

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 119-2018-OS/CD

Lima, 12 de julio de 2018

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, mediante Resolución 084-2018-OS/CD, se modificó la Norma “Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados”, aprobada mediante Resolución N° 180-2007-OS/CD (en adelante, “NORMA”);

Que, con fecha 22 de junio del 2018, la empresa Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad- ELECTROSUR S.A. (“ELECTROSUR”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 084-2018-OS/CD (en adelante “RESOLUCIÓN”); siendo materia del presente acto administrativo, el análisis y decisión del citado medio impugnativo.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, ELECTROSUR solicita en su recurso de reconsideración, modificar la Resolución N° 084-2018, según las siguientes pretensiones:

- 1) Que, se incorpore un mecanismo o metodología que elimine el perjuicio económico que sufren las empresas distribuidoras, pues asumen la volatilidad de los precios de corto plazo cuando se presentan incrementos atípicos del Costo Marginal de Corto Plazo, declarándose nulo o reformulándose el Informe Técnico N° 242-2018-GRT, ya que no se garantiza que las congestiones no perjudicarán a las Distribuidoras;

Que, sostiene que las Distribuidoras no deben verse afectadas o perjudicadas por acciones que no son de su responsabilidad, debiendo el Regulador implementar los mecanismos para evitar dicho riesgo, además señala que el Regulador solo toma en cuenta situaciones pasadas y no contempla los riesgos futuros; pese a reconocer que existe una volatilidad de los precios, que, si bien no es trasladada a los usuarios, no justifica por qué debe ser asumida por las Distribuidoras, no siendo su responsabilidad los problemas de la transmisión;

- 2) Que, se incorpore una recomendación relativa a que los criterios de aplicación, esto es, que los Factores de Transmisión Eléctrica (FTE) sean excluidos de los Contratos entre Distribuidores y Generadores suscritos producto de las Licitaciones al amparo de la Ley 28832;

Que, manifiesta que en la resolución impugnada se debe recomendar la exclusión de los FTE de los contratos de suministro producto de licitaciones, ya que si bien su inclusión se da en virtud de una obligación normativa (Resolución N° 688-2008-OS/CD), ésta habría sido emitida cuando se encontraba vigente el Decreto de Urgencia N° 049-2008, actualmente derogado;

3.- ANALISIS DE OSINERGMIN

Que, la NORMA y su modificación fueron aprobadas luego de llevado a cabo el proceso contemplado en el artículo 14 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado con Resolución N° 001-2009-JUS, y en el artículo 25 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM. Dicho proceso incluyó la publicación del proyecto normativo, la formulación de los comentarios y sugerencias presentados por los diversos interesados, en los cuales no participó ELECTROSUR teniendo la posibilidad de hacerlo en su oportunidad; asimismo se contó con el respectivo análisis de los comentarios recibidos;

Que, el objetivo de la NORMA es restituir los saldos y las diferencias entre el Precio a Nivel Generación (PNG), aplicable a los Usuarios Regulados, recaudado por las Distribuidoras, y los precios de los diferentes contratos de suministro, que corresponde que obtengan las Distribuidoras de los usuarios en favor de los Generadores. Por su parte, el objetivo de la modificación consiste en mitigar el impacto de las proyecciones de compras de energía reportadas por las Distribuidoras a partir de las cuales se determinan las transferencias programadas, mitigar el impacto de los pronósticos en la determinación del PNG, e incluir la supervisión de los beneficios económicos adicionales al precio que reciben los agentes;

Que, de la revisión del recurso presentado, se advierte que ELECTROSUR cuestiona expresamente el contenido de las disposiciones que forman parte de la NORMA, en la medida que considera que deben ser agregados numerales para cambiar la fórmula de actualización del PNG y recomendaciones que inciden en la aplicación de contratos vigentes y de la disposición reglamentaria incorporada en el ordenamiento jurídico con Decreto Supremo N° 001-2010-EM, referida a la aplicación de FTE de Contratos de Suministro suscritos producto de las Licitaciones en el marco de la Ley N° 28832;

