

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA OSINERG N° 127-2005-OS/CD

Lima, 15 de junio de 2005

Que, con fecha 15 de abril de 2005, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante "OSINERG") publicó la Resolución de Consejo Directivo OSINERG N° 066-2005-OS/CD (en adelante la "RESOLUCIÓN") contra la cual el Sr. Jhony Alexander Peralta Cruz (en adelante "el recurrente"), dentro del término de ley, presentó recurso de reconsideración, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- ANTECEDENTES

Que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 46° de la Ley de Concesiones Eléctricas¹ (en adelante "LCE"), las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, son fijadas anualmente por el OSINERG y entran en vigencia en el mes de mayo de cada año;

Que, el Proceso de Regulación Tarifaria, conforme se señala en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005, se inició el 14 de enero de 2005 con la presentación del Estudio Técnico Económico correspondiente por parte del COES-SINAC;

Que, el OSINERG, en cumplimiento del Procedimiento para Fijación de Tarifas en Barra, aprobado por Resolución OSINERG N° 0001-2003-OS/CD, convocó la realización de una Audiencia Pública para que el COES-SINAC expusiera el contenido y sustento del Estudio Técnico Económico, la misma que se realizó el 25 de enero de 2005;

Que, seguidamente, el OSINERG presentó sus observaciones al referido Estudio. Al respecto, la LCE dispone (Artículo 52°²) que, absueltas las observaciones, o vencido el plazo sin que ello se realice, el OSINERG procederá a fijar y publicar las Tarifas en Barra y sus fórmulas de reajuste mensual;

Que, posteriormente, se efectuó la prepublicación del Proyecto de Resolución que fija la Tarifas en Barra y la relación de la información que la sustenta, la Audiencia Pública de fecha 29 de marzo de 2005 y la recepción de opiniones y sugerencias de los

¹ **Artículo 46°.**- Las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, serán fijadas anualmente por OSINERG y entrarán en vigencia en el mes de mayo de cada año.

Las tarifas sólo podrán aplicarse previa publicación de la resolución correspondiente en el Diario Oficial "El Peruano" y de una sumilla de la misma en un diario de mayor circulación. La información sustentatoria será incluida en la página web de OSINERG.

² **Artículo 52°.**- La Comisión de Tarifas de Energía comunicará al COES sus observaciones, debidamente fundamentadas, al estudio técnico-económico.

El COES deberá absolver las observaciones y/o presentar un nuevo estudio, de ser necesario.

OSINERG evaluará los nuevos cálculos y luego de su análisis, procederá a fijar y publicar las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensuales, antes del 30 de abril de cada año.

interesados respecto a la mencionada prepublicación, conforme a lo dispuesto en los literales g), h) e i) del Procedimiento para Fijación de Tarifas en Barra;

Que, con fecha 15 de abril de 2005, el OSINERG, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 43° de la LCE³, publicó la RESOLUCIÓN, la misma que estableció las Tarifas en Barra y sus fórmulas de actualización para el período mayo 2005 – abril 2006;

Que, con fecha 5 de mayo de 2005, el OSINERG publicó la Resolución OSINERG N° 081-2005-OS/CD, que modificó la RESOLUCIÓN en lo referido al valor de los precios base de los combustibles a aplicar en las fórmulas de actualización;

Que, con fecha 6 de mayo de 2005, el Sr. Jhony Alexander Peralta Cruz interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN, cuyos alcances se señalan en el apartado 2 siguiente;

Que, el Consejo Directivo del OSINERG convocó a una tercera Audiencia Pública para que las instituciones, empresas y demás interesados que presentaron recursos de reconsideración contra la RESOLUCIÓN, pudieran exponer el sustento de sus respectivos recursos, la misma que se realizó el 18 de mayo de 2005;

Que, conforme al Procedimiento de Fijación de Tarifas en Barra, los interesados debidamente legitimados tuvieron la oportunidad de presentar, hasta el 23 de mayo de 2005, opiniones y sugerencias sobre los recursos de reconsideración recibidos por el OSINERG, habiéndose presentado opiniones y sugerencias por parte de la Defensoría del Pueblo dentro de dicho plazo, las cuales se vinculan con el recurso motivo de la presente resolución.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, el recurrente, solicita que se declare fundado los extremos de su recurso de reconsideración y se apruebe lo siguiente:

1. Independientemente de quién sea el operador que efectuó la construcción de las obras de generación y con la expresa finalidad de dar cumplimiento al artículo 42° de la LCE⁴, OSINERG considere en la regulación tarifaria de mayo 2005 – abril 2006 las siguientes obras:

³ **Artículo 43°.-** Estarán sujetos a regulación de precios:

- a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41° de la presente Ley.

Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador;

- b) Las tarifas y compensaciones a titulares de Sistemas de Transmisión y Distribución;
- c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; y,
- d) Las ventas a usuarios del Servicio Público de Electricidad.

⁴ **Artículo 42°.-** Los precios regulados reflejarán los costos marginales de suministro y se estructurarán de modo que promuevan la eficiencia del sector.

- Una central a gas natural de Ciclo Simple 330 MW, para su ingreso en Noviembre 2006 (Egechilca u otro operador).
 - Una central a gas natural de Ciclo Combinado 520 MW, para su ingreso en Abril 2007 (Egechilca u otro operador).
 - Una central a gas natural de Ciclo Combinado 340 MW, para su ingreso en Abril 2007 (Central Térmica de Mollendo 2 u otro operador).
 - Ampliación de la Central Hidroeléctrica de Machupicchu (70 MW adicionales) en Abril 2007.
 - Reconversión de la Unidad Westinghouse de Edegel para usar gas natural, en ciclo simple, a partir de Julio 2005.
 - Reconversión de la Unidad Westinghouse de Edegel para usar gas natural, en ciclo combinado, a partir de Enero 2006.
 - Una central a gas natural de Ciclo Simple 185 MW, para su ingreso en Noviembre 2006 (Enersur u otro operador).
 - Una central a gas natural de Ciclo Combinado 555 MW, para su ingreso en Mayo 2007 (Enersur u otro operador).
2. Se declare inaplicable en la regulación tarifaria mayo 2005 - abril 2006, el “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica” aprobado por la Resolución N° 062-2005-OS/CD.
 3. Se excluya de los costos de transmisión, los costos derivados del Impuesto a las Transacciones Financieras (en adelante “ITF”).

2.1 INCLUSIÓN DE NUEVAS OBRAS DE GENERACIÓN

2.1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, el recurrente, citando el Artículo 42⁵ y el inciso a) del Artículo 47⁶ de la LCE, señala que los precios regulados se estructurarán de modo que promuevan la eficiencia del sector eléctrico, y que la única condición para la inclusión de las obras de generación es que sean factibles de entrar en operación;

Que, el recurrente, agrega que *“Ante esta situación, OSINERG debe considerar en la regulación tarifaria de May.20005/Abr.2006, como factibles de entrar en operación, a determinadas obras de generación que, en un tiempo razonable, obligue a que las actuales generadoras de electricidad, inviertan en plantas de generación que respondan a las tarifas consideradas en las regulaciones aprobadas por OSINERG. Si los generadores no hacen dichas inversiones con*

⁵ Artículo 42°.- Los precios regulados reflejaran los costos marginales de suministro y se estructuran de modo que promuevan la eficiencia del sector.

⁶ Artículo 47°.- (...)

a) Proyectará la demanda para los próximos veinticuatro (24) meses y determinará un programa de obras de generación y transmisión factibles de entrar en operación en dicho periodo.

tecnología eficiente, pues éstos son los que tienen que asumir dichos costos.”, indicando que esta es la correcta interpretación del Artículo 42° de la LCE, y que justamente, al no haber establecido el Artículo 47° de la LCE requisito alguno para que las obras de generación puedan ser consideradas factibles de entrar en operación en los próximos 24 meses, se constituye en la forma más idónea para implementar las señales de eficiencia que ordena cumplir el Artículo 42° de la LCE;

Que, agrega el recurrente que ante el accionar lógico de las empresas, de no declarar que efectuarán inversiones, pues ello llevaría a la baja de las Tarifas en Barra, la instrumentación del espíritu del Artículo 42° de la LCE es que las reducciones en las tarifas eléctricas tendrán que darse por la vía de obligar a los actuales operadores a efectuar inversiones en obras de generación eficiente, de modo que estas mejoras en la eficiencia del sector eléctrico sean trasladadas de manera efectiva al usuario;

Que, asimismo, el recurrente señala que el OSINERG viene inobservando el Principio de Verdad Material establecido en el Artículo IV, Principios del Procedimiento Administrativo, numeral 1.11 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante “LPAG”⁷), de acuerdo al cual se tiene establecido que la autoridad administrativa está obligada a verificar los hechos expuestos por las partes cuando el pronunciamiento pudiera afectar el interés público. Al respecto, señala, los generadores faltan a la verdad y ello no ha involucrado la adopción de acción alguna sobre los infractores, ni las devoluciones de los montos cobrados en exceso;

Que, a continuación, el recurrente, menciona el caso de los proyectos Ampliación C.H. Machu Picchu, Reconversión a gas natural de unidad Westinghouse y Nueva unidad ciclo combinado a gas del Plan Referencial, que no fueron incluidos en la fijación de tarifas de noviembre de 2004 por el OSINERG debido a las modificaciones introducidas en dicha oportunidad en el Reglamento por el Decreto Supremo N° 010-2004-EM, y que a pesar de haber sido derogada dicha norma el OSINERG insiste en no considerarlas. Asimismo expresa, que poco después de fijada la tarifa en noviembre de 2004, se anunció en un foro organizado por la Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República, la Reconversión de la unidad Westinghouse para utilizar gas natural y que la Ampliación de la C.H. Machu Picchu se realizaría con recursos propios;

Que, el recurrente, expresa también, que todas las razones técnico-jurídicas expuestas por el OSINERG en el Anexo D de su informe OSINERG-GART/DGT N° 066A-2004 contribuyen a sustentar que se declare fundado su petitorio y, en

⁷ 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.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

consecuencia, se disponga la inclusión de las obras de generación eléctrica, cuya relación, mencionada anteriormente, aparece en este primer petitorio.

2.1.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, se debe aclarar que si bien la LCE establece que los precios regulados se estructurarán de modo que promuevan la eficiencia del sector, la determinación del plan de obras no se puede efectuar sin atender criterios que garanticen que las obras sean técnica y económicamente factibles de realizarse en el periodo de proyección;

Que, al respecto el OSINERG ha señalado en el informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005, que sustenta la RESOLUCIÓN, y en anteriores informes (incluyendo el informe OSINERG-GART/DGT N° 066A-2004), que *“...el plan de obras debe contemplar un programa eficiente de centrales para entrar en servicio en el periodo de estudio, en el cual se debe tomar en cuenta especialmente la disponibilidad de centrales basadas en gas natural del proyecto Camisea, de modo que se mantenga el equilibrio entre la oferta y la demanda del sistema...”*;

Que, sin embargo, esto no puede ser interpretado por el recurrente como que la eficiencia supone incrementar la oferta a través de centrales a gas natural sin atender a una racionalidad que permita que el sistema sea sostenible en el tiempo, es decir, lo correcto es encontrar un equilibrio entre el crecimiento de la demanda y la oferta, determinando la combinación de proyectos de diversas tecnologías (turbinas a gas, turbinas a vapor, hidroeléctricas, etc.) que resulte en el menor costo de suministro (de inversión y operación) para atender la demanda;

Que, asimismo, el crecimiento de la oferta debe tener en cuenta que la puesta en servicio de cada tecnología requiere de ciertos plazos de implementación, los cuales deben ser considerados al momento de determinar la factibilidad de su inclusión en el plan de obras que exige la LCE (factibilidad técnica);

Que, los precios que están asociados a la expansión de la generación deben permitir que el sistema sea económicamente viable, pues de no ser así no se producirían inversiones y los propios mecanismos del mercado restablecerían los precios a sus niveles adecuados ante la escasez de oferta eléctrica. Esto es, los proyectos incluidos en el plan de obras, además de ser técnicamente factibles, deben serlo económicamente;

Que, aclarada la factibilidad a que se refiere el Artículo 47° de la LCE, se debe manifestar, respecto de lo expresado por el recurrente sobre las centrales Machu Picchu, conversión unidad Westinghouse a gas natural y nueva planta ciclo combinado gas natural, no consideradas en el periodo tarifario noviembre 2004-abril 2005, lo siguiente: la conversión de la unidad Westinghouse y la central termoeléctrica de Egechilca (ciclo combinado) han sido incluidas en el plan de obras de la presente fijación por haberse determinado que son factibles de efectuarse en el periodo de 24 meses futuros, conforme se sustenta en el OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005;

Que, en cuanto a la ampliación de la central Machu Picchu, respecto de las afirmaciones del recurrente que según el video anexo a su recurso, se realizará con recursos propios de la empresa, se reproduce la parte correspondiente de lo señalado por el Viceministro de Energía y Minas: *“...Machu Pichu seguramente va a tener que hacerse con recursos de la propia empresa, porque cuando quisimos atraer inversión privada para que hiciera las obras de la segunda caverna de Machu Picchu, lo que se tuvo fue una oposición tremenda de parte del gobierno regional de Cusco y del sindicato de EGEMSA. Entonces, creemos que la única manera en que Machu Picchu se haga realidad, que es un proyecto muy rentable para quien lo quiera hacer, va a tener que hacerse con recursos propios de la empresa. El problema es que como EGEMSA es del sector público, el proyecto de la segunda caverna de Machu Picchu entra a competir en la bolsa de proyectos del sector público, y entra a competir con los proyectos de SEDAPAL, con los proyectos de CORPAC, con los proyectos de ENAPU y la compra de grúas, es decir, entra a competir con una serie de otros proyectos que, de repente, son más importantes y más urgentes que la segunda caverna de Machu Picchu. Ese es el problema de las empresas públicas de generación y distribución en general...”* Es decir, en ningún momento se ha afirmado que el proyecto ya tenga la aprobación para realizarse con los recursos propios de la empresa EGEMSA, sino que se habla de que la única posibilidad viable para llevar a cabo este proyecto es aquella con recursos propios de la empresa; sin embargo, lo expresado por la autoridad es claro en el sentido que como cualquier otro proyecto de inversión pública, éste debe ser aprobado por el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), compitiendo dentro de la bolsa de proyectos que maneja el Estado a través del SNIP, para lo cual debe pasar por un largo proceso (presentación de perfil, del estudio de pre-factibilidad, estudio de factibilidad, expediente técnico, ejecución y evaluación); estando la ampliación de la central de Machu Picchu, a la fecha de expedición de la RESOLUCIÓN, en la etapa de revisión de su estudio de factibilidad desde abril del año 2003, es decir sólo en esta etapa llevaba cerca de 24 meses, y habiendo sido la última anotación al respecto en las evaluaciones realizadas por el SNIP, lo siguiente *“Mediante Oficio N° 347-2001-EM/VME de fecha 14 de noviembre de 2001 se informó a la Unidad Formuladora considere en la formulación de su proyecto la participación privada y/o la evaluación de la incidencia del proyecto en el proceso de privatización de la empresa”*. En este sentido, las razones contenidas en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005 para no incluir el proyecto siguen siendo válidas, pues éstas no se restringen a quien haga la obra, sino, a que el tiempo supone su aprobación y ejecución no la hacen factible en el horizonte de 24 meses a que se refiere el Artículo 47° de la LCE, lo cual no es desvirtuado por el contenido del video;

Que, de igual modo, en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005 se determinó que los proyectos C.T Mollendo 2 y C.T Enersur, resultaban no factibles en el horizonte de análisis, por los plazos que suponía su realización y el estado de avance de los mismos, considerando la información disponible y existente a la fecha de expedición de la resolución;

Que, respecto al Principio de Verdad Material que, según el recurrente, viene inobservando el OSINERG, debe señalarse que, conforme al mismo, el OSINERG, al momento de expedir la RESOLUCIÓN, debe tomar en cuenta toda aquella información existente que obre en su poder o que haya sido solicitada a terceros, de manera tal que la decisión sea consecuencia de una verificación

plena de los hechos a fin de que se encuentre rodeada de la mayor garantía posible respecto a la realidad. En el caso de las obras que el OSINERG debe tomar en cuenta para el horizonte del estudio, la LCE y su Reglamento ordenan que estas deben ser factibles de entrar en operación en el período de análisis;

Que, el recurrente pretende demostrar inconsistencia en las decisiones del OSINERG, cuestionando la actuación de sus funcionarios, sustentándose en hechos que, según expone, ocurrieron en relación a las obras que fueron consideradas en la regulación correspondiente al año 2004, calificando de extrañas las decisiones de no haber considerado ciertas obras que, poco tiempo después fueron anunciadas que entrarían en operación comercial unos meses después de aprobadas las Tarifas en Barra del periodo 2004-2005. A este respecto, debe señalarse que, independiente de que las situaciones que expone el recurrente corresponden, según el mismo menciona, a un periodo regulatorio anterior, ajeno al periodo regulatorio materia de la RESOLUCIÓN que motiva su actual recurso impugnativo, las consideraciones que tomara en cuenta el OSINERG en aquella oportunidad se encontraron sustentadas en las disposiciones que existieron al momento de expedirse la Resolución Tarifaria de aquel entonces;

Que, respecto de la aplicación del requisito de factibilidad contenido en el Artículo 47° de la LCE, lo solicitado por el recurrente de incluir en el plan de obras al menos 2000 MW de nueva oferta, no resulta en una pretensión económicamente factible, en un sistema que en el periodo de análisis alcanzaría aproximadamente como máximo una demanda de 3600 MW, existiendo una oferta hidráulica prevista de aproximadamente 2800 MW. Aceptar esta pretensión implicaría establecer precios que harían colapsar el sistema eléctrico pues no permitirían pagar los costos de inversión y operación;

Que, por otro lado, el recurrente no brinda prueba alguna que permita siquiera evaluar la factibilidad de los proyectos que pretende se incorporen en el Plan de Obras, ni demuestra que el plan que propone sea factible técnica ni económicamente. En este sentido, no se han adjuntado cronogramas de obra que sustenten los tiempos propuestos, ni alternativamente, un programa de expansión óptimo económicamente viable que sustente los tamaños y cantidades de unidades de generación que se pretende se incorporen en el plan de obras de la RESOLUCIÓN;

Que, sin embargo, producto del análisis efectuado por el OSINERG, sí se determinó en la RESOLUCIÓN la factibilidad de los siguientes proyectos: Conversión a gas natural de la unidad Westinghouse (122 MW), Centrales hidroeléctricas Yauli y Sacsamarca (1 MW), Central hidroeléctrica Yuncán (130 MW), ampliación central hidroeléctrica Callahuanca (7,5 MW) y Central a gas natural ciclo combinado de Egechilca (520 MW), lo que implica un incremento de la oferta de manera acorde con el incremento esperado de la demanda;

Que, en razón de las consideraciones expuestas en el presente análisis, este extremo del recurso de reconsideración del recurrente debe ser declarado infundado.

2.2 APLICACIÓN DE PROCEDIMIENTO DE PRECIOS DE COMBUSTIBLES

2.2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, en este extremo del recurso impugnativo, el recurrente solicita la no aplicación del “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica” que fuera aprobado por la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, “... *en virtud a que, a la fecha de publicación de la Resolución 066 (15.05.2005), aún no se encontraba en vigencia la Resolución N° 062-2005-OS/CD, la cual entró en vigencia el 17.04.2005, día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano que ocurrió el 16.04.2005*”;

Que, menciona el recurrente, que la RESOLUCIÓN fue publicada el 15 de abril de 2005, fijando las Tarifas en Barra aplicables para el período comprendido entre el 1° de mayo de 2005 hasta el 30 de abril de 2006;

Que, seguidamente, señala que el 16 de abril de 2005 se publicó la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD que aprobó el “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica”, estableciendo en el Artículo 3° de dicha resolución que entraría en vigencia al día siguiente de su publicación, es decir el día 17 de abril de 2005;

Que, señala el recurrente, que en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005, que sustentó la RESOLUCIÓN, se menciona: “3.2.3.1 (...) *Los precios del mercado de referencia de importación, a que se refiere el artículo 124 del Reglamento, se determinan a partir de la aplicación del “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica” aprobado por Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD*”;

Que, considera extraño que en el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005 que tiene fecha 11 de abril de 2005, se haga referencia a una resolución que aún no había sido publicada, lo que recién ocurrió el 16 de abril de 2005 y que, además, había sido aprobada el 13 de abril de 2005, es decir dos días después de la fecha del citado informe técnico;

Que, en tal razón, considera el recurrente que en vista de que parte de las Tarifas en Barra aprobadas con la RESOLUCIÓN han sido aprobadas con sustento en la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, opina por la pertinencia jurídica de que OSINERG inaplique, en la regulación mayo 2005 - abril 2006, el “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica”, aprobado con la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD;

Que, en adición a lo señalado, indica el recurrente que la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD no puede ser aplicada porque en su expedición se ha inobservado lo dispuesto por el Artículo 7° de la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas (Ley N° 27838) que obligaba al OSINERG a realizar Audiencias Públicas Descentralizadas, además de efectuar la prepublicación del proyecto resolutivo;

Que, a continuación, el recurrente hace referencia al Cuadro 3.7 del Informe OSINERG-GART/DGT N° 020-2005 del 11 de marzo de 2005, antes de la aplicación de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, señalando los precios de referencia de los combustibles en la fijación tarifaria mayo 2005 – abril 2006; y, luego, señala los precios que aparecen en el Cuadro 3.6 del informe técnico, después de la aplicación del Procedimiento, para finalmente mostrar un resumen del efecto de la “...aplicación INDEBIDA de la Resolución N° 062-2005-OS/CD, en los costos de combustibles considerados en la fijación tarifaria Mayo 2005/Abr.2006”;

Que, como conclusión, el recurrente solicita que se apruebe la inaplicación de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, su nulidad y la iniciación de un nuevo procedimiento de aprobación del “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica”, en cuya aplicación deberá dar estricto cumplimiento a la Ley de Transparencia N° 27838.

2.2.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, estando al texto expreso del petitorio, el recurrente solicita se declare inaplicable en la regulación tarifaria para el período mayo 2005 – abril 2006, el “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica” que fuera aprobado por la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, publicada el 16.04.05, por cuanto a la fecha de la publicación de la RESOLUCIÓN, aún no se encontraba vigente, ya que la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD entró en vigencia al día siguiente de su publicación, es decir, desde el 17.04.05.

Que, asimismo, solicita la inaplicabilidad de la mencionada resolución por haber inobservado lo dispuesto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, que obliga al OSINERG a prepublicar los procedimientos y realizar audiencias públicas antes de su aprobación definitiva.

Que, como es de apreciar, el petitorio en este extremo contiene en realidad dos partes: que se declare la inaplicabilidad, en lo que respecta a la presente regulación tarifaria, del “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica” y que se declare la inaplicabilidad de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD que le prestó su aprobación.

Que, en tal razón, corresponde analizar por separado los argumentos expuestos por el recurrente:

2.2.2.1 Inaplicabilidad del “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica” en la regulación 2005-2006

Que, el argumento de fondo del recurrente sostiene que, a la fecha de la publicación de la RESOLUCIÓN (15.04.05), aún no se encontraba vigente dicho procedimiento, ya que la Resolución OSINERG N° 062-

2005-OS/CD entró en vigencia al día siguiente de su publicación, es decir, desde el 17.04.05;

Que, al respecto, con fecha 20 de marzo del presente año, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 012-2005-EM, que aprobó una serie de modificaciones a determinados artículos del Reglamento de la LCE. Dichas modificaciones, entre otras, comprende el inciso c) del Artículo 124° y el Artículo 125° de dicho Reglamento;

Que, cabe indicar además, que las dos resoluciones a las que se ha hecho referencia, fueron aprobadas en la sesión de Consejo Directivo de OSINERG llevada a cabo el 13 de abril de 2005, tal como se consigna en la fecha de expedición de ambas resoluciones, sin embargo aparecieron publicadas en el Diario Oficial El Peruano con un día de diferencia debido a problemas de disponibilidad de espacio en la publicación del referido Diario Oficial, lo cual obligó a tramitar dicha publicación con un día de diferencia. Los inconvenientes indicados no enervan la validez de ambas resoluciones toda vez que su aplicación efectiva incide en las tarifas aplicables desde el 1 de mayo de 2005, es decir, en fecha posterior a ambas publicaciones, por lo que dichas resoluciones resultan válidas y aplicables, toda vez que aún en el supuesto negado que se considere un vicio del acto administrativo el haber publicado con un día de anticipación una resolución que se fundamenta en otra publicada al día siguiente, resultaría de aplicación, el numeral 14.2.4 del Artículo 14° de la LPAG en virtud del cual prevalece la conservación de los actos administrativos cuando se concluya indubitablemente de cualquier otro modo que los actos administrativos hubiesen tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio;

Que, en lo que respecta a que el Informe OSINERG-GART/DGT N° 020A-2005 del 11.04.05, que sustenta la RESOLUCIÓN, causa extrañeza al haber mencionado en su contenido a la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD que aún no había sido aprobada ni publicada, debemos señalar que ello se debió a que al elevarse los proyectos de resolución para la consideración del Consejo Directivo, los datos que a esa fecha no se conocen, como lo son el número que se asignará a las resoluciones que aprobará el Consejo Directivo, van en blanco, de manera que puedan ser completados una vez que el Consejo Directivo apruebe, en este caso, las Tarifas en Barra y el “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica”. Como está dicho, ello supone un mecanismo que aparenta una irregularidad que no es tal. En todo caso, el error consignado en el Informe técnico antes mencionado no afecta el fondo del asunto que es el aplicar a la regulación de las Tarifas en Barra para el período mayo 2005 – abril 2006, el “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica”. Como esta dicho, tanto las resoluciones mencionadas como el Informe señalado resultan plenamente válidos según los criterios de conservación de los actos administrativos, previstos en el Artículo 14° de la LPAG;

Que, por las razones expuestas, la petición del recurrente, en esta parte, deberá ser declarada infundada.

2.2.2.2 Inaplicabilidad de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD por haber inobservado lo dispuesto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas

Que, sostiene el recurrente, que la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, que fuera aprobada por el Consejo Directivo del OSINERG el 13 de abril de 2005, fue publicada en El Peruano del día 16 del mismo mes y año, sin haber seguido el procedimiento dispuesto por la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas.

Que, al respecto, debe indicarse que el OSINERG explicó oportunamente los antecedentes y las razones que conllevaron a efectuar la publicación en la forma realizada, tal como consta en la parte considerativa de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, donde se menciona que la modificación establecida por el Decreto Supremo 012-2005-EM entró en vigencia el 21 de marzo de 2005, lo cual determinaba que deba ser aplicado en el procedimiento regulatorio de fijación de las Tarifas en Barra para el período mayo 2005 – abril 2006 que se encontraba en marcha, habida cuenta que, por mandato del Artículo 50° de la LCE, los precios de los combustibles debían ser expresados a precios vigentes del mes de marzo de 2005;

Que, ello determinó que por estrechez de plazos para la determinación de los precios de los combustibles a ser utilizados en la referida regulación de la Tarifa en Barra, resultara urgente la aprobación por parte del OSINERG del “Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica”, a los que se refiere el Artículo 124° inciso c) del Reglamento de la LCE, tal como fuera modificado por el Decreto Supremo N° 012-2005-EM, todo lo cual hacía procedente efectuar dicha aprobación exceptuándola de la prepublicación, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 25° del Reglamento General del OSINERG, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, según el cual pueden exceptuarse de prepublicación los reglamentos considerados de urgencia expresando las razones en que se funda la excepción;

Que, cabe agregar que la aprobación de una norma no está sujeta a la realización obligatoria de una audiencia pública descentralizada, la que, sólo resulta mandatoria, conforme lo establece el Artículo 7° de la Ley N° 27838, para sustentar los criterios, metodología, estudios, informes, modelos económicos o dictámenes que sirven de justificación a las **tarifas reguladas** o cuando se produce una variación de dichos criterios. En el presente caso la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD aprueba una norma y **no una tarifa**. Asimismo, la incidencia en el precio de los combustibles en la tarifa no era el resultado de la iniciativa o cambio de criterio del OSINERG sino que respondía al cumplimiento de un Decreto Supremo que era de público conocimiento y de carácter definitivo al haber sido publicado en el Diario Oficial El Peruano el

20.03.2005, limitándose la norma del OSINERG a viabilizar su cumplimiento;

Que, finalmente, cabe indicar que en la Audiencia Pública de fecha 29 de marzo de 2005 en que el OSINERG sustentó los criterios, metodología y modelos económicos utilizados en el proyecto de resolución prepublicado con anterioridad a la publicación del Decreto Supremo N° 012-2005-EM, los funcionarios del OSINERG, al responder públicamente una pregunta formulada, manifestaron que se incluiría todo lo indicado en el referido Decreto Supremo tal como es el precio de los combustibles como precio de referencia que publica el propio OSINERG;

Que, en todo caso, el petitorio del recurrente implica un cuestionamiento de la norma "Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica", no siendo la vía del recurso de reconsideración la apropiada para ello, toda vez que dicho cuestionamiento, conforme a lo dispuesto por el Artículo 200° inciso 5) de la Constitución Política del Perú, debe efectuarse ante el Poder Judicial vía acción popular, razón por la cual el recurso deviene en improcedente en el extremo de solicitar a OSINERG la inaplicación de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD. Lo cierto es que el recurrente utiliza el recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN para plantear la inaplicabilidad de un Procedimiento que fuera aprobado por la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, es decir por una resolución distinta a aquella que, de considerarla inaplicable por violentar alguna disposición legal, debió recurrir en distinta vía;

Que, respecto a la nulidad de la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD alegada por el recurrente a efectos de iniciar un nuevo trámite de aprobación del "Procedimiento para la Determinación de los Precios de Referencia de Energéticos usados en la Generación Eléctrica" observando lo dispuesto por la Ley N° 27838 y convocando a audiencias públicas descentralizadas, además de efectuar la prepublicación del proyecto de resolución que apruebe la norma, debe reiterarse que la excepción de prepublicación en el caso de la norma indicada obedeció a razones de urgencia contempladas en la parte final del Artículo 25° del reglamento General del OSINERG, reiterando también que la Ley N° 27838 prevé la obligatoriedad de audiencias públicas descentralizadas para efectos de proceso de fijación de tarifas. En tal razón, no se ha vulnerado el principio de legalidad mencionado por el recurrente, de modo tal que debe declararse no haber nulidad;

Que, en razón de las consideraciones expuestas en el presente análisis, esta parte del recurso de reconsideración del recurrente debe ser declarada improcedente.

2.3 EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS

2.3.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, el recurrente señala que de acuerdo con los Cuadros H.9 e I.6 del Informe OSINERG-GART/DGT N° 020-2005, el OSINERG ha reconocido a las empresas el cargo por concepto de ITF. Al respecto, expresa que deben excluirse estos costos de la tarifa debido a que este es un concepto deducible del Impuesto a la Renta, de acuerdo con el Artículo 19° de la Ley N° 28194, en el caso de empresas sin contratos de estabilidad jurídica;

Que, agrega que para el caso de las empresas con convenios de estabilidad tributaria tampoco resulta aplicable éste reconocimiento en la tarifa, ya que de acuerdo con el Artículo 11° de la Ley N° 28194, con la sola presentación de una declaración jurada a las entidades del Sistema Financiero, estas empresas son exoneradas del ITF;

Que, adicionalmente, manifiesta que al ser un impuesto de carácter temporal, éste no debe ser incorporado en las tarifas eléctricas de manera permanente, ya que una vez que se deje de cobrar el impuesto, éste no se podrá retirar de las tarifas, en tanto siga en vigencia la regulación;

Que, expresa el recurrente que por lo anteriormente expuesto se debe declarar fundado su petitorio.

2.3.2 ANÁLISIS DEL OSINERG

Que, respecto a los argumentos expuestos por el recurrente, debe señalarse que en el orden de ideas de las normas que regulan la manera de determinar la tarifa de electricidad, el Costo Total de Transmisión comprende: (i) la anualidad de la inversión; y, (ii) los costos estándares de operación y mantenimiento del Sistema Económicamente Adaptado;

Que, los costos estándares de operación y mantenimiento (en adelante "COyM"), tienen una estructura que es determinada hasta la fecha por el OSINERG. En ese sentido, los COyM deben considerar los costos eficientes necesarios para operar y mantener las instalaciones de transmisión, costos que son clasificados en: Costos de Operación, Costos de Mantenimiento; Costos de Gestión (personal y no personal), Costos de Seguros y Costos de Seguridad;

Que, los Costos de Gestión corresponden a los costos de las actividades de dirección, administración, supervisión y control relacionadas directamente con la operación y mantenimiento de las instalaciones de transmisión. Son ejecutadas a nivel de empresa y actúan como soporte o sustento general de la organización, se ejecutan en los ámbitos de administración, contabilidad, finanzas, logística, asesoría jurídica, asesoría laboral y servicios generales. Son clasificados en costos personales y costos no personales. Estos últimos a su vez comprenden los costos de gestión propiamente dichos y los seguros de infraestructura respectivamente. Estas actividades son comunes a todo el proceso de operación y mantenimiento y están determinadas por la envergadura y complejidad de cada organización;

Que, bajo el orden de ideas expuesto, cualquier tributo que sea considerado en el Costo Total de Transmisión deberá ser incluido como parte de los Costos de Gestión;

Que, de acuerdo con el Artículo 19° de la Ley No. 28194, Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía, el ITF es deducible del Impuesto a la Renta. Tratándose de sujetos generadores de rentas de tercera categoría, como es el caso de las empresas eléctricas, la deducción del ITF se sujetará a las normas generales establecidas en la Ley del Impuesto a la Renta;

Que, en aplicación del Artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo No. 179-2004-EF, las empresas de electricidad deducirán de su renta bruta de tercera categoría el ITF pagado en el ejercicio a fin de establecer la renta neta imponible sobre la cual se aplica la alícuota y se determina el tributo a pagar;

Que, conforme al Artículo 55° de la referida Ley del Impuesto a la Renta, los perceptores de rentas de tercera categoría (rentas de empresas) domiciliados en el Perú determinarán su impuesto aplicando la tasa del 30% sobre su renta neta, es decir sobre la diferencia entre los ingresos gravables con el impuesto (“renta bruta”) menos las deducciones admitidas por la ley;

Que, tomando en cuenta que el ITF es un gasto deducible de la renta bruta, éste sólo será recuperado por el contribuyente en un porcentaje igual a la tasa del Impuesto a la Renta aplicable, es decir sólo en un 30% del ITF pagado por el contribuyente. En consecuencia, el 70% restante del ITF pagado debe ser considerado costo de operación y mantenimiento a fin de que sea recuperado vía el cobro de la tarifa del servicio;

Que, en cuanto al importe del 70% del ITF a considerar en el costo es necesario tomar en cuenta que el ITF grava tanto las operaciones de acreditación (depósito) como de débito (retiro), razón por la cual en términos generales y en un contexto de empresa en marcha donde los flujos de efectivo están destinados a afrontar costos y gastos de la empresa, una misma operación de disposición de efectivo estará sujeta por lo menos dos veces al ITF, una al momento de su depósito en el sistema financiero y otra al momento de su retiro o disponibilidad. En ese sentido, la alícuota del ITF durante el año en curso asciende a 0,08% y a 0,06% durante el año 2006;

Que, respecto de los Convenios de Estabilidad es de precisar que existen dos tipos: a).- Los Convenios de Estabilidad Jurídica regulados por los Decretos Legislativos N° 662 y 757 que estabilizan los siguientes conceptos: (i) Estabilidad del impuesto a la renta; (ii) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas; y (iii) Estabilidad del derecho a la no discriminación, referido a que los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales; y, b).- Los Contratos de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión, también llamados Convenios de Estabilidad Tributaria, regulados por el Título Noveno de la Ley General de Minería y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 024-93-EM, sólo aplicables exclusivamente al sector minero y por los cuales en efecto se otorga, entre otros, beneficios la estabilidad tributaria que desgravar a sus titulares del ITF;

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA
OSINERG N° 127-2005-OS/CD**

Que, es ese sentido, cuando la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28194, Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía, se refiere al beneficio de estabilidad tributaria se está refiriendo a los Contratos de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión, también llamados Convenios de Estabilidad Tributaria que no son aplicables a las empresas del sector eléctrico. En conclusión, la celebración de Convenios de Estabilidad Jurídica por parte de las empresas del sector eléctrico no las exonera del pago del ITF;

Que, en cuanto a la temporalidad del ITF cabe indicar que ciertamente el tiempo de vigencia establecido por su ley de creación extingue el impuesto en diciembre del año 2006, pero, sin embargo, los peajes por conexión al Sistema Principal de Transmisión que forman parte de la Tarifa en Barra y fijados por la RESOLUCIÓN rigen hasta el mes de abril de 2006. En este sentido, el plazo de regulación de la tarifa establecida en la RESOLUCIÓN recurrida permite la revisión y exclusión del referido impuesto, sin generar pagos indebidos como señala el recurrente, por lo que en este extremo su recurso carece de fundamento;

Que, en razón de las consideraciones expuestas en el presente análisis, este extremo del recurso de reconsideración del recurrente debe ser declarado fundado en parte, debiendo procederse a reconocer, en las tarifas de transmisión, el equivalente al 70% del pago por ITF calculado como parte de los COyM;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se han expedido el Informe OSINERG GART/DGT N° 046-2005 de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante "GART") del OSINERG, que se incluye como Anexo 1 de la presente resolución, y el Informe de la Asesoría Legal de la GART OSINERG-GART-AL-2005-084, el mismo que complementa la motivación que sustenta la decisión del OSINERG, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el Artículo 3°, numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; y

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en el Reglamento General del OSINERG, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, en lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y en lo dispuesto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declárese infundado, improcedente y sin lugar la nulidad solicitada por el Sr. Jhony Alexander Peralta Cruz, contra la Resolución OSINERG N° 062-2005-OS/CD, por las consideraciones señaladas en el numeral 2.2.2 de la presente resolución⁸.

⁸ Enmendado mediante fe de errata publicada en el diario oficial El Peruano el 21.06.05. Antes decía "Declárese sin lugar la nulidad solicitada (...)"

Artículo 2°.- Declárese fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por Sr. Jhony Alexander Peralta Cruz contra la Resolución OSINERG N° 066-2005-OS/CD, en el extremo relacionado con la exclusión del Impuesto a las Transacciones Financieras, por las razones señaladas en el apartado 2.3.2 de la parte considerativa de la presente resolución. Las modificaciones en el valor del Impuesto a las Transacciones Financieras a reconocerse en los peajes por transmisión, deberán tenerse en cuenta por resolución de oficio como consecuencia de las razones expuestas en el apartado 2.3.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declárese infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Sr. Jhony Alexander Peralta Cruz contra la Resolución OSINERG N° 066-2005-OS/CD, en los extremos referidos a la Inclusión de Nuevas Obras de Generación y al Procedimiento de Precios de los Combustibles, por las razones señaladas en los apartados 2.1.2 y 2.2.2.1, respectivamente, de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4°.- Incorpórese el [Informe Técnico OSINERG-GART/DGT N° 046-2005 – Anexo 1](#), como parte de la presente resolución.

Artículo 5°.- La presente resolución deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano. Igualmente deberá ser consignada, junto con el Anexo 1, en la página WEB de OSINERG: www.osinerg.gob.pe.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo