

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

OSINERGMIN N° 6-2018-OS/GG

Lima, 31 de enero de 2018

VISTO:

El recurso de apelación presentado por Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía 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° 6-2018-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 Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (en adelante, la SNMPE) presenta recurso administrativo de apelación contra la Resolución 073.

2. DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

La SNMPE a través de su recurso administrativo solicita que se permita el acceso a la información contenida en los informes, archivos de cálculo y sustento elaborados en el marco del Contrato de Locación. El recurrente sustenta su petición impugnativa en los siguientes argumentos:

- (i) De acuerdo con el artículo 79 de la LCE el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el MINEM) es quien tiene la competencia exclusiva para modificar la tasa de actualización, debiendo tal entidad quien solicite la realización de la consultoría. En ese sentido, no es posible afirmar que se ha configurado la excepción al acceso a la información pública prevista en el artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM (en adelante LTAIP), referida a la existencia de un proceso deliberativo y consultivo previo a una decisión de gobierno.
- (ii) Dado que, ha sido Osinergmin quien ha solicitado la consultoría de oficio, el ente regulador está ejerciendo una competencia que no le corresponde, toda vez que, para que pueda realizar los estudios para modificar la tasa de actualización se necesitaba previamente que el MINEM, mediante un encargo de gestión, le ceda dicha competencia conforme a lo expresado en el artículo 80 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 0062-2017-JUS (en adelante, la LPAG)¹, ello en



¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 80.- Encargo de gestión

razón a que, inicialmente la Comisión de Tarifas Eléctricas formaba parte del citado Ministerio, siendo éste, el órgano competente para proponer la modificación de la tasa de actualización.

La posterior unificación de la Comisión de Tarifas Eléctricas y Osinergmin, no implicó que el MINEM pierda la competencia antes señalada, pues ésta le es exclusiva, requiriendo contar con el encargo de gestión del citado Ministerio.

- (iii) Osinergmin está efectuando una interpretación extensiva de la excepción señalada en el artículo 17 de la LTAIP, vulnerando lo dispuesto en el artículo 18 de la misma norma, que establece que todas las excepciones deben de interpretarse de forma restrictiva.

Al respecto, las empresas aducen que no existe una decisión de gobierno que se esté evaluando por parte del MINEM para modificar la tasa de actualización. Asimismo, no es posible interpretar que una consultoría califique como una opinión, consejo o recomendación en el marco de un proceso deliberativo, toda vez que la entidad privada encargada de su ejecución no forma parte de la decisión de gobierno.

El recurrente señala que de acuerdo a lo establecido en el Informe Jurídico N° 7-2014-JUS/DGDOJ, es información de acceso al público los consejos, recomendaciones u opiniones que adoptan la forma de un documento administrativo institucionalizado, independientemente de si se trata de la decisión final. Asimismo, señala que dicho informe distingue entre consejos o recomendaciones derivados de un proceso deliberativo institucionalizado que son de acceso público, de aquellos no institucionalizados, como correos electrónicos, los cuales no son de acceso público. Por ello concluye que, solo los consejos, recomendaciones u opiniones emitidos en un contexto informal corresponden a información confidencial bajo los alcances de la excepción establecida en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y que los informes de la consultoría contratada por Osinergmin para la revisión de la tasa de actualización al ser documentos que expresan conclusiones y opiniones formales de un tercero identificado corresponde que sean de acceso público y no confidenciales.



- (iv) La interpretación de Osinergmin vacía de contenido el derecho constitucional de acceso a la información pública, dado que de ella se podría colegir que todas las consultorías que contraten, cuya finalidad sea sustentar una modificación normativa, tendrían que ser declaradas confidenciales.
- (v) La declaración de confidencialidad efectuada sobre la consultoría, contrariamente a lo manifestado por Osinergmin, perjudica a los agentes del sector, dado que:
- No permite la participación de estos en la toma de decisiones que impactan en sus intereses, como es el caso de la modificación de la tasa de actualización, impidiendo que la administración pública pueda tener mayores elementos para realizar las evaluaciones de las modificaciones correspondientes.

80.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

80.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza v su alcance. (...)

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 6-2018-OS/GG**

- La consultoría en cuestión no puede influir en ninguna decisión de inversión, porque está referida a una etapa previa y de análisis técnico.
 - Se están transgrediendo los principios que regulan la actividad de Osinergmin.
- (vi) Osinergmin vulnera expresamente lo establecido en el literal d) del artículo 15 del Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 202-2010-OS/CD (en adelante, el Procedimiento de Declaración de Confidencialidad), dado que, por la importancia de la tasa de actualización en la fijación tarifaria de las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica la consultoría contrata para la evaluación de su modificación no puede ser considerada confidencial en mérito al principio de transparencia en el mercado y por su directa vinculación con actividades sujetas a regulación, asimismo no se ha efectuado un análisis del perjuicio que ocasionaría no revelar la información a terceros, requisito que es exigido por el citado procedimiento.
- (vii) Estas empresas concluyen que, en virtud de las consideraciones expuestas en sus recursos administrativos, la declaración de confidencialidad efectuada por Osinergmin al vulnerar el derecho fundamental de acceso a la información pública puede ser impugnada mediante el inicio de un proceso constitucional de habeas data.

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 La SNMPE 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 la SNMPE 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).



**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 6-2018-OS/GG**

- 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 LA SNMPE

- 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.
- 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 Cabe hacer mención 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 integradas² del Contrato de Locación dispone que el consultor deberá sustentar la tasa de actualización

² **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. (...)



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 6-2018-OS/GG

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 MINEM³, 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 En este mismo sentido opina el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien señala que la confidencialidad de la información contenida en consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno «(...) *cesa si una vez tomada la decisión la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones*»⁴ (sic.).
- 3.15 Sin embargo, resulta necesario que previamente el Consejo Directivo apruebe la propuesta del consultor a ser puesta a discusión pública.
- 3.16 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 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 Pública⁵.
- 3.17 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 Confidencialidad, 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:

³ 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.

⁴ Véase el párrafo 24 del Informe Jurídico N° 7-2014-JUS/DGDOJ.

⁵ **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. (...)*



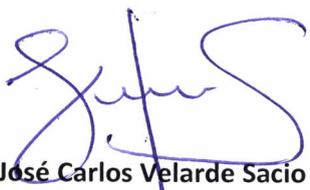
**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 6-2018-OS/GG**

Artículo 1.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación, de fecha 26 de diciembre de 2017, interpuesto por la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía 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 la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.



José Carlos Velarde Sacio
Gerente General

