

# **Reconsideración parcial contra la Resolución N°057-210-OS/CD**

**Informe Oral-mayo 2012**

# ¿Cuál es el objeto de la impugnación?

Que el Consejo Directivo revise y recalcule el Cargo por Generación Adicional que se agrega al peaje de transmisión considerando:

- Únicamente los costos eficientes y gastos efectivamente incurridos en generación adicional hasta abril de 2012. (Control Difuso/Control de Ilegalidad)
- La incorporación progresiva en la tarifa de los costos conforme estos se incurran, excluyendo cualquier proyección.
- La recuperación de los costos incurridos en un período de 24 meses a partir de la oportunidad en que éstos son incorporados a la tarifa.
- El establecimiento de un único factor de asignación para todos los usuarios sin distinción entre usuarios regulados, libres y grandes usuarios. (Control Difuso/Control de Ilegalidad)

# Antecedentes (21.08.2008)

## PODER EJECUTIVO

### DECRETOS DE URGENCIA

#### DECRETO DE URGENCIA N° 037-2008

#### SE DICTAN MEDIDAS NECESARIAS PARA ASEGURAR EL ABASTECIMIENTO OPORTUNO DE ENERGÍA ELÉCTRICA AL SISTEMA ELÉCTRICO INTERCONECTADO NACIONAL (SEIN)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

#### CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, el Estado actúa, entre otras, en el área de los servicios públicos;

Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, el Servicio Público de Electricidad, definido como el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, es de utilidad pública;

Que, el artículo 2° de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, dispone que es de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad;

Que, entre los efectos que se derivan del crecimiento sostenido que viene experimentando la economía nacional, se tiene el mayor uso del gas natural de Camisea y el incremento de la demanda de energía eléctrica que, durante los dos últimos años, ha registrado unas tasas de crecimiento de 8,3% en el 2006 y 10,8% en el 2007, estimándose que en el periodo 2008-2015 la tasa promedio anual de crecimiento será de 7,6%;

Que, adicionalmente, el inicio del período de estiaje del presente año permite prever que se reducirá la disponibilidad de agua para la generación hidroeléctrica;

Que, la combinación de los hechos antes señalados, entre otros, ha causado que el tramo del gasoducto de la costa haya llegado al límite de su capacidad de transporte, limitando el suministro de gas natural para la generación termoeléctrica, el cual es transportado desde los yacimientos ubicados en el Cusco hasta la ciudad de Lima a través de la Red Principal, la misma que requiere ser ampliada para abastecer los mayores requerimientos de gas para generación eléctrica;

Que, durante el tiempo de ampliación de la Red Principal ya se están presentando eventos de restricción en

el suministro de gas natural a las centrales termoeléctricas debido a congestión en la capacidad de transporte de los gasoductos, situación que debe ser evaluada en un contexto de alteración climatológica que permite estimar que la reducción en la disponibilidad de agua para la generación hidroeléctrica se prolongará más de lo usual;

Que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú, corresponde al Presidente de la República dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso;

Que, atendiendo al carácter de utilidad pública que la Ley de Concesiones Eléctricas otorga al Servicio Público de Electricidad, en casos de restricción temporal de generación es deber del Estado priorizar la provisión oportuna y eficiente del suministro eléctrico para los Usuarios Regulados, toda vez que, según lo establecido en la Ley N° 28832, es de interés público y responsabilidad del Estado asegurar para dichos Usuarios el abastecimiento del suministro eléctrico;

Que, la situación presentada pone en riesgo la capacidad de generación de energía eléctrica necesaria para satisfacer, en el corto plazo, el constante incremento de la demanda de electricidad debido al crecimiento económico y a los compromisos internacionales, razón por la cual el interés nacional requiere que se adopten medidas excepcionales de carácter temporal con el objeto de cautelar el Servicio Público de Electricidad y asegurar el suministro a la demanda de energía eléctrica;

Que, de acuerdo a tales consideraciones, la situación amerita el uso de la facultad a que se refiere el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

#### DECRETA:

#### Artículo 1°.- Objeto de la norma

El objeto de la presente norma es dictar disposiciones necesarias para asegurar, en el **corto plazo**, el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

#### Artículo 2°.- Situación de Restricción Temporal de Generación

2.1. El Ministerio de Energía y Minas declarará las situaciones de restricción temporal de generación para asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN.

2.2. En las situaciones a que se refiere el numeral anterior, el Ministerio de Energía y Minas calculará la magnitud de la capacidad adicional de generación necesaria para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro de energía eléctrica en el SEIN y requerirá a las empresas del

# Antecedentes

(\*) Artículo modificado por el [Artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 049-2011](#), publicado el 21 agosto 2011, cuyo texto es el siguiente:

## “Artículo 5.- Compensación por la Generación Adicional

Los costos totales, incluyendo los costos financieros, en que incurra la empresa estatal en aplicación del artículo 2 del presente Decreto de Urgencia, para el SEIN o los Sistemas Aislados, serán cubiertos mediante un cargo adicional que se incluirá en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión. En el caso de los Sistemas Aislados tendrán como alternativa adicional las licitaciones de suministro de electricidad en el marco del Decreto de Urgencia N° 032-2010.

En ambos casos, para determinar dicho cargo, se distribuirán los costos señalados en el párrafo anterior entre la suma ponderada de la energía por un factor de asignación, el cual será igual a 1.0 para los Usuarios Regulados, 2.0 para los Usuarios Libres que no son Grandes Usuarios y 4.0 para los Grandes Usuarios.

Los costos a que se refiere el presente artículo serán liquidados periódicamente, considerando los descuentos a que hubiere lugar por concepto de los ingresos netos totales mensuales que corresponda por la participación en el COES de las unidades a que hace referencia el presente Decreto de Urgencia, según la normatividad vigente aplicable a todas las unidades que operan en el SEIN. Para ello, el COES identificará y desagregará a estas unidades como un grupo separado de la generación propia del generador estatal correspondiente. En el caso de los Sistemas Aislados, se descontará los ingresos que corresponda por la aplicación de los Precios en Barra.

OSINERGMIN definirá el procedimiento de aplicación necesario que requiera el presente artículo y, en caso necesario, podrá incluir los nuevos cargos en la regulación de tarifas vigente.”

**CONCORDANCIAS:** [R. N° 002-2009-OS-CD \(Aprueban el Procedimiento “Compensación por Generación Adicional”\)](#)  
[D.U.N° 109-2009, Art. 4, inc. 4.2 \(Dictan disposiciones para facilitar la exportación temporal de electricidad y reducir cargos a los usuarios del servicio público de electricidad\)](#)  
[D.S. N° 031-2011-EM, Arts. 2 y 3 \(Decreto Supremo que reglamenta el Decreto de Urgencia N° 037-2008\)](#)

# Antecedentes: Costos incurridos + Declaración Jurada

- valor
- 12 Acuerdos de concesión de servicios
- 13 Programas de fidelización de clientes
- 14 NIC 19 - El límite de un activo por beneficios definidos, obligación de mantener un nivel mínimo de financiación y su interacción
- 15 Acuerdos para la construcción de inmuebles
- 16 Coberturas de una inversión neta en un negocio en el extranjero
- 17 Distribuciones a los propietarios de activos distintos al efectivo
- 18 Transferencias de activos procedentes de clientes
- 19 Cancelación de pasivos financieros con instrumentos de patrimonio

655977-1

## ENERGIA Y MINAS

### Decreto Supremo que reglamenta el Decreto de Urgencia N° 037-2008

DECRETO SUPREMO  
N° 031-2011-EM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

#### CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto de Urgencia N° 037-2008, publicado el 21 de agosto de 2008, se dictaron disposiciones para asegurar, en el corto plazo, el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN);

Que, dicho Decreto de Urgencia dispone que el Ministerio de Energía y Minas declarará las situaciones de restricción temporal de generación y, en esos casos, calculará la magnitud de la capacidad adicional que se requiere para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro en el SEIN, requiriendo a las empresas del sector en las que el Estado tenga participación mayoritaria para que efectúen las contrataciones y adquisiciones de obras, bienes y servicios necesarios;

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.

#### 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.

#### Artículo 3°.- Vigencia de los contratos suscritos por las empresas estatales

Los costos a que se refiere el artículo anterior, incluyen también a los que se ocasionen por los contratos que suscriban las empresas, cuyos plazos de vigencia trasciendan la del Decreto de Urgencia N° 037-2008, siempre que hayan sido suscritos durante la vigencia de éste último.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, comprende también a los costos que genere el fideicomiso a que se refiere el artículo siguiente, siempre que el contrato de constitución del fideicomiso haya sido suscrito durante la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008.

OSINERGMIN deberá aprobar el cargo adicional a que se refiere el artículo 5° del Decreto de Urgencia N° 037-2008, hasta que todos los costos incurridos por la empresa estatal sean cubiertos, independientemente de la vigencia de dicho Decreto de Urgencia. El plazo de aplicación de dicho cargo deberá ser definido de modo tal que su valor no varíe en más de 10% respecto del valor vigente en agosto de 2011.

#### Artículo 4°.- Fideicomiso

La empresa estatal que sea requerida para efectuar contrataciones y adquisiciones, podrá constituir un fideicomiso especial que permita manejar en forma separada los ingresos y los costos en que incurra para cumplir con el requerimiento efectuado por el Ministerio de Energía y Minas.

En este caso, se deberá prever un mecanismo por el cual los contratos que se suscriban para cumplir con dicho requerimiento puedan ser debidamente auditados.

#### Artículo 5°.- Refrendo y Vigencia

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Energía y Minas, y entrará en vigencia a partir del

# ¿Cómo se ha calculado el Cargo por Generación Adicional?

- Las empresas han presentado **declaraciones juradas** incluyendo costo incurridos y proyecciones de costos a incurrir hasta el 2014.
- **OSINERGMIN ha tomado como válida** la información presentada sin realizar ningún análisis de eficiencia y sin excluir las proyecciones de costos.
- Se ha determinado el Cargo por Generación Adicional considerando los **factores de asignación que discriminan** por calidad de cliente.

# El resultado de este cálculo es el siguiente: 2011-2012 vs 2012-2013

Nº	Sistema de Transmisión (2)	PCSPT S./kW-mes
1	SPT de REP	0,82
2	SPT de San Gabán	0,01
3	SPT de Antamina	0,01
4	SPT de Eteselva	0,14
5	SPT de Redesur	0,61
6	SPT de Transmantaro	1,47
7	SPT de Transmantaro-adenda 8 (1)	0,66
8	SPT de ISA	
9	Cargo por Garantía por Rec...	
10	Cargo Unitario por Compen...	
11	Cargo Unitario por CVOA-C...	
12	Cargo Unitario por CVOA-F...	
13	C.H. Santa Cruz I	0,03
	C.H. Poechos 2	0,03
	C.H. Roncador	0,01
	C.H. Carhuaquero IV	0,13
	C.H. Caña Brava	0,03
	C.H. La Joya	0,03
	C. H. Purmacana	0,01
14	Cargo Unitario por Generación Adicional (3)	
	Usuarios Regulados	0,12
	Usuarios Libres que no son Grandes Usuarios	0,40
	Grandes Usuarios	0,96

**Un Cargo por Generación Adicional excesivo y desproporcionado: De 1.48 S./kW-mes a 35.83 S./kW-mes, un incremento porcentual de 2391% respecto de la fijación tarifaria anterior**

Nº	Sistema de Transmisión (1)	PCSPT S./kW-mes	
1	SPT de REP	0,75	
2	SPT de San Gabán	0,01	
3	SPT de Antamina	0,01	
4	SPT de Eteselva	0,12	
5	SPT de Redesur	0,55	
6	SPT de Transmantaro	1,86	
7	SPT de ISA	0,38	
8	Cargo Unitario por Compensación por Seguridad de Suministro	0,20	
		2,01	
		0,00	
		0,02	
		0,03	
		0,02	
		0,04	
		0,02	
		0,12	
		0,03	
		0,03	
		0,14	
		0,01	
		0,05	
		0,05	
		0,03	
12	Cargo Unitario por Generación Adicional (2)	Usuarios Regulados	3,25
		Usuarios Libres que no son Grandes Usuarios	10,24
		Usuarios	
		Grandes Usuarios	22,34

# La razón: Se incumplió con este marco constitucional y legal

- La Constitución Política del Perú (Principio de Igualdad y Jerarquía Normativa)
- La Ley de Concesiones Eléctricas –Ley 25844(Art. 42: Estructuración tarifaria sobre costos eficientes)
- La Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica- Ley 28832 (Art. 2, literal a, Principio de Competitividad de tarifa eléctrica)
- El Decreto de Urgencia No. 037-2008 y su Reglamento-Decreto Supremo No. 031-2011-EM (Costos Incurridos y no costos proyectados)
- Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, (Principios de Legalidad, Verdad Material, Fiscalización Posterior, Motivación y Predictibilidad)
- El marco normativo de OSINERGMIN (Principio de Actuación basada en el Análisis Costo-Beneficio).

# El DU 037 es inconstitucional y el CD no lo debe aplicar (Control Difuso)

- El DU es una **norma discriminatoria**: fijación de factores de asignación **diferenciados** por tipo de cliente sin que exista una justificación razonable para tal distinción. Por ende es inconstitucional en el extremo que fija esta diferenciación arbitraria.
- Ningún otro cargo que se agrega al Peaje de Transmisión tiene tal diferenciación, lo cual pone en evidencia su **arbitrariedad e inconstitucionalidad**.
- **Ha dejado de ser una medida de emergencia**: el DU se viene aplicando desde el 21 de agosto de 2008 y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013, lo que hace un total de **5 años y 4 meses de aplicación**.
- En todo caso, de existir este cargo debe ser igual para todos sin distinción.

# El DS 031 es ilegal e inconstitucional

- “Declaración Jurada” aparentemente “irrevisable” en la vía administrativa: el DS ignora abiertamente los alcances de los principios de privilegio de controles posteriores, de presunción de veracidad y de verdad material, transgrediendo el artículo IV del Título Preliminar y el artículo 32° de la LPAG. La LPAG es una norma de mayor jerarquía que el DS
- La aplicación del DS supone también ignorar los principios de eficiencia (Art. 42° LCE) y competitividad (Art. 2° LGE) de las tarifas:
  - *Eficiencia: Los precios regulados reflejarán los costos marginales de suministro y se estructurarán de modo que promuevan la eficiencia del sector.*
  - *Competitividad: Asegurar la suficiencia de generación eficiente que reduzca la exposición del sistema eléctrico peruano a la volatilidad de precios y a los riesgos de racionamiento prolongado por falta de energía; asegurando al consumidor final una tarifa eléctrica más competitiva.*

# OSINERGMIN está obligado a sujetarse al marco constitucional y legal

- El Tribunal Constitucional ha concluido que el Consejo Directivo de OSINERGMIN tiene **la potestad y la obligación de realizar control difuso y control de legalidad** de las disposiciones que resulten inconstitucionales y/o ilegales al momento de resolver.
- En este caso las disposiciones aplicables tienen vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad, por lo que **OSINERGMIN debe corregir** tales deficiencias al fijar el Cargo por Generación Adicional.
- En el marco de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 3741-2004-AA y su aclaratoria, solicitamos a OSINERGMIN a cumplir con su **deber de inaplicar, por inconstitucionales**, tanto el Decreto de Urgencia N° 037-2008 (en adelante, el DU 037) y el Decreto Supremo N° 031-2011-EM (en adelante, el DS 031), **en aquellos extremos que resultan inconstitucionales o ilegales**, respectivamente.

# OSINERGMIN debe aplicar el marco legal

- Por otro lado, el Decreto Supremo N° 031-2011-EM, en aquellos extremos no ilegales, establece que el Cargo de Generación Adicional debe fijarse considerando:
  - Los costos incurridos (no los proyectados) y,
  - Verificar la autenticidad, eficiencia e impacto en la competitividad tarifaria de los costos declarados.
  - La recuperación de tales costos en 24 meses desde su incorporación a la tarifa.

# OSINERGMIN compartía la posición, incluso era más radical

Viernes, 09 de enero de 2009

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

Aprueban el Procedimiento "Compensación por Generación Adicional"

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 002-2009-OS-CD

Cualquier mención a numerales, artículos o títulos, sin señalar la norma a la que corresponden, se debe entender referida a la presente Norma.

## Artículo 4. COSTOS TOTALES ESTIMADOS

Los Costos Totales Estimados están compuestos por la suma de los costos de contrataciones y adquisiciones de obras, bienes y servicios necesarios para la puesta en servicio de la Generación Adicional y los Costos Netos Asociados a la Operación de dicha generación.

### 4.1 Costos de Contrataciones y Adquisiciones de Obras, Bienes y Servicios Necesarios para la Puesta en Servicio:

Una vez establecida la Generación Adicional, al inicio de cada proceso de Fijación de Precios en Barra, es decir, en el plazo señalado en el ítem a del Anexo A del Texto Único Ordenado de la Norma "Procedimientos para Fijación de Precios Regulados", aprobado mediante Resolución OSINERGMIN N° 775-2007-OS/CD, se seguirán los mismos criterios de transparencia del Procedimiento para Fijación de Tarifas en Barra para el establecimiento de los Costos de Contrataciones y Adquisiciones de Obras, Bienes y Servicios Necesarios para la Puesta en Servicio.

El Generador estatal debe presentar la documentación sustentatoria de los gastos efectuados, documentación que considera comprobantes de pago, facturas y toda aquella documentación verificable para que proceda la devolución de los gastos incurridos en Costos de Adquisición y Puesta en Servicio, gastos financieros producidos debido a la asignación de retiros sin contrato por la Generación Adicional. No se aceptarán declaraciones juradas para sustentar la información señalada anteriormente.

# Conclusión:

- Un mero DS no puede desconocer la Constitución, el bloque de constitucionalidad del procedimiento administrativo (LPAG), la LCE ni la LGE sobre todo no porque si bien es cierto las declaraciones juradas están protegidas por la presunción de veracidad:
  - Esta presunción admite prueba en contrario,
  - La Administración siempre conserva el privilegio de controles posteriores o la potestad de fiscalización posterior de la veracidad de la información presentada, y,
  - El carácter de una Declaración Jurada no enerva el principio de verdad material de la Administración Pública, por la cual ésta tiene el deber de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones.
- Los incumplimos a la Constitución y leyes especiales antes mencionados vician de **nulidad parcial** la RCD 57-2012-OS/CD

# Por lo tanto:

- OSINERGMIN debe **dejar sin efecto** la Resolución y **volver a fijar** el Cargo por Generación Adicional:
  - Evaluando la **veracidad de la información** presentada, en aplicación de la LPAG;
  - Considerando únicamente los **costos incurridos** y no proyecciones, en aplicación del D.S. N° 031-2011-EM;
  - Permitiendo la recuperación de los **costos incurridos** en un **plazo de 24 meses**, en aplicación del D.S. N° 031-2011-EM; y,
  - Aplicando únicamente el **factor de asignación 1.0** a todos los usuarios sin distinciones arbitrarias, en aplicación de la Constitución.