

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2014-OS/CD**

Lima, 04 de junio de 2014

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 14 de abril de 2014, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN"), publicó la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-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 2014 y el 30 de abril de 2015;

Que, con fecha 05 de mayo de 2014, la empresa Electro Oriente S.A. (en adelante "Electro Oriente"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución;

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

La empresa recurrente solicita que el Cargo Unitario por Generación Adicional fijado en la Resolución cubra los costos totales en los que incurrió por la generación adicional puesta a disposición del SEIN, en razón de las situaciones de restricción temporal de generación declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, cumpliendo con todos los términos y condiciones establecidos en el Decreto de Urgencia N° 037-2008 y su Reglamento.

Adicionalmente, Electro Oriente solicita que se rectifique el error material en que habría incurrido OSINERGMIN en el cálculo de la Tarifa en Barra Aislada del sistema Típico "I", en cuanto se refiere al valor promedio empleado para el rendimiento (kWh/gln) de los grupos térmicos.

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

2.1.1 ARGUMENTOS DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, la recurrente señala que con fecha 21 de agosto de 2008, se publicó el Decreto de Urgencia N° 037-2008 (en adelante "DU") con el objeto de dictar las disposiciones necesarias para asegurar, en el corto plazo, el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el SEIN. Agrega que mediante Decreto de Urgencia N° 049-2011, se incluyó dentro de los alcances del DU a los Sistemas Aislados y se extendió su vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2013;

Que, añade que mediante Decreto Supremo N° 031-2011-EM (en adelante "DS 031"), se reglamentó los aspectos referidos a la recuperación de costos por generación adicional efectuados al amparo del DU. Asimismo, señala que el artículo 3° del DS 031 establece que dentro de los costos a ser recuperados se encuentran incluidos los costos que se ocasionen por los contratos que suscriban las empresas, cuyos plazos de vigencia trasciendan el plazo del DU ya que su duración, por su propia naturaleza, es independiente del plazo de vigencia de dicho Decreto;

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2014-OS/CD**

Que, la empresa recurrente indica que la posición adoptada por OSINERGMIN tiene como premisa que las situaciones de restricción temporal de generación no pueden exceder la vigencia del DU ya que el 31 de diciembre de 2013, al haber culminado su vigencia, también culminó la vigencia de las situaciones de restricción temporal declaradas por el Ministerio. En tal sentido, representaría un sinsentido reconocer los costos en que incurran las empresas una vez culminada la vigencia del DU, ya que se ampararía el reconocimiento de costos por tiempo indefinido, cuando claramente la naturaleza del DU es intrínsecamente temporal y expresamente ampara situaciones de restricción temporal;

Que, señala que si bien es cierto que el ejercicio de las facultades que otorga el DU se tiene que producir dentro de un plazo delimitado, debido a la naturaleza temporal de la norma, también es cierto que la implementación de tales medidas extraordinarias pueden tener una duración que estará en función, no del plazo de vigencia del DU, sino de la duración real de las condiciones de hecho;

Que, asimismo, indica que la efectividad del DU no es inmediata, sino mediata, puesto que depende de la implementación de un conjunto de acciones, las mismas que, una vez realizadas, ya no dependen de la vigencia del DU, sino del riesgo de ocurrencia de determinadas condiciones de hecho. En tal sentido, OSINERGMIN estaría incurriendo en una confusión al asumir que, concluida la vigencia del Decreto de Urgencia, desaparece la situación de restricción temporal;

Que, agrega que el DU no declara por sí mismo situaciones de restricción temporal, ni les señala un límite a su duración. El DU delega en el Ministerio la facultad de tomar la decisión de declarar tales situaciones y el Ministerio ejerce tal facultad si las circunstancias lo ameritan. Por otro lado, afirma que la tesis adoptada evidencia que OSINERGMIN ha ignorado lo dispuesto en el DS 031, el cual dispone que los costos totales a ser recuperados por las empresas incluirán los costos que se ocasionen por los contratos *"(...) cuyos plazos de vigencia trasciendan la del Decreto de Urgencia N° 037-2008 (...)"*;

Que, afirma que, OSINERGMIN señala que reconocer los costos totales por generación adicional, posteriores al término de la vigencia del DU, vulneraría los principios de aplicación de normas en el tiempo y el nivel jerárquico normativo, dado que el Reglamento no puede sostener la vigencia de una situación de restricción temporal más allá de la vigencia del DU. Sobre la base de esa interpretación, se observa que OSINERGMIN ha decidido ignorar el mandato contenido en el DS 031;

Que, por otro lado, señala que la norma que permite la recuperación de los costos totales por parte de las empresas estatales no ha perdido vigencia, por lo que es de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN ya que, como se señaló en la sentencia del expediente N° 04292-2012-PA/TC, ningún tribunal administrativo puede ejercer el control difuso en sede administrativa. La recurrente señala que una vez que el Estado notificaba el encargo de contratar generación adicional, entre este y las empresas encargadas se establecía un vínculo jurídico, cuyo origen era el mandato legal contenido en el Decreto de Urgencia N° 037-2008;

Que, manifiesta que la relación jurídica creada por encargo del Estado incorporó derechos y obligaciones en su esfera jurídica, cuya satisfacción no se subsume a la vigencia de la norma, sino al cumplimiento efectivo de la finalidad de la misma. En tal sentido, la recurrente asumía la obligación de contratar la generación adicional por el tiempo necesario para superar la situación de restricción temporal de generación, pero

a la vez se le incorporaba el derecho a que se le reconozca los gastos incurridos para llevar a cabo la generación adicional;

Que, indica que este derecho tiene origen en el DU, pero de ningún modo se supedita al mismo. Si la situación de restricción temporal de generación perdura en el tiempo y las distribuidoras siguen realizando la actividad, no hay fundamento jurídico ni económico que pueda sostener que dichas empresas tengan que asumir a expensas de su propio patrimonio los costos de generación adicional;

Que, por los argumentos señalados, la empresa recurrente solicita que se disponga que los costos totales, incluyendo los costos financieros, en los que incurrieron por la generación adicional, sean cubiertos por el Cargo Unitario por Generación Adicional fijado en la Resolución. La empresa recurrente solicitan que, independientemente de la vigencia del DU y su Reglamento, también se le podría reembolsar los costos en que incurrieron para mantener el suministro eléctrico seguro, conforme lo dispuesto por la Ley de Afianzamiento de Seguridad Eléctrica (LASE).

2.1.2 ARGUMENTOS DE LA PRETENSIÓN ADICIONAL:

Que, como pretensión adicional, Electro Oriente solicita que se rectifique el error material en que se habría incurrido en el cálculo de la Tarifa en Barra Aislada del sistema Típico "I", en cuanto se refiere al valor promedio empleado para el rendimiento (kWh/gln) de los grupos térmicos.;

Que, señala que mediante Carta G-367-2013 de fecha 24 de marzo de 2014, y en la fase correspondiente a observaciones y sugerencias del procedimiento de fijación de tarifas en barra, presentó algunas consideraciones que se deberían tomar en cuenta para el cálculo de las tarifas en barra de sus sistemas aislados, entre ellas las correspondientes a las tarifas en barra típico "I", tarifa que remunera los sistemas de generación de sus sistemas aislados menores;

Que, en su oportunidad –señala- Osinergmin dio validez al sustento técnico presentado por Electro Oriente; sin embargo, del análisis realizado a las hojas de cálculo que sustentan la Tarifa en Barra Típico "I" (archivo Excel "Tarifa Típico AFI-2014 Vers.03.04.14" - pestaña: "Equipamiento 2x500SE Kw-Tip-I"), se ha encontrado que la eficiencia empleada tiene un valor de 14.76, y no el valor sustentado de 13.74 que señala el Informe N° 0183-2014-GART;

Que, en tal sentido, solicita que se rectifique las eficiencias de los grupos (kWh/gln) de un valor de 14.76 a un valor de 13.74;

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

2.2.1 ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN REFERIDA AL DECRETO DE URGENCIA N° 037-2008

Que, en el Informe Legal N° 293-2014-GART que motiva la presente Resolución, se señala que en virtud del Principio de Transitoriedad de los decretos de urgencia y otros argumentos mencionados, el Decreto de Urgencia N° 037-2008 (en adelante "DU") conforme a la prórroga efectuada por el Decreto de Urgencia N° 049-2011 rigió

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2014-OS/CD**

hasta el 31/12/2013, por lo que superado dicho plazo perdió su vigencia, así como las calificaciones de situaciones de restricción temporal calificadas por el Ministerio;

Que, sin perjuicio de lo anterior, el Decreto Supremo N° 031-2011-EM antes indicado señala que los costos a ser reconocidos "...incluyen también a los que se ocasionen por los contratos que suscriban las empresas, **cuyos plazos de vigencia trasciendan la del Decreto de Urgencia N° 037-2008, siempre que hayan sido suscritos durante la vigencia de éste último**". Resaltado nuestro;

Que, el Decreto Supremo N° 031-2011-EM permite que se sigan atendiendo y compensando a través del CUGA **situaciones de restricción temporal futuras**, léase que superan el 31/12/2013. Al respecto, en cumplimiento del Principio de Legalidad recogido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, OSINERGMIN debe cumplir con lo dispuesto por el decreto supremo señalado;

Que, para atender las situaciones de restricción temporal, las empresas estatales suscriben diversos contratos, dependiendo del encargo efectuado por el Ministerio de Energía y Minas. Todos esos contratos se necesitan para un cabal cumplimiento del encargo del Ministerio. El ejemplo más claro es el contrato de compra de combustible, en virtud del cual la empresa estatal adquiere el combustible para entregárselo a su contratista, con quien suscribió un contrato de instalación y operación de una Central Térmica. Es evidente que de nada serviría que la Central Térmica se encuentre instalada, y la empresa estatal no le entregue el combustible necesario para su operación; bajo esta lógica, por ejemplo el Contrato G-2018-2013 suscrito por Electro Oriente expresamente señala como una obligación de esta última empresa, el suministro del combustible necesario para la operación de la central;

Que, asimismo, con Memorando N° 0455-2014-GART, que forma parte del sustento de la presente resolución, se concluye que los costos o gastos producto de contratos suscritos posteriormente a la vigencia del DU, se consideran indispensables para la atención de las situaciones de restricción temporal derivadas del mencionado DU y que habían dado lugar a la suscripción de contratos durante la vigencia del mismo, en razón a las disposiciones señaladas en diversas resoluciones ministeriales. Asimismo, se mencionó en el Memorando GART-0455-2014, los motivos por los cuales, al considerarse indispensables, se encuentran relacionados directamente con los gastos efectuados por las empresas. En ese sentido, se estaría sustentando una relación de conexidad entre dichos gastos;

Que, en tal sentido, si bien el Decreto Supremo N° 031-2011-EM establece que solamente se deben compensar a través del CUGA los costos ocasionados por los contratos, siempre que hayan sido suscritos durante la vigencia del DU, en función del **Principio del Análisis de Decisiones Funcionales**, contemplado en el Reglamento General de OSINERGMIN, también se deben aceptar los contratos posteriores, siempre que se encuentren directamente relacionados con la declaración de situación de restricción temporal efectuada por el Ministerio y coadyuven directamente con los contratos que sí fueron suscritos dentro de la vigencia del DU, conforme lo ordena el Decreto Supremo N° 031-2011-EM;

Que, por este motivo, resulta amparable el petitorio de la recurrente, referido a que el Cargo Unitario por Generación Adicional fijado en la Resolución, cubra los costos totales en los que incurrió por la generación adicional, en razón de la situación de restricción temporal declarada por el Ministerio de Energía y Minas. Cabe resaltar que

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2014-OS/CD**

a esta misma conclusión arribó el Ministerio de Justicia en la Consulta Jurídica N° 08-2014-JUS/DGDOJ de fecha 15 de mayo de 2014;

Que, para efectos de lo señalado en el considerando anterior, solamente deben ser reconocidos los costos que cumplan los siguientes requisitos:

- Sirvan para atender situaciones de restricción temporal declaradas por el Ministerio de Energía y Minas antes del 31/12/2013.
- No son compensables las prórrogas o nuevas situaciones de restricción temporal, declaradas por el Ministerio de Energía y Minas luego del 31/12/2013.
- Los costos deben estar referidos a Contratos suscritos antes del 31/12/2013.
- No son compensables las prórrogas a contratos preexistentes o nuevos contratos luego del 31/12/2013.
- Solamente se podrán compensar contratos suscritos después del 31/12/2013, siempre que coadyuven directamente con los contratos que sí fueron suscritos antes del 31/12/2013 y cuyo objetivo se encuentre referido directamente a la ejecución y cumplimiento de los contratos que sí fueron suscritos durante la vigencia del decreto de urgencia.
- La evaluación de los requisitos antes mencionados, deberá ser realizada de conformidad con las reglas de revisión posterior contenidas en la norma "Compensación por Generación Adicional", aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 228-2012-OS/CD¹.

Que, finalmente, debe indicarse que mediante Resolución OSINERGMIN N° 016-2014-OS/CD, publicada el 30 de enero de 2014 (en adelante "Resolución 016") en el diario oficial El Peruano, se aprobaron, entre otros, los factores "p" para determinar el Cargo Unitario por Generación Adicional (en adelante "CUGA"). Con fecha 18 de febrero de 2014, Electro Oriente interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 016;

Que, la materia controvertida en el recurso de Electro Oriente sobre la Resolución 016, consistió en si las Situaciones de Restricción Temporal, pueden o no exceder la vigencia del DU. La opinión del Regulador en la Resolución 016, que fue ratificada en la Resolución OSINERGMIN N° 065-2014-OS/CD que resolvió el recurso de reconsideración de Electro Oriente, consistió en que el DU rigió hasta el 31/12/2013, por lo que superado dicho plazo perdió vigencia, así como las calificaciones de situaciones de restricción temporal calificadas por el Ministerio. De esta manera, la Resolución OSINERGMIN N° 065-2014-OS/CD declaró infundado el recurso de Electro Oriente;

Que, existe una diferencia entre lo que se resolvió en la Resolución OSINERGMIN N° 065-2014-OS/CD y lo que se resuelve en la presente resolución. Sin embargo, esta diferencia no es óbice para que se adopte este nuevo criterio, toda vez que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, permite a la administración

¹ "10.2 La Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN se encargará de efectuar la revisión posterior del contenido de los informes de Costos Totales incurridos, que con carácter de declaración jurada, fueron presentados por las empresas estatales de acuerdo con el Artículo 2 del DS 031-2011."

apartarse de criterios anteriores, cuando se considera que la interpretación anterior no es correcta o es contraria al interés general;

Artículo VI.- Precedentes administrativos

...

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

...” Subrayado nuestro.

Que, al respecto, Morón Urbina señala que la administración puede variar su precedente, pero de manera reglada. “Al efecto, la autoridad parte reconociendo la existencia del precedente, pero se le separa consciente y motivadamente, bajo cualquiera de las únicas argumentaciones válidas:

1. La incorrección de la interpretación anterior o, lo que es lo mismo la ilegalidad manifiesta del precedente, ya que la autoridad no puede quedar sujeta y tener que repetir aquello que sustente como ilegal.
2. La inadecuación de la interpretación precedente al interés general.”²

Que, entonces, queda claro que la adopción de este nuevo criterio beneficiaría al interés general, dado que las empresa estatales podrían efectuar los gastos necesarios para atender las situaciones de restricción temporal y dichos gastos serán compensados a través del CUGA, lo cual a su vez es compartido por el Ministerio de Justicia en la Consulta Jurídica N° 08-2014-JUS/DGDOJ de fecha 15 de mayo de 2014;

Que, ahora bien, a partir de este nuevo criterio, Electro Oriente podrá solicitar nuevamente la atención de lo pedido al expedir la Resolución 016 antes señalada, dado que el “Artículo VI.- Precedentes administrativos” de la Ley del Procedimiento Administrativo General antes citado, **permite aplicar el nuevo criterio a situaciones anteriores, cuando es más favorable al administrado.**

Que, así también lo explica Morón Urbina, “De este modo, las dependencias públicas ante causas atendibles podrán dar por superados sus criterios hermenéuticos preexistentes, para los casos en trámite y en lo futuro, sin poder proyectarlos hacia situaciones consolidadas, evitando afectar la seguridad jurídica del acto decidido conforme al parecer vigente en su oportunidad y la buena fe con que proceden los administrados. Esta regla es atenuada si el administrado cuya pretensión hubiese sido desestimada anteriormente bajo el precedente superado, renueva su pedido al amparo del nuevo precedente, en cuyo caso la administración podrá considerarlo retroactivo”³;

² Morón Urbina Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 2009. Pág. 108.

³ Ibidem. Pág. 109.

Que, por los fundamentos expuestos, el recurso de reconsideración debe ser declarado fundado en este extremo de su petitorio;

2.2.2 ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN REFERIDA AL ERROR MATERIAL

Que, las observaciones y sugerencias debidamente sustentadas y presentadas por Electro Oriente, en la etapa correspondiente, fueron acogidas por OSINERGMIN en el cálculo de los precios en barra para la empresa Electro Oriente;

Que, se ha verificado en las hojas de cálculo de los precios de generación del Sistema Aislado Típico "I", efectivamente no se ha actualizado en todas las hojas, por error involuntario, el valor del rendimiento promedio de los grupos térmicos que componen el Sistema Aislado Típico "I" propuesto por Electro Oriente;

Que, como resultado de los argumentos anteriores, corresponde declarar fundado este extremo del Recurso de Reconsideración presentado por Electro Oriente;

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Técnico N° 0294-2014-GART y el Memorando N° 0455-2014-GART de la División de Generación y Transmisión Eléctrica; y el Informe Legal N° 293-2014-GART de la Asesoría Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, los cuales 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 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 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; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSINERGMIN en su Sesión N° 16-2014.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar fundada la pretensión principal del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Oriente S.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

Para tal efecto, solamente deben ser reconocidos los costos que cumplan los siguientes requisitos:

- Sirvan para atender situaciones de restricción temporal declaradas por el Ministerio de Energía y Minas antes del 31/12/2013.
- No son compensables las prórrogas o nuevas situaciones de restricción temporal, declaradas por el Ministerio de Energía y Minas luego del 31/12/2013.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 093-2014-OS/CD**

- Los costos deben estar referidos a Contratos suscritos antes del 31/12/2013.
- No son compensables las prórrogas a contratos preexistentes o nuevos contratos luego del 31/12/2013.
- Solamente se podrán compensar contratos suscritos después del 31/12/2013, siempre que coadyuven directamente con los contratos que sí fueron suscritos antes del 31/12/2013 y cuyo objetivo se encuentre referido directamente a la ejecución y cumplimiento de los contratos que sí fueron suscritos durante la vigencia del decreto de urgencia.
- La evaluación de los requisitos antes mencionados, deberá ser realizada de conformidad con las reglas de revisión posterior contenidas en la norma "Compensación por Generación Adicional", aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 228-2012-OS/CD.

Artículo 2°.- Declarar fundada la corrección del error material del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Oriente S.A., contra la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Las modificaciones en la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD, como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo 1° de la presente Resolución, serán consignadas en resolución complementaria.

Artículo 4°.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con los Informes [N° 293-2014-GART](#) y [N° 0294-2014-GART](#) y el Memorando [N° 0455-2014-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, en la página Web de OSINERGMIN: www.osinergmin.gob.pe.

Carlos Barreda Tamayo
Vicepresidente del Consejo Directivo
Encargado de la Presidencia