

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 114-2014-OS/CD**

Lima, 13 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 08 de mayo de 2014, la empresa Electroperú S.A. (en adelante "Electroperú"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, la empresa recurrente solicita que el Cargo Unitario por Generación Adicional (en adelante "CUGA") fijado en la Resolución cubra los costos totales en los que incurrió por la generación adicional correspondiente a: i) los gastos efectuados por generación adicional puesta a disposición del SEIN, antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM y ii) los costos incurridos con fecha posterior a la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008.

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Electroperú inicia el sustento de su recurso de reconsideración remitiéndose al encargo de contratar generación adicional que le fue conferido mediante Resolución Ministerial N° 0412-2008-MEM/DM, asimismo hace referencia al contexto en el que fue emitido el Decreto de Urgencia N° 037-2008 (DU 037), indicando que la disposición del último párrafo de su artículo 5°, que encarga a OSINERGMIN definir el procedimiento para la aplicación del decreto de urgencia, de modo alguno supone que el Regulador, en ejercicio de su función normativa, pueda transgredir la finalidad pública de reconocimiento de los costos totales;

Que, hace también mención a la Resolución OSINERGMIN N° 002-2009-OS/CD mediante la cual se aprobó el Procedimiento "Compensación por Generación Adicional" (sustituido posteriormente por otro procedimiento conforme a la Resolución OSINERGMIN N° 228-2012-OS/CD), el cual inicialmente estaba sujeto a la evaluación previa del COES para que determine los costos netos en los que incurría el generador estatal, para posteriormente remitir esa información a OSINERGMIN mediante Informe Técnico;

Que, la recurrente manifiesta que dicha evaluación previa no permitía que los Generadores Estatales recuperen la totalidad de los costos en que habían incurrido para contratar generación adicional para el SEIN. No obstante, agrega, este procedimiento se aplicó hasta junio de 2011, fecha en la cual se publicó el Decreto

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 114-2014-OS/CD**

Supremo N° 031-2011-EM (DS 031) con el objeto de reglamentar los aspectos referidos a la recuperación de los costos en que incurrieron los Generadores Estatales;

Que, la DS 031 establece que el Generador Estatal debe recuperar la totalidad de los costos en los que incurrió para cumplir con la generación adicional encomendada por el Ministerio de Energía y Minas, sin ningún tipo de evaluación previa o posterior de los costos declarados, lo cual reafirma la finalidad pública a que se refiere el citado artículo 5° del DU 037;

Que, asimismo, agrega que el artículo 3° del DS 031, estableció que los costos totales incluían también a los que se ocasionaran por los contratos que suscribieran los Generadores Estatales, así estos trascendieran la vigencia del DU 037, siempre que fueran suscritos durante su vigencia;

Que, la recurrente manifiesta, que bajo el mecanismo establecido en el DS 031, OSINERGMIN comenzó a reconocer a los Generadores Estatales la totalidad de los costos incurridos para generar energía adicional. No obstante, los costos incurridos durante la vigencia de la Resolución N° 002-2009-OS/CD no fueron reconocidos, ya que OSINERGMIN adoptó la posición de que los costos no reconocidos durante la vigencia de dicha Resolución, no deberían ser reconocidos en adelante;

Que, la recurrente señala que OSINERGMIN pretende desconocer los costos incurridos derivados de los contratos celebrados durante la vigencia del DU 037, señalando que su vigencia culminó, lo cual se evidencia en que OSINERGMIN no le reconoce a Electroperú los costos totales en los que ha incurrido, antes de la entrada en vigencia del DS 031, para generar energía adicional para el SEIN, ni los costos incurridos en fecha posterior a la vigencia del DU 037, a pesar de que estos son derivados de contratos suscritos durante la vigencia de éste;

Que, de otro lado, la recurrente sostiene que la Resolución constituye un acto administrativo de concreción y aplicación de lo estipulado en el DU 037, DS 031 y el Procedimiento vigente y que, no obstante, dicha resolución ha sido emitida en contra de lo establecido por las normas que regulan la aplicación del CUGA, toda vez que el reciente CUGA fijado no reconoce los gastos operativos y financieros que ha asumido Electroperú, cuyo total, se indica en la carta N° A-816-2014, de fecha 21 de abril de 2014;

Que, asimismo, señala que mediante Carta N° G-1178-2013, de fecha 20 de noviembre de 2013, se ha comunicado a OSINERGMIN de la existencia de un arbitraje con un contratista, derivado de la ejecución de un contrato celebrado al amparo del DU 037;

Que, también refiere la recurrente, que se ha contravenido el principio de legalidad y la finalidad pública del DU 037 y el DS 031, que no es otra que permitir el reconocimiento integral de los costos totales, incluyendo los costos financieros incurridos por el Generador Estatal en la generación adicional. En ese sentido, concluye que la reciente fijación del CUGA desconoce los gastos operativos y financieros en que ha incurrido, por lo que la mencionada resolución tiene un vicio de nulidad;

Que, posteriormente, con fecha 12 de mayo de 2014, según Trámite GART N° 4107, Electroperú remitió en calidad de prueba complementaria el Informe N° 240-2014-AT de fecha 02 de mayo de 2014, elaborado por la Sub Gerencia de Tesorería de su empresa, en el cual se resumen los costos financieros incurridos por Electroperú para contratar capacidad adicional de energía en el marco del DU 037.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, con relación a los argumentos expuestos por la recurrente en su recurso de reconsideración sobre los costos totales en los que ha incurrido, antes de la entrada en vigencia del DS 031, constituyen argumentos reiterativos respecto de los ya expuestos en impugnaciones anteriores, tanto contra resoluciones que fijan los Precios en Barra, como contra resoluciones que aprueban trimestralmente los factores de actualización “p” para la determinación del CUGA;

Que, estos argumentos expuestos por Electroperú han sido analizados anteriormente, como por ejemplo las Resoluciones OSINERGMIN N° 100-2011-OS/CD y N° 093-2013-OS/CD, que declararon infundados los recursos de reconsideración de Electroperú contra las fijaciones de Precios en Barra de los periodos 2011-2012 (Resolución N° 067-2011-OS/CD) y 2013-2014 (Resolución N° 053-2013-OS/CD), respectivamente, en que la recurrente formuló similar pedido al que se encuentra bajo análisis;

Que, asimismo, debe precisarse que esta pretensión de la recurrente ya ha sido formulada ante el Poder Judicial, encontrándose a la fecha, pendiente de resolución, entre otras, las demandas contencioso administrativas formuladas por Electroperú contra las Resoluciones N° 235-2012-OS/CD1 y N° 009-2013-OS/CD2, que aprobaron los factores de actualización aplicables para determinar el CUGA correspondiente a los periodos noviembre 2012 – enero 2013 y febrero – abril 2013, respectivamente;

Que, por lo expuesto, pese a que se considera que la Resolución ha sido emitida con arreglo a derecho, el recurso de reconsideración interpuesto por Electroperú, en este extremo del petitorio de solicitar la nulidad, deviene en improcedente;

Que, con relación a la pretensión de reconocimiento de los costos incurridos con fecha posterior a la vigencia del DU 037, en el Informe Legal N° [319-2014-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 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 DS 031 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**

¹ Expediente N° 00782-2013-0-1801-JR-CA-09, Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo.

² Expediente N° 3303-2013-0-1801-JR-CA-09, Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo.

Urgencia N° 037-2008, siempre que hayan sido suscritos durante la vigencia de éste último". Resaltado nuestro;

Que, el DS 031 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 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 N° 0455-2014-GART, 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 DS 031 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 CUGA 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 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:

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 114-2014-OS/CD**

- 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/CD³.

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

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Legal N° [319-2014-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° 17-2014.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente la nulidad solicitada por Electroperú S.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD, en el extremo de la pretensión referida a que se le reconozcan los costos totales en los que incurrió por Generación Adicional, antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2011-EM, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

³ "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."

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 114-2014-OS/CD**

Artículo 2°.- Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por Electroperú S.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD en el extremo referido al reconocimiento de costos incurridos con fecha posterior a la vigencia del Decreto de Urgencia N° 037-2008, por las razones señaladas en el numeral 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 2° 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 el Informe Legal N° [319-2014-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, en la página Web de OSINERGMIN: www.osinergmin.gob.pe.

**JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo**