

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 112-2012-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 Sociedad Nacional de Industrias (en adelante "SNI"), dentro del término de ley, presentó recurso de reconsideración, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- ANTECEDENTES

Que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 46° 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 52° de la LCE dispone que, absueltas las observaciones, o vencido el plazo sin que ello se realice, OSINERGMIN procederá a fijar y publicar las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensual;

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

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

Que, con fecha 08 de mayo de 2012, la SNI 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, la SNI solicita se expida una nueva resolución considerando únicamente los ingresos y egresos efectivamente incurridos por las empresas estatales y no aquellos proyectados futuros en los cuales aun no se ha incurrido.

2.1.- CONSIDERACIÓN DE COSTOS EFECTIVAMENTE INCURRIDOS Y NO PROYECTADOS

2.1.1 SUSTENTO DE LA SNI

Que, como fundamentos de derecho, la recurrente realiza una pequeña exposición sobre el concepto de interpretación jurídica, y los métodos de interpretación literal y sistemático. Seguidamente señala que OSINERGMIN, ha interpretado erróneamente lo señalado en el DS 031-2011-EM (en adelante “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, señala que recurriendo a 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 de la Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD, que aprobó el procedimiento “Compensación por Generación Adicional”, 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 037-2008 (en adelante “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;

Que, la empresa señala que si, conforme al Artículo 5° del DU 037 los costos deberán 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 para incorporar un costo futuro, posible e incierto;

Que, la empresa continúa señalando 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 aun considerando que tales proyecciones no guardan relación alguna con los costos que se han generado desde 2008 hasta la fecha;

Que, agrega 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 esté 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, seguidamente la empresa señala que OSINERGMIN también habría vulnerado el principio de no confiscatoriedad; al respecto, el mencionado principio consiste en que el Estado no puede recaudar de los contribuyentes al grado de reducir su esfera patrimonial de manera desproporcional e irracional, pues tendría carácter de confiscatorio;

Que, si bien la Resolución no señala que el CUGA constituya un tributo, sin embargo, a la luz de las consecuencias de dicha medida, evidentemente tendrá que verse reflejado en una afectación al patrimonio de los contribuyentes. Es decir la Resolución lesiona bienes jurídicos tutelados constitucionalmente, toda vez que la arbitraria fijación del CUGA constituye una afectación al patrimonio ilegal y una lesión al derecho de propiedad de los administrados, que podrá traer consigo la extinción de personas jurídicas;

Que, como fundamentos de hecho, la recurrente describe el contexto en que se dictó el DU 037 y expone los objetivos, contenido, aplicación y modificaciones del mismo; así como el contenido y aplicación del DS 031. Al respecto, la recurrente señala que ambas normas, así como el Decreto de Urgencia N° 049-2011 y el Decreto Supremo N° 012-2012-EM, se refieren al cálculo de los costos totales incurridos por las empresas estatales, no hace mención a la proyección de los costos en los que se incurrirá en el futuro, no debiendo considerarse éstos últimos para el cálculo del CUGA, como lo ha hecho OSINERGMIN en la Resolución impugnada. En este punto la recurrente realiza además un análisis sobre los montos proyectados considerados, señalando que los mismos resultan desproporcionados e irracionales, al constituir montos mucho mayores a los ya incurridos, y además porque no se estarían considerando ingresos por concepto de venta de energía al Ecuador;

2.1.2.- ANÁLISIS DE OSINERGMIN

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

2.1.2.1.1 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 economía¹, 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 mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva”²;

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

¹ Ver artículos 58 y 60 de la Constitución Política del Perú.

² 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””.

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.
- 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 CUGA³. En ese sentido, conforme consta en el DU 037, los "precios eficientes" que determina el Regulador en función de criterios de mercado o modelos regulatorios⁴, 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* 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;

³ Es lo que representa el interés por el costo de oportunidad del dinero.

⁴ 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".

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 “Compensación por Generación Adicional”, mediante Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD (en adelante “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.

2.1.2.1.2 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 Incurridos⁵.
- 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

⁵ “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.

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.

- Señala en su Artículo 5°, 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 usuario⁶.
- En el Artículo 6° del Procedimiento 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 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 Totales⁷ 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

⁶ Usuarios Regulados, Usuarios Libres que no son Grandes Usuarios y Grandes Usuarios.

⁷ El Procedimiento si bien emplea el término “Costos Totales”, por el contexto entendemos que se quiso referir al concepto de “Costos Totales Incurridos”.

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°, 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.

2.1.2.1.3 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 estatales⁸, conforme señala su Artículo 1°;

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

⁸ 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;**”

⁹ 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.

los veinticuatro (24) meses de presentado el Informe a que se refiere el Artículo 2 precedente¹⁰;

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

2.1.2.1.4 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

A) 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 asegurado¹¹), el MEM 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 implícitamente reconoce el Artículo 2.2 del DU 037¹² 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 siguiente¹³:

*“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*

¹⁰ 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.

¹¹ Cf. DU 037, artículo 2.1.

¹² 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.

¹³ Los cambios introducidos por el Decreto de Urgencia No. 049-2011

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 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, liquidado¹⁴. 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

¹⁴ 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 entra 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.

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 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 especial¹⁵.

[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.

B) 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 segundos 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.”

¹⁵ 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;”

Que, es esta última norma la que podría no adecuarse plenamente a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en Adelante “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:

“[...] 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, de esta manera, 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 literal*¹⁶ 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”*,¹⁷

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*

¹⁶ 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”.

¹⁷ Ibídem. Pág. 265.

*una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él;*¹⁸

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 alcanza 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)”*¹⁹;

Que, por lo expuesto, considerando el dogma de unicidad del derecho, la técnica interpretativa que corresponde aplicar al DS 031 es la de interpretación restrictiva²⁰, 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, 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.

C) 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 expuesto, 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;

¹⁸ Guastini, Riccardo, Estudios Sobre la Interpretación Jurídica, 1999. Pág. 39.

¹⁹ Ibidem. Pág. 40.

²⁰ Es decir, como caso en que aplica la máxima romanística *legislator magis dixit quam voluit*.

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 General²¹, 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, se señala que, es el COES, quien en su condición de operador del sistema, efectúa una propuesta al regulador, sobre los Costos Estimados asociados a la operación durante el año tarifario;

Que, debe indicarse además, que existe una larga práctica regulatoria de OSINERGMIN en la utilización de costos proyectados para la determinación de las tarifas, con el consiguiente reajuste, por las desviaciones entre lo proyectado y lo 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 realidad²². Esto mismo también se efectúa en el caso de la transmisión eléctrica, en que la tarifa se establece como la anualidad de la inversión más los costos de operación y mantenimiento eficientes, sin esperar a que estos últimos efectivamente se incurran para recién incluirlos en la base de cálculo de la tarifa (Artículo 139° del Reglamento de la LCE);

Que, siendo así, corresponde analizar lo dispuesto en el Artículo 2° del DS 031, el cual tiene como título “Cálculo de los Costos Totales Incurridos por las empresas estatales”, pues el argumento central del cuestionamiento efectuado en el recurso, de aprobar el CUGA considerando proyecciones, se basa en que el Informe que presenten las empresas estatales, únicamente deben recoger costos incurridos, como lo refiere el título citado. También existe asociada la observación de las recurrentes, en el sentido que para la formulación del CUGA mediante la resolución impugnada, se tomó, como

²¹ “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.”

²² 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

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. La 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 extremo del petitorio de la recurrente, referido a que solamente se consideren en la fijación del CUGA costos incurridos, más no proyectados, debe ser declarado infundado, debido a que OSINERGMIN sí puede considerar proyecciones para la determinación del CUGA, pero utilizando para ello la información técnica-económica coherente y razonable, y los principios jurídicos expuestos en la presente Resolución;

Que, finalmente, con relación al recurso de reconsideración, se ha expedido el [informe N° 0225-2012-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, 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

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 112-2012-OS/CD**

Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Sociedad Nacional de Industrias contra la Resolución OSINERGMIN N° 057-2012-OS/CD en lo que se refiere a la consideración de costos efectivamente incurridos y no proyectados, por las razones expuestas en el numeral 2.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorpórese el [Informe N° 0225-2012-GART](#) - Anexo 1 -, como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3°.- 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