

PRES	OSINERGMIN	GFM
GFGN	REGIONAL PUCALLPA	GART
GG	RECIBIDO	JARU
GFHL	06 MAY 2014	OTROS
GFE	16:29	OR
REGISTRO HORA		
LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD		

PRES	OSINERGMIN	GFM
GFGN	SAN ISIDRO	GART
GG	RECIBIDO	JARU
GFHL	07 MAYO 2014	OTROS
GFE		OR
REGISTRO HORA		
LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD		

Escrito : 01 2014000 59200 14:06

Sumilla : Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 067-2014-OS/DM

SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO OSINERGMIN:

EMPRESA CONCESIONARIA DE ELECTRICIDAD DE UCAYALI S.A. (en adelante, EUSA), identificada con RUC. N° 20232236273, debidamente representada por su Gerente General Alfredo Luis Vásquez Espinoza, identificado con D.N.I. N° 07944975, con domicilio real en la Av. Circunvalación N° 300, distrito de Yarinacocha, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali.; y con domicilio procesal en Av. República de Colombia N° 791, oficina 602, San Isidro, Lima; a usted atentamente decimos:

**I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA:**

Que, de acuerdo con el artículo 74° de la Ley de Concesiones Eléctricas y artículos 109°, 206° y 208° de la Ley N° 27444, dentro del plazo de ley, interponemos **RECURSO ADMINISTRATIVO DE RECONSIDERACIÓN contra la RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD** de fecha 11 de abril de 2014 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" en fecha 14 de abril del 2014.

En la mencionada resolución, el Consejo Directivo de OSINERGMIN decidió no incluir en el cálculo del Cargo Unitario por Generación Adicional (CUGA) correspondiente a EUSA, todos los costos originados por la generación adicional encargada a nuestra empresa mediante Resolución Ministerial N° 529-2013-MEM/DM del 29 de noviembre de 2013, encargo efectuado por el Ministerio de Energía y Minas al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008.



OSINERGMIN	
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria	
RECIBIDO	HORA: 10:32
08 MAY 2014	
4038	2014-496
REGISTRO	EXPEDIENTE
LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD	

EUSA solicita que el Consejo Directivo de OSINERGMIN reconsidere la Resolución impugnada y, declarando fundado el presente Recurso, disponga que los costos totales, incluyendo los costos financieros, incurridos por nuestra empresa por la generación adicional puesta a disposición del SEIN en razón de la situación de restricción temporal de generación declarada mediante la Resolución Ministerial N° 529-2013-MEM/DM, sean cubiertos por el CUGA cumpliendo con todos los términos y condiciones establecidos en el Decreto de Urgencia N° 037-2008 y en su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 031-2011-EM, por los fundamentos que se exponen a continuación:

## II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

### Origen del Decreto de Urgencia N° 037-2008

1. El 21 de agosto de 2008 se publicó el Decreto de Urgencia N° 037-2008 con el objeto de dictar las disposiciones necesarias para asegurar, en el corto plazo, el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN, considerándose para tal efecto como "situación emergencia"<sup>1</sup> a la situación de restricción temporal de generación para el suministro eléctrico al SEIN. El mencionado Decreto de Urgencia tenía una vigencia inicial de 36 meses, la misma que fue ampliada hasta el 31 de diciembre de 2013 por el Decreto de Urgencia N° 049-2011<sup>2</sup>, publicado el 21 de agosto de 2011.
2. Para el año 2008, año de la promulgación del Decreto de Urgencia N° 037-2008, las inversiones en generación y transmisión eléctrica estaban muy retrasadas, de modo que eventualmente la demanda de electricidad superaría la oferta, principalmente en el norte y sur del país, lugares que afrontaban y actualmente afrontan el mayor déficit de oferta. Por esta razón, era necesario adoptar medidas que evitaran el racionamiento de electricidad.



<sup>1</sup> Para los efectos del artículo 22 del TUO de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, o aquella que la sustituya.

<sup>2</sup> El Decreto de Urgencia N° 049-2011 también extendió a los Sistemas Aislados los alcances y condiciones establecidos en el Decreto de Urgencia N° 037-2008.

3. A consecuencia de lo anterior, se decidió empoderar al Ministerio de Energía y Minas para que de manera extraordinaria, analizara y determinara las zonas del país que necesitasen generación eléctrica de emergencia con la única finalidad de evitar racionamiento de energía. Todo esto se enmarcaba en la obligación estatal de procurar la prestación continua del servicio público de electricidad (Ley N° 28832).
4. De manera esquemática, el Decreto de Urgencia N° 037-2008 permitió que:
  - a. El MEM pueda declarar situaciones de restricción temporal de generación, con el fin de asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica al SEIN.
  - b. El MEM pueda calcular la magnitud de la capacidad adicional de generación necesaria para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro de energía eléctrica en el SEIN.
  - c. El MEM pueda requerir a las Empresas para que efectúen las contrataciones y adquisiciones (en calidad de situación de emergencia) de obras, bienes y servicios necesarios para contar la capacidad adicional de generación necesaria para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro de energía eléctrica.
  - d. OSINERGMIN pueda definir el procedimiento de aplicación de la compensación por la generación adicional y definir los nuevos cargos en la regulación de tarifas.

#### Compatibilidad entre el Decreto de Urgencia N° 037-2008 y su Reglamento

5. El 23 de junio de 2011, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 031-2011-EM, con el objeto de reglamentar los aspectos referidos a la recuperación de los costos en que incurran las empresas estatales que sean requeridas por el Ministerio de Energía y Minas al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008, para efectuar contrataciones y adquisiciones, incluyendo las importaciones necesarias. **El artículo 3° del referido Reglamento establece expresamente que se encuentran incluidos los costos que se ocasionen por los contratos que suscriban las empresas, cuyo plazo de vigencia trascienda el plazo del Decreto de Urgencia N° 037-**



2008, es decir, aquellos contratos que se ejecutan para hacer frente a una situación de restricción temporal de generación (coyuntura fáctica), cuya duración, por su propia naturaleza, es independiente del plazo de vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008.

### Posición de OSINERGMIN

6. A pesar de la literalidad y claridad del Reglamento del Decreto de Urgencia N° 37-2008, OSINERGMIN, mediante la Resolución N° 67-2014-OS/CD "Fijación de los precios en barra para el periodo mayo 2014-abril 2015", decidió no incluir los costos por generación adicional posteriores al 31 de diciembre de 2013 (fin de la vigencia del Decreto de Urgencia N° 37-2008).
7. Es el caso, señor Presidente, que en la parte considerativa de la Resolución que se impugna, se señala que el 24 de marzo de 2014 venció el plazo para que los interesados en la regulación tarifaria presentaran sus opiniones y sugerencias al proyecto de resolución que fija los Precios en Barra. Los comentarios que presentaron algunas empresas fueron materia de análisis en el Informe N° 181-2014-GART del 04 de abril de 2014, en cuyo resumen se señala que

*"no corresponde aceptar las sugerencias (...), toda vez que el Cargo Unitario por Generación Adicional no debe incluir el reconocimiento de costos que se incurran por situaciones de restricción temporal que excedan la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008, que concluyó el 31 de diciembre de 2013."*

8. En esencia, OSINERGMIN considera que sólo deben ser reconocidos los costos en que incurrieron las empresas estatales

*"por brindar la generación adicional, por todas aquellas situaciones de emergencia que se produjeron durante la vigencia del referido Decreto de Urgencia, léase hasta el 31 de diciembre de 2013 (...)"*<sup>3</sup>

9. Al efectuar el análisis legal de los comentarios efectuados por las empresas sobre el reconocimiento por costos de generación adicional, el antes citado Informe N° 181-2014-GART concluye que no cabe aceptar las sugerencias por cuanto al haber culminado la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008 el 31 de diciembre de 2013, no corresponde el reconocimiento, dentro

<sup>3</sup> Numeral 1.17 del Informe N° 181-2014-GART.



del CUGA, de situaciones de restricción temporal producidas con posterioridad al 31 de diciembre de 2013 por exceder su vigencia.

10. En efecto, en el referido Informe Legal N° 167-2014-GART OSINERGMIN señala con exactitud la materia controvertida de fondo: **si las situaciones de restricción temporal pueden o no exceder a la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008.**

La posición adoptada por OSINERGMIN tiene como premisa que las situaciones de restricción temporal de generación no pueden exceder la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008, por las razones que reseñamos a continuación:

- a. *"(...), el 31 de diciembre de 2013, al haber culminado la vigencia del DU, culminaron asimismo la vigencia de las situaciones de restricción temporal declaradas por el Ministerio." (sic)*<sup>4</sup>
- b. El considerar que *"(...) si las emergencias que justificaron la declaración de las situaciones de restricción temporal se mantienen, entonces se mantienen también vigente, ultractivamente, la situación de restricción temporal, así como la autorización del DU para que todos los costos en que incurra la empresa estatal, se devuelva a través del Cargo Unitario por Generación Adicional, (...) (sic),*

agregando que

*"Ello representaría un sinsentido, debido a que si el motivo de la restricción trascendiera en el tiempo, por el DU quedaría amparado el reconocimiento de costos por tiempo indefinido, cuando claramente la naturaleza del DU es intrínsecamente temporal y expresamente ampara situaciones de restricción temporal, hasta el término de su vigencia."*<sup>5</sup>

- c. *"Si el DU hubiera tenido por motivación perdurar en el tiempo a discreción de la empresa, como interpreta la recurrente, desde el punto de vista de la ratio legis, el DU estaría entonces incentivando la ineficiencia y el reconocimiento de costos mayores. La vigencia del DU dio una señal y tiempo suficiente para su aplicación. (...) "*<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Numeral 4.12 del Informe Legal N° 167-2014-GART.

<sup>5</sup> Numeral 4.13 del Informe Legal N° 167-2014-GART.

<sup>6</sup> Numeral 4.14 del Informe Legal N° 167-2014-GART.



### Análisis de la posición de OSINERGMIN

11. Las medidas extraordinarias contenidas en el Decreto de Urgencia N° 037-2008 tienen la finalidad de cautelar el Servicio Público de Electricidad frente a condiciones de hecho que pone en riesgo la continuidad de dicho servicio en tanto tal coyuntura subsista, y cuya duración es independiente de la vigencia de una norma legal.

Si bien es cierto que el ejercicio de las facultades que otorga el Decreto de Urgencia, referidas en el numeral 6 del presente recurso, se tiene que producir dentro de un plazo delimitado debido a la naturaleza temporal de la norma, también es cierto que la implementación de tales medidas extraordinarias podrán tener una duración que estará en función, no del plazo de vigencia del Decreto de Urgencia, sino de la duración real de las condiciones de hecho, cuyo riesgo de ocurrencia motivaron la emisión del Decreto de Urgencia. Ciertamente, tales condiciones de hecho no pueden tener una duración ilimitada, pero al momento de dictarse la norma extraordinaria no es posible delimitarla en el tiempo ni tener certeza de su ocurrencia.

12. Entonces, no se puede afirmar que *“al haber culminado la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008, culminaron asimismo la vigencia de las situaciones de restricción temporal”*.

En efecto, el Decreto de Urgencia no fue dictado para hacer frente a la ocurrencia, cierta y delimitada en el tiempo, de circunstancias que producirán la discontinuidad del Servicio Público de Electricidad, pues la norma no tiene el propósito de solucionar el problema por sí misma mediante su aplicación directa. La norma fue dictada ante el riesgo que las condiciones imperantes interrumpieran el suministro de electricidad en el corto plazo y, para evitarlo, estableció ciertas facultades a entidades del Estado. Sin duda, el plazo de vigencia de la norma ha sido suficiente para que el Ministerio de Energía y Minas y OSINERGMIN ejerzan las facultades que la norma les señala para implementar el aseguramiento del suministro continuo de electricidad. Sin embargo, OSINERGMIN omite considerar que



el objetivo de la norma no es susceptible de ser alcanzado de manera inmediata.

13. No es posición de la recurrente que la vigencia del Decreto de Urgencia se prolongue de manera indeterminada. Lo que se plantea es que resulta imprescindible distinguir entre la vigencia de la norma extraordinaria (temporal por naturaleza y delimitada por ella misma), y la duración de las medidas implementadas para garantizar el suministro continuo para el Servicio Público de Electricidad, como es el caso de la declaración de situación de restricción temporal, cuya duración está en función del riesgo de ocurrencia de las condiciones de hecho que motivaron tal declaración.

En tanto se mantenga el riesgo de ocurrencia de las condiciones de hecho, también se mantendrá la declaración de situación de restricción temporal, junto con las condiciones que permiten garantizar el suministro al Servicio Público de Electricidad.

14. Esta es precisamente la idea contenida en el Reglamento del Decreto de Urgencia N° 037-2008, aprobado por el Decreto Supremo N° 031-2011-EM. Para que el objeto del Decreto de Urgencia tenga efectividad, las medidas implementadas, tanto por el Ministerio de Energía y Minas como por OSINERGMIN, tienen que mantener vigencia en el tiempo, tanto como dure la coyuntura fáctica.

Por tanto, de acuerdo a su propio contenido, la efectividad del Decreto de Urgencia no es inmediata, sino mediata, depende de la implementación de un conjunto de acciones, las mismas que, una vez realizadas, ya no dependen de la vigencia del Decreto de Urgencia sino del riesgo de ocurrencia de determinadas condiciones de hecho.



15. OSINERGMIN estaría incurriendo en una confusión al asumir que, concluida la vigencia del Decreto de Urgencia, desaparece la situación de restricción temporal. Cabe recordar que el Decreto de Urgencia no declara por sí mismo situaciones de restricción temporal, ni les señala un límite a su duración. No podría hacerlo. El Decreto de Urgencia delega en el Ministerio

la facultad de tomar la decisión de declarar tales situaciones, y el Ministerio ejerce tal facultad si las circunstancias lo ameritan.

Declarada la situación de restricción temporal, se implementan ciertas acciones destinadas a asegurar el suministro eléctrico al Servicio Público de Electricidad, cuando tales acciones se encuentren implementadas. Al no existir una relación de causalidad entre la existencia del Decreto de Urgencia y una situación de restricción temporal, no puede afirmarse que éstas pierden “vigencia”<sup>7</sup> con la extinción del Decreto de Urgencia como lo señala OSINERGMIN en el referido Informe Legal N° 167-2014-GART, criterio que le ha servido de sustento para no reconocer en la Resolución impugnada los costos totales incurridos por la recurrente por la generación adicional.

16. Dicho proceder evidencia que OSINERGMIN ha ignorado lo dispuesto en el antes referido Decreto Supremo N° 031-2011-EM. En esta norma reglamentaria se reconoce expresamente que las situaciones de restricción temporal no tienen que ocurrir necesariamente durante la vigencia del Decreto de Urgencia. En efecto, cuando el artículo 3° del Decreto Supremo dispone que en los costos totales que sean informados por las empresas estatales están incluidos los costos que se ocasionen por los contratos “(...), *cuyos plazos de vigencia trasciendan la del Decreto de Urgencia N° 037-2008, (...)*”, está ordenando que OSINERGMIN reconozca todos los costos, aun los que corresponden a los contratos que están siendo ejecutados después del 31 de diciembre de 2013, como es el caso de los costos originados en los contratos suscritos por la recurrente.
17. Debe tenerse presente que tanto las normas que surgen al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008, como los contratos celebrados por las empresas estatales en cumplimiento de las Resoluciones Ministeriales, tienen como único y exclusivo propósito asegurar, en el corto plazo, el



<sup>7</sup> “Vigencia”.- Calidad de *vigente*. “Vigente”.- Referido a las leyes y demás disposiciones generales de los poderes y de las autoridades, en vigor y de observancia obligatoria. OSSORIO, Manuel; “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”; Editorial Heliasta S.R.L., 1996.

abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN, es decir, hacer efectivo el objeto del Decreto de Urgencia.

Por tanto, cuando los contratos están en ejecución, aún después del 31 de diciembre de 2013, se está haciendo efectivo el objeto del Decreto de Urgencia. Nos encontramos, pues, ante una norma (el Decreto de Urgencia N° 037-2008) cuyo objeto se hace efectivo más allá de su período de vigencia: en tanto las situaciones de restricción temporal subsistan, los contratos son ejecutados y, por tanto, los costos totales generados deben ser reconocidos por OSINERGMIN mediante el CUGA.

18. El otro aspecto al que se refiere el mismo artículo 3° del Decreto Supremo es el relativo a la recuperación de los costos totales después de vencidos los contratos, es decir, cuando la situación de restricción temporal ha sido superada, pero que subsisten costos pendientes de recuperar. El tercer párrafo del mencionado artículo 3° se explica porque, como bien lo señala OSINERGMIN, “(...), es sabido que el reconocimiento de costos por Generación Adicional, es altamente superior al reconocimiento habitual por generación. (...)”<sup>8</sup>, de ahí que la norma reglamentaria disponga que el plazo de aplicación del CUGA deba ser definido de modo tal que el plazo de recuperación de los costos incurridos por la empresa estatal, no exceda los veinticuatro (24) meses de presentado el Informe.
19. Como podrá observarse, el Decreto Supremo N° 031-2011-EM antes referido revela la previsión expresa del Estado en cuanto a que la duración de los actos normativos<sup>9</sup> y contratos<sup>10</sup> concretos que es necesario implementar para el cumplimiento del objeto del Decreto de Urgencia, no podía estar en función del plazo de vigencia de la norma extraordinaria, es decir, de la vigencia del Decreto de Urgencia. Antes bien, la norma reglamentaria pone en clara evidencia la relación directa que existe entre la duración de los actos y contratos con la duración de la coyuntura que motivó la norma de

<sup>8</sup> Numeral 4.14 del Informe Legal N° 167-2014-GART.

<sup>9</sup> Normas de OSINERGMIN para reconocer los costos totales en que incurran las empresas estatales.

<sup>10</sup> Contratos celebrados por las Empresas para poner a disposición del SEIN la capacidad adicional de generación en cumplimiento de las Resoluciones Ministeriales.



urgencia. Ello se aprecia de manera indubitable también en el artículo 5°, referido a la vigencia de la norma reglamentaria, la misma que *“se mantendrá vigente hasta el vencimiento de todos los contratos suscritos por las empresas estatales como consecuencia del requerimiento que efectúa el Ministerio.”*

20. De lo expuesto, resulta, que la intención del legislador ha sido que los actos normativos y contratos derivados del Decreto de Urgencia N° 037-2008 subsisten y son plenamente válidos y eficaces en tanto subsista la coyuntura de hecho para la cual fueron emitidos y celebrados, independientemente del plazo de vigencia del Decreto de Urgencia, con el único propósito de asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN.
21. OSINERGMIN se ampara en una apreciación parcial y errónea de la naturaleza de las situaciones de restricción temporal toda vez que asume que las situaciones de restricción temporal de generación son una calificación jurídica y que, por tanto, perderían validez al término de la vigencia del Decreto de Urgencia. De ahí que en el análisis que efectúa para sostener su posición en el Informe Legal N° 167-2014-GART, le atribuya *“vigencia”* a las situaciones de restricción temporal.<sup>11</sup>
22. Así pues, la interpretación de OSINERGMIN deja de lado un aspecto sustancial en el análisis de la materia controvertida de fondo señalada en el párrafo 10 del presente recurso, cual es que el Decreto de Urgencia no declara las situaciones de restricción temporal. Dichas situaciones son declaradas mediante Resolución Ministerial reconociendo el riesgo de ocurrencia de una coyuntura fáctica. Tales Resoluciones son emitidas por el Ministerio de Energía y Minas en ejercicio de la facultad delegada por el Decreto de Urgencia. Por tanto, la situación de restricción temporal es una coyuntura de hecho, cuya existencia y duración (no *vigencia*)<sup>12</sup> están desligadas de la vigencia del Decreto de Urgencia. De esto se concluye que la posición de OSINERGMIN no refleja la realidad (jurídica ni fáctica) al

<sup>11</sup> Numeral 4.12 del Informe Legal N° 167-2014-GART.

<sup>12</sup> Ver Nota 8.



señalar que el Decreto de Urgencia "(...) expresamente ampara situaciones de restricción temporal, hasta el término de su vigencia."<sup>13</sup>

23. Como puede observarse, el Decreto de Urgencia que nos ocupa no tiene como supuesto de hecho la ocurrencia de una "situación de restricción temporal de generación" ya producida o existente, sino que, por el contrario, faculta al Ministerio de Energía y Minas para que, en anticipación al riesgo de su ocurrencia, la declare y encargue a una empresa estatal la contratación de la capacidad adicional de generación necesaria para evitar el racionamiento al Servicio Público de Electricidad.
24. No obstante ello, según OSINERGMIN el fin de la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008 implica también el fin de todas las situaciones de restricción temporal declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, no existiendo, de ese modo, la posibilidad que el regulador reconozca los costos totales incurridos por las empresas estatales originados en los contratos celebrados para hacer frente a las situaciones de restricción temporal más allá del 31 de diciembre de 2013.
25. Sin embargo, la posición de OSINERGMIN se basa en que si reconociese los costos totales por generación adicional incurridos por las empresas estatales para hacer frente a situaciones de restricción temporal de generación ocurridas después del 31 de diciembre de 2013, es decir, posteriores al término de la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008, el regulador estaría trasgrediendo los principios de aplicación de normas en el tiempo y el nivel jerárquico normativo, dado que el Reglamento (Decreto Supremo N° 031-2011-EM) no podía sostener la vigencia de una situación de restricción temporal más allá de la vigencia del Decreto de Urgencia. Es entonces que, sobre la base de tal interpretación, **OSINERGMIN decide ignorar el mandato contenido en el Decreto Supremo N° 031-2011-EM**, argumentando que éste desnaturaliza el carácter temporal del Decreto de Urgencia. En consecuencia, OSINERGMIN sostiene que, por jerarquía normativa, debía obviarse el Reglamento y aplicarse únicamente el Decreto de Urgencia.



<sup>13</sup> Numeral 4.13 del Informe Legal N° 167-2014-GART

OSINERGMIN no puede dejar de aplicar una norma dictada por el Poder Ejecutivo

26. OSINERGMIN no puede dejar de aplicar una norma reglamentaria como lo es el Decreto Supremo N° 031-2011-EM.

De acuerdo con el artículo 51° de la Constitución Política del Perú<sup>14</sup> el referido Decreto Supremo N° 031-2011-EM constituye una norma de carácter obligatorio y plenamente vigente desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, hasta que A) una norma de igual o superior jerarquía la derogue o la modifique<sup>15</sup>, hasta que B) se cumpla la condición que la misma norma contiene en su artículo 5° antes transcrito<sup>16</sup>; o bien si C) interpuesta una demanda de Acción Popular, recayese sobre tal proceso una sentencia del Tribunal Constitucional que quede firme con autoridad de cosa juzgada conforme a los artículos 75° y siguientes de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

27. Sólo en tales supuestos será que las normas, que permiten la recuperación de los costos totales por parte de las empresas estatales, pierdan vigencia por cuanto *“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.”*<sup>17</sup>
28. Resulta evidente que el Decreto Supremo N° 031-2011-EM no se encuentra en ninguno de los supuestos antes señalados, razón por la cual se encuentra plenamente vigente y es de cumplimiento obligatorio.



<sup>14</sup> “Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

<sup>15</sup> “Artículo I del Título Preliminar del Código Civil: La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella.”

<sup>16</sup> Ver párrafo 19.

<sup>17</sup> Artículo 82 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

### OSINERGMIN tampoco puede ejercer control difuso

29. Por tanto, la única explicación que puede encontrarse a la posición de OSINERGMIN para no aplicar el Decreto Supremo N° 031-2011-EM se encuentra en haber hecho uso de la facultad para ejercer el control difuso en sede administrativa, sobre la base de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03741-2004-PA/TC, que facultaba a los tribunales administrativos, como el Consejo Directivo de OSINERGMIN, a ejercer el control difuso en sede administrativa.
30. Sin embargo, es el caso, señor Presidente, que con fecha 18 de marzo de 2014 el Tribunal Constitucional emitió Sentencia en el Expediente N° 04292-2012-PA/TC, mediante el cual ese alto Tribunal resolvió dejar sin efecto el precedente vinculante del referido Expediente N° 03741-2004-PA/TC, razón por la cual, ningún tribunal administrativo, entre ellos el Consejo Directivo de OSINERGMIN, pueden ejercer el control difuso en sede administrativa.
31. De lo expuesto, resulta evidente, pues, que la intención del legislador ha sido que los actos y contratos derivados del Decreto de Urgencia N° 037-2008 se deben mantener vigentes y en pleno vigor en tanto subsista la coyuntura para la cual fueron emitidos y celebrados, independientemente del plazo de vigencia del Decreto de Urgencia, con el único propósito de asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN.

### Consecuencias de la tesis legal de OSINERGMIN

32. La tesis de OSINERGMIN según la cual todo cuanto se refiere a generación adicional acabó el 31.12.13, acarrea una primera consecuencia: la recurrente sufriría una pérdida económica gigantesca, dado que la cantidad que podría recuperar de los clientes finales que consumieron electricidad en los momentos de la generación de emergencia, sería una ínfima fracción de las cantidades que pagaron a los proveedores de dicha generación.
33. En efecto, la tesis legal de OSINERGMIN provocaría otras consecuencias tan o más importantes.



Por un lado, si todo acabó el 31.12.13, entonces las máquinas contratadas que actualmente están emplazadas y operativas, tampoco existen, jurídicamente hablando. Si las máquinas no existen, menos podrían ser despachadas. Estas máquinas desaparecieron al extinguirse el régimen legal que les dio vida inicialmente.

De acuerdo con esto, lo menos que debían hacer los directores y gerentes de las empresas a las que MINEM encargó la generación adicional, sería informar al centro de control propio y al COES, que las máquinas, por obra de la tesis de OSINERGMIN, ya no están más disponibles para ser despachadas.

La interrupción del servicio de emergencia sería una decisión basada no solamente en fundamentos legales (la tesis de OSINERGMIN), sino también económicos, puesto que mientras más horas funcionen las máquinas, mayor será la pérdida. Si interrumpen de inmediato, la pérdida será igual a todos los costos fijos ya comprometidos con el proveedor (que están "hundidos"), y los costos variables cometidos hasta antes de la interrupción. En cambio, si no se interrumpe, la pérdida se incrementará agregándole todos los costos variables que se cometan después por no haber dispuesto la suspensión.

Si la emergencia es extensa, los costos fijos resultarán ridículos frente a la factura que tendrán que pagar por el combustible (Residual, o peor, Diesel).

Ahora bien, si los directores y gerentes de las empresas estatales obrasen en armonía con la tesis de OSINERGMIN, el resultado sería: RACIONAMIENTO.

34. El Racionamiento es la última ratio para cualquier sistema eléctrico. Es decir, el sistema eléctrico, y en general un sistema energético, solamente realiza racionamientos cuando no existen o no se pueden aplicar medidas para evitarlo. Esta situación se sustenta en que las sociedades actuales dependen enteramente de la electricidad, ya sea para realizar sus actividades productivas o cotidianas. Por ello, el racionamiento eléctrico comporta



inevitablemente la paralización de casi todas las actividades sociales-económicas, generando grandes perjuicios.

35. Por la razón expuesta en párrafo anterior, existen varias disposiciones normativas que buscan precisamente evitar el racionamiento. Entre ellas, las que se mencionan a continuación:

- a. **Constitución Política del Perú**: La carta magna establece que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de servicios públicos (art. 58°). De esta disposición se desprende que el Estado es el encargado principal de asegurar que los servicios públicos sean prestados de manera universal y continua, como medios básicos de desarrollo individual y social del país.
- b. **Ley de Concesiones Eléctricas (D.L. 25844)**: Esta Ley establece que el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, es de utilidad pública y es un Servicio Público (artículo 2°).
- c. **Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (Ley 28832)**: Esta Ley establece que es de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad.

36. Las normas antes detalladas esgrimen la obligación de que el servicio eléctrico se preste efectiva y continuamente, de modo que el racionamiento de energía debe ser evitado por todos los medios posibles. En consecuencia, si el ordenamiento legal establece la obligación de mantener el suministro de electricidad, no es comprensible como la tesis legal de OSINERGMIN puede sostener que al finalizar el Decreto de Urgencia, las empresas deberían haber parado la generación adicional y realizar RACIONAMIENTOS en diversas zonas del país.

#### **La relación jurídica entre el Estado y EUSA**

37. Una vez que el Estado notificaba el encargo de contratar generación adicional a través de la Resolución Ministerial No. 529-2013-MEM/DM,



entre él y EUSA se establecía un vínculo jurídico, cuyo origen era el mandato legal contenido en el Decreto de Urgencia y que compelia a que las empresas encargadas no pudieran rechazar ni cuestionar el encargo comunicado, sino simplemente ejecutarlo en la medida que permitiera superar la restricción temporal de generación.

38. Ahora, como parte del vínculo jurídico generado, se establecieron obligaciones y derechos para las partes de la mencionada relación. Por un lado, el Estado evitaba el racionamiento eléctrico en la zona de Pucallpa y cumplía con su obligación de asegurar la prestación continua del servicio eléctrico; y por su parte, EUSA (empresa encargada) llevaba a cabo las contrataciones necesarias, asumiendo costos que luego le serían reembolsados sin menoscabo o evaluación.

De ese modo, EUSA asumía la **obligación** de contratar la generación adicional por el tiempo necesario para superar la situación de restricción temporal de generación, pero a la vez se le reconocía e incorporaba a su esfera jurídica, el **derecho** incuestionable a que se le reconozca los gastos incurridos para llevar a cabo la generación adicional.

39. El derecho de las distribuidoras a poder recuperar los costos incurridos por la ejecución de encargo encomendado, tiene origen en el Decreto de Urgencia pero de ningún modo se supedita al mismo, pues si incluso la norma hubiera cambiado en el tiempo, ese cambio no podría haber afectado a las empresas que hubieran devengado costos, sino únicamente a las nuevas situaciones que se generasen en el futuro.

40. Si la situación de restricción temporal de generación perdura en el tiempo y la distribuidora sigue realizando la actividad, no hay fundamento jurídico ni económico que pudiera sostener que dichas empresas tenían que asumir a expensas de su patrimonio los costos de generación adicional. Jurídicamente, si esa fuera la interpretación de OSINERGMIN, el Estado estaría expropiando el patrimonio a las distribuidoras, sin pagar ningún tipo de compensación, forzándolas a asumir una obligación estatal (prestación



continua del servicio eléctrico) y no una obligación propia de las distribuidoras de electricidad.

41. Ahora, hay muchas situaciones en que derechos y obligaciones se incorporan a las esferas jurídicas de las personas, haciéndolas, de ese modo, independientes a la vigencia de la norma. Lo único que puede volver a variar la esfera jurídica de una persona es el cumplimiento de la obligación o el derecho.
42. En efecto, proponemos ejemplos que ayudarán a entender mejor la incorporación de derechos y obligaciones en la esfera jurídica de las personas:
  - a. **Licencias de Construcción:** Si se hubiera construido un edificio en base a una licencia de construcción que autorizó 12 pisos, y posteriormente, con el edificio ya terminado, una modificación normativa impide la construcción de edificios de 12 pisos; no habría sentido en reclamar la demolición de los edificios de 12 pisos en la zona, salvo que medie una compensación equivalente. El autorizado a construir 12 pisos siguió los procedimientos impuestos y no tiene por qué ser compelido a destruir su edificio para poder cumplir con la norma. Este último se sustenta en que, al haber culminado el proceso, el autorizado incorporó a su esfera jurídica el derecho a mantener un edificio de 12 pisos.
  - b. **Recuperación Anticipada de IGV:** La recuperación anticipada de IGV es un beneficio que busca favorecer las grandes inversiones, de modo que durante el periodo de construcción (que podrían ser años) la empresa recupere el IGV incurrido justamente en la construcción, a pesar de que la empresa no se encuentre en etapa de operaciones. No se justificaría que un cambio normativo que elimine el beneficio de recuperación anticipada, elimine a su vez el derecho antes concedido, mucho más aún cuando mediante convenio se ha reconocido al inversionista el derecho de recuperación anticipada de IGV.



c. **Depreciación acelerada para Centrales Hidroeléctricas:** El inversionista que construya una central hidroeléctrica puede depreciar en menos tiempo sus activos. Este incentivo es fundamental cuando las Centrales Hidroeléctricas suponen grandes inversiones, que recuperaran únicamente en el largo plazo. No podría sostenerse que un inversionista que empezó a construir, justamente en base a este beneficio, simplemente lo pierda por un cambio normativo. El derecho a depreciar aceleradamente se incorporó al momento que el inversionista decidió realizar la construcción de la central.

43. En resumen, la relación jurídica creada por el encargo del Estado (Ministerio de Energía y Minas) a EUSA, incorporó derechos y obligaciones en las esferas jurídicas de las personas, cuya satisfacción no se subsume a la vigencia de la norma, sino a su cumplimiento efectivo (pago de los costos incurridos).

**La Ley de Afianzamiento de Seguridad Energética como sostén de la generación adicional contratada**

44. En este acápite se probará que a partir del 2014, el Regulador podía sostener la continuidad de las soluciones de emergencia contratadas, aplicando lo dispuesto por la Ley de Afianzamiento de la Seguridad Energética (en adelante, LASE). Sostener la continuidad incluye reembolsar los costos que provoque conservar el suministro de emergencia.

a. **¿Qué es “Seguridad Energética”?**

i) El concepto de Seguridad Energética tiene muchos más años de desarrollo en otras partes que en Perú. En los predios académicos la discusión sobre una definición o los límites de su aplicación, no es pacífica ni mucho menos ha quedado agotada<sup>18</sup>.

Sostenemos que la principal característica de un “suministro eléctrico seguro”, es la suficiencia del suministro. En otras palabras, el racionamiento eléctrico sería la antítesis perfecta de la

<sup>18</sup> Venero, Abel. *La Ley de Concesiones Eléctricas y su Rol en la Seguridad Energética del Perú*. En: Revista Peruana de Energía 1 (2012).



seguridad, o si se prefiere la demostración más palmaria de la inseguridad.

Es verdad que otras características del suministro seguro, podrían ser la accesibilidad (que cada vez haya menos excluidos), asequibilidad (precios económicos), confiabilidad (redundancia, diversidad y desconcentración), sostenibilidad (temas ambientales), y otros similares. Pero esas otras características se muestran secundarias, frente al valor que innegablemente tiene la necesidad de evitar el racionamiento.

- ii) En ese sentido, el Decreto de Urgencia N° 037-2008 pertenece al conjunto de normas que implementan la política de seguridad energética.

Qué duda cabe! Las unidades (generalmente móviles e individualmente pequeñas) que se trasladan en muy poco tiempo a zonas alejadas de las grandes ciudades, son la *última ratio* frente a la inminencia del racionamiento. La solución que provee dicho decreto, es el ejemplo arquetípico de Seguridad Energética. Gracias a estas unidades la oferta puede ser al menos igual a la demanda, siendo lo deseable que la oferta sea algo mayor que la demanda (es decir, que haya reserva).

#### b. ¿Qué relación existe entre el Decreto de Urgencia y la Ley LASE?

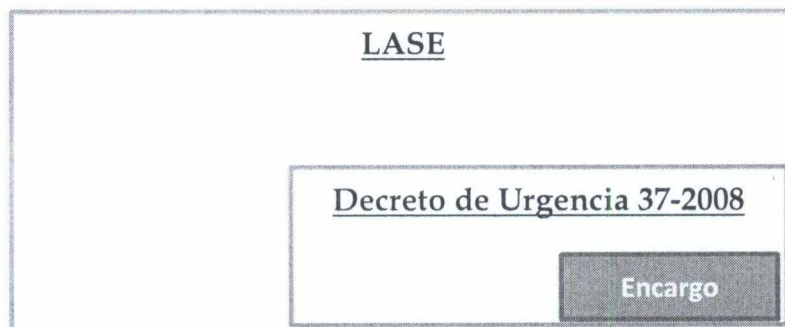
Es evidente, que mientras el decreto es la especie, la ley es el género.

En efecto, el objetivo de LASE no es solamente la suficiencia (Inciso i) del artículo 1.1), sino varios otros (ver los demás incisos...). Si bien la LASE puede ser aplicada para implementar por ejemplo soluciones iguales a las que habilita el decreto, también puede ser utilizada para otros tipos de proyectos y con otros objetivos, aunque todos tengan en común el afianzar la seguridad de abastecimiento, y no solamente eléctrico, sino en general energético.



Si la relación entre ambos es la de género a especie, entonces, el fenecimiento del Decreto de Urgencia no dejó ningún vacío: el espacio que dejó el decreto al finalizar el 2013, fue reemplazado instantánea y forzosamente por la ley LASE.

En el siguiente gráfico se representa el carácter comprensivo de la LASE, que como norma superior y general, incluye el caso específico de la generación de emergencia.



### c. Disposiciones de la LASE aplicables

El numeral 1.2, del artículo 1° de la LASE, establece lo siguiente:

*“La confiabilidad de la cadena de suministro de la energía para el mercado nacional tiene prioridad y es asumida por toda la demanda que es atendida por el sistema nacional. El Ministerio de Energía y Minas, en coordinación con Osinergmin, establece la forma y oportunidad en que los usuarios del sistema energético utilizan y pagan las instalaciones adicionales a dicho sistema en el ámbito de la presente Ley”.*

La disposición del mencionado numeral es bastante clara y de carácter auto-aplicativo, de modo que no se necesita una norma adicional o complementaria para poder ser ejecuta. De ese modo, OSINERGMIN y el Ministerio de Energía y Minas estaban habilitados a implementar las medidas que resultaran necesarias para asegurar la confiabilidad de sistema energético, que en el caso eléctrico, no es otra cosa que garantizar la prestación continua del servicio de electricidad.



En otras palabras, independientemente de la vigencia del Decreto de Urgencia y su reglamento, OSINERMGIN y el Ministerio de Energía y Minas estaban facultados a tomar e implementar las medidas que evitaran el racionamiento eléctrico.

En consecuencia, no puede entenderse que el término de la vigencia del Decreto de Urgencia suponga acabar con todos los encargos de generación adicional, pues se estaría sosteniendo ilegalmente que las empresas debían preferir racionamiento eléctrico, y no el aseguramiento del suministro continuo. La LASE consagra y autoriza de manera expresa que el OSINERGMIN y el Ministerio de Energía y Minas establezcan permanentemente los mecanismos que permitan afianzar el suministro de electricidad en el país.

### III. ANEXOS

1. Copia Literal de los Poderes del Gerente General.
2. Copia del DNI del Gerente General.

#### POR TANTO:

Pedimos a usted, Sr. Presidente del Consejo Directivo, se tenga por interpuesto el presente recurso de Reconsideración y, declarándolo fundado, disponga que los costos totales, incluyendo los costos financieros, incurridos por EUSA por la generación adicional puesta a disposición del SEIN en razón de la situación de restricción temporal de generación declarada mediante la Resolución Ministerial N° 529-2013-MEM/DM, sean cubiertos por el CUGA cumpliendo con todos los términos y condiciones establecidos en el Decreto de Urgencia N° 037-2008 y en su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 031-2011-EM.

OTROSI DECIMOS: Solicitamos acumulativamente, a título de pretensión alternativa a la formulada en el principal del presente escrito, que las Tarifas en Barra fijadas por la Resolución materia de Reconsideración, para las Barras de Referencia de Generación Relevantes (BRGR); sean modificadas (incrementadas),



en la medida que haga falta para que EUSA pueda compensar (pagar) los costos asociados con la generación de emergencia contratada.

Utilizaremos como BRGR, en el presente caso, la barra de Pucallpa.

**I. Relevancia de los Precios en Barra como parte del presente Recurso de Reconsideración**

- a) Si a la postre se confirmase la tesis de OSINERGMIN en el sentido que el régimen de generación adicional acabó para todo efecto el 31.12.13; entonces, la relación entre el Distribuidor y el suministrador de emergencia, tendría que ser gobernada, a partir de dicha fecha, por el régimen legal común.

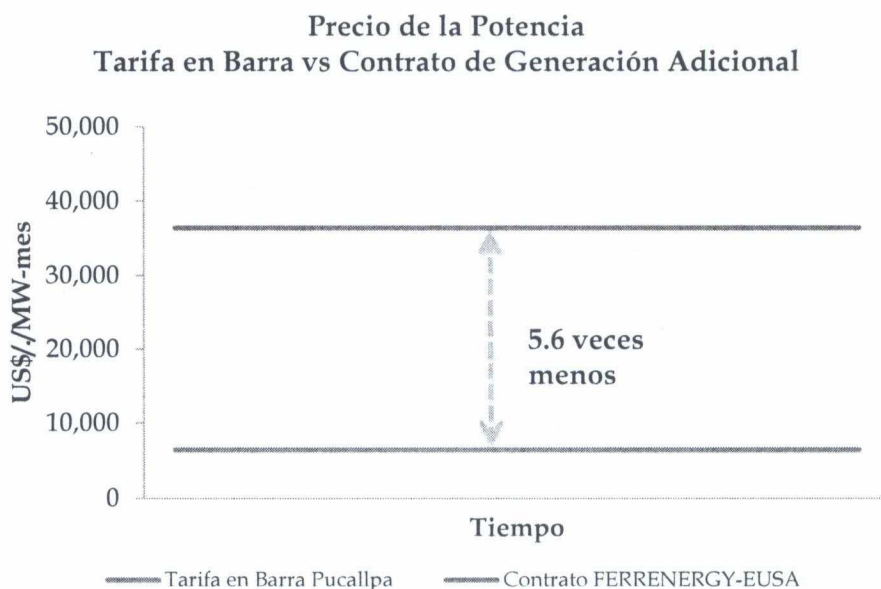
Según el régimen legal común, cuando un Distribuidor celebra un contrato bilateral (sin licitación) con un suministrador, entonces no puede pactar por precio, un valor mayor al Precio en Barra. Si el Distribuidor se viera obligado a obtener suministro en base a contratos bilaterales directos, tendrá que lograr su objetivo sabiendo que no puede pagar al proveedor más que lo que puede cobrar de los usuarios: el Precio en Barra.

- b) Pues bien, en el caso concreto que nos ocupa, si bien EUSA pidió y comparó cotizaciones antes de decidir, en sentido estricto el contrato adjudicado al suministrador de emergencia no ha resultado de una licitación. Ha sido un contrato bilateral directo.

Por lo tanto, puestos ante la negativa de OSINERGMIN de reembolsar los costos de la generación de emergencia, cobra relevancia fundamental analizar si el Precio en Barra que OSINERGMIN ha fijado para las BRGR (que son las pertinentes al área atendida con el suministro de emergencia), es, sobre todo a partir del 01.01.14, jurídicamente adecuado.



- c) Ahora bien, el análisis de la validez jurídica del Precio en Barra fijado para las BRGR, comporta no solamente verificar si dicho precio ha sido determinado cumpliendo los parámetros que disciplinan la materia general de los precios en barra (que fundamentalmente están indicados en LCE, 47); sino si su valor se aproxima a uno que permita compensar suficientemente los costos en que se debe incurrir para poder obtener el suministro en las particulares circunstancias de la emergencia suscitada.
- d) En nuestra opinión, la Resolución materia de la presente Reconsideración, ha fijado para las BRGR, Precios en Barra cuyo sustento a todas luces colisiona con las normas generales que disciplinan la determinación de los Precios en Barra; y además, dichos precios son absolutamente insuficientes de cara a solventar el costo real de la generación adquirida (ver gráfico siguiente).



## II. El escondite de la capacidad infinita

¿Cómo es posible que exista tan enorme distancia entre el precio teórico (regulado) y el precio real? Por lo general, en materia de precios regulados, la distancia entre lo que pide el regulado como tarifa y lo que ofrece el regulador, podría estar –pensando solamente en orden de magnitud–, en el



rango de 0 a 20%, y en el extremo, quién sabe, hasta 30 o 40%. Pero, ¿cómo explicar una distancia tan abrumadora como 400% o más?

La raíz del error es -dicho sea con todo respeto-, una equivocación gigante: GART ha asumido que la conexión entre el SEIN y las áreas de demanda atendidas con el suministro de emergencia, es ilimitada. Es decir, ha asumido que la capacidad de transporte de las líneas existentes es infinita.

Pero la realidad es otra. Grotescamente, otra: las líneas en cuestión tienen capacidad limitada. Cuando se llega al límite de capacidad operativa de las líneas, las áreas de demanda que importaban electricidad del SEIN valiéndose de esa conexión, quedan físicamente aisladas. Alcanzado el límite, dichas áreas son verdaderos sistemas aislados. Es un hecho incontrovertible. Y la prueba ello es, nada menos, la presencia de la generación de emergencia cuyos costos se reclaman. También es prueba, curiosamente, el presente recurso de reconsideración, pues éste jamás habría sido escrito por alguien, si por alguna mágica razón la capacidad de las líneas realmente fuese infinita.

En el caso del encargo a EUSA, ocurre lo siguiente:

EUSA se encuentra interconectada al SEIN a través de la Línea 138 kV Aguaytía-Pucallpa. En el año 2012, durante la actualización del Plan de Transmisión, el COES sustentó y avaló la necesidad de reforzar la LT Aguaytía-Pucallpa para poder atender la demanda eléctrica. No obstante, se proyectó que el reforzamiento de LT antes mencionada estaría listo recién en el año 2016.

En este contexto, y dado que para el año 2013 la LT Aguaytía-Pucallpa ya no podía trasladar toda la electricidad demandada en la zona de Pucallpa, el MEM decidió declarar la Situación de Restricción Temporal de Generación, autorizándose a EUSA a la contratación de generación adicional de emergencia.



Ahora, también se tiene previsto la instalación de una Central Térmica de Reserva Fría en Pucallpa para marzo de 2015 (plazo contractual), de modo que el reforzamiento de la LT o la central podrán solucionar en el mediano plazo los requerimientos de energía de la zona Pucallpa.

Evidentemente, EUSA no tiene ninguna influencia sobre la ejecución del Plan de Transmisión ni sobre la construcción y puesta en operación comercial de la reserva fría. Ambas situaciones dependen de instituciones estatales ajenas a las actividades de EUSA.

Por tanto, en los periodos que EUSA no puede retirar energía del SEIN se comporta como cualquier sistema aislado, debiendo recibir una tarifa adecuada que le permita asumir los costos generados por su aislamiento ocasional.

Una vez que nos deshacemos de la realidad, los errores se precipitan solos.

De un lado, el programa de operación teórico que minimiza los costos totales de producción, así como los costos marginales esperados, son tan notablemente incorrectos como el haber asumido que la conexión era infinita. Esto implica una transgresión del Inciso c) del artículo 47° de la Ley de Concesiones Eléctrica.

De otro lado, la unidad de generación típica, elegida para suministrar potencia de punta (y consecuentemente, para definir el precio básico de la potencia), no es, ni remotamente, igual o similar a la unidad de generación con la que realmente se cubrirá la punta. Esto implica una transgresión del Inciso e) del artículo 47° de la Ley de Concesiones Eléctrica. Nos referiremos a ambos asuntos por separado.



### **III. Los costos marginales empleados para calcular el Precio en Barra**

- a) El principal problema estriba en que GART considera aplicable al proceso de determinación de los Precios en Barra, lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 049-2008 (cuya vigencia fue prorrogada hasta el 31.12.16 por

la Ley 30115), en relación con el congelamiento o idealización de los costos marginales.

Nosotros sostenemos que es incorrecto aplicar el referido Decreto de Urgencia al proceso de determinación de Precios en Barra, por las razones siguientes:

- b) Las características de este decreto, en lo que se refiere a los costos marginales, son las siguientes:
- Es una norma de carácter excepcional y que restringe derechos. Es excepcional, porque asume una ficción absoluta: que la capacidad de transmisión eléctrica y de transporte de gas, son infinitas. Y es restrictiva de derechos, porque hace que los generadores reciban por sus inyecciones menos de lo prometido por la norma general.
  - La ficción asumida (también denominada “idealización” o “congelamiento” de costos marginales), fue ordenada por la norma para ser aplicada en el ámbito concreto del despacho económico, es decir, para efectos de la liquidación del mercado de transferencias.
  - Esta ficción, como todos sabemos, tuvo por función revertir la falta de incentivos para contratar suministro destinado al Servicio Público.
- c) De considerarse -erradamente- que el congelamiento de costos marginales es aplicable también para el cálculo de los Precios en Barra, entonces:
- El decreto estaría siendo interpretado en contra del marco legal general del sector eléctrico constituido por la LCE y el RLCE, los cuales establecen que los precios regulados deben reflejar los costos efectivos y eficientes de producción y mantenerse dentro de los parámetros que arroja el mercado.
  - Pese a tener naturaleza excepcional, el decreto estaría siendo aplicado extensivamente o analógicamente a supuestos distintos a los indicados en la norma, pues en lugar de ser aplicado solo para efectos



del despacho económico, también lo sería con otro propósito distinto, cual es, el determinar los precios en barra.

- Si las tarifas en barra terminan congeladas (como consecuencia de emplear costos marginales congelados), entonces no habrá incentivo para una contratación bilateral con el Servicio Público; lo cual comportaría promover un resultado exactamente opuesto a aquél que sostiene el fundamento del decreto, cual es, incentivar la contratación.
- d) A juzgar por lo anterior, no es jurídicamente válido emplear costos marginales congelados a los efectos de determinar los precios en barra, dado que:
- El DU no ha dejado sin efecto ni suspendido el principio de la LCE según el cual los precios regulados deben reflejar los costos efectivos y eficientes. El costo marginal no es un precio regulado, el precio en barra sí lo es.
  - Una norma excepcional no puede ser aplicada ni extensiva ni analógicamente (Cfr. Artículo 139° de la Constitución Política del Perú y artículo IV del Código Civil).
  - Sin caer en clamorosa contradicción, es imposible sostener como válida una interpretación de la norma tal, que provoque un efecto contrario a la razón de ser de la norma.
- e) Haber empleado costos marginales congelados en lugar de costos marginales reales, comporta una transgresión del Artículo 47° Inciso c) de LCE.

#### IV. La unidad de generación típica

- a) Como unidad de generación típica GART ha considerado una turbina a gas en ciclo simple, Siemens, de 161 MW, que se amortiza en 14 años a razón de 12% anual.



- b) Evidentemente, si se reconociera -como debe ser-, que el área servida mediante la barra congestionada constituye un subsistema aislado, entonces la unidad de generación típica sería otra muy distinta.

Pero además, como también tendría que reconocerse que esta unidad tiene que obtenerse en condición de emergencia y por muy poco tiempo (antes que se amplíe la conexión con el SEIN), entonces: los costos de inversión deben ser aquellos que se observan en el mercado cuando se contrata con poca anticipación y por corto tiempo, y el plazo de amortización debe ser muy reducido. Rectificados esos valores, el precio en barra será considerablemente distinto.

Por cierto, en base a los servicios de emergencia contratados en el último quinquenio, GART ya dispone de estadística relevante y confiable acerca de cuánto cuesta realmente contratar generación con poca anticipación y por corto tiempo.

- c) Haber empleado una unidad típica completamente irreal, comporta una transgresión del Artículo 47° Inciso c) de LCE.

#### V. Expropiación indirecta

- a) La realidad, dura y sencilla, es que la congestión de una línea, en los hechos, desacopla el sistema aislando al área deficitaria (se crean tantos subsistemas como líneas congestionadas existan). Esta realidad física debería ser reflejada en la decisión regulatoria por la vía de un incremento importante del precio regulado en la barra congestionada. Solamente así, el regulador proveerá la señal económica necesaria para que un generador (o incluso el propio distribuidor, si así lo desea), invierta en generación a instalar en el lado del subsistema deficitario. Obrar de otro modo acarrea perennizar la escasez, la cual no hará más que agrandarse con el paso del tiempo.


- b) Impedir el reembolso de los costos de la generación adicional, y al mismo tiempo proveer un precio en barra que no permite remunerar ni una fracción de dicha generación a título de generación común, se traducirán

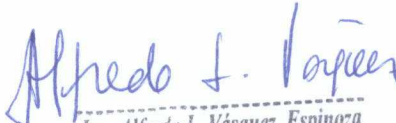


en pocos meses, en un menoscabo significativo de los recursos actuales (caja, valor de las acciones, etc.) y una frustración de los ingresos y planes futuros.

- c) Este menoscabo económico constituye una expropiación indirecta, es decir, se trata de una decisión que si bien reviste la forma de acto regulatorio, en el fondo implica que el Estado arrebatara los recursos de la empresa regulada, produciéndose un efecto equivalente al de una típica expropiación.
- d) A decir del Tribunal Constitucional, el ordenamiento jurídico peruano no tolera la expropiación indirecta, porque equivale en los hechos a una afectación de los derechos fundamentales a la propiedad y libre empresa<sup>19</sup>.
- e) De modo que, la última determinación de Precios en Barra para las BRGR, es un acto administrativo jurídicamente inválido (concretamente, nulo), no solamente porque se ha inaplicado normas eléctricas imperativas (como es la Ley de Concesiones Eléctricas, art. 47°), y se ha aplicado normas impertinentes (como el Decreto de Urgencia que congela costos marginales); sino también porque, en conjunto con la negativa al reembolso de costos de generación adicional, provocarían pérdidas económicas de tal magnitud, que son incompatibles con los derechos constitucionales de propiedad y libre empresa.

Pucallpa, 06 de mayo de 2014.

  
**Miguel A. Cueva Usquiano**  
**ABOGADO**  
**CAL. 31297**

  
Ing. Alfredo L. Vásquez Espinoza  
Gerente General  
ELECTRO UCAYALI S.A.

<sup>19</sup> [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01735-2008-AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01735-2008-AA.html) y [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01735-2008-AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01735-2008-AA.html)



**SUNARP**  
SUPERINTENDENCIA NACIONAL  
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° VI. SEDE PUCALLPA  
OFICINA REGISTRAL PUCALLPA  
N° Partida: 11000063

**INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS  
EMPRESA CONCESIONARIA DE ELECTRICIDAD DE UCAYALI SOCIEDAD ANÓNIMA  
ELECTRO UCAYALI S.A.**

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS  
**RUBRO : NOMBRAMIENTO DE MANDATARIOS**  
C00056

**REMOCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE DIRECTORES, REMOCIÓN Y NOMBRAMIENTO  
DE GERENTE GENERAL Y GERENTE TECNICO Y OTORGAMIENTO DE PODERES**

**JUNTA GENERALES:**

I) Por Junta General de Accionistas de fecha 23/02/2011, se acordó por unanimidad lo siguiente:  
- **Remover a RICARDO NAZARIO RODRÍGUEZ MORI**, con DNI N°08300205, del cargo como **Presidente del Directorio** de la Sociedad.  
- **Designar a PABLO FERNANDO SARRIA ARENAS**, con DNI N°08231131, como **Director** de la Sociedad.

II) Por Junta General de Accionistas de fecha 02/02/2012, se acordó por unanimidad lo siguiente:  
- **Tomar conocimiento de la renuncia de SAMUEL GUSTAVO TELLO PRADO**, como **Director** de la Sociedad  
- **Designar a ROSSINA MANCHE MANTERO**, con DNI N°40341002, como **Presidenta del Directorio** de la Sociedad.  
- **Designar a JOSE ELEUTERIO LEON TOP VIGIL**, con DNI N°10330885, como **Director** de la Sociedad.

**SESIONES DE DIRECTORIOS:**

III) Por Sesión de Directorio de fecha 26/05/2012, se acordó por unanimidad lo siguiente:  
- **Designar a ALFREDO MARIO QUISPE PORRAS**, con DNI N°08556021, como **Gerente Técnico** de la Sociedad.  
- **Otorgar a ALFREDO MARIO QUISPE PORRAS**, los poderes tipo B-contractuales, tipo C-bancarios y financieros, y poderes tipo D-procesales, cuyas facultades se encuentran detalladas en el Reglamento de Poderes aprobados por el Directorio.

IV) Por Sesión de Directorio de fecha 07/08/2012, se acordó por unanimidad lo siguiente:  
- **Designar a ALFREDO LUIS VASQUEZ ESPINOZA**, con DNI N°07944975, como **Gerente General** de la Sociedad, con eficacia a partir del 14 de Agosto de 2012, otorgándole los poderes inherentes al cargo de Gerente General, cuyas facultades se encuentran detalladas e inscritas en el asiento C00046 de la Partida Electrónica 11000063 del Registro de Personas Jurídicas de Pucallpa.  
- **Dar por concluido el encargo a JUAN JESÚS RAMOS PALOMINO**, con DNI N°19888708, en el cargo de **Gerente General** de la Sociedad, con eficacia a partir del 14 de Agosto de 2012, quien conservará el cargo de confianza de **Gerente de Distribución y Comercialización** de la Sociedad del cual es titular.

*Así consta en las copias certificadas expedidas el 06/10/2011, el 31/10/2012 y (02 copias certificadas) del 28/08/2012, respectivamente, todas por el Notario Público de Pucallpa, Giovanna Merino Reyna Campodónico. Las Actas de Juntas Generales obran a fojas 02-05 y 28-31, respectivamente, del libro de Actas N° 05, perteneciente a la Sociedad, legalizado por el Notario Público de Pucallpa, Giovanna Merino Reyna Campodónico, el 22/08/2011, registrado bajo el N°512-2011. Las Actas de Sesiones de Directorio obran a fojas 401-418 y 468-481, respectivamente, del libro de Actas de Directorio N° 10, perteneciente a la Sociedad, legalizado*

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 124-97-SUNARP

**sunarp** ZONA REGISTRAL N° VI  
SEDE PUCALLPA  
Página Número 1

*Ines Elmita Vargas Estrella*  
**Ines Elmita Vargas Estrella**  
ABOGADO CERTIFICADOR (e)



**SUNARP**  
SUPERINTENDENCIA NACIONAL  
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° VI. SEDE PUCALLPA  
OFICINA REGISTRAL PUCALLPA  
N° Partida: 11000063

**INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS  
EMPRESA CONCESIONARIA DE ELECTRICIDAD DE UCAYALI SOCIEDAD ANÓNIMA  
ELECTRO UCAYALI S.A.**

por el Notario Público de Pucallpa, Giovanna Merino Reyna Campodónico, el 01/12/2010, registrado bajo el N° 2643-2010

El título fue presentado el 07/11/2012 a las 04:45:41 PM horas, bajo el N° 2012-00034422 del Tomo Diario 0150. Derechos cobrados S/.168.00 nuevos soles con Recibo(s) Número(s) 00004927-100024306-03.-CORONEL PORTILLO, 17 de Diciembre de 2012

Dr. Mileber Zanca Falcón  
Registrador Público ORUG

**Copia Certificada**  
**No hay Títulos Suspendidos y/o Pendientes de Inscripción**  
**Sin Inscripción al Dorsó**  
**A Horas : 8:00 AM**

ZONA REGISTRAL N° VI  
SEDE PUCALLPA

Ines Elmita Vargas Estrella  
ABOGADO CERTIFICADOR (e)





Fecha : 07/05/2014

Hora : 5:06 PM

## CARGO DE DOCUMENTO INGRESADO

<b>Trámite</b>	2014 - 59200 - Osinergmin Central - 1 2014/05/07 5:06 PM
<b>Remitente</b>	ELECTRO UCAYALI S.A.
<b>Documento</b>	CARTA Nro. S/N
<b>Dirección</b>	AV. CIRCUNVALACION N° 300 YARINACocha
<b>Asunto</b>	OR PUCALLPA // PRESENTA RECURSO DE RECONSIDERACION CONTRA RESOLUCION N° 067-2014-OS/CD
<b>Observación</b>	RECIBIDO EN OR PUCALLPA EL 06/05/2014
<b>Oficina de Destino</b>	GERENCIA ADJUNTA DE REGULACION TARIFARIA



Recuerde que para un próximo trámite debe señalar el número de expediente 201400059200

### Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

Bernardo Monteagudo 222

Servicio telefónico de atención al ciudadano: LIMA 01-2193410/PROVINCIAS 0800-41800(línea gratuita)  
SGAINZA