Que, a diferencia de los actos administrativos que tienen efectos directos sobre la esfera de derechos y obligaciones de los administrados, resuelven situaciones concretas, singulares¹, y agotan sus efectos con su notificación; la NORMA constituye un acto reglamentario que surte efectos generales y de carácter abstracto, con vocación de permanencia, y lo más importante, constituye una fuerza innovadora del ordenamiento jurídico², ya que la referida NORMA se integra a éste, luego de haber seguido un procedimiento previo de formación;

Que, en tal sentido, la NORMA y/o su modificación, no constituye un acto administrativo impugnabile vía recursos de reconsideración, sino se trata de una disposición reglamentaria que establece el marco normativo a los Precios a Nivel Generación y el Mecanismo de las Transferencias, cuya vía específica de impugnación prevista en normas legales especiales, es el proceso de acción popular regulado por los Títulos VI y VII del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, lo cual guarda relación con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú;

¹ Morón Urbina, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General" Gaceta Jurídica. Año 2014. Décima Edición. Pág. 125.

² Baca Oneto, Victor y Abruña Puyol Antonio. "El Reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho Peruano? Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Volumen II. 2010 Pág. 74.

Que, de conformidad con el principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos, dispuesto en el artículo 5.3 del TUO de la LPAG; vía la resolución de un recurso de reconsideración no puede modificarse o infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto;

Que, en ese sentido, es una causal de improcedencia la impugnación administrativa de una disposición reglamentaria, la cual estuvo debidamente motivada con la información que Osinergmin disponía al momento de su emisión y que fue publicada de conformidad con el procedimiento regular, en ejercicio de la facultad normativa contenida en el literal c) del artículo 3.1 de la Ley N° 27332, y conforme a las atribuciones previstas en los artículos 21, 23 y 25 del Reglamento General de Osinergmin; marco legal y proceso que es distinto al que se utiliza para la emisión de un acto administrativo impugnabile;

Que, este criterio ha sido plasmado en diversos casos similares, declarando improcedentes los recursos que impugnaron procedimientos y/o normas de carácter general, entre los cuales tenemos las Resoluciones N° 108-2018-OS/CD, N° 107-2018-OS/CD, N° 043-2018-OS/CD, N° 129-2015-OS/CD, N° 105-2014-OS/CD, N° 036-2012-OS/CD, N° 087-2011-OS/CD, N° 070-2010-OS/CD, N° 003-2009-OS/CD, N° 004-2009-OS/CD y N° 254- 2009-OS/CD;

Que, cabe precisar que, las consecuencias de las congestiones se derivan de un acuerdo contractual suscrito por las propias distribuidoras, sobre la base de un dispositivo reglamentario a nivel de decreto supremo; aspectos que no pueden ser modificados a través de la NORMA. La modificación normativa efectuada con la RESOLUCION, permite mitigar el impacto de las proyecciones que se alejan de lo ocurrido y acorta el tiempo de recuperación de las distribuidoras respecto de la recaudación de los usuarios, cumpliendo con ello, los objetivos trazados en la motivación de dicha modificación;

Que, por lo expuesto, corresponde declarar improcedente el recurso de reconsideración presentado por ELECTROSUR;

Que, finalmente, se ha expedido el [informe Técnico - Legal N° 333-2018-GRT](#) de la Gerencia de Regulación de Tarifas, el mismo que 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 3, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica; en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; así como en sus normas modificatorias y complementarias;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 20-2018.

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar improcedente el recurso de reconsideración presentado por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad - ELECTROSUR S.A. contra la Resolución N° 084-2018-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 3 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorporar el [Informe Técnico Legal N° 333-2018-GRT](#) como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3°.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el informe a que se refiere el artículo precedente en la página Web de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2018.aspx>.

Daniel Schmerler Vainstein
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN