15 Que el artículo 58° de la LCE permite a los generadores conectarse mediante Sistemas Secundarios al Sistema Principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos Sistemas. También el artículo 128° del RLCE establece el procedimiento por el cual se traslada el precio de barra en una subestación del Sistema Principal, de forma que incluya el costo medio del Sistema Secundario de Transmisión económicamente adaptado, permitiendo la compensación de los costos del Sistema Secundario de Transmisión. Por lo cual, todos los que extraigan energía y potencia en tales barras, sean estos clientes regulados o clientes libres, deben asumir sin exclusión el pago de tales costos, y los clientes libres sólo pueden hacerlo a través de los contratos de suministro en los cuales se tiene que haber incluido todos los costos que hacen parte del suministro, en particular los costos de transmisión, entre ellos el uso de los Sistemas Secundarios de Transmisión;

5.16 Que no es admisible la exoneración de sus obligaciones reguladas mediante la contratación privada, bajo la pretensión de que no ocurrirán cambios en la clasificación de la transmisión y por tanto de que no ocurrirán variaciones en las obligaciones de compensar, las cuales de otro lado siempre existen, sea como Sistema Principal o como Sistemas Secundarios referidas en los artículos 135° a 139° del RLCE. También debe tenerse presente que el artículo 26° del RLCE establece la obligatoriedad de cumplir con las resoluciones tarifarias, porque la incorrecta aplicación origina multas según el artículo 199° del RLCE;

5.17 Que el texto del artículo 43° de la LCE vigente desde el 05.12.92 cuyo inciso b) fue modificado con la Ley 27239 el 22.12.99, no distinguía ni distingue entre Sistema Principal de Transmisión y Sistema Secundario de Transmisión. Que el artículo 44° de la misma norma acotada establece que las tarifas de transmisión son reguladas por la CTE (hoy OSINERG), y finalmente de acuerdo a los artículos 138° y 139° del RLCE son los Generadores los obligados a abonar tales peajes al Transmisor Secundario;

5.18 Que según los artículos precedentes, el no pagar las tarifas y compensaciones establecidas a los titulares de transmisión que están sujetos a regulación de precios, los mismos que se establecen a través de Resoluciones Tarifarias cuyo cumplimiento es obligatorio, conduce a la aplicación de sanciones. En dichas Resoluciones Tarifarias se precisa que las instalaciones no exclusivas de demanda que hacen uso del Sistema Secundario de Transmisión asumen el cargo CPSEE02;

5.19 Que según el inciso c) del artículo 31° de la LCE, los Concesionarios de generación, transmisión y distribución, están obligados a aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la ley. Que los artículos 138° y 139° del RLCE en

Handwritten signatures and initials in black ink, including a large stylized 'J' and 'L' and a smaller 'E'.

000281

concordancia con el artículo 33° de la LCE establece claramente que los costos medios del Sistema Secundario de Transmisión debe ser pagado a los titulares de la transmisión;

5.20 Que el Ministerio de Energía y Minas, está autorizado a reclasificar los Sistemas Principal y Secundario de Transmisión según el artículo 58° de la LCE y 132° del RLCE, y que el cambio de una línea de Transmisión de Principal a Secundario o viceversa es un acto perfectamente previsto y regulado en la LCE, así como en su Reglamento;

5.21 Que la Resolución de OSINERG no tiene por qué detallar como y por quién se aplican los cargos tarifarios, bastando con señalar cuales son dichos cargos y en forma general a quienes afectan, cuando como es el caso afectan a clientes regulados o libres, les corresponde a los generadores realizar las transferencias señaladas, única forma en que el transmisor puede ser remunerado. A tal efecto lo señalado en el artículo 33° de la LCE es definitorio;

5.22 Que en cuanto a la pretensión de que en cada caso se pruebe el uso de la instalación en el mismo sentido del flujo preponderante de energía, debe tenerse presente que para fijar la compensación CPSEE02, el OSINERG efectúa todas las evaluaciones necesarias para determinar la dirección y magnitud de los flujos, dado que debe establecer las pérdidas de potencia y energía que por o dichas líneas se originan, estudios que son indispensables para determinar las tarifas en barra y los peajes, motivo por el cual no cabe demandar a un transmisor la demostración de un uso, porque eso fue considerado por el OSINERG al establecer las compensaciones. Debiéndose tener presente también, que cuando se dan condiciones cualesquiera de excepción, el OSINERG señala las mismas, como es normal comprobar en las resoluciones tarifarias, en las cuales se fijan valores cero para algunos participantes y por el uso de ciertos elementos del sistema;

5.23 Que los Clientes Libres se relacionan con el Sistema de Redes de Transmisión a través de los contratantes que los proveen de potencia y energía, por este motivo, mal pueden los transmisores recaudar los peajes directamente de los Clientes Libres si no tiene parte en los contratos privados celebrados entre generadores y clientes libres o entre distribuidores y clientes libres;

5.24 Que al haber contratado libremente ELECTROANDES con terceros, todos los cargos que afecten a dichos clientes, son de exclusiva responsabilidad de quien al contratarlos asumió el pago de compensaciones que son aleatorias, las mismas que pueden surgir o pueden ser trasladadas a todos los generadores al cambiar a Sistema Principal de Transmisión y viceversa, cambio que de acuerdo a la LCE, es derecho del Ministerio de Energía y Minas;

6. Análisis del Cuerpo Colegiado sobre la Réplica presentada

6.1 Siendo como se ha establecido que existe la obligación de pagar los costos medios de los sistemas secundarios de transmisión por parte de los generadores, los mismos que han contratado con sus clientes libres potencias y energías que retiran de barras secundarias reguladas y usan líneas de transmisión clasificadas por el MEM según la potestad conferida por el artículo 58° de la LCE, no existe en éste extremo sustento legal para declarar fundada

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
OSINERG N° 004-2003-OS/CC-03**

la Réplica presentada por ELECTROANDES, además si ha pagado como generador en aplicación de las Resoluciones del OSINERG, dicha obligación no ha sido exonerada, y debe seguir cumpliéndola;

6.2 Que los únicos exonerados de efectuar la transferencia de cargos por compensación secundaria de transmisión, son quienes tuviesen contratados con los propietarios de los Sistemas Secundarios de Transmisión el uso de tales sistemas, y este no es el caso;

6.3 Que además, no se encuentra dentro de las facultades de éste Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, declarar la inconstitucionalidad del artículo 139° del RLCE, conforme fue modificado por el D.S. 017-2000-EM, según lo expresado por ELECTROANDES, dado que éste organismo tiene que accionar legalmente en base a las normas legales existentes y que han sido descritas en forma detallada en el numeral 4 de ésta Resolución, las mismas que establecen en forma muy clara los lineamientos sobre los cuales el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, tiene que actuar;

De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2° y 45° del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0826-2002-OS/CD, y al haberse cumplido con todas las diligencias establecidas para este procedimiento, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dictar dentro del plazo señalado, la Resolución que pone fin a esta instancia administrativa;

De conformidad con lo establecido por la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General de OSINERG, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG N° 0826-2002-OS/CD, Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444;

SE RESUELVE:

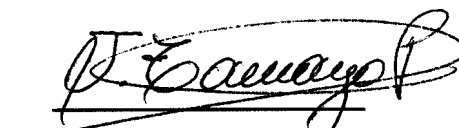
Artículo Primero. Declarar fundada la Reclamación presentada por la EMPRESA DE TRANSMISIÓN DE ENERGIA ELECTRICA DEL SUR S.A.- ETESUR, disponiendo que la EMPRESA DE ELECTRICIDAD DE LOS ANDES S.A. – ELECTROANDES cumpla con pagar a la Reclamante el pago del Cargo de Peaje Secundario de Transmisión Equivalente en Energía CPSEE02, por el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2001 al 04 de setiembre de 2002, más los intereses.



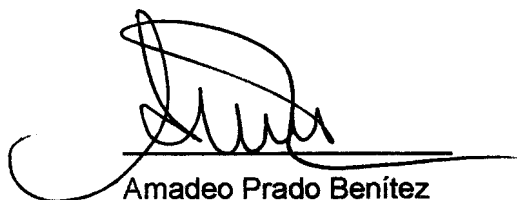
000279

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
OSINERG N° 004-2003-OS/CC-03

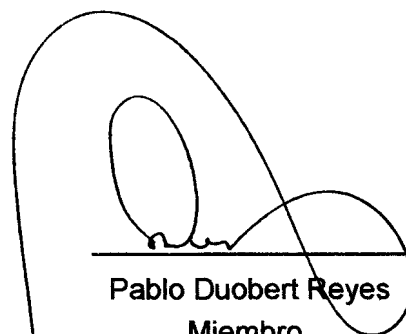
Artículo Segundo. Declarar infundada la Réplica presentada por la EMPRESA DE ELECTRICIDAD DE LOS ANDES S.A. – ELECTROANDES



Jesús Tamayo Pacheco
Presidente -
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERG



Amadeo Prado Benítez
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERG



Pablo Duobert Reyes
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERG