



OSINERGMIN	
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria	
RECIBIDO	HORA: 16:42
23 MAY 2012	
4151	2011-516
REGISTRO	EXPEDIENTE
LA RECEPCIÓN DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD	

GE-108-12

Referencia : Resolución N°057-2012-OS/CD
Fijación de los Precios en Barra para
el Periodo mayo 2012 – abril 2013

Escrito N° : 2

Sumilla : Argumentos Adicionales al Recurso
de Reconsideración

AL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante, "VOLCAN"), representada por su Apoderado, señor Pedro Olortegui Perea, con poder inscrito en el Asiento N°33 de la Ficha 41074 del Registro Público de Minería, con domicilio legal en avenida Manuel Olgúin N°373, piso 7, Santiago de Surco, ante ustedes respetuosamente decimos:

Que en el Primer Otrosí de nuestro **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** presentado contra la Resolución N°057-2012-OS/CD (en adelante, Resolución Impugnada) nos reservamos el derecho de fundamentar con mayor detalle nuestra pretensión impugnatoria. En la medida que aún no se ha emitido pronunciamiento definitivo, de conformidad con el Primer Otrosí antes referido y con lo establecido en el acápite 161.1 del artículo 161° de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, LPAG) presentamos argumentos adicionales a ser considerados por el Consejo Directivo del OSINERGMIN al momento de resolver nuestro recurso de reconsideración.

I. ARGUMENTOS ADICIONALES A NUESTROS FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.1. Marco Legal al Cual Debe Sujetarse el OSINERGMIN

1.1.1. La facultad del OSINERGMIN para fijar las tarifas, el Cargo Unitario por Generación Adicional en específico, está establecido en el marco legal aplicable al sector eléctrico. Lo señalado previamente, no implica que el OSINERGMIN pueda ejercer dicha facultad de manera libre y arbitraria. Muy por el contrario, el OSINERGMIN, como toda entidad del Estado, debe sujetar su actuación a determinados principios que rigen todas las decisiones de la administración

pública y, además, debe regirse estrictamente por los criterios, normas y disposiciones sobre fijación tarifaria contenidas en el marco legal del sector eléctrico. En el caso particular del Cargo por Generación Adicional, este marco legal está conformado por la Constitución Política, el Decreto de Urgencia N°037-2008, la LPAG –en concreto su artículo 32°- y el Decreto Supremo N°031-2011-EM.

- 1.1.2. Uno de los límites a la discrecionalidad del OSINERGMIN se halla en el principio fundamental de legalidad, que constituye uno de los pilares del Derecho Administrativo y que consiste, según definición contenida en el acápite 1.1.1 del Artículo IV de la LPAG, en: *“Las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”*.(resaltado adicionado)

En ese sentido, García de Enterría explica que:

“El principio de la legalidad de la administración (...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la administración no puede actuar, simplemente.”¹
(Subrayado adicionado)

- 1.1.3. De lo anterior se infiere que el principio de legalidad establece una obligatoria relación de causalidad entre las actuaciones de la administración pública y las normas legales, en virtud de la cual las funciones, competencias y actos de aquella deben ser consecuencia de lo establecido en éstas. En otros términos, en el Derecho Público, la administración únicamente está facultada para hacer lo que una ley expresa le autoriza y que tenga por objeto alcanzar los fines enunciados en la normativa. El respeto al principio de legalidad, se constituye así en una

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II. Novena edición, Madrid. Civitas, 1999. Pp. 429 y 433.

garantía fundamental para los administrados, reconocido incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos².

1.2. El Consejo Directivo del OSINERGMIN se Encuentra Facultado a Ejercer el Control Difuso

1.2.1. En consideración al principio de juridicidad y de sometimiento a la Constitución y a las leyes antes mencionado, el Consejo Directivo del OSINERGMIN (en adelante, CD del OSINERGMIN) está facultado a efectuar el control difuso administrativo, en el marco de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N°3741-2004-AA y su aclaratoria. En consecuencia, le solicitamos expresamente, invocando dicho precedente, que proceda a cumplir con su deber de inaplicar, por ser inconstitucionales, tanto el Decreto de Urgencia N°037-2008 (en adelante, DU 037) y el Decreto Supremo N°031-2011-EM (en adelante, DS 031), en aquellos extremos que resultan inconstitucionales o ilegales, respectivamente.

1.2.2. Respecto a la facultad de aplicar el control difuso por parte del CD del OSINERGMIN, es preciso acudir al Fundamento Jurídico N°50 (Regla sustancial, Literal A) de la Sentencia del Tribunal Constitucional antes referida, (que tiene la calidad de precedente vinculante al amparo del artículo VII del Código Procesal Constitucional³), en el cual el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido en diversas sentencias la importancia que tienen los límites a la actuación de la administración, particularmente el principio de legalidad. Por ejemplo, en el caso Baena Ricardo contra el Estado de Panamá, sentenció: “Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados” (Citado por PEREIRA CHUMBE: La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444; en “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”; ARA Editores; Lima; 2001; Pág. 287).

³ Código Procesal Constitucional, Artículo VII:

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”
(Resaltado adicionado)

1.2.3. Este precedente constitucional ha sido aclarado por los Fundamentos Jurídicos 4, 7 y 8 de la Resolución de fecha 13 de octubre de 2006⁴, del propio Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

“4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados (...)

7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.”
(Resaltados adicionados).

1.2.4. De lo señalado en los numerales previos se infiere que, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional antes acotada y su aclaración (en regla que ha sido confirmado en el Fundamento Jurídico 24 de la STC N° 00014-2009-PI/TC), el ejercicio del control difuso a cargo de los órganos colegiados de la Administración Pública, requiere de cuatro (4) condiciones que deben darse para cumplir con el precedente vinculante señalado, las cuales bajo nuestra consideración, cumple el Consejo Directivo del OSINERGMIN, encontrándose por tanto facultado para inaplicar el DU 037 y el DS 031⁵:

⁴ La referida Resolución dispone lo siguiente en su parte dispositiva lo siguiente: “Declarar que las reglas sustanciales y procesales precisadas en los considerandos 4, 7 y 8 de la presente resolución, forman parte integrante del precedente vinculante establecido en el fundamento 50 de la sentencia constitucional emitida en la presente causa” (hace referencia a la STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC).

⁵ Esta interpretación del precedente de la STC Exp. 3741-2004-AA/TC y su aclaratoria, ha sido ratificada por la STC Exp. N° 00014-2009-PI/TC, Fundamento 24, en el cual el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

- (a) El control difuso será aplicado por tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.
- (b) La ley (norma) cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.
- (c) Dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.
- (d) El control difuso será ejercido a pedido de parte, y excepcionalmente de oficio. Cuando el control difuso es solicitado por parte interesada, los tribunales u órganos colegiados que imparten “justicia administrativa”, están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados

1.2.5. El CD del OSINERGMIN cumple con las condiciones requeridas por el citado precedente del Tribunal Constitucional para efectuar debido a que:

- a) El CD del OSINERGMIN es el órgano colegiado de máxima jerarquía de dicha institución⁶. OSINERGMIN, por su parte, es un Organismo Regulador, organismo integrante del Poder Ejecutivo conforme al artículo 32° de la Ley N°29158, Ley

J.

“24. Se ha fijado entonces una serie de condiciones a fin de garantizar el uso de esta prerrogativa, precisándose que el control difuso administrativo procederá cuando: i) se lleve a cabo por tribunales de carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, ii) la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, iii) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo, y; iv) el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que advierta que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, puede establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.
(subrayado en el original)

⁶ De acuerdo con el artículo 50° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Orgánica del Poder Ejecutivo⁷. Asimismo, ejerce sus competencias a nivel nacional⁸, las cuales se encuentran desarrolladas en la Ley N°26734 y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores.

Adicionalmente, el CD del OSINERGMIN ejerce justicia administrativa, declarando y resolviendo procedimientos y recursos administrativos que versan sobre derechos fundamentales de los administrados, tales como: procedimientos administrativos de fijación tarifaria (como es el presente caso), emisión de normas de carácter general y particular, emisión de mandatos administrativos y fundamentalmente, la resolución de recursos de reconsideración contra sus decisiones.

En tal sentido, el CD de OSINERGMIN está incluido dentro de los requisitos del Fundamento Jurídico N°4 de la Resolución aclaratoria de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N°3741-2004-AA/TC).

- b) Tanto el DU 037 como el DS 031, no son pasibles de ser interpretados de conformidad con la Constitución, y son normas manifiestamente inconstitucionales, tal como lo desarrollaremos a lo largo del presente escrito. El DU 037 es inconstitucional al violar

J

⁷ Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, artículo 32°:

Artículo 32.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.
4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.
5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.
6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese.

⁸ Ley N°27783, Ley de Bases de la Descentralización, artículo 26°:

Artículo 26.- Competencias exclusivas

26.1. Son competencias exclusivas del gobierno nacional:

(...)

j) Regulación de los servicios públicos de su responsabilidad.

(...)

i) Otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado.

el derecho a la igualdad prescrito en la Constitución, así como la jurisprudencia y precedentes constitucionales sobre dicho derecho. Por otro lado, el DS 031 es inconstitucional, al establecer una “Declaración Jurada” aparentemente “irrevisable” en la vía administrativa, estableciendo una norma que desconoce flagrantemente los alcances de los principios de privilegio de controles posteriores, de presunción de veracidad y de verdad material, contenidos en el artículo IV del Título Preliminar así como el artículo 32° de la LPAG, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad relevante para este caso.

Para tal efecto, es preciso señalar que, conforme lo analizaremos en las siguientes líneas, la interpretación conforme a la Constitución tanto del DU 037 como del DS 031, es imposible, en la medida que la letra expresa de tales normas desconoce a la Constitución como al bloque de constitucionalidad (el DU 037, al establecer el factor de asignación discriminando entre clases de usuarios sin fundamento alguno, viola directamente el derecho a la igualdad y el DS 031 viola expresamente las previsiones de la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre la presunción de veracidad y la fiscalización posterior). En tal sentido, no queda otra alternativa para salvaguardar nuestros derechos que solicitar que el CD del OSINERGMIN ejerza su facultad de control difuso, inaplicando tales normas por inconstitucionales.

- c) Este examen de constitucionalidad resulta necesario para resolver la controversia planteada a través de nuestro **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN**, en el cual el CD del OSINERGMIN, ejerciendo control difuso deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa señalada, a fin de inaplicarla al caso concreto y efectuar las reducciones correspondientes en el Cargo por Generación Adicional, procediendo a aplicar correctamente el marco normativo, prefiriendo la Constitución y el bloque de constitucionalidad por sobre el texto del DU 037 y el DS 031.

Es importante tener en consideración que, como puede desprenderse del texto del escrito, la inaplicación de las normas antes señaladas constituye el centro de la controversia planteada, y en consecuencia, es totalmente relevante que el CD del



OSINERGMIN se pronuncie por la inaplicación de las referidas normas por sus evidentes vicios de inconstitucionalidad.

- d) Solicitamos expresamente que el CD del OSINERGMIN ejerza control difuso, esto es, a pedido de parte, y sobre todo, a fin de otorgar mayor protección a nuestros derechos fundamentales, los cuales quedarían afectados seriamente en caso no se inapliquen las normas antes mencionadas, las cuales desconocen nuestros derechos fundamentales y sobre todo colisionan con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, dentro del cual se encuentra la LPAG.

1.3. El OSINERGMIN Tiene la Obligación de Verificar la Veracidad de la Información Presentada en Calidad de Declaración Jurada

1.3.1. Hemos requerido la inaplicación del artículo 2° del DS 031, el cual establece una Declaración Jurada con un supuesto carácter de “irrevisable”, porque detrás del carácter conferido a una Declaración Jurada se desconoce el carácter de “norma interpuesta” o integrante del bloque de constitucionalidad del que goza la LPAG cuando desarrolla el contenido constitucional de la institución del debido procedimiento administrativo. De esta manera, nuestra solicitud de inaplicación se sostiene en la necesidad que el CD del OSINERGMIN prefiera los principios y normas de la LPAG en materia de fiscalización posterior, y en consecuencia cumpla con su obligación de verificar la veracidad de la información contenida en las Declaraciones Juradas formuladas al amparo del DU 037 y el DS 031.

1.3.2. Conforme a los principios de presunción de veracidad (numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG), verdad material (numeral 1.11 del Artículo IV del TP de la LPAG), y de privilegio de controles posteriores (numeral 1.16 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG), así como el propio concepto de fiscalización posterior previsto en el artículo 32° de la LPAG, el CD del OSINERGMIN tiene la obligación de preferir la LPAG por sobre el inconstitucional DS 031, y aplicar en este procedimiento, tales principios y reglas de fiscalización del contenido de las Declaraciones Juradas presentadas tanto por ELECTROPERÚ como por las restantes empresas eléctricas, las cuales conforme al artículo 2° del referido DS 031, deben presentar sus Declaraciones Juradas respecto de los **costos incurridos** en la generación adicional, la misma que expresamente señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Cálculo de los Costos Totales Incurridos por las empresas estatales OSINERGMIN determinará, **sin realizar ningún tipo de evaluación previa ni posterior**, el cargo adicional a que se refiere el artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 037-2008 sobre la base de los costos que le sean informados por la empresa estatal mediante un Informe, **que tendrá carácter de declaración jurada** y cuyos valores no estarán sujetos a modificación por parte del regulador”.
(resaltados adicionados)

1.3.3. Cabe señalar que aparentemente de la transcripción literal del artículo 2° del DS 031, pareciera desprenderse que el OSINERGMIN estuviera completamente impedido de efectuar una revisión o fiscalización posterior, o evaluación posterior sobre la información de los costos incurridos por las empresas eléctricas. Sin embargo, ello es notoriamente inconstitucional o por lo menos ilegal, porque a través de un Decreto Supremo, no puede dejarse de reconocer el bloque de constitucionalidad del procedimiento administrativo y sobre todo no puede desconocerse lo establecido en la LPAG en el sentido que si bien es cierto las Declaraciones Juradas en cualquier procedimiento administrativo están protegidas por la presunción de veracidad, éstas: (i) admiten prueba en contrario⁹; (ii) la Administración siempre se reserva expresamente el privilegio de controles posteriores¹⁰ o la potestad de fiscalización posterior de la veracidad de la información presentada, pese a recibir Declaraciones Juradas; y, (iii) el carácter de una Declaración Jurada no enerva el principio de verdad material¹¹ de la Administración Pública, por la cual ésta tiene el deber de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones.

⁹ LPAG, Título Preliminar, Artículo IV: Principios del Procedimiento Administrativo:
(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

¹⁰ LPAG, Título Preliminar, Artículo IV: Principios del Procedimiento Administrativo:
(...)

1.16. Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

¹¹ LPAG, Título Preliminar, Artículo IV: Principios del Procedimiento Administrativo:

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

La convergencia de los principios antes señalados se concreta en el artículo 32° de la LPAG, norma que dispone que en todos los procedimientos administrativos, sean de aprobación automática o de evaluación previa, la Administración Pública (en este caso OSINERGMIN en la tramitación del presente procedimiento de fijación de tarifas en barra) está obligada a realizar la fiscalización posterior, para, precisamente, verificar la autenticidad de las declaraciones de los administrados, en particular, las declaraciones de las empresas estatales beneficiarias del DU 037 y en concreto del Cargo por Generación Adicional.

- 1.3.4.** La fiscalización posterior es un deber de la Administración Pública -en el caso en particular del OSINERGMIN- en todo procedimiento donde se aplique la presunción de veracidad, y en particular a todos los instrumentos legales a los cuales alcance dicha presunción. En este punto es importante citar a Hugo Gómez Apac, quien ha señalado lo siguiente:

“La información y documentación a ser fiscalizadas son todas aquellas en las cuales la Administración Pública ha aplicado la presunción de veracidad; es decir, ha considerado provisionalmente veraz lo afirmado por el administrado, o auténtico el documento presentado por éste.

En ese sentido, la Ley [N° 27444] menciona en forma genérica como objetos pasibles del beneficio de presunción de veracidad y, por ende, susceptibles de fiscalización ex post, la información incluida en escritos y formularios, los documentos, **las declaraciones (juradas o no)**, las traducciones, los informes y las constancias profesionales y técnicas presentadas por el administrado”¹².
(Resaltado adicionado)

- 1.3.5.** Es atendiendo a ello que, las Declaraciones Juradas presentadas por las empresas generadoras estatales, en aplicación de la normativa de la LPAG antes acotada, **DEBEN** ser revisadas por el OSINERGMIN en aplicación de dicha normativa. No hacerlo importaría el desconocimiento de la fuerza constitucional de la LPAG, la cual constituye parte del bloque de constitucionalidad del procedimiento administrativo.

De esta manera demostramos que prefiriendo la Constitución, el CD del OSINERGMIN deberá efectuar la fiscalización posterior del contenido e información de todas las Declaraciones Juradas presentadas por las empresas generadoras estatales conforme al DU 037, a fin de

¹² Cfr. GÓMEZ APAC, Hugo: El procedimiento de fiscalización ex – post. En: Revista Jurídica del Perú. N° 30. Trujillo, 2002. Página 187.



verificar, sujetándolas a la fiscalización posterior, la veracidad y acreditación de los costos incurridos, para poder proceder al reembolso de tales costos establecidos por el artículo 5° del referido Decreto de Urgencia, de acuerdo al principio de legalidad o juridicidad.

Finalmente, y esto también lo solicitamos expresamente, en caso el CD del OSINERGMIN considere que no es factible inaplicar el artículo 2° del DS 031 a pesar de su inconstitucionalidad, solicitamos que el mismo no sea aplicado por ilegal. Hacemos el requerimiento anterior debido a que todos los órganos administrativos, en el trámite de un procedimiento administrativo, están facultados a efectuar el control de legalidad de los reglamentos, es decir, pueden inaplicar normas reglamentarias ilegales en aplicación del principio de jerarquía normativa (artículo 51° de la Constitución).

- 1.3.6. **Por las consideraciones antes argüidas, solicitamos que el CD del OSINERGMIN declare inconstitucional e inaplique al caso concreto el artículo 2° del DS 031, y en consecuencia proceda a efectuar la fiscalización posterior de todos los documentos que sustenten las declaraciones juradas efectuadas sobre los costos incurridos por las empresas generadoras estatales por concepto de CARGO POR GENERACIÓN ADICIONAL en este procedimiento de fijación de tarifas en barra.** Asimismo, en caso detecte que los costos no hayan sido efectivamente incurridos, deberá desestimarlos en aplicación de la fiscalización posterior de tales costos, prefiriendo la Constitución y el bloque de constitucionalidad de la LPAG en materia de procedimiento administrativo. Eventualmente, en caso se considere que no es posible realizar un control de constitucionalidad del artículo 2° del DS 031, solicitamos que en forma subsidiaria, se inaplique el DS 031 por ilegal, al violar los principios de presunción de veracidad, verdad material y privilegio de controles posteriores (todos ellos reglados por el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG), así como el artículo 32° de la LPAG, en aplicación del principio de jerarquía normativa, citado anteriormente, y en consecuencia, se proceda a realizar la fiscalización posterior y verificación del contenido de todas las Declaraciones Juradas formuladas por las empresas generadoras estatales por concepto de “costos incurridos” para la elaboración del Cargo por Generación Adicional, de acuerdo a las consideraciones ya señaladas.



1.4. La Declaración Jurada Únicamente Alcanza a los Costos Incurridos; y, Entonces, el Cargo por Generación Adicional debe Fijarse en Función Solo de los Costos Incurrido

1.4.1. El DS 031 al referirse a la declaración jurada a presentarse ante el OSINERGMIN, para efectos de fijar el Cargo por Generación Adicional, solo menciona como parte de ésta a los costos incurridos por las empresas estatales. Así pues, el artículo 2° y el artículo 3° expresamente disponen:

“Artículo 2.- Cálculo de los Costos Totales Incurridos por las empresas estatales OSINERGMIN determinará, sin realizar ningún tipo de evaluación previa ni posterior, el cargo adicional a que se refiere el artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 037-2008 sobre la base de los costos que le sean informados por la empresa estatal mediante un Informe, que tendrá carácter de declaración jurada y cuyos valores no estarán sujetos a modificación por parte del regulador.”
(Resaltado adicionado)

Artículo 3.- (...) El cargo adicional deberá 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 a que a que se refiere el Artículo 2 precedente.”

En otros términos, el DS 031 estableció que el Cargo por Generación Adicional debe fijarse en función a los costos efectivamente incurridos, tal y como ha sido presentado por empresas como ENOSA y Electro Oriente.

1.4.2. Consecuentemente, tal y como se desprende del texto antes citado del artículo 2° del DS 031, la declaración jurada a presentar, así como el Cargo por Generación Adicional, únicamente pueden sustentarse en los costos efectivamente incurridos. En ninguna parte o extremo del artículo antes acotado, se hace referencia alguna la estimación de los costos que se incurrirán en el futuro. Lo que además, es reafirmado por el artículo 3° del mismo Decreto Supremo.

Por lo tanto, el cargo por generación adicional debe fijarse únicamente considerando los costos efectivamente incurridos.

1.5. Si el Cargo por Generación Adicional Incluye Proyecciones, la Información de los Costos Netos debe Recoger las Proyecciones del COES

1.5.1. No obstante que el Cargo por Generación Adicional debe sustentarse únicamente y exclusivamente en los COSTOS INCURRIDOS, tal y como se desprende del DS 031; en caso que se considere que el referido cargo debe sustentarse también en información proyectada, el OSINERGMIN tiene la obligación de analizar la información relativa a las proyecciones presentada por las empresas estatales y validarla o corregirla.

Al respecto, la supuesta obligación contenida en el artículo 2° del DS 031, relativa a que los valores presentados *“no estarán sujetos a modificación por parte del regulador”*, únicamente alcanzaría a los costos incurridos y no a los costos proyectados, supuesta obligación que por lo demás ha quedado desvirtuada por ilegal, tal y como se ha expuesto anteriormente. No obstante lo anterior, OSINERGMIN tampoco ha evaluado ni contrastado la información presentada relativa a los costos proyectados.

1.5.2. En efecto, OSINERGMIN se ha limitado a dar por cierta la declaración presentada por las empresas estatales y, en particular, por ELECTROPERÚ, cuando dicha información claramente carece de sustento, como ya ha sido expuesto, en la medida que:

- No existe relación ni proporcionalidad alguna entre los costos incurridos durante los pasados 43 meses de la Generación Adicional de Trujillo (60 MW) respecto a los costos proyectados en la Generación Adicional de Mollendo (60 MW por 8 meses) y Piura (80 MW por 16 meses).
- De acuerdo a la estimación hecha por el COES la energía a ser despachada por estas centrales es mínima. Por lo tanto, los costos a incurrir en las centrales de Mollendo y Piura serían únicamente los costos fijos, lo cual constituye una razón adicional para indicar que los costos estimados por ELECTROPERÚ son desproporcionados.
- Careciendo de sustento técnico, ELECTROPERÚ ha presentado una proyección en la que se muestra que la CT Mollendo y la CT Piura operarán permanentemente durante su periodo de instalación con factores de planta de 60% y 90% respectivamente, contrario a la estimación efectuada por el COES.

Jr



- La estadística de operación de la CT Trujillo –empleada a modo de referencia-, durante su periodo de instalación en los años 2009, 2010 y 2011, evidencia que ésta registró factores de planta de 15.3%, 22.2% y 27.9% en los años 2009, 2010 y 2011 respectivamente, factores de planta mucho menores a los factores de 60% y 90% considerados por ELECTROPERÚ.

En consecuencia no existe duda alguna que respecto a los costos proyectados OSINERGMIN debe analizar la información presentada y sujetarse a las proyecciones realizadas por el COES, en la medida que es el único ente responsable de la operación del SEIN.

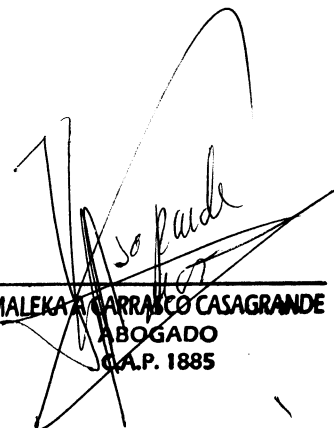
POR TANTO:

Solicitamos al Consejo Directivo del OSINERGMIN que, en mérito de los argumentos expuestos proceda a declarar fundado en todos sus extremos nuestro RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, corrigiendo y modificando la Resolución N°057-2012-OS/CD.

Lima, 23 de mayo de 2012

VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.

PEDRO OLÓRTEGUI PEREA
APODERADO


MALEKA CARRASCO CASAGRANDE
ABOGADO
O.A.P. 1885