

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

OSINERGMIN N° 5-2018-OS/GG

Lima, 31 de enero de 2018

VISTO:

El recurso de apelación presentado por Red de Energía del Perú S.A. contra la Resolución N° 073-2017-OS/GRT.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES:

- 1.1 **6 de abril de 2017.**- Se publica la convocatoria para la contratación del servicio de consultoría para la revisión de la tasa de actualización señalada en el artículo 79 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, la LCE).
- 1.2 **18 de mayo de 2017.**- Se otorga la buena pro del proceso de selección descrito en el numeral anterior a la empresa Mercados Energéticos Consultores S.A. Sucursal Perú.
- 1.3 **5 de junio de 2017.**- Osinergmin y la empresa Mercados Energéticos Consultores S.A. Sucursal Perú suscriben el Contrato de Locación de Osinergmin N° 068-2017 (en adelante, el Contrato de Locación).
- 1.4 **6 de diciembre de 2017.**- Se publica la Resolución 073-2017-OS/GRT (en adelante, la Resolución 073), a través de la cual la Gerencia de Regulación de Tarifas de Osinergmin califica como confidencial los informes parciales y el informe final, incluyendo los archivos de cálculo y sustentos relacionados con los mismos, que son objeto del servicio de consultoría a que se refiere el Contrato de Locación.

Al respecto, la Gerencia de Regulación de Tarifas argumentó lo siguiente:

- El artículo 79 de la LCE establece que la tasa de actualización es de 12 % anual y que su modificación solo podrá ser efectuada por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el MINEM) previo estudio que encargue Osinergmin (antes la Comisión de Tarifas Eléctricas) a consultores especializados.
- La tasa de actualización permite determinar la rentabilidad de las inversiones efectuadas en las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica, incidiendo en todos los agentes y usuarios del sector eléctrico, así como, en los usuarios del Servicio Público de Electricidad.
- La tasa de actualización es empleada para la determinación de las tarifas correspondientes a cada una de las actividades anteriormente citadas, poniendo en evidencia la relevancia económica de la misma. En este orden de ideas, se deduce que la determinación de la tasa de actualización, al amparo del referido artículo 79, involucra una decisión de gobierno.



**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 5-2018-OS/GG**

- Los informes parciales y el informe final a ser elaborados conforme a lo establecido en el Contrato de Locación, así como, los archivos de cálculo y sustentos relacionados con ellos, están comprendidos dentro de los alcances de la excepción establecida en el numeral 1 del Artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM (en adelante, la LTAIP), referida la protección de la información forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, por lo que, no corresponde hacer entrega de los mismos al tratarse de información confidencial.
- Poner en conocimiento de los agentes del sector los informes parciales o el informe final de la consultoría, aun cuando todavía Osinergmin no formaliza su propuesta ante el MINEM, puede generar que decisiones de los agentes del sector eléctrico se inflencien por señales económicas que aún no son aprobadas.
- Además, sin perjuicio de lo antes señalado, el informe tercero y el informe final a que se refiere el Contrato de Locación aún no pueden ser entregados, no sólo por lo indicado en los párrafos precedentes, sino además porque éstos a la fecha aún no han sido presentados por la consultora.

1.5 **26 de diciembre de 2017.-** La empresa Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP) presenta recurso administrativo de reconsideración contra la Resolución 073.

2. DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

REP solicita que se proceda a modificar y/o revocar la Resolución 073, y, consecuentemente se ponga a disposición de los interesados la información emitida por el consultor en el marco del Contrato de Locación, por ser pública.

Sustenta su recurso administrativo en los siguientes argumentos:



- (i) Es de alto interés público conocer las bases, informes, opiniones, consideraciones sobre los cuales se podría establecer una variación en la tasa de actualización señalada en el artículo 79 de la LCE.
- (ii) De acuerdo al Contrato de Locación, el tercer y último informe se debieron entregar el 18 de octubre y 2 de noviembre de 2017, respectivamente. Por tal razón, no es posible que a la fecha dichos informes aún no existan.
- (iii) En la cláusula quinta del Contrato de Locación, y en el numeral 3.1.3 de las bases integradas del mismo, se establece que para el tercer informe se deberá realizar la sustentación de la propuesta a la industria, para lo cual, se coordinarían reuniones con los *stakeholders* y además se realizaría la absolución de las consultas efectuadas. Por lo que, a la fecha de la presentación de su recurso de reconsideración, de acuerdo al cronograma establecido en el citado Contrato de Locación, ya se deberían haber realizado las reuniones señaladas. No obstante, hasta la fecha estas no se han llevado a cabo, generando asimetría de información que menoscaba el derecho de todos los agentes del sector.
- (iv) Por lo expuesto, la Recurrente considera que en mérito al Contrato de Locación y sus bases integradas, no correspondía que los informes, así como, sus archivos de cálculo

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 5-2018-OS/GG**

sean confidenciales, sino que, estos deberían de estar a disposición de los interesados, a fin de que, puedan revisarlos y emitir las opiniones o comentarios que correspondan dentro del plazo previsto.

3. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

- 3.1 De acuerdo con el artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, LPAG) el recurso de reconsideración se sustenta en nueva prueba, salvo en el caso de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, siendo además opcional. Por su parte, según el artículo 218 de la LPAG el recurso de apelación se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.
- 3.2 REP presentó recurso administrativo denominándolo como recurso de reconsideración; sin embargo, de su revisión se advierte que éste no contiene nueva prueba, sino que versa sobre cuestiones de puro derecho.
- 3.3 En ese sentido, a pesar de la nominación errada del recurso, la administración tiene la obligación de encauzarlo y tramitarlo según su verdadero carácter conforme lo exige el numeral 3 del artículo 84 y el artículo 221 de la LPAG.
- 3.4 Por tanto, corresponde calificar como recurso de apelación el recurso administrativo interpuesto por REP siendo la Gerencia General de Osinergmin, el órgano responsable para su resolución en segunda y última instancia, según lo establecido en el artículo 13 del Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado por Resolución N° 202-2010-OS/CD (en adelante, el Procedimiento de Declaración de Confidencialidad).
- 3.5 En tal sentido, al verificarse que el recurso de apelación cumple con los requisitos formales que se exigen en los artículos 122, 216, 218 y 219 de la LPAG, corresponde admitirlo a trámite.

EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR REP

- 3.6 La LTAIP y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, tienen por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.
- 3.7 Dicha normativa establece las disposiciones que regulan el acceso a la información pública, así como las excepciones al ejercicio del derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública.
- 3.8 En consideración a que los procedimientos administrativos que se llevan a cabo ante Osinergmin ocasionan que este organismo produzca, reciba y maneje información de carácter confidencial, mediante Resolución N° 202-2010-OS/CD, el Consejo Directivo aprobó el Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial en estricta observancia a las disposiciones establecidas en la LTAIP.



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 5-2018-OS/GG

- 3.9 Con fecha 1 de diciembre de 2017, la Gerencia de Regulación de Tarifas de Osinergmin emitió la Resolución N° 073 que resolvió calificar como confidencial los informes parciales y el informe final, incluyendo los archivos de cálculo y sustentos relacionados con los mismos, que son objeto del servicio de consultoría contratado para la revisión de la tasa de actualización señalada en el artículo 79 de la LCE.
- 3.10 Al respecto, la Gerencia de Regulación de Tarifas consideró que poner en conocimiento de los agentes del sector los informes parciales o el informe final de la consultoría, cuando todavía Osinergmin no formaliza su propuesta ante el MINEM, podría generar que decisiones de los agentes del sector eléctrico se influencien por señales económicas que aún no son aprobadas. Asimismo, señaló que el informe tercero y el informe final a que se refiere el Contrato de Locación a dicha fecha aún no han sido presentados por la consultora.
- 3.11 Sobre el plazo de entrega del tercer informe y el informe final, corresponde señalar que mediante la Tercera Adenda al Contrato de Locación, suscrita el 14 de diciembre de 2017, se amplió el plazo para la presentación de ambos informes hasta el 31 de enero y 28 de febrero de 2018
- 3.12 Respecto del acceso a los informes, el numeral 3.1.3 de las bases integradas¹ del Contrato de Locación dispone que el consultor deberá sustentar la tasa de actualización propuesta, incluyendo su metodología, a los agentes del sector y demás interesados. Asimismo, en la cláusula quinta del mismo Contrato de Locación se establece que el tercer informe corresponde a la evaluación que tiene que realizar el consultor a las opiniones y consultas efectuadas por los *stakeholders*.
- 3.13 En tal sentido, justamente en aras de la transparencia que guía las decisiones del organismo regulador, previamente a que el Consejo Directivo de Osinergmin apruebe la propuesta a ser remitida al MINEM², se ha previsto recabar la opinión de los diversos grupos de interés, para lo cual deben poder acceder a la documentación respecto de la cual emitirán sus comentarios.

3.14 Sin embargo, resulta necesario que previamente el Consejo Directivo apruebe la propuesta del consultor a ser puesta a discusión pública.

3.15 Por tanto, dado que la información que proporcione el consultor servirá de insumo en el proceso previo a una decisión a ser adoptada por parte del Consejo Directivo (aprobación de la propuesta a ser difundida a los diferentes grupos de interés), solo

¹ **Bases Integradas del Proceso de Selección para la contratación del "Servicio de consultoría para la revisión de la Tasa de Actualización señalada en el artículo 79 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas"**

3.1.3. Tercer Entregable: Respuestas a las consultas de los Stakeholders

El consultor se encargará de sustentar la metodología y el cálculo realizado. Para ello deberá realizar lo siguiente:

(...)

- Sustentar la propuesta que incluye el cálculo de la Tasa de Actualización frente a la industria. Para ello se requerirá su presencia en una (1) reunión presencial, la misma que se programará con una anticipación de 7 días calendarios. (...)

² Al respecto, cabe señalar que de acuerdo con el literal e) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, el Consejo Directivo es el órgano encargado de aprobar las propuestas normativas a ser remitidas a las autoridades respectivas.



**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 5-2018-OS/GG**

después de la decisión que adopte el Consejo Directivo será de dominio público, conforme a lo establecido en el inciso 1 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública³.

3.16 Por lo expuesto, corresponde declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por la recurrente en los términos expuestos precedentemente.

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, así como, en el Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado mediante la Resolución Osinergmin N° 202-2010-OS/CD; y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación, de fecha 26 de diciembre de 2017, interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. contra la Resolución N° 073-2017-OS/GRT, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo 2.- Disponer que de conformidad con el artículo 21 del Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado mediante la Resolución N° 202-2010-OS/CD, la confidencialidad declarada en el Artículo 1° de la Resolución N° 073-2017-OS/GRT culmine cuando el Consejo Directivo de Osinergmin apruebe la propuesta de la tasa de actualización y su metodología, a ser sometida a comentarios de los agentes del sector, Ministerio de Energía y Minas, y demás interesados.

Artículo 3.- Declarar agotada la vía administrativa.

Artículo 4.- Encargar a la Gerencia de Regulación de Tarifas la publicación de la presente resolución en el portal institucional de Osinergmin, así como su notificación a Red de Energía del Perú S.A.




José Carlos Velarde Sacio
Gerente General

³ **Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**

Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

1. *La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones. (...)*