

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 108-2012-OS/CD**

Lima, 14 de junio de 2012

Que, con fecha 13 de abril de 2012, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN"), publicó la Resolución OSINERGMIN N° 057-2012-OS/CD (en adelante "Resolución"), mediante la cual se fijó los Precios en Barra aplicables al periodo comprendido entre 1º de mayo de 2012 y el 30 de abril de 2013, contra la cual el 08 de mayo de 2012 la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. (en adelante "Yanacocha"), 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 46º del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante "LCE"), los Precios en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, son fijados anualmente por OSINERGMIN y entran en vigencia en el mes de mayo de cada año;

Que, el proceso de regulación tarifaria se inició el 14 de noviembre de 2011 con la presentación del "Estudio Técnico Económico de Determinación de Precios de Potencia y Energía en Barras para la Fijación Tarifaria de Mayo de 2012" y del "Estudio Técnico Económico de Peaje de Compensación de Sistema Principal de Transmisión para la Fijación Tarifaria de Mayo de 2012", preparados por el Subcomité de Generadores y por el Subcomité de Transmisores del COES-SINAC, respectivamente (en adelante "ESTUDIO");

Que, OSINERGMIN, en cumplimiento del Procedimiento para Fijación de Precios en Barra, convocó la realización de una Audiencia Pública para que los Subcomités de Generadores y Transmisores del COES-SINAC expusieran el contenido y sustento del ESTUDIO, la misma que se realizó el 24 de noviembre de 2011;

Que, seguidamente OSINERGMIN presentó sus observaciones al referido ESTUDIO; respecto de lo cual, el Artículo 52º de la LCE dispone que, absueltas las observaciones, o vencido el plazo sin que ello se realice, OSINERGMIN procederá a fijar y publicar las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensual;

Que, posteriormente se efectuaron las siguientes etapas: i) con fecha 07 de marzo de 2012, la publicación del Proyecto de Resolución que fija los Precios en Barra y de la relación de la información que la sustenta; ii) la Audiencia Pública para la Exposición y Sustento de Criterios, Metodología y Modelos Económicos por parte de OSINERGMIN, con fecha 14 de marzo de 2012 en las ciudades de Lima, Cusco y Piura; y, iii) la recepción de opiniones y sugerencias de los interesados respecto a la mencionada publicación; conforme a lo dispuesto en los literales g), h) e i) del Procedimiento para Fijación de Tarifas en Barra, respectivamente;

Que, con fecha 13 de abril de 2012, OSINERGMIN, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 43° de la LCE, publicó la Resolución, la misma que estableció los Precios en Barra para el período mayo 2012 – abril 2013;

Que, con fecha 08 de mayo de 2012, Yanacocha interpuso recurso de reconsideración (en adelante “el Recurso”) contra la Resolución;

Que, el Consejo Directivo de OSINERGMIN 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 2012.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, conforme al contenido del recurso interpuesto, Yanacocha solicita que se deje sin efecto el Cargo por Generación Adicional (en adelante “CUGA”) fijado en la resolución impugnada y se establezca un nuevo monto.

2.1.- ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE EN EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN MATERIA DE ANÁLISIS EN EL PRESENTE INFORME

2.1.1 Estimación de los costos de la generación adicional para el periodo Mayo 2012 – Diciembre 2013

Que, la empresa señala que los factores de asignación establecidos en el Decreto de Urgencia N° 037-2008 (DU 037) son discriminatorios; asimismo, señala que considera una exageración y ejercicio discrecional por parte del Ministerio de Energía y Minas incluir también dentro del CUGA los costos correspondientes a la compensación por importación de energía del Ecuador y los costos de los Sistemas Aislados e impedir que el Regulador verifique y determine la racionalidad de los costos que las empresas encargadas de la Generación Adicional declaran para que sean compensados;

Que, agrega que conforme a lo señalado en los considerandos del DU 037, dicha norma tiene por objeto dictar disposiciones necesarias para asegurar en el corto plazo el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN; no obstante, considerando la prorroga de su vigencia, establecida por el Decreto de Urgencia N° 049-2011, el referido DU 037 tendrá una vigencia total de 5 años y 4 meses, con lo cual éste dejó de tener un alcance de corto plazo;

Que, la recurrente realiza además un análisis sobre los montos proyectados considerados, señalando que los mismos resultan desproporcionados e irracionales, al constituir montos mucho mayores a los ya incurridos en experiencias pasadas, lo cual demuestra a través de cuadros comparativos.

2.2.- ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, como cuestión previa, con relación a lo señalado por Yanacocha, cuestionando la consideración de los costos derivados de la importación de energía del Ecuador y de la Generación Adicional en el Sistema Aislado Iquitos, para el cálculo del CUGA, es necesario señalar que tal situación se deriva de la estricta aplicación del DU 037, que crea el régimen para la Generación Adicional, el DU 049 que amplía la vigencia del DU 037 y su aplicación a los Sistemas Aislados, y de las Resoluciones Ministeriales N°s 266 y 447-2011-MEM/DM que declaran la existencia de situación de restricción temporal de generación en la zona norte del país y para el Sistema Aislado de Iquitos, respectivamente;

Que, en aplicación del Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el Regulador debe fijar el CUGA en estricta observancia de lo establecido en el marco jurídico vigente, y por tanto, en las normas ya mencionadas; esto es, incluyendo los costos derivados de la importación de energía del Ecuador y de la Generación Adicional en el Sistema Aislado Iquitos;

Que, de otro lado, el DU 037 contempla en su Artículo 5° que, una vez se encuentre aprobado el CUGA, se deberá realizar un proceso de liquidación de los costos, y por lo tanto del CUGA también, a efectos de considerar los ingresos netos por la operación en el SEIN. Este proceso de liquidación, tiene por objeto corregir aquellas proyecciones de costos que se realizaron al momento de determinar la tarifa, y acercarlos a la tendencia real de la operación del sistema, incrementando o reduciendo la tarifa. Es decir, el propio DU 037 reconoce y acepta que para la determinación del CUGA se pueden utilizar proyecciones de costos;

Que, considerando que el DU 037 señala expresamente que, a las empresas estatales se le deben pagar todos sus costos, *incluyendo los financieros*, por el desfase entre la erogación del gasto y su recuperación (intereses), es que OSINERGMIN en virtud del Principio de Eficiencia que establece su Reglamento General¹, razonablemente trata de buscar el equilibrio entre ingresos y gastos, con el objeto de minimizar el pago de intereses. Para esto último, es que debe proyectar utilizando las herramientas más razonables, cuál será el costo en *que incurrirán* las empresas estatales, para determinar un CUGA que permita guardar el equilibrio antes mencionado;

Que, cabe señalar, que por esta razón, en el Artículo 4° del Procedimiento Compensación por Generación Adicional, aprobado por Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD, se señala que, es el COES, quien en su condición de operador del sistema, efectúa una propuesta al regulador, sobre los Costos Estimados asociados a la operación durante el año tarifario;

Que, debe indicarse además, que existe una larga práctica regulatoria de OSINERGMIN en la utilización de costos proyectados para la determinación de las tarifas, con el consiguiente reajuste, por las desviaciones entre lo proyectado y lo

¹ “Artículo 14.- Principio de Eficiencia y Efectividad

La actuación de OSINERG se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.”

que sucedió en la realidad. Efectivamente, además del CUGA, la tarifa eléctrica incluye los Cargos por Costos Variables Adicionales (Decreto de Urgencia N° 049-2008), el Cargo por Prima (Decreto Legislativo N° 1002) y el Peaje Unitario por Compensación (Decreto Supremo N° 048-2008-EM), entre otros. Las dos primeras se vinculan exclusivamente con la devolución de costos en que se incurra mientras se mantengan vigentes de acuerdo con la norma que les dio origen, y las dos últimas vinculadas con la retribución de un ingreso anual garantizado. Todas estas tarifas consideran dos elementos cada vez que se efectúa la revisión de las mismas, i) una estimación de lo que la tarifa debe remunerar obtenida como la diferencia entre los costos ó ingresos garantizados y lo que se recaudará directamente del mercado eléctrico y de gas natural, y ii) una liquidación de la estimación efectuada en el periodo tarifario previo contra lo efectivamente ocurrido en la realidad². Esto mismo también se efectúa en el caso de la transmisión eléctrica, en que la tarifa se establece como la anualidad de la inversión más los costos de operación y mantenimiento eficientes, sin esperar a que estos últimos efectivamente se incurran para recién incluirlos en la base de cálculo de la tarifa (Artículo 139° del Reglamento de la RLCE);

Que, siendo así, corresponde analizar lo dispuesto en el Artículo 2° del DS 031, , el cual tiene como título “Cálculo de los Costos Totales *Incurridos* por las empresas estatales”, pues el argumento central del cuestionamiento efectuado en el recurso, de aprobar el CUGA considerando proyecciones, se basa en que el Informe que presenten las empresas estatales, únicamente deben recoger costos *incurridos*, como lo refiere el título citado. También existe asociada la observación de las recurrentes, en el sentido que para la formulación del CUGA mediante la resolución impugnada, se tomó, como incuestionable, no sólo los costos incurridos en el pasado, sino también *las proyecciones de gastos que se realizarán durante el período*, de acuerdo a lo informado por las empresas estatales, siendo estas proyecciones además desproporcionadas;

Que, así, en dicho artículo se establece, en buena cuenta, que OSINERGMIN no podrá revisar la eficiencia de los gastos efectuados por las empresas estatales, por lo que sí deberá efectuarse un control posterior de dicha información. Para tal efecto, la empresa presentará un informe con carácter de declaración jurada sujeto a revisión posterior de sus gastos incurridos;

Que, por este motivo, el DS 031, si bien se refiere a los costos incurridos, entender que la formulación del CUGA se encuentra limitado a los costos incurridos en el pasado podría considerarse una contravención a lo señalado en el DU 037. Otra interpretación más apropiada, consiste en que, para determinar el CUGA, sí se realiza en función de costos estimados, pero luego se realizan reajustes, revaluaciones o liquidaciones a estos costos estimados, para confrontar los proyectados con los gastos en que realmente se incurrieron. Es a esta última parte a la que se refiere el DS 031;

Que, con esta interpretación, las proyecciones que realice el Regulador, no deben encontrarse restringidas a lo que presenten las empresas estatales, por lo que para tal efecto, podrá utilizar la información técnica-económica coherente y razonable, y los principios jurídicos expuestos en el presente informe;

² Es gravitante también afirmar, que en no todos estos casos, se cuenta con una atribución expresa a favor del regulador, para la consideración de costos proyectados

Que, por lo expuesto, el extremo del petitorio de la recurrente, referido a que debe recalcularse el monto fijado para el CUGA debe ser declarado fundado, y en consecuencia, no debe asumirse sin cuestionamiento la proyección efectuada por las empresas estatales y debe determinarse el CUGA utilizando para ello la información técnica-económica coherente y razonable;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se ha expedido el [informe N° 222-2012-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante "GART") de OSINERGMIN, el mismo que se incluye como Anexo 1 de la presente resolución y complementa la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el Artículo 3º, numeral 4, de la LPAG; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas; en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, 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 la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. contra la Resolución OSINERGMIN N° 057-2012-OS/CD en lo que se refiere a que debe recalcularse el monto fijado para el Cargo por Generación Adicional (CUGA), por las razones expuestas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2º.- Las modificaciones que motiven la presente resolución en las Tarifas en Barra para el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2012 y el 30 de abril de 2013, deberán consignarse en resolución complementaria.

Artículo 3º.- Incorpórese el [Informe N° 222-2012-GART](#) - Anexo 1 -, como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 4º.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con su Anexo en la página Web de OSINERGMIN: www.osinerg.gob.pe.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo