

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2013-OS/CD**

Lima, 04 de junio de 2013

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 15 de abril de 2013, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN"), publicó la Resolución OSINERGMIN N° 053-2013-OS/CD (en adelante "Resolución"), mediante la cual se fijaron los Precios en Barra y los peajes del Sistema Principal de Transmisión aplicables al periodo comprendido entre 1° de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2014;

Que, con fecha 07 de mayo de 2013, la empresa Electroperú S.A. (en adelante "Electroperú,"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Electroperú solicita se reconsidere el Artículo 1° de la resolución impugnada y se incremente el valor del Cargo Unitario por Generación Adicional (CUGA), a efectos de que se le reconozca en la fijación tarifaria del presente periodo (mayo 2013 – abril 2014), el monto total de los costos por Generación Adicional incurridos en el periodo anterior a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM;

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, la empresa solicita se recalcule el monto del CUGA y se adicione la suma de S/. 23 737 809,80 al monto calculado por concepto de Generación Adicional incurrido en el periodo anterior a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM por Electroperú;

Que, afirma que no resulta cierto lo señalado en el Informe Técnico N° 147-2013-GART, en el sentido de que los costos a compensar para el periodo anterior a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM ya fueron compensados conforme a la normativa vigente hasta ese entonces;

Que, la recurrente agrega que la resolución impugnada no reconoce en modo alguno, los adicionales de costos operativos y financieros ascendentes a S/. 23 737 809,80 que Electroperú sustentó oportuna y debidamente, con lo que el valor del CUGA se debería incrementar según el detalle que señala en su recurso;

Que, asimismo, Electroperú indica que los valores del CUGA aprobados por OSINERGMIN le generan un grave perjuicio en tanto, pese a haber sustentado la recurrente debidamente los costos generados antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM, OSINERGMIN se negó a reconocerlos

contraviniendo el texto expreso del Decreto de Urgencia N° 037-2008 según el cual los “costos totales”, incluyendo los costos financieros en que incurriese el Generador Estatal por la generación adicional deben ser cubiertos por el CUGA;

Que, afirma que la escueta referencia que se hace en el literal G.1 del Anexo G del Informe N° 147-2013-GART, anexo de la resolución impugnada, atenta contra el principio de motivación que es inherente a este tipo de pronunciamientos administrativos, pues sólo eso permitirá un adecuado ejercicio de su derecho de defensa;

Que, continúa señalando que, atendiendo a que el Decreto de Urgencia N° 037-2008 ya había recocado el derecho de recuperar los costos totales derivados de la generación adicional, el Decreto Supremo N° 031-2011-EM no hizo más que agilizar el procedimiento de recuperación y precisar que OSINERGMIN debía reconocer los costos totales desde la vigencia del mencionado Decreto de Urgencia, para lo cual únicamente bastaría que la empresa estatal presente un informe precisando los costos que se le deben reconocer.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, mediante Decreto de Urgencia N° 037-2008 (en adelante “DU 037”) se dictaron medidas para asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) Para tal efecto, se creó el concepto denominado “Compensación por Generación Adicional”, destinado a cubrir los costos en que incurran las generadoras estatales designadas por el Ministerio de Energía y Minas para contratar capacidad adicional de generación. Dicha compensación, por mandato del mencionado Decreto de Urgencia, debe ser cubierta mediante un cargo adicional incluido en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión;

Que, Asimismo, el Artículo 5º del DU 037 establece expresamente, lo siguiente:

“... ”

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.” (el resaltado es nuestro).

Que, cumpliendo el mandato legal y en aras de la mayor transparencia en sus procedimientos, OSINERGMIN publicó en el diario oficial la propuesta normativa del Procedimiento “Compensación por Generación Adicional” (Resolución

OSINERGMIN N° 621-2008-OS/CD), en el que se estableció la forma, responsabilidades, secuencia y cálculos a seguir con relación al Cargo Unitario por Generación Adicional, permitiendo de esta forma que los interesados pudieran presentar sus opiniones y sugerencias. Posteriormente, mediante Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD el mencionado Procedimiento fue aprobado. Es decir, el Procedimiento "Compensación por Generación Adicional" tuvo todas las garantías que permitieron a cualquier agente del mercado eléctrico y a los usuarios en general, enterarse y opinar sobre el contenido de la Norma que se iba a aprobar en cumplimiento del mandato expreso del DU 037 y que se iba a aplicar para efectos de reconocer los costos incurridos por concepto de la generación adicional;

Que, si bien, tal como menciona la recurrente, el DU 037 establece que se deben reconocer los costos totales, incluyendo los costos financieros, en que incurra el Generador Estatal por la generación adicional, dicho reconocimiento de costos, hasta antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM, se rigió por el Procedimiento aprobado por OSINERGMIN. Dicho Procedimiento, estableció claramente en su numeral 6.3 que *"los costos totales Incurridos están compuestos por la suma de dos componentes: Costos de Adquisición y Puesta en Servicio y los Costos Netos Incurridos asociados a la Operación de la Generación Adicional"*;

Que, asimismo, el numeral 6.2 del mencionado Procedimiento estableció la fórmula aplicable para el cálculo de los Costos Netos incurridos asociados a la Operación de la Generación Adicional. En efecto, de acuerdo a lo informado por el área técnica en los procesos regulatorios de años anteriores, dicha fórmula se vino aplicando para la determinación de los costos operativos asociados a la generación adicional contratada por Electroperú con anterioridad a la vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM, no habiendo dicha empresa acreditado argumento alguno que demuestre que ello no es así o que los cálculos efectuados sean incorrectos;

Que, estando a lo expuesto, resulta correcto lo señalado en la resolución impugnada en el sentido de que los costos a compensar para el periodo anterior a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM ya fueron compensados conforme a la normativa vigente hasta ese entonces, que comprendía las disposiciones contenidas en la Norma "Compensación por Generación Adicional" aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD;

Que, en este punto, resulta importante resaltar que las reglas aplicables para el reconocimiento de los costos incurridos por generación adicional, son distintas antes y después de la vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM. En efecto, con fecha 23 de junio de 2011, se publicó el mencionado decreto, cuyo Artículo 2° estableció que *"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, en base a lo señalado en el artículo citado, la recurrente indica que el Decreto Supremo N° 031-2011-EM únicamente agilizó el procedimiento de recuperación de los costos incurridos y afirma que dichos costos deben ser reconocidos desde la vigencia del DU 037;

Que, no obstante, es preciso aclarar que OSINERGMIN, al aplicar el Procedimiento “Compensación por Generación Adicional” ha actuado cumpliendo las disposiciones constitucionales y legales vigentes, no pudiendo aplicar las disposiciones del Decreto Supremo N° 031-2011-EM por cuanto dicha norma es vigente desde el 24 de junio de 2011, mientras que los costos a que se refiere Electroperú en su recurso fueron realizados, informados, sustentados, evaluados y reconocidos con anterioridad a dicha fecha. Actuar de manera distinta significa vulnerar la ley desconociendo el principio de la irretroactividad de las disposiciones legales;

Que, asimismo, debe considerarse que, hasta antes de la vigencia del mencionado Decreto Supremo, OSINERGMIN no se encontraba impedido de revisar, analizar y evaluar los gastos informados por las empresas y determinar el monto a reconocer por concepto de generación adicional aplicando los criterios previamente fijados en la norma aprobada para tal fin, lo que en efecto, ha realizado oportunamente;

Que, no obstante, dado que la empresa no consideró conforme el resultado de la mencionada evaluación, alude que ello, implica en realidad no reconocer la totalidad de sus costos;

Que, lo señalado ha sido expuesto anteriormente en la Resolución OSINERGMIN N° 100-2011-OS/CD, que declaró infundado el recurso de reconsideración de Electroperú contra la fijación de Precios en Barra del periodo 2011-2012 (Resolución N° 067-2011-OS/CD), en que la recurrente formuló similar pedido al que se encuentra bajo análisis, y que fue posteriormente cuestionada por Electroperú ante el Poder Judicial¹, encontrándose aún a la fecha pendiente de resolución;

Que, finalmente, con relación a la afirmación de la recurrente sobre una supuesta falta de motivación que vulnera su derecho a la defensa, es necesario precisar que lo señalado en el informe técnico que sustentó la resolución impugnada, en el sentido de que los costos incurridos antes de la emisión del Decreto Supremo N° 031-2011-EM ya fueron considerados conforme a las normas vigentes en ese entonces; constituye únicamente un antecedente, es decir, la referencia a una decisión adoptada y sustentada oportunamente por el Regulador en resoluciones anteriores, específicamente en las resoluciones emitidas en el marco del proceso de fijación de Precios en Barra del periodo 2011 – 2012, mencionadas en el párrafo precedente, y sobre las cuales Electroperú tuvo conocimiento y pudo recurrir como en efecto, lo hizo;

Que, por los argumentos expuestos, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración de Electroperú, al haber OSINERGMIN actuado en estricto cumplimiento del marco normativo vigente y haber reconocido los costos incurridos por Electroperú por concepto de la generación adicional, aplicando la metodología de cálculo y la normativa vigente en cada oportunidad, incluyendo los costos incurridos antes de la emisión del Decreto Supremo N° 031-2011-EM, en cuya oportunidad resultó aplicable para el reconocimiento de costos, la Norma “Compensación por Generación Adicional” aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD, por lo que no corresponde recalcularse el Cargo Unitario por Generación Adicional fijado en la resolución impugnada.

¹ Expediente 04907-2011, Décimo Cuarto Juzgado Permanente en lo Contencioso Administrativo.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2013-OS/CD**

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Legal [N° 228-2013-GART](#) de la Asesoría Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, el cual complementa la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3º, de la Ley del Procedimiento Administrativo General; 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 el Decreto Legislativo N° 1002 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2011-EM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSINERGMIN en su Sesión N° 15-2013.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa Electroperú S.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 053-2013-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2º.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el Informe [N° 228-2013-GART](#), en la página Web de OSINERGMIN: www.osinergmin.gob.pe.

JESUS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo