

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 109-2012-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 Volcan Compañía Minera S.A.A. (en adelante "Volcan"), 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 en la que estableció los Precios en Barra para el período mayo 2012 – abril 2013;

Que, con fecha 08 de mayo de 2012, Volcan 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, Volcan solicita revisar la estimación del monto de la Generación Adicional para el periodo mayo 2012 – diciembre 2013, y proceder con su recálculo.

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

2.1.1 Argumentos del Recurso

Que, la recurrente señala que se ha incrementado el Cargo Unitario por Generación Adicional en un 2327%, aumento que resulta desproporcionado y carente de sustento técnico;

Que, Volcan continúa refiriéndose a los aspectos que se han considerado para fijar el cargo cuestionado, haciendo una comparación de los costos proyectados para las Centrales de Mollendo y Piura, con los costos incurridos en la Central Térmica de Trujillo, señalando que los referidos costos proyectados, son excesivos, desmedidos y desproporcionados;

Que, seguidamente, hace referencia a la Estimación de Costos Asociados a la Operación de la Generación Adicional, realizada por el COES y remitida a OSINERGMIN; cuyo resultado es bastante menor al presentado por Electroperú en su informe;

Que, agrega Volcan que OSINERGMIN ha considerado los costos totales proyectados por las empresas estatales sin revisarlos ni modificarlos, aplicando erróneamente el Artículo 2º del Decreto Supremo N° 031-2011-EM (en adelante “DS 031”), el cual, a decir de la recurrente, es aplicable sólo a los costos incurridos, y no a los costos proyectados; en tal sentido, OSINERGMIN sí se encuentra facultado a modificar la estimación de costos proyectados por Electroperú y para ello debe emplear la mejor información del despacho de la energía de las centrales térmicas, es decir, la información proporcionada por el COES;

Que, finalmente, la recurrente señala que el plazo de 24 meses establecido en el Artículo 3º del DS 031 está referido a los costos incurridos y no para los proyectados, los cuales deberán ser incorporados en las siguientes fijaciones tarifarias.

2.1.2 Argumentos Adicionales

Cuestiones Previas

a) Marco legal al cual debe sujetarse OSINERGMIN.-

Que, la recurrente señala que OSINERGMIN, como toda entidad del Estado, debe sujetar su actuación a determinados principios y al marco legal vigente, que en el presente caso está constituido por la Constitución Política, el DU 037, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), y el DS 031;

Que, la empresa continúa desarrollando lo relacionado a los Principios de Legalidad y Predictibilidad, para lo cual realiza citas legales y doctrinarias, concluyendo que el Principio de Legalidad establece una obligatoria relación de causalidad entre las actuaciones de la administración pública y las normas legales, y el Principio de Predictibilidad busca que las actuaciones, actos y procedimientos de la Administración sean cada vez más previsibles para el ciudadano, de forma tal que genere confianza legítima y le retire el riesgo de la incertidumbre sobre cómo actuará o resolverá la Administración.

b) El Consejo Directivo de OSINERGMIN puede efectuar control difuso.-

Que, la empresa señala que en atención a principio de juridicidad y de sometimiento a la Constitución y las leyes, el Consejo Directivo de OSINERGMIN está facultado a efectuar control difuso administrativo en el marco de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 3741-2004-AA y su aclaratoria; en tal sentido la recurrente solicita expresamente que el Regulador inaplique, por inconstitucionales, tanto el DU 037 como el DS 031 en aquellos extremos que resulten inconstitucionales o ilegales, respectivamente;

Que, la empresa recurrente señala que la facultad de ejercer control difuso del Consejo Directivo, se sustenta en el Fundamento Jurídico N° 50 de la Sentencia antes mencionada, y en los Fundamentos Jurídicos 4, 7 y 8 de su aclaratoria emitida el 13 de octubre de 2006; las cuales tienen la calidad de precedente vinculante al amparo del artículo VII del Código Procesal Constitucional;

Que, al respecto, luego de citar los fundamentos mencionados, la recurrente señala que el ejercicio del control difuso a cargo de los órganos colegiados de la Administración Pública, requiere de cuatro condiciones que a su entender, cumple el Consejo Directivo de OSINERGMIN:

- 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.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 109-2012-OS/CD**

A decir de la empresa el Consejo Directivo de OSINERGMIN es el órgano colegiado de máxima jerarquía de dicha institución. Indica que OSINERGMIN es un Organismo Regulador integrante del Poder Ejecutivo conforme al Artículo 32° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y que, asimismo, ejerce sus competencias a nivel nacional, las cuales están desarrolladas en la Ley N° 26734 y la propia Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores;

Considera claro que el Consejo Directivo de OSINERGMIN puede ejercer justicia administrativa, declarando y resolviendo procedimientos y recursos administrativos que versan sobre derechos fundamentales de los administrados, tales como los procedimientos administrativos de fijación tarifaria, emisión de normas de carácter general y particular, emisión de mandatos administrativos y fundamentalmente, resolución de recursos de reconsideración contra sus decisiones. Luego de realizar citas doctrinarias, la recurrente concluye que el Consejo Directivo al resolver el recurso de reconsideración materia de análisis, efectúa justicia administrativa y declara sobre derechos fundamentales de los administrados como la libertad de empresa, derecho a la propiedad, el debido proceso sustantivo (en su faceta de derecho a la razonabilidad y proporcionalidad), el derecho a la igualdad, entre otros.

- La ley (norma) cuestionada no sea pasible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Señala que algunos extremos del DU 037, DU 049 y DS 031 no son pasibles de ser interpretados conforme a la Constitución, y que, por el contrario la letra expresa de tales normas es contraria a la Carta Magna y al bloque de constitucionalidad, siendo, por tanto inconstitucionales. Considera la inconstitucionalidad del DU 037 en el extremo que determina una carga diferenciada entre los usuarios, vulnerando el derecho a la igualdad, prescrito en la Constitución. Indica que, el DU 049, al extender la vigencia del DU 037, resulta inconstitucional por no cumplir con las exigencias y requisitos constitucionales para la expedición de un Decreto de Urgencia; y que el DS 031 es inconstitucional, al establecer una “Declaración Jurada” aparentemente “irrevisable” en la vía administrativa, desconociendo 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 y el Artículo 32° de la LPAG la cual forma parte del bloque de constitucionalidad relevante para este caso.

- Dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.

La recurrente considera que el examen de constitucionalidad de las normas señaladas es relevante en el presente caso dado que la inaplicación de las mismas constituye el centro de la controversia planteada y permitiría que OSINERGMIN realice las reducciones correspondientes en el CUGA, procediendo a aplicar correctamente el marco normativo, prefiriendo la Constitución y el bloque de constitucionalidad por sobre el DU 037, el DU 049 y el DS 031.

- El control difuso será ejercido a pedido de parte, y excepcionalmente de oficio.

Agrega que, 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.

En el presente caso la empresa solicita expresamente la aplicación del Control Difuso, a fin de evitar la aplicación de normas que, a su criterio, desconocen sus derechos fundamentales y sobre todo colisionan con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, dentro del cual se encuentra la LPAG.

OSINERGMIN tiene la obligación de verificar la veracidad de la información presentada en calidad de declaración jurada.

Que, la recurrente solicita la inaplicación del Artículo 2° del DS 031 que establece una Declaración Jurada “irrevisable”, toda vez que dicho extremo de la norma vulnera la LPAG, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad al desarrollar el contenido constitucional de la institución del debido procedimiento. La empresa considera necesario que OSINERGMIN prefiera los principios y normas de la LPAG en materia de fiscalización posterior y verifique la veracidad de la información contenida en las Declaraciones Juradas presentadas por la generadora estatal;

Que, añade la recurrente que, conforme a los principios de presunción de veracidad, verdad material, privilegio de controles posteriores y al concepto de fiscalización posterior contenidos en la LPAG, OSINERGMIN tiene la obligación de preferir a la LPAG por sobre el inconstitucional DS 031, y aplicar en este procedimiento los principios y reglas de fiscalización del contenido de las Declaraciones Juradas de los costos incurridos en la generación estatal;

Que, agrega que, un decreto supremo no puede desconocer el bloque de constitucionalidad del procedimiento administrativo, y que la LPAG establece que, si bien las Declaraciones Juradas están protegidas por la presunción de veracidad (i) ésta admite prueba en contrario, (ii) la Administración siempre se reserva el privilegio de controles posteriores o potestad de fiscalización posterior de su veracidad, y, (iii) las Declaraciones Juradas no enervan el principio de verdad material, según el cual la Administración tiene la obligación de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones;

Que, seguidamente, en el recurso, se citan dispositivos de la LPAG, doctrina y jurisprudencia relacionada con la obligación de la Administración Pública de efectuar fiscalización posterior respecto de instrumentos a los que se aplica la presunción de veracidad, y en los que se afirma que la LPAG forma parte del bloque de constitucionalidad al desarrollar la Constitución y en particular el derecho al debido proceso en sede administrativa;

Que, asimismo, la impugnante solicita que, en caso OSINERGMIN no inaplique el Artículo 2° del DS 031 pese a su manifiesta inconstitucionalidad, lo inaplique por ilegal, en ejercicio de su facultad de control de legalidad de los reglamentos. Añade que la Administración puede inaplicar normas reglamentarias ilegales en aplicación del principio de jerarquía normativa, tal como se señala en el Fundamento Jurídico 17, literal b) de la STC Exp. N° 00025-2012-PI/TC, el cual es citado por la recurrente.

El CUGA debe fijarse en función únicamente de los costos incurridos.

Que, la recurrente realiza una pequeña exposición sobre el concepto de interpretación jurídica, y los métodos de interpretación literal y sistemática. Seguidamente señala que OSINERGMIN ha interpretado erróneamente lo señalado en el DS 031, considerando que el concepto “costos que se incurra” incluye además de los gastos realizados, los gastos posibles, futuros y estimables;

Que, al respecto, dispone que, dentro de una interpretación sistemática de la norma, lo señalado por OSINERGMIN es incorrecto, ya que, tanto en los Artículos 2° y 3° del DS 031, como en el numeral 4.1 del Procedimiento “Compensación por Generación Adicional” aprobado mediante la Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD, (en adelante “Procedimiento”), se hace referencia expresa a costos incurridos o gastos efectuados, no haciendo mención alguna a la estimación de costos que se incurrirán en el futuro;

Que, agrega la impugnante que en línea con lo anterior, OSINERGMIN, en la parte inicial del Anexo G del Informe N° 110-2012-GART que sustenta el cálculo del Cargo por Generación Adicional, hace referencia al Artículo 5° del DU 037, señalando que “...los costos incurridos deben ser recuperados en un plazo máximo de 24 meses...” sin embargo contradictoriamente en las secciones siguientes de su informe incluye las proyecciones de costos aún no incurridos, y que las mismas han sido tomadas de las proyecciones enviadas por las empresas estatales sin realizar ningún análisis ni contrastación. En este caso, la recurrente observa que la proyección de costos es desproporcional respecto de los costos ocurridos;

Que, la empresa señala que si, conforme al Artículo 5° del DU 037 los costos deben ser liquidados periódicamente, tales liquidaciones tendrán como finalidad incorporar los costos efectivamente realizados, es decir, luego de tener un costo determinado y establecido, pero de ninguna manera esto debe ser considerado como un argumento a incorporar un costo futuro, posible e incierto;

Que, la recurrente agrega que, de la lectura sistemática de las disposiciones mencionadas y de la interpretación de las mismas, se desprende con claridad que el Cargo por Generación Adicional, únicamente debe reconocer los costos incurridos, es decir, los costos reales y actuales y de ninguna manera los proyectados a futuro, y que podrían o no ejecutarse, más aún considerando que tales proyecciones no guardan relación alguna con los costos que se han generado desde 2008 hasta la fecha;

Que, menciona que, no haber fijado el CUGA en los términos antes expuestos, supone una violación tanto al principio de legalidad como al de predictibilidad; al primero, por no sustentar su decisión dentro de los cánones establecidos en el derecho ni garantizar que ésta se encuentre en concordancia con el cuerpo normativo al que se circunscribe, siendo necesario que el Regulador corrija tal situación a fin de

evitar lesiones en la esfera patrimonial de los administrados; y al segundo por no regular en concordancia con los demás cuerpos normativos, incluso normas de mayor jerarquía, lo cual crea incertidumbre dentro del sistema jurídico y provoca situaciones de inseguridad jurídica;

Que, por lo señalado la empresa concluye que la resolución impugnada adolece de vicio de nulidad y solicita se expida una nueva resolución sustentada exclusivamente en los costos efectivamente incurridos por las empresas estatales.

Tratamiento a darse a las proyecciones

Que, la recurrente señala que, en caso de considerar que el Cargo por Generación Adicional debe incluir proyecciones, la información de los costos netos debe recoger las proyecciones realizadas por el COES.

Que, agrega que, sin perjuicio de que el CUGA debe sustentarse exclusivamente en los costos efectivamente incurridos, en caso de considerar que el mismo debe sustentarse también en información proyectada, OSINERGMIN tiene la obligación de analizar la información relativa a las proyecciones presentadas por las empresas estatales y validarla o corregirla;

Que, en efecto, la 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 alcanza a los costos incurridos y no a los costos proyectados;

Que, seguidamente la empresa señala que no pueden reconocerse los costos proyectados informados por las empresas estatales, dado que los mismos son desproporcionados en comparación con los costos incurridos en el pasado y con la estimación hecha por el COES.

2.2.- ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, a efectos de realizar un análisis integral de los argumentos señalados por la recurrente, éstos fueron clasificados de la siguiente manera:

- Competencia de OSINERGMIN de realizar control difuso sobre el DU 037 y el DU 049.
- Antecedentes: El procedimiento de OSINERGMIN para la fijación del CUGA hasta antes de la expedición del DS 031.
- Análisis del DS 031, sus alcances y la competencia de OSINERGMIN de realizar control posterior de los Informes que presenten las Empresas Estatales con Carácter de Declaración Jurada.
- Análisis sobre el CUGA y si para su determinación únicamente se deben considerar costos incurridos en el pasado o también se pueden considerar costos proyectados.

2.2.1 COMPETENCIA DEL OSINERGMIN DE REALIZAR CONTROL DIFUSO SOBRE EL DU 037 Y EL DU 049

Que, como cuestión previa, debe señalarse que, en consideración al carácter constitucional de este extremo del petitorio del recurso de reconsideración de Volcan, que incluso se basa en sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional definidas por éste como precedentes de observancia obligatoria; se contrató la opinión de un estudio de abogados externo, el Estudio Ferrero Abogados, quien en base a fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, apoyó a OSINERGMIN en el análisis, conforme se explicará a continuación. El mencionado informe forma parte del sustento de la presente Resolución.

2.2.1.1 La admisión del control difuso en sede administrativa y sus límites

Que, la discusión en torno a la admisibilidad del control difuso en sede administrativa se planteó por primera vez, con ocasión de la Resolución 0259-2001/TDC-INDECOPI, dictada por la Sala de Defensa de la Competencia el 16 de abril de 2001 (Exp. N° 111-2000/CRP-ODI-CCPL). En este caso, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se negó por mayoría a inaplicar un Decreto de Urgencia cuya inconstitucionalidad había sido alegada, al considerar que dicha pretensión excedía de sus competencias. Así, según dicho órgano administrativo, en nuestro sistema, el mecanismo ordinario para cuestionar la constitucionalidad de una Ley es el control concentrado atribuido al Tribunal Constitucional (TC), que se complementa, excepcionalmente, *“por la facultad atribuida expresa y exclusivamente a los jueces para ejercer el denominado control difuso y preferir la Constitución a cualquier otra norma que la vulnere”*¹;

Que, sin embargo, hubo un voto en minoría del Dr. Alfredo Bullard González, en el cual refiere que se trata de una potestad implícita de los Tribunales Administrativos, cuya labor se asemeja a la realizada por los jueces, *“toda vez que son entes que deben actuar de manera neutral, imparcial e independiente, siendo sus decisiones producto del análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria, los Tribunales Administrativos no están sometidos a autoridad alguna”*;

Que, bajo esa misma línea, el TC en su sentencia de 9 de enero de 2003, recaída en el Exp. N° 007-2001-AI/TC, negó que la Municipalidad distrital de San Juan de Lurigancho pudiera declarar inaplicable una ordenanza de la Municipalidad provincial de Lima, pues *“la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el Artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas”*;

¹ Art. 138 de la Constitución: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Que, por otra parte, el TC negó también esta potestad al Tribunal Fiscal en la sentencia de 16 de octubre de 2002, recaída en el Exp. N° 0499-2002-AA/TC, reconociendo la corrección de la línea jurisprudencial de dicho tribunal administrativo en ese sentido;

Que, no obstante, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 3 de junio de 2005, recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, el TC declaró que “es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”;

Que, de acuerdo a lo expuesto, el TC reconoció el control difuso a “todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública”. El único requisito exigido era el carácter manifiesto de la inconstitucionalidad;

Que, dicha sentencia fue motivo de críticas, aduciéndose que, admitir el control difuso a cargo de la Administración, vulneraba el principio de legalidad y la reserva que efectúa la Constitución de dicha potestad a los jueces y no a la Administración pública. Además, implicaba abrir una enorme brecha en la seguridad jurídica, de incalculables consecuencias, ya que, a partir del deber de preferir la Constitución sobre cualquier norma legal que establecía para *todo* órgano administrativo, se tendrían miles de funcionarios autorizados para decidir qué leyes son constitucionales y cuáles no, con el consiguiente menoscabo al Estado de Derecho que ello implica²;

Que, sin embargo, el TC dictó una resolución aclaratoria con fecha 13 de octubre de 2006, reduciendo el elenco de órganos administrativos titulares de dicha potestad, estableciendo que, sólo podrían ejercerla “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”. Además, únicamente podría ejercerse a pedido de parte y nunca de oficio, “siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados”. Finalmente, estarían excluidos de esta inaplicación administrativa las leyes o reglamentos cuya constitucionalidad hubiera sido confirmada en procesos constitucionales;

Que, el primer argumento empleado por el TC para defender que la Administración pública pueda inaplicar leyes inconstitucionales es el principio de jerarquía o supremacía constitucional. Este argumento es uno de los pilares de quienes defienden esta interpretación, pues se afirma que, de lo contrario, la famosa pirámide normativa

² Véase el pronunciamiento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, publicado en la *Revista peruana de Derecho público* 11, 2005, pp. 269 y ss.; y también en *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Coord. CARPIO MARCOS, E. y GRÁNDEZ CASTRO, P., Palestra, Lima, 2007, pp. 191 y ss. Para este periodo, comprendido entre la STC de 3 de junio de 2005 y STC de 11 de octubre de 2006 y su posterior aclaratoria, véase también CASTRO AUSEJO, S., “Control difuso: ¿potestad de la Administración?”, en *Revista de Derecho Administrativo-Círculo de Derecho administrativo* 1, 2006, pp. 217 y ss.

de Kelsen quedaría en entredicho, condenándose al funcionario a aplicar leyes que considera inconstitucionales y a dictar resoluciones pasibles, con razón, de ser anuladas en la vía contencioso-administrativa³. Por tanto, la Administración pública debería tener una competencia implícita para inaplicar las leyes inconstitucionales⁴, al menos para poder emplear el mismo parámetro de decisión que usará el órgano encargado de controlar su actuación⁵. En el fondo, ésta sería la razón por la cual el TC habría interpretado el Artículo 138° de la Constitución del modo que lo ha hecho, entendiendo que, si bien le atribuye una potestad a los jueces, no establece que es exclusiva de ellos, sino que también puede predicarse de la Administración pública, a partir de la primacía de la Constitución (Artículo 51°), el deber de todos los peruanos de respetarla (Artículo 38°), y en especial la Administración pública (Artículo IV de la LPAG)⁶;

Que, sin embargo, un sector importante de la doctrina peruana ha criticado el reconocimiento de la potestad de inaplicar leyes inconstitucionales a la Administración pública efectuado por el TC, a partir de la falta de una atribución expresa de dicha competencia⁷. Así, se ha sostenido que el hecho de que el Artículo 138° de la

³ BULLARD GONZÁLEZ, A. e HIGA SILVA, C., Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Coord. CARPIO MARCOS, E. y GRÁNDEZ CASTRO, P., Palestra, Lima, 2007, pp. 14 y ss.

⁴ El argumento de las competencias implícitas de la Administración pública para inaplicar leyes inconstitucionales, en virtud de la atribución de una función *cuasi-jurisdiccional*, ha sido defendido con especial énfasis por BUSTAMANTE ALARCÓN (“Control difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”, en *Revista Jurídica del Perú*, 41, 2002, p. 55), para quien la Administración debe tener las potestades necesarias para cumplir con su función, incluyendo la de inaplicar normas inconstitucionales. Sin embargo, es preciso indicar que para este autor las funciones *cuasi-jurisdiccionales* de la Administración (que se distinguirían de las propiamente jurisdiccionales por carecer del carácter de cosas juzgada) no se ejercen únicamente en los procedimientos trilaterales (cuando resuelve conflictos intersubjetivos), sino también cuando impone sanciones. Por tanto, aunque anterior a ambas, su posición es más bien próxima a la sentencia original antes que a supuestamente aclaratoria.

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, A. e HIGA SILVA, C., “Verdades y falacias...”, cit., p. 16.

⁶ A favor de este argumento, por ejemplo, MORALES GODÓ, J., “Control difuso por parte de los tribunales administrativos. A propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N.º 3714-2004-AA/TC”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Coord. CARPIO MARCOS, E. y GRÁNDEZ CASTRO, P., Palestra, Lima, 2007, p. 125; y RUBIO SALCEDO, C., “El principio de ilegalidad y la inaplicación de normas ilegales inconstitucionales por la Administración pública en el ordenamiento peruano actual”, en *Revista Jurídica del Perú* 59, 2004, pp. 291 y 298 y ss.; y, del mismo autor, “El control difuso administrativo en el ordenamiento jurídico peruano. Algunos alcances a propósito del pronunciamiento del Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica del Perú* 86, 2008, pp. 75 y 75 (aunque aquí ha matizado algo su posición, insistiendo en los problemas para su viabilidad dicho control difuso administrativo). En el mismo sentido, es especialmente relevante la posición de LANDA ARROYO, C., *Teoría del Derecho procesal constitucional*, Palestra, Lima, 2004, p. 211, cuya posición doctrinal fue incorporada a la sentencia del TC, órgano del que es magistrado.

⁷ Véase CASTILLO CÓRDOVA, L., “Administración pública...”, cit., pp. 74 y ss.; MORÓN URBINA, J. C., “¿Es ahora el Poder ejecutivo el guardián *in límine* de la constitucionalidad de las leyes?”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Coord. CARPIO MARCOS, E. y GRÁNDEZ CASTRO, P., Palestra, Lima, 2007, pp. 60 y 61; TIRADO BARRERA, J. A., “El control difuso...”, cit., pp. 27 y ss. El argumento de la falta de competencia fue utilizado también antes de que el TC dictara las sentencias en cuestión por PANDO VILCHEZ, J., “La Administración frente a la norma inconstitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?”, *Revista peruana de Derecho público*, 5, 2002, pp. 109 y ss., aunque parecía dejar la puerta abierta al control difuso en sede administrativa cuando la inconstitucionalidad fuera «manifiesta». Más adelante, este autor ha dejado claro que no comparte la utilización del carácter «manifiesto» de la inconstitucionalidad como requisito para que proceda el control difuso en sede administrativa, debido a que “en Derecho nada es blanco o negro, sino una gran gama de grises”. Por tanto, afirma, “el único sustento para que la

Constitución no señale que la competencia de control difuso reconocida a los jueces es exclusiva de ellos, no puede servir como fundamento para atribuírsela a alguien distinto, pues ello implicaría la necesidad de declarar expresamente la exclusividad de la competencia en cada caso, rompiendo así las reglas básicas referidas a su otorgamiento. Además, no cabría deducir una competencia «implícita» de dicha norma, pues sería desconocer que las normas que definen potestades deben ser interpretadas restrictivamente, de lo que se deduce que “no existen potestades constitucionales implícitas, ni mucho menos su atribución puede ser consecuencia de aplicaciones análogas de la norma”⁸. Por otro lado, los Artículos 38° y 51° de la Constitución tampoco pueden servir para deducir dicha potestad, pues de ese modo todos los ciudadanos — y no sólo la Administración Pública — estarían igual de legitimados para desconocer las leyes que juzguen inconstitucionales. En consecuencia, más que «reconocer» una potestad, lo que habría hecho el TC es atribuírsela a la Administración pública, innovando así el ordenamiento jurídico, actuando como una especie de legislador positivo⁹;

Que, como ya se ha indicado, la Sentencia Aclaratoria del 13 de octubre de 2006 restringió la potestad de control difuso a aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten «justicia administrativa» con carácter nacional. Con ello se habría adscrito a la posición de quienes defienden que el principio de legalidad debe ceder ante el principio de jerarquía cuando se trate de procedimientos trilaterales, pues en éstos se realiza una actuación cuasi-jurisdiccional, equiparable a la judicial, tanto por su contenido material (resolver conflictos intersubjetivos) como por su independencia, ya que no estarían subordinadas jerárquicamente a ninguna otra autoridad¹⁰;

Que, además, aún cuando la identidad entre ambos no sea absoluta, pues las resoluciones de los tribunales administrativos carecen del carácter de cosa juzgada propia de las judiciales, también ante aquéllos son exigibles los derechos fundamentales del administrado. Así, al igual que se ha extendido al ámbito administrativo el derecho al debido proceso, pese a que está reconocido en la sección relativa a la función judicial, lo mismo puede decirse de los poderes de control difuso, en tanto permitiría que la «justicia» administrativa se ejerza conforme a la Constitución¹¹;

Que, en consecuencia, tres son las líneas argumentales básicas que sustentan esta posición: (1) la actuación de los tribunales administrativos, y sólo ella entre toda la actuación administrativa reúne las características que justificarían su equiparación con la función judicial; (2) sólo los tribunales administrativos reúnen las condiciones necesarias de independencia en el ejercicio de sus funciones, que los hacen

Administración pública, a través de ciertos tribunales administrativos, pueda aplicar control difuso, tiene que derivar del otorgamiento de dicha potestad por parte de la propia Constitución, y revestida de las garantías correspondientes de verdadera independencia de sus decisiones” (PANDO VÍLCHEZ, J., “¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 98, 2006, p. 52).

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, L., “Administración pública...”, cit., p. 78

⁹ BALDWIN GAYOSO, E., “El control difuso en sede administrativa”, *Jus. Doctrina & Práctica* 2, 2007, p. 440.

¹⁰ BULLARD GONZÁLEZ, A. e HIGA SILVA, C., “Verdades y falacias...”, cit., p. 31; CHIRI GUTIÉRREZ, I., “El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Coord. CARPIO MARCOS, E. y GRÁNDEZ CASTRO, P., Palestra, Lima, 2007, p. 152.

¹¹ DEL POZO, C., *Control difuso y procedimiento administrativo*, Palestra, 2005, pp. 129 y ss., en especial p. 136 y pp. 141 y ss.

equiparables al Poder judicial; y (3) la garantía de los derechos fundamentales del administrado exige atribuir esta potestad a la Administración pública;

Que, consecuentemente, es indubitable que el Tribunal Constitucional, mediante la resolución aclaratoria, ha pretendido limitar la atribución de las potestades de control difuso a ciertos órganos de la Administración, que serían aquellos que imparten “justicia administrativa”;

Que, por tanto, es imprescindible determinar qué ha querido decir el Tribunal constitucional con la expresión “justicia administrativa”, especialmente porque no siempre la utiliza con el mismo sentido. Así, por ejemplo, en la STC de 10 de marzo de 2005, Expediente N° 266-2002-AA/TC, el magistrado Gonzáles Ojeda la empleó en su voto disidente para referirse a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, en otros casos había sido utilizada para referirse a la resolución de procedimientos administrativos no trilaterales, como son aquellos mediante los cuales se discutían cuestiones laborales en el ámbito municipal (SSTC recaídas en el Exp. N°. 441-98-AA/TC y Exp. N°. 404-98-AA/TC, ambas del 3 de julio de 1998). Recientemente, la ha utilizado en la Sentencia del 3 de septiembre de 2010, recaída en el Exp. 01873-2009-PA/TC, en la cual se sostiene, literalmente, que “*resulta necesario hacer un esbozo de cómo debe tramitarse o seguirse un procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta no sólo sus características, sino también los derechos de los administrados, lo que es aplicable no sólo para el CNM, sino también para cualquier órgano o tribunal que imparta «justicia administrativa»*” (§ 9). Sin embargo, en el voto singular del magistrado Gonzáles Ojeda en la Sentencia de 10 de marzo de 2005, recaída en el Exp. N° 266-2002-AA/TC, se usa la expresión justicia administrativa como equivalente a contencioso administrativo;

Que, en consecuencia, la propia jurisprudencia del Tribunal constitucional no aporta una respuesta clara sobre qué debe entenderse por justicia administrativa, ni tampoco el Derecho comparado soluciona el problema, aunque se podría colegir que se trata de una expresión generalmente reservada para el control judicial de la actuación administrativa. La excepción es el caso mexicano, donde si bien esta expresión se usa para referirse al control judicial, también se emplea referida a los procedimientos administrativos (así, por ejemplo, la Ley de Justicia administrativa del Estado de Oaxaca) y comprendería “todas las instituciones jurídicas establecidas para resolver las controversias que surjan entre los órganos administrativos y éstos con los particulares, pero también ante los organismos de jurisdicción de carácter administrativo, ya sea que éstos últimos estén situados formalmente dentro de la esfera del Ejecutivo o bien incorporados al Poder judicial”¹²;

Que, en el caso peruano es evidente que, no se puede utilizar la expresión justicia administrativa en un sentido totalizador, que incluye, por ejemplo, la resolución de

¹² FIX ZAMUDIO, H., “Concepto y contenido de la justicia administrativa”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho procesal, 2005*, p. 150 (trabajo disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1624/9.pdf>). No obstante, debe indicarse que el citado autor maneja un concepto muy amplio de la justicia administrativa, que incluye el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el defensor del pueblo, la tutela de intereses colectivos y difusos, y el control judicial. No obstante, conviene indicar que según la posición de este autor, la justicia administrativa no es algo que se imparte, sino un conjunto de instituciones destinadas a resolver los conflictos entre la Administración y los administrados, entre los cuales se incluyen todos los citados. Es decir, se trata de un empleo de dicha expresión con un sentido diferente al empleado por nuestro Tribunal.

recursos por parte de los órganos colegiados y tribunales administrativos de carácter nacional, pues en ese caso no tendría ningún sentido la aclaración. Así, mientras que la sentencia original de 11 de octubre de 2006 le otorgó esta potestad a los órganos colegiados y tribunales administrativos, sin más adjetivación; la aclaración de 13 de octubre del mismo año la restringe a los órganos colegiados y tribunales *de carácter nacional* y que *impartan justicia administrativa*;

Que, una segunda interpretación sería que el Tribunal Constitucional utiliza la expresión *justicia administrativa* para referirse a los procedimientos de recurso, en los cuales cabría el control difuso, siempre que sean resueltos por órganos colegiados o tribunales administrativos de carácter nacional. Más allá de que esta interpretación carece de respaldo en la doctrina antes citada, tampoco tendría demasiado sentido, en tanto normalmente estos órganos o tribunales justamente tienen como función el resolver en última instancia los recursos administrativos en sus ámbitos de competencia, y no necesariamente deben hacerlo con las mismas garantías de independencia propias del Poder judicial. La aplicación de esta doctrina podría llevarnos a entender que, por ejemplo, un órgano colegiado de competencia nacional no puede ejercer control difuso al resolver una solicitud (pese a haber sido alegada la inconstitucionalidad por el administrado), pero sí en el recurso de reconsideración que éste puede interponer inmediatamente;

Que, una tercera interpretación sería entender que el Tribunal constitucional ha querido limitar el control difuso a aquellos órganos colegiados y tribunales administrativos que actúan con unas garantías equiparables a las judiciales, para lo cual se exige su independencia. Sin embargo, lo más lógico es entender que, en ese caso lo hubiera declarado expresamente, y en lugar de usar una frase tan críptica como «impartir justicia administrativa», se hubiera referido a la independencia de los órganos o tribunales administrativos como el requisito exigible para que puedan realizar control difuso de la constitucionalidad de las leyes;

Que, por tanto, queda finalmente la interpretación, mayoritariamente compartida por la doctrina, de que el Tribunal Constitucional habría pretendido limitar el control difuso a aquellos órganos y tribunales que tienen atribuida una potestad «cuasi-jurisdiccional», por la cual se resuelven controversias intersubjetivas con garantías similares a las propias del proceso judicial. Al respecto, se considera erróneo el empleo de la expresión «justicia administrativa» en este sentido (como en cualquier otro distinto al judicial), no obstante lo cual, es aparentemente el sentido que pretende dársele en el contexto de la resolución del Tribunal Constitucional en cuestión que, conviene no olvidarlo, pretende en la aclaración reducir el ámbito de aplicación de su primera resolución;

Que, a nivel doctrinal, se puede deducir que se intenta restringir el concepto de “justicia administrativa” a los casos en que la Administración resuelve conflictos intersubjetivos, como lo haría el Poder judicial. Pese a no afirmarlo expresamente, esta conclusión podría deducirse, por ejemplo, de las afirmaciones de Claudia Del Pozo, quien titula el capítulo 3 de su libro como “Justicia administrativa y poderes de la Administración en su función de resolución de conflictos intersubjetivos”¹³, para luego indicar que “si bien es cierto que la actividad administrativa destinada a la resolución de conflictos intersubjetivos no está reconocida explícitamente como una función jurisdiccional, nada obsta – creemos – para que en esta sede sean totalmente

¹³ DEL POZO, C., *Control difuso...*, cit., p. 129.

exigibles los derechos fundamentales del administrado”. Es decir, cuando analiza el control difuso en sede administrativa, lo reconduce a los casos en donde hay una “justicia administrativa”¹⁴, que se identificaría con la resolución de conflictos intersubjetivos; es decir, los procedimientos trilaterales¹⁵;

Que, algo similar sucede con el trabajo del Doctor Alfredo Bullard, en el cual, en todo momento, se refieren a los tribunales administrativos y los procedimientos trilaterales como aquellos en los cuales tendría sentido la atribución de las potestades de control difuso, frente a los que denomina bilaterales, donde no se justificaría. En un primer momento, sostiene que el Ejecutivo “*decide casos y administra justicia, no solo en sus relaciones con los particulares, sino dentro de relaciones entre particulares*”¹⁶. A partir de esta afirmación, pareciera que todo acto donde la Administración resuelve sería una forma de “justicia administrativa”, pues “*declara justicia en el sentido de decir Derecho sobre determinados hechos*”¹⁷. Sin embargo, en ese caso lo cierto es que todo acto administrativo sería expresión de justicia administrativa, pues no debe olvidarse que la teoría de éste se formuló sobre el modelo de la sentencia judicial, a partir de los postulados de Otto Mayer¹⁸;

Que, por tanto, si “decir Derecho sobre determinados hechos” es la justicia administrativa, todo acto administrativo es expresión de ella. Los juristas Bullard e Higa, reconduciendo su trabajo hacia los casos en donde un ente autárquico de la Administración “va a resolver con facultades cuasi jurisdiccionales y va a decir Derecho sobre las relaciones jurídicas entre individuos, consideran lógico que su decisión quede sujeta a revisión judicial. Pero ello significaría que, al decir Derecho, este ente se encuentre en la posibilidad de ajustar su decisión a todos los principios y reglas en base a que su decisión va a ser revisada”¹⁹. Incluso, con mayor claridad se expresan más adelante, pues si bien señalan que los funcionarios de una agencia administrativa independiente realizan funciones cuasi judiciales “en el sentido de que sus pronunciamientos afectarán los derechos, obligaciones o intereses de los ciudadanos”²⁰; luego reconducen el ejercicio de la función jurisdicción material, a aquellos casos en donde se resuelve un conflicto intersubjetivo, dándole solución, lo que ocurre en los procedimientos trilaterales, en los cuales las entidades autárquicas “administran justicia y, por tanto, deben decidir casos entre particulares”²¹;

Que, por último, respecto a esta cuestión cabe citar expresamente las afirmaciones del jurista Morón Urbina, que compartimos plenamente, quien aborda directamente el

¹⁴ *Ibíd.*, p. 137.

¹⁵ No obstante, debe reconocerse que esta autora podría haber matizado en algo su posición, pues en un trabajo más reciente sostiene que “cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha determinado que el control de constitucionalidad en sede administrativa sea ejercido directamente por los Tribunales o las últimas instancias administrativas de carácter nacional”. DEL POZO, C., “El control de constitucionalidad ejercido por la Administración pública”, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Coord. CARPIO MARCOS, E. y GRÁÑEZ CASTRO, P., Palestra, Lima, 2007, p. 111. Sin embargo, en las conclusiones del mismo trabajo, sigue refiriéndose a los Tribunales administrativos.

¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, A. e HIGA SILVA, C., “Verdades y falacias...”, cit., p. 31

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 13ª edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 546.

¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, A. e HIGA SILVA, C., “Verdades y falacias...”, cit., P. 38.

²⁰ *Ibíd.* p. 40.

²¹ *Ibíd.*, pp. 40 y 41, el entrecomillado en p. 40. Es más, páginas más adelante se excluye expresamente el control difuso en los procedimientos “bilaterales” (p. 44).

problema y afirma que “La suma de estos elementos concurrentes nos hacen afirmar que la facultad solo es reconocida por el Tribunal Constitucional para una serie de organismos de carácter tribunalicio u órganos colegiados que se encuentran en la estructura del Poder Ejecutivo, pero resolviendo controversias mediante procedimientos trilaterales con competencia territorial de ámbito nacional. Así, podrán ejercer esta atribución, los tribunales administrativos de los Organismos Reguladores, Indecopi, Tribunal Fiscal, Tribunal Registral, Tribunal de Consucode, etc. [...] Pero lo más interesante es identificar qué dependencias administrativas no aparecen comprendidas en el ámbito de esta facultad. Por ejemplo, no se encuentran los consejos municipales o regionales, ni ninguna entidad de ese ámbito territorial (no cumplen con la condición de ser tribunales administrativos ni imparten justicia administrativa con carácter nacional). *Por lo mismo tampoco poseen la atribución*, los organismos colegiados, como los Directorios, *Consejos Directivos* o Comisiones Especiales, *que tampoco imparten justicia administrativa*²².”

2.2.1.2 La aplicación al caso concreto: la naturaleza de las competencias del Consejo Directivo del OSINERGMIN y la no titularidad de potestades de control difuso, en aplicación de las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional

Que, OSINERGMIN, es un Organismo Público Especializado Regulador, en el marco de lo dispuesto por la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Se trata de un organismo que, dentro de sus 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. Están dirigidos por un Consejo Directivo, cuyos 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 (Artículo 32° LOPE);

Que, de acuerdo a la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, estos organismos tienen atribuidas las funciones supervisora, reguladora (que comprende la facultad de fijar tarifas), normativa, de fiscalización y sancionadora, de solución de controversias (que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados), y de solución de reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. Estas Entidades tienen un Consejo Directivo, que la encabeza y al que le corresponde en exclusiva la función reguladora y la normativa general (art. 2 del D.S. 042-2005-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley 27332), y al menos un Tribunal de Solución de Controversias, correspondiéndole a este último la función de resolver conflictos. Tanto los miembros de uno como de otro órgano tienen ciertas garantías de independencia, en la medida que su nombramiento es a plazo determinado y no pueden ser destituidos, sino es por la comisión de una falta grave. No obstante, no son del todo independientes, en la medida en que el nombramiento le corresponde al Poder ejecutivo, aunque se ha regulado un procedimiento de concurso para acceder al cargo, al menos en los Consejos Directivos;

²² MORÓN URBINA, J. C., “¿Es ahora...”, cit., p. 65.

Que, es importante resaltar que, de acuerdo a las propias normas, la función de solución de controversias se define como aquella mediante la cual los órganos competentes de OSINERGMIN resuelven “en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos” (Artículo 44° del D.S. 054-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General del OSINERGMIN), y que esta competencia es ejercida en primera instancia por los órganos colegiados y por el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, en segunda y última instancia administrativa;

Que, por tanto, las facultades de solución de controversias entre administrados no le corresponden al Consejo Directivo, que ejerce esencialmente la función reguladora y la normativa. Sin embargo, es en ejercicio de dicha función de solución de controversias que se cumplirían los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para que la Administración pública pueda ejercer potestades de control difuso, por lo que serían exclusivas de los Tribunales de Solución de Controversias, e incluso de los Tribunales de Solución de Reclamos, pero no del Consejo Directivo de la Entidad. En consecuencia, de acuerdo a lo indicado en párrafos precedentes de esta resolución, y pese a la independencia de los Consejos Directivos de los Entes Reguladores - OSINERGMIN entre ellos -, éstos no pueden ejercer potestades de control difuso;

Que, finalmente, siendo que el Consejo Directivo de OSINERGMIN no cuenta con las competencias suficientes como para aplicar control difuso, es que no puede ampararse este extremo del petitorio formulado por la recurrente, de inaplicar por inconstitucional el DU 037 y el DU 049.

2.2.2 ANTECEDENTES: EL PROCEDIMIENTO DEL OSINERGMIN PARA LA FIJACIÓN DEL CUGA HASTA ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL DS 031

2.2.2.1 El DU 037 como expresión del Principio de Subsidiariedad del Estado

Que, como ha sido bien resumido por la recurrente, en la parte inicial de su escrito, en los últimos años, el Perú ha experimentado el siguiente fenómeno: continuo crecimiento de su economía, lo cual originó el incremento vertiginoso de la demanda de energía eléctrica, sin que el parque de generación ni las instalaciones de transmisión se hayan expandido lo suficiente como para garantizar, completamente, el abastecimiento del suministro eléctrico;

Que, bajo este escenario resalta el Principio de Subsidiariedad del Estado en la economía²³, bajo el cual el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Con razón se dice que “Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el

²³ Ver artículos 58 y 60 de la Constitución Política del Perú.

mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva²⁴;

Que, más aún, de acuerdo con el Artículo 2° de la LCE, constituyen Servicios Públicos de Electricidad el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, la transmisión y distribución de electricidad; asimismo dispone dicha ley que el Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública. Esto último se refuerza con la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, en cuyo Artículo 2°, se dispone como de interés público y responsabilidad del Estado, el asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad;

Que, de acuerdo con lo expuesto, considerando que la coyuntura económica generaba el riesgo de la interrupción del suministro, afectando el servicio público de electricidad, en función del Principio de Subsidiariedad del Estado en la economía, se expide el DU 037, el 21 de agosto de 2008, cuyas características principales, para efectos de nuestro análisis, son:

- El Ministerio de Energía y Minas (MEM) declarará las situaciones de restricción temporal de generación para asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN.
- Para tal efecto, el MEM calculará la magnitud de la capacidad adicional de generación necesaria y requerirá 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,
- Se determina que los costos totales, incluyendo los costos financieros, en que incurra la empresa estatal, sean cubiertos mediante un cargo adicional que se incluirá en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión (al que posteriormente se denominó CUGA, en el procedimiento aprobado por OSINERGMIN, conforme se explica más adelante).
- Para determinar dicho cargo, se distribuirán los costos señalados, 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.
- Se dispone que los costos sean 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 DU 037. Para ello, el COES identificará y desagregará a estas unidades como un grupo separado de la generación propia del generador estatal correspondiente.

²⁴ Considerando 35 de la Sentencia N° 008-2003-AI/TC, del Tribunal Constitucional. Seguidamente, indica que conviene con Pedro de Vega, cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas””.

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

Que, merece comentario la obligación impuesta a las empresas estatales, que implica el uso de sus recursos, a pesar que, posteriormente, todos los costos le sean devueltos mediante el CUGA. Al respecto, el Artículo 5° del Decreto Legislativo que Promueve la Eficiencia de la Actividad Empresarial Del Estado, (Decreto Legislativo N° 1031), dispone que los recursos de las Empresas del Estado, se destinan para el logro de los objetivos aprobados en sus normas estatutarias, planes estratégicos y en las metas establecidas en sus programas y presupuestos anuales, en concordancia con las disposiciones del Código Marco del Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado. Sin embargo, también dispone que las Empresas del Estado sólo podrán recibir encargos especiales, mediante mandato expreso, aprobado por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En este caso, las Empresas del Estado deberán ser provistas de los recursos necesarios para su sostenibilidad financiera, debiendo registrarse dichos encargos en una contabilidad separada, y revelarlos adecuadamente en sus estados financieros;

Que, de esta manera, el DU 037 crea un encargo especial para las empresas estatales, relacionada con la ejecución de generación adicional, siendo que los recursos necesarios para ello, serían retribuidos mediante el CUGA;

Que, por otro lado, la norma señala que los “costos totales, incluyendo los costos financieros, en que incurra la empresa estatal”, serán cubiertos mediante el CUGA²⁵. En ese sentido, conforme consta en el DU 037, los “precios eficientes” que determina el Regulador en función de criterios de mercado o modelos regulatorios²⁶, no se aplican para retribuir los costos de las empresas estatales;

Que, es así que OSINERGMIN, organismo competente para la fijación de las tarifas en el sector eléctrico, de acuerdo con el DU 037, debía y debe determinar el CUGA, de forma que permita devolver los costos totales por la generación adicional en que incurriesen las empresas estatales (lo que en doctrina regulatoria se denomina *pass through*). Finalmente, el DU 037 incorpora dos parámetros para dicha actividad. La primera consiste en que el CUGA no debe ser igual para todos los consumidores, sino que será diferente dependiendo de, si tiene la condición de Usuarios Regulados, Usuarios Libres que no son Grandes Usuarios y Grandes Usuarios. La segunda, es que los costos que conforman el CUGA, deben ser liquidados periódicamente, para efectos de considerar los descuentos a que hubiere lugar por la participación de la empresa estatal en el COES;

Que, ahondando sobre la segunda regla citada en el párrafo anterior, si bien prima facie el DU 037 señala que se debe retribuir a la empresa estatal, *los costos totales, incluyendo los financieros, en que incurra*, es cierto también que por proveer dicha generación adicional al sistema, recibirá ingresos sea por potencia o energía, o ambos, como cualquier otro generador. Por este motivo, en realidad, los costos que debe devolver el CUGA a la empresa estatal, constituye el neto de los *costos totales*

²⁵ Es lo que representa el interés por el costo de oportunidad del dinero.

²⁶ El Artículo 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas dispone que “ Los precios regulados reflejarán los costos marginales de suministro y se estructurarán de modo que promuevan la eficiencia del sector”.

menos los ingresos por la operación. Sin embargo, si bien la parte de los *costos totales* referido a los costos fijos es bastante predecible (por ejemplo, por la existencia de contratos de alquiler), los costos variables son inciertos, debido a que la operación de las generadoras depende del operador del sistema (COES) y el valor del combustible está sujeto a la volatilidad del precio del petróleo, principalmente. Asimismo, también los ingresos por la operación son muy aleatorios, pues dependerá principalmente del Costo Marginal que fije el COES, en las oportunidades que ordene a las empresas estatales suministrar energía al sistema;

Que, es en función a estos escenarios de incertidumbre, que el DU 037, con propiedad establece que, los costos que conforman el CUGA, y por lo tanto el CUGA también, deberán ser liquidados, para efectos de restar los ingresos que tenga la empresa estatal por su participación en el COES;

Que, un último aspecto del DU 037 que merece un comentario inicial, es que, en éste se encarga a OSINERGMIN definir el procedimiento de aplicación necesario que se requiera y, en caso necesario, incluir los nuevos cargos en la regulación de tarifas vigente. Es en función a lo primero que OSINERGMIN aprobó el Procedimiento En cuanto a lo segundo, el DU 037 autoriza expresamente a OSINERGMIN, a incluir en las tarifas vigentes al momento de la expedición de dicha norma, el CUGA, a pesar que en esa oportunidad el costo incurrido en el pasado por generación adicional era cero, por la simple razón de que el mecanismo de la generación adicional de emergencia recién estaba siendo creado. Claro está, la idea de la comentada disposición del DU 037, era ir recaudando recursos que permitan la posterior cancelación de los gastos por la generación adicional en que se incurra.

2.2.2.2 El procedimiento “Compensación por Generación Adicional”

Que, como ha sido explicado en párrafos anteriores, el Procedimiento, se aprobó en virtud del encargo del DU 037, de establecer el procedimiento de aplicación necesario que se requiere para la retribución de los *costos totales* por generación adicional, mediante la fijación del CUGA;

Que, a continuación se comentan aquellos aspectos más relevantes del Procedimiento, para efectos de nuestro análisis:

- En el numeral 2.2, se dispone que, por disposición del DU 037, OSINERGMIN se abocará únicamente a trasladar a los usuarios en las tarifas, los costos incurridos por la empresa estatal para la contratación de la generación adicional, por lo que será la Autoridad de Control pertinente quien se encargará de fiscalizar y auditar la eficiencia y eficacia del procedimiento de contratación mencionado.
- En el numeral 3.3 se incluye la definición de CUGA, como el Cargo unitario expresado en Nuevos Soles por kW al mes, que se publicará en la resolución que establezca los Precios en Barra, y que es incluido como un componente en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión.

- En los numerales 3.7, 3.8 y 3.9, se incluyen las definiciones de Costos Totales, Costos Totales Estimados y Costos Totales Incurridos²⁷.
- En el Artículo 4°, se señala que los Costos Totales Estimados están conformados por:
 - i) **Costos de Contrataciones y Adquisiciones de Obras, Bienes y Servicios Necesarios para la Puesta en Servicio.** Este es el componente del costo, que se considera *costos fijos* y que son ciertos y predecibles por la existencia de contratos u otros medios de acreditación. Se señala en la Norma que *“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.”*
 - ii) **Costos Netos Estimados Asociados a la Operación de la Generación Adicional.** Este componente del costo, es el que se puede representar como *costos variables*, sujeta a incertidumbre. Señala la norma que el COES remitirá un Informe Técnico con su propuesta de Costos Netos Estimados Asociados a la operación de la generación adicional para el año tarifario.
- El Artículo 5° señala, que, una vez se hayan determinado los Costos Totales Estimados y en función a estos últimos, se procede a fijar el CUGA aplicable a cada tipo de usuario²⁸;
- En el Artículo 6° se establece el mecanismo para determinar los Costos Netos Incurridos asociados a la operación de la generación adicional, en contraste con el proyectado que se utilizó al momento de calcular los Costos Netos Estimados asociados a la operación de la generación adicional;
- El Procedimiento señala que los Costos Totales Incurridos están compuestos por la suma de los dos componentes antes referidos: Costos de Adquisición y Puesta en Servicio y los Costos Netos Incurridos asociados a la operación de la generación adicional;
- Seguidamente, en el Artículo 7° se dispone que, los generadores, así de genérico, deben recaudar el CUGA, siendo el global de las recaudaciones denominado Monto Recaudado para la Generación Adicional. Asimismo se

²⁷ “3.7 **Costos Totales:** Monto expresado en Nuevos Soles, que corresponde a los costos totales, incluyendo los costos financieros, en que incurran los Generadores estatales por la generación adicional a que se refiere el Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 037-2008.

3.8 **Costos Totales Estimados:** Monto total estimado de los Costos Totales por Generación Adicional en un Año Tarifario, calculado de acuerdo con lo señalado en el Artículo 4.

3.9 **Costos Totales Incurridos:** Monto total obtenido de los Costos Totales por Generación Adicional en un mes, calculado de acuerdo con lo señalado en el Artículo 6.

²⁸ Usuarios Regulados, Usuarios Libres que no son Grandes Usuarios y Grandes Usuarios.

señala que el COES ordena las transferencias del Monto Recaudado para la Generación Adicional, a favor de las empresas estatales. Refiere la norma que el COES al publicar la transferencia, debe expresar la cantidad del Monto Recaudado que corresponde al componente de Costos de Adquisición y Puesta en Servicio y la cantidad que corresponde a los Costos Netos Incurridos Asociados a la operación de la generación adicional;

- En el Procedimiento se designa al COES como el encargado de llevar el control de la diferencia entre los Costos Totales²⁹ y el Monto Recaudado para la Generación Adicional para cada Año Tarifario. Dicha diferencia se denominará Saldo Neto Acumulado.
- En el Artículo 8° se dispone que, de forma trimestral, el COES debe remitir un Informe con una propuesta de reajuste de los Costos Totales Estimados, que considere, entre otros, la diferencia entre los Costos Totales Estimados y los Costos Totales Incurridos. Con esta medida, se busca adecuar el CUGA, producto de la verificación de lo que viene ocurriendo en la realidad, respecto de la proyección que se consideró al inicio;
- Finalmente, para efectos de nuestro recuento, en el Artículo 9° del Procedimiento, se señala que el Saldo Neto Acumulado se debe considerar en los Costos Totales Estimados del siguiente período tarifario, como un débito o un crédito.

2.2.2.3 Expedición del DS 031

Que, el DU 037 se aplicó de acuerdo a lo antes explicado, hasta la expedición del DS 031, el cual tuvo por vocación reglamentar el DU 037, en cuanto al mecanismo para el reconocimiento de los costos totales en que incurran las empresas estatales³⁰, conforme señala su Artículo 1^o³¹;

²⁹ El Procedimiento si bien emplea el término “Costos Totales”, por el contexto entendemos que se quiso referir al concepto de “Costos Totales Incurridos”.

³⁰ El DS 031, en sus considerandos refiere lo siguiente:

“Que, el artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 037-2008 dispone que los costos totales, incluyendo los costos financieros, en que incurra la empresa estatal por la generación adicional, serán cubiertos mediante un cargo adicional fijado por OSINERGMIN, que se incluirá en el Paje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión;

Que, asimismo, la referida norma dispone que los costos a reconocer a la empresa estatal, son todos aquellos en que ella incurra para cumplir el requerimiento, **sin aplicar para su reconocimiento en la tarifa estándares de eficiencia ni evaluaciones previas, dado que las contrataciones y adquisiciones que debe realizar la empresa estatal se producen por situaciones de emergencia declaradas por el Ministerio de Energía y Minas;**

Que, por lo expuesto, es necesario **reglamentar el mecanismo para el reconocimiento de los costos totales, que informen las empresas estatales a OSINERGMIN, para que este último determine el cargo por generación adicional;**”

³¹ Artículo 1.- Objeto de la norma

El objeto del presente Decreto Supremo es reglamentar los aspectos referidos a la recuperación de los costos en que incurran las empresas estatales que sean requeridas por el Ministerio de Energía y Minas, al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008, para efectuar contrataciones y adquisiciones, incluyendo las importaciones necesarias.

Que, es en el Artículo 2° del DS 031, que se sanciona la obligación del OSINERGMIN de determinar, sin realizar ningún tipo de evaluación previa ni posterior, el CUGA a que se refiere el artículo 5 del DU 037, 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. A continuación se cita el artículo bajo comentario:

“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.”

Que, complementariamente, el último párrafo del Artículo 3° del DS 031, señala que “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 se refiere el Artículo 2 precedente”³²;

Que, considerando la expedición del DS 031, OSINERGMIN ha venido fijando el CUGA y aplicando el Procedimiento en todo aquello que no se aponga a lo dispuesto por la primera (*lex posteriori derogat lex priori*).

2.2.3 Análisis del DS 031, sus alcances y la competencia del OSINERGMIN de realizar control posterior de los Informes que presenten las Empresas Estatales con Carácter de Declaración Jurada

2.2.3.1 El contexto y propósito del DU 037

Que, como fuera señalado, debido a los problemas advertidos en el año 2008 en relación con el aseguramiento oportuno y confiable del suministro de energía eléctrica, el mismo que se vería en riesgo, se dictó el DU 037, de acuerdo al cual, en situaciones de restricción (esto es, en las situaciones en las que el suministro oportuno de energía eléctrica en el SEIN no estuviese asegurado³³), el Ministerio de Energía y Minas requerirá a las empresas del sector eléctrico en las que el Estado tenga participación mayoritaria, para que efectúen las contrataciones necesarias para asegurar tal abastecimiento;

Que, en tanto son las empresas estatales del sector eléctrico las que se ven obligadas a realizar las contrataciones necesarias para cubrir el déficit de generación que

³² Debe señalarse que originalmente, el párrafo bajo comentario establecía que “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”. El mismo que posteriormente fue modificado por el Decreto Supremo N° 002-2012-EM, publicado con fecha 01 de febrero de 2012.

³³ Cf. DU 037, artículo 2.1.

implícitamente reconoce el Artículo 2.2 del DU 037³⁴ y que el mercado no atendió a tiempo, esa misma norma establece como serán cubiertos los costos en que incurra la empresa estatal que deba proceder a proveer la generación adicional a que se refiere el Artículo 2 de la norma en cuestión;

Que, aunque no coincide con las hipótesis de regulación de precios a que se refiere el Artículo 43° de la LCE, el mecanismo que prevé el DU 037 para recuperar dichos costos se asienta sobre el sistema que la LCE establece para la recuperación de los precios regulados a que se refiere la norma apenas citada. Concretamente, en lo que interesa a los efectos de la presente resolución, el DU 037 dispone, según ha sido modificado, lo siguiente³⁵:

“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.”

Que, de una lectura concordada del primer y tercer párrafo del citado Artículo 5°, se aprecia que los costos totales que el DU 037 establece, deben ser recuperados, no se remuneran en forma exclusiva en función del CUGA, sino también en atención a los ingresos que las unidades de generación que estén comprendidas dentro de los alcances del Artículo 2 del DU 037, perciban como consecuencia de su participación

³⁴ Esto porque como se trata de un encargo específico que excede los planes y programas de las empresas estatales a que se refiere el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 1031, el propio DU 037 prevé cómo serán retribuidos los costos asociados a ese encargo específico.

³⁵ Los cambios introducidos por el Decreto de Urgencia No. 049-2011

en el sistema, según las normas que aplican a todas las unidades que operan en el SEIN.

Que, adicionalmente, el cargo resultante de la aplicación del DU 037, debe ser revisado, actualizado o, más precisamente, liquidado³⁶. Es el propio Artículo 5 en el que expresamente se establece que los costos en cuestión, se liquidan en forma periódica, teniendo precisamente en cuenta los descuentos que resulten de los ingresos que se perciban con ocasión de la participación de la unidad de generación de que se trate en el SEIN.

Que, también merece comentario, que el Artículo 5 del DU 037 provee un dato clave para su correcta interpretación. En efecto, a diferencia de toda otra norma del sector eléctrico, el DU 037 se refiere al reconocimiento de los costos totales y no a costos eficientes o económicamente adaptados. El punto es especialmente relevante si se considera que los costos de la generación adicional a remunerar, precisamente por generación 'de emergencia', se encuentra por definición fuera de cualquier costo eficiente.

Que, resumiendo los componentes del CUGA según resulta del DU 037, son claras, en principio, dos cosas:

[i] Que se trata de reconocer todos los costos asociados a la generación adicional, tanto en los costos en los que se haya incurrido hasta un determinado momento (por ejemplo, los costos fijos de una nueva unidad) como los que se incurran más adelante (por ejemplo, *los costos asociados a la operación*). En ese punto, el DU 037 es, respecto a la lógica que inspira el resto de normas del sector, una ley especial³⁷.

[ii] Que esos costos pueden liquidarse en el tiempo y, por lo tanto, variando la magnitud del componente que, en cada caso, se agregue al Peaje de Conexión al Sistema Principal de Transmisión, según la unidad de que en cada caso se trata haya tenido o no ingresos por participación en el SEIN y según haya tenido más o menos costos que los inicialmente estimados. La norma encarga a OSINERGMIN la definición de los procedimientos correspondientes.

³⁶ A estos efectos es importante tener presente que usualmente las normas sectoriales emplean el término liquidación para referirse a aquellas situaciones en que un concepto que se recupera vía alguna tarifa o compensación sea inicialmente estimado en una magnitud y luego ajustado (liquidado) según se hayan o no revelado correctas esas estimaciones. Ese es por ejemplo el caso de la *liquidación* a que se refiere el artículo 4.4 del Decreto Supremo 048-2008-EM, a propósito de la diferencia entre la aplicación de la Tarifa Única de Distribución y la Tarifa por Red Principal que recibe el concesionario de distribución de gas natural por red de ductos que se ajusta en forma trimestral según el comportamiento de la demanda de distribución de gas natural que hayan tenido los usuarios a que se refiere el artículo 4.3 de esa norma.

³⁷ El punto de vista apenas indicado está confirmado directamente por los considerandos del Decreto Supremo No. 031-2011-EM, que complementa el DU 037, en cuando señala, refiriéndose a este última norma:

"Que, asimismo, *la referida norma dispone que los costos a reconocer a la empresa estatal, son todos aquellos en que ella incurra para cumplir el requerimiento, sin aplicar para su reconocimiento en la tarifa estándares de eficiencia ni evaluaciones previas*, dado que las contrataciones y adquisiciones que debe realizar la empresa estatal se producen por situaciones de emergencia declaradas por el Ministerio de Energía y Minas;"

2.2.3.2 La información relevante para la determinación de los costos totales.

Que, como fue señalado, en virtud a la habilitación legal para regular un procedimiento, se aprobó el Procedimiento. A través de esta norma, los 'costos totales' a que se refiere el DU 037, fueron divididos entre costos Estimados y los Incurridos; los primeros para objeto de la determinación del CUGA y los segundo para realizar el reajuste trimestral que acota lo proyectado versus lo que sucedió en la realidad;

Que, en el mes de junio de 2011 se dictó el DS 031, que a primera vista modifica sustancialmente la regulación vigente, y establece que para el 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 No. 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.”

Que, es esta última norma la que podría no adecuarse plenamente a lo dispuesto por la LPAG, una norma de mayor jerarquía, que establece entre sus principios los de presunción de veracidad, verdad material y privilegio de controles posteriores, según los cuales la Administración tiene la obligación de comprobar la veracidad de las declaraciones efectuadas por los administrados, como los Informes presentados por las empresas estatales para la recuperación de los costos producto de la generación adicional;

Que, sin embargo, según fluye de la parte considerativa de la norma en cuestión, el objetivo de la precisión antes indicada, es de establecer los criterios que no debe aplicarse cuando realice dicha actividad.

Que, la parte considerativa de la norma en cuestión reconoce que:

“[...]asimismo, la referida norma dispone que los costos a reconocer a la empresa estatal, son todos aquellos en que ella incurra para cumplir el requerimiento, sin aplicar para su reconocimiento en la tarifa estándares de eficiencia ni evaluaciones previas, dado que las contrataciones y adquisiciones que debe realizar la empresa estatal se producen por situaciones de emergencia declaradas por el Ministerio de Energía y Minas;”

Que, así, según lo expresado en el propio DS 031, éste tiene por objetivo reiterar que los costos por la generación adicional, no son eficientes, y que OSINERGMIN no debe revisar ni evaluar, previa, ni posteriormente, la eficiencia de dichos costos, habida cuenta que se producen en situaciones de emergencia;

Que, por consiguiente, el DS 031 en buena cuenta, basándose en lo señalado en el DU 037, refiere que dicha revisión no deberá comprender un cuestionamiento en base a criterios de eficiencia;

Que, si bien, de acuerdo con la técnica de interpretación literal³⁸ del Artículo 2° del DS 031, esta última norma vulneraría la LPAG, convenimos con Marcial Rubio cuando señala que “el método literal suele actuar, implícita o explícitamente, ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada”,³⁹

Que, por este motivo, surge como alternativa la interpretación correctora, que se la cataloga como contraria a la interpretación literal, y mediante la cual se interpretan las normas, no en función de su sentido literal, sino de uno más amplio (interpretación extensiva) o uno más restringido (interpretación restrictiva). Ahora bien, se afirma que “Se llama restrictiva a la interpretación que restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él”,⁴⁰

Que, esta forma de interpretar el Artículo 2° del DS 031, en el sentido que no prohíbe la revisión posterior (porque no podría, pues de lo contrario sería ilegal), sino que más bien acota la acción del Regulador, en el sentido que cuando realice dicha actividad no debe revisar la eficiencia del gasto; también alcance amparo en el dogma de la coherencia del derecho. Efectivamente, “puede justificarse la interpretación restrictiva recurriendo al argumento de la disociación, y ulteriormente puede justificarse el empleo de tal argumento apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente coherente (o, en todo caso, debe hacerse coherente)”,⁴¹

Que, por lo expuesto, considerando el dogma de unicidad del derecho, la técnica interpretativa que corresponde aplicar al DS 031 es la de interpretación restrictiva⁴², en que aplica la máxima romanística *lex magis dixit quam voluit*, y entender que lo que no cabe, es efectuar una revisión posterior y cuestionar la información de costos sobre la base de estándares de eficiencia.

Que, bajo esa misma línea, en el numeral 2.2 del Procedimiento Compensación por Generación Adicional, se dispone que, por disposición del DU 037, OSINERGMIN se abocará únicamente a trasladar a los usuarios en las tarifas, los costos incurridos por la empresa estatal para la contratación de la generación adicional, por lo que *será la Autoridad de Control pertinente quien se encargará de fiscalizar y auditar la eficiencia y eficacia del procedimiento de contratación mencionado;*

Que, de esta manera, se considera que OSINERGMIN sí debe efectuar una revisión posterior de los Informes que presenten las empresas estatales, al amparo del Artículo 2° del DS 031, pero, en dicha revisión no deberán cuestionar ni observar los costos, en función de criterios de eficiencia ni pertinencia de los gastos.

³⁸ Según Marcial Rubio, en El Sistema Jurídico Introducción al Derecho, 2004, Pág. 264, “Para el método literal, el procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma dice mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se haya producido la norma (...). Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario”.

³⁹ *Ibidem*. Pág. 265.

⁴⁰ Guastini, Riccardo, Estudios Sobre la Interpretación Jurídica, 1999. Pág. 39.

⁴¹ *Ibidem*. Pág. 40.

⁴² Es decir, como caso en que aplica la máxima romanística *legislator magis dixit quam voluit*.

2.2.4 Análisis sobre el CUGA y si para su determinación únicamente se deben considerar costos incurridos en el pasado o también se pueden considerar costos proyectados

Que, conforme ha sido ampliamente expuesto en la presente resolución, 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 General⁴³, 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, 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 señalarse 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 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 realidad⁴⁴. 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

⁴³ "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."

⁴⁴ 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.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 109-2012-OS/CD**

estos últimos efectivamente se incurran para recién incluirlos en la base de cálculo de la tarifa (Artículo 139° del Reglamento de la LCE);

Que, siendo así, corresponde analizar lo dispuesto en el Artículo 2° del DS 031, reiteradamente citado en la presente resolución, 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 de la norma. 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 la Resolución;

Que, por lo expuesto, el petitorio de Volcan relacionado con revisar la estimación del monto de la Generación Adicional para el periodo mayo 2012 – diciembre 2013 debe ser declarado fundado en parte; ello debido a que OSINERGMIN debe hacer el cálculo aplicando estrictamente lo señalado en el DU 037 y DU 049, no pudiendo establecer factores de asignación distintos a los ya fijados en las normas mencionadas; debe efectuar una revisión de los informes presentados por las generadoras estatales mediante un procedimiento de control posterior, el cual será implementado mediante la modificación del Procedimiento; y, sí puede considerar proyecciones para la determinación del CUGA, pero utilizando para ello la información técnica y económica coherente y razonable, y los principios jurídicos expuestos en el presente Informe, y efectuando las liquidaciones posteriores a que hubiera lugar;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se ha expedido el [informe N° 0227-2012-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 complementan la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN,

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 109-2012-OS/CD**

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 en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa Volcan Compañía Minera S.A.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 057-2012-OS/CD en lo que se refiere a que debe revisarse la estimación del monto del Cargo por Generación Adicional para el periodo mayo 2012 – diciembre 2013, y proceder con su recálculo, 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° 227-2012-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