

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 050-2018-OS/CD**

Lima, 27 de marzo de 2018

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 2 de febrero de 2018, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "Osinergmin") publicó la Resolución N° 005-2018-OS/CD ("Resolución 005"), mediante la cual se aprobó el Precio a Nivel Generación ("PNG") y el Programa Trimestral de Transferencias del periodo febrero – abril 2018;

Que, al respecto, el 23 de febrero de 2018, las empresas Electrosur S.A. ("ELS"), Electro Sur Este S.A.A. ("ELSE") y Electro Ucayali S.A. ("ELUC") interpusieron recursos de reconsideración contra la Resolución 005, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN

Que, las empresas recurrentes, como parte del petitorio de sus recursos de reconsideración, solicitan lo siguiente:

- Se modifique la Resolución 005, pues difiere el pago total, en dos o más periodos, de los saldos ejecutados acumulados a pesar de lo previsto en la Ley N° 28832; y requieren que se reconsidere las transferencias correspondientes al Mecanismo de Compensación, para el periodo de febrero a abril de 2018.
- Se declare la nulidad de la Resolución 005 y se realice un nuevo cálculo de los conceptos contenidos en dicha resolución, de modo que, se considere la facturación total de potencia y energía efectuada por los generadores, en lugar de la facturación que realizan a sus usuarios

2.- ACUMULACION DE PROCEDIMIENTOS

Que, el artículo 158 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (TUO de la LPAG), establece que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible, la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

Que, de la revisión de los recursos de reconsideración formulados por las empresas recurrentes, integrantes del FONAFE, y atendiendo a la naturaleza conexas de los petitorios de las referidas empresas se verifica que dichos petitorios no confrontan intereses incompatibles, por el contrario son similares, por lo que resulta procedente que el Consejo Directivo de Osinergmin, como órgano competente, disponga la acumulación de los procedimientos originados por la presentación de los citados recursos de reconsideración, a efectos de que sean tramitados y resueltos conjuntamente en decisión única, resolución cuya publicación en el diario oficial El Peruano deberá disponerse;

Que, la acumulación en cuestión, cumple con el Principio de Eficiencia y Efectividad, contenido en el artículo 10° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, por cuanto, procura la eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo;

3.- SUSTENTO Y ANÁLISIS DEL PETITORIO

3.1. PETITORIO 1

Que, ELS y ELSE indican que tanto en la Ley N° 28832 como en el Reglamento del Mecanismo de Compensación, se señalaría que, en las transferencias económicas del Mecanismo de Compensación, deben considerarse los saldos acumulados del periodo anterior, no siendo admisible que Osinergmin postergue la recuperación de dichos montos económicos en dos o más trimestres;

Que, señalan que lo decidido por Osinergmin no cumple con el principio de razonabilidad, pues no se adapta dentro de los límites de la responsabilidad atribuida, ni mantiene la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se desea tutelar. Agregan que Osinergmin asume que las distribuidoras, al recaudar el PNG, deben soportar los altos costos financieros incurridos para cumplir con las transferencias económicas;

Que, mencionan que las competencias de Osinergmin únicamente le permiten asignar los saldos ejecutados acumulados para el próximo periodo trimestral, y el dejar pendiente por liquidar un saldo ejecutado acumulado para periodos siguientes, a pesar que otras distribuidoras reportan contar con excedentes, implicaría una contravención al principio de legalidad. También alegan que se ha vulnerado los principios de actuación basada en el análisis costo beneficio, análisis de decisiones funcionales, y de eficiencia y efectividad;

Que, añaden que, la actuación del Regulador de dejar pendiente la recuperación de saldos, constituye una medida que afecta el derecho de propiedad de estas empresas, pues se le impide la disposición inmediata de estos montos. Asimismo, indican que ni en la resolución impugnada ni en el informe que la sustenta, se ha motivado la

razón por la cual se descartaron las estimaciones que presentó para recuperar los saldos ejecutados acumulados en el presente trimestre;

3.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la Ley N° 28832 incorporó al mercado eléctrico peruano, la figura de las licitaciones de suministro de electricidad, como mecanismo para asegurar el abastecimiento de energía eléctrica para los usuarios regulados. Como consecuencia de los procesos de licitación resultarían contratos de largo plazo a ser suscritos entre las distribuidoras licitantes y los generadores adjudicados;

Que, los artículos 4 y 29 de la citada ley, disponen que los precios firmes que resulten de los contratos serán trasladados a los usuarios regulados, a través del PNG; el cual tiene por objeto ser un precio único, excepto por las pérdidas y la congestión;

Que, como es de apreciar, el Mecanismo administrado por Osinergmin, no desconoce los precios previstos en los contratos resultantes de las licitaciones, y a su vez, reconoce que tanto las pérdidas como la congestión podrían hacer que el PNG no sea único; por lo tanto, no se verifica vulneración alguna al mandato legal;

Que, el cuestionamiento de las recurrentes radica en sostener que la ley, que creó un mecanismo de compensación, en donde inevitablemente existirán diferencias entre las empresas, ampararía una devolución inmediata de las aportantes hacia las receptoras;

Que, la ley sí reconoce una compensación en favor de las empresas deficitarias, y como derecho sustancial, ello no podría ser, ni es desconocido por el Regulador; no obstante, el aspecto impugnado se encuentra referido a la oportunidad para que se ejecute la transferencia, y dicho aspecto es de ámbito procesal, por lo que, aplica el artículo 29 de la ley que delega en el reglamento, el establecimiento del mecanismo de compensación entre usuarios regulados, por consiguiente, no existe un mandato legal de pago inmediato, ni vulneración a la ley por parte de Osinergmin;

Que, de este modo, el Reglamento del Mecanismo de Compensación entre los Usuarios Regulados del SEIN, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2007-EM ("Reglamento"), estableció en su artículo 2 que, Osinergmin calculará el PNG con una periodicidad no mayor a un año (Osinergmin lo realiza en periodos trimestrales); en el cual, se incorporará el saldo por compensación global del periodo anterior, que resulte de la operación del Mecanismo de Compensación;

Que, la razonabilidad de la disposición reglamentaria determina que, no resulta posible transferir los saldos, sin antes recaudarlos de los usuarios, y no es posible recaudarlos sin antes identificarlos; máxime, si estos saldos atípicos, son producto de situaciones especiales no programadas, como ha ocurrido para el caso de las empresas recurrentes, en cuanto a periodos de congestión;

Que, el pago mensual que realizan las distribuidoras en su relación con las generadoras, es producto de la aplicación de un contrato suscrito entre las partes, por el cual, ambas mostraron su consentimiento, y fueron las distribuidoras que se comprometieron en efectuar pagos mensuales, en donde existía la posibilidad contractual de incluir en determinado mes, la aplicación de un Factor de Transmisión Eléctrica que refleje las congestiones que pudieran ocurrir;

Que, ese sentido, el artículo 4 del Reglamento, define las responsabilidades de Osinergmin, en las que se encuentra, calcular el PNG, así como establecer el programa de transferencias entre las empresas aportantes y receptoras del mecanismo, sobre la base de la información que entreguen las empresas y aquella información relacionada que disponga Osinergmin; así como aprobar los procedimientos de detalle y transferencia para su funcionamiento y para la determinación del PNG;

Que, en cumplimiento de este mandato, mediante Resolución N° 180-2007-OS/CD y modificatorias, se aprobó la Norma "Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados" ("Norma PNG"), en la que se definen los criterios y procedimientos para la aplicación del PNG, para la aplicación y administración del Mecanismo de Compensación y, se determina el mecanismo para la elaboración del programa de transferencias;

Que, ELS y ELSE, solicitan que se realice el pago de los saldos de forma inmediata, cuando la Norma PNG no admite dicha posibilidad en el mismo trimestre febrero – abril 2018, según se ha identificado de la trazabilidad de todo el proceso; no obstante, será en la siguiente aprobación, en donde se reflejarán aquellos importes que les corresponden a las empresas receptoras, por periodos anteriores;

Que, Osinergmin no tiene ningún incentivo para distinguir qué empresas son aportantes o receptoras, sino su decisión publicada es el producto de la aplicación de una metodología conocida y prevista en una Norma; cuyo resultado, por ejemplo, podría ser totalmente distinto si, ocurriera una congestión en el centro del Perú, y no en el sur, como se produjo;

Que, la devolución posterior en cumplimiento de la normativa legal, respecto de un pago atípico que hizo efectivo una distribuidora a un generador por la ejecución de su contrato, no desencadena en una afectación al derecho de propiedad; más aún si, el Regulador dispuso las modificaciones a los precios en su oportunidad, a fin poder liquidar

los saldos generados. Estos montos, conforme sean recaudados, se encontrarán provisionalmente en poder de otras distribuidoras;

Que, en la medida que, se ha seguido el procedimiento definido en la normativa sectorial, se concluye que no ha existido afectación alguna al principio de legalidad, asimismo, Osinergmin ha actuado dentro del límite de sus atribuciones y en virtud de lo señalado en el artículo 5.3 del TUO de la LPAG, su acto administrativo no puede contravenir normas administrativas de carácter general, así sea una propia;

Que, de igual modo, se ha explicado la razonabilidad y proceso del mecanismo, por lo que, no existe vulneración al principio de razonabilidad, de motivación, de análisis costo beneficio, de análisis de decisiones funcionales, y de eficiencia y efectividad;

Que, en consecuencia, el petitorio de las recurrentes, en realidad, tiende a cuestionar el proceso y oportunidad para la transferencia que les correspondería como empresas receptoras, aspectos que se encuentran contenidos tanto en el Reglamento, y en específico en la Norma PNG, y conforme lo establece el TUO de la LPAG, las normas no son actuaciones impugnables en los términos establecidos en los artículos 118, 215 y 217 del TUO de la LPAG, sino que constituye normativa reglamentaria, cuyos efectos de obligatoriedad son erga omnes, que regulan situaciones de carácter general y reforman el ordenamiento jurídico, conforme lo establece el artículo 109 de la Constitución Política del Perú;

Que, conforme se desarrolla en el informe que sustenta la presente resolución, es una causal de improcedencia, la impugnación administrativa de una disposición reglamentaria;

Que, la impugnación de reglamentos, tiene una vía específica prevista por normas especiales, como lo es el proceso de Acción Popular regulado por los Títulos VI y VII del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, y que se encuentran bajo competencia exclusiva del Poder Judicial; ello en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú;

Que, en consecuencia, corresponde declarar improcedente este extremo del petitorio de los recursos de reconsideración presentados por ELS y ELSE contra la Resolución 005.

3.3. PETITORIO 2

Que, ELSE y ELUC sostienen que conforme al artículo 29 de la Ley N° 28832, el PNG debe ser aplicado a los usuarios finales del SEIN, pues es un concepto creado para trasladar a los usuarios regulados, el costo en que incurren los distribuidores por la potencia y energía que reciben de sus respectivos generadores. Enfatiza en que de acuerdo con el numeral 2.3 del Reglamento, el factor determinante para calcular el PNG es la potencia y/o energía facturada por los generadores a los distribuidores;

Que, indican que el numeral 5.4 de la Norma PNG se establece que se calcula en base a las facturas que los generadores han de emitir a los distribuidores, correspondientes a cada contrato, mientras que el numeral 5.2 establece que cada distribuidor proporcionará información estimada de la potencia y energía en horas punta y fuera de punta a facturar por sus generadores;

Que, si la regulación impide a los distribuidores ganar en base a la generación de la energía, mal se podría interpretar o aplicar las normas del PNG, de tal suerte que los distribuidores incurran en pérdidas por hechos o circunstancias que pertenecen a las actividades de generación o transmisión;

Que, al realizar trimestralmente el cálculo del PNG, Osinergmin en lugar de considerar la facturación del generador hacia el distribuidor, considera la que realiza este último respecto del usuario final;

Que, el procedimiento empleado por Osinergmin no produciría perjuicios si los consumos de los clientes coincidieran con las facturas de los generadores, sin embargo, no es así, pues el distribuidor paga a los suministradores en conjunto más potencia de la que consumen los clientes del distribuidor;

Que, las recurrentes sostienen que la situación descrita causa una sobre compra, ergo, pérdidas a las distribuidoras, al tener una demanda real menor que la contratada y se incurre en causal de nulidad, por contravenirse la normativa, específicamente el artículo 29 de la Ley N° 28832;

Que, consideran que Osinergmin debe evitar el abuso de derecho y tomar en cuenta para la emisión del PNG los costos reales en que incurren las distribuidoras por la energía que les es suministrada;

3.4. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, lo cuestionado por ELSE y ELUC, no se relaciona al precio de los contratos de licitación, que considera Osinergmin dentro del mecanismo del PNG y viene a ser el mandato legal contenido expresamente en el dispositivo, sino a la cantidad; esto es, la distribuidora estaría pagando una cantidad de potencia y energía contratada mayor, y los usuarios solo estarían remunerando a través del Mecanismo, una cantidad de potencia y energía consumida/facturada menor, generando con ello, que la distribuidora asuma la sobrecontratación y por ende las pérdidas económicas que acarrea;

Que, en este punto, las recurrentes afirman que el mecanismo de compensación es un concepto pensado en la ley para trasladar, según el análisis, la potencia y energía comprometida por las distribuidoras frente a los generadores. Al respecto, para dilucidar si dicha afirmación resulta correcta, corresponde analizar en el citado cuerpo legal, los aspectos vinculados a la definición de la cantidad por los contratos de suministro, derivados de una licitación;

Que, los artículos 4 y 6 de la Ley N° 28832, establecen que las licitaciones son convocadas por los distribuidores, a partir de una expresión de interés, siendo una facultad de cada distribuidor, establecer sus requerimientos y modalidades de compra de potencia y energía, así como preparar la propuesta de bases y proforma de contrato;

Que, los artículos 5 y 8 de la citada ley, prevén que el distribuidor puede iniciar licitaciones por una cantidad no mayor del 10% de la demanda total, en licitaciones de corto plazo, y para el resto de su demanda de hasta el 90%, puede contratarla en licitaciones de largo plazo por un periodo máximo de 20 años. La ley le otorga un incentivo a la anticipación de la convocatoria, de hasta el 3%;

Que, el artículo 3 de la Ley N° 28832, prevé que las distribuidoras pueden contratar con los generadores válidamente, vía contratos sin licitación, cuyo tope máximo en el precio será los precios en barra fijados administrativamente, y por su parte la distribuidora, puede obtener un beneficio del 50% del ahorro entre el precio de contrato y el precio tope;

Que, se verifica de la Ley N° 28832, que la gestión de contratación recae en la distribuidora, en donde puede optar por un mix de alternativas, en cuanto a cantidades y plazos sobre la demanda a contratar y su duración, respecto de sus requerimientos, proyecciones y las tasas de crecimiento que estime conveniente;

Que, en ese orden, el usuario regulado no asumió el riesgo del contrato que suscribió la distribuidora con el generador, y no se comprometió a asumir pago fijo alguno. Tampoco podría cargársele dicho riesgo, ya que este usuario no estableció ni sus requerimientos ni las modalidades de compra, y por tanto sería una señal equivocada trasladar cualquier costo al usuario regulado, que no se origina por su voluntad, sino a través de partes independientes, en un contrato en el cual, dicho usuario regulado no participa ni tiene injerencia;

Que, por tanto, resulta errado sostener que la ley ha “pensado” en trasladar al usuario regulado los costos que contrató la distribuidora con el generador, en lo particular, respecto de la cantidad, que ahora se ha descubierto como “sobre contratada”. Tal es así, que en el supuesto negado que se le traslade el riesgo, el usuario se vería en un estado de indefensión, sin poder negociar o explorar alternativas, situación que, sí podría hacer la distribuidora, en su calidad de concesionaria y parte contractual del respectivo contrato;

Que, tampoco corresponde que el costo de sobre contratación, se traslade al usuario regulado, por tratarse de un costo ineficiente, contrario al principio de eficiencia previsto en la normativa. Debe tenerse en cuenta además que, conforme al principio de neutralidad y análisis costo-beneficio previsto en su Reglamento General de Osinermin, el regulador debe cuidar que los agentes no utilicen su condición de tales para obtener ventajas en el mercado, frente a otras personas naturales o jurídicas;

Que, lo referido a la sobre contratación, es una problemática exógena a los usuarios regulados, y deben tener una solución, ya sea a iniciativa de parte con la negociación contractual, mecanismos de solución de controversias entre las partes sobre afectaciones al contrato y la buena fe; o través de la alternativa que se ha discutido y planteado en un proyecto de cambio al reglamento de licitaciones;

Que, la Norma PNG establece que el Monto Determinado a Precio a Nivel de Generación (MPG) representa el ingreso recaudado por la distribuidora de sus usuarios aplicando el PNG, cuyo cálculo considera el mismo valor de la potencia contratada (PC). En ese sentido, el mecanismo de compensación no compensa la potencia sobre contratada, dado que la Distribuidora traslada y debe recaudar de sus usuarios únicamente la potencia que el distribuidor vende a sus usuarios regulados, cuyo valor en este caso, será menor a la potencia contratada, pero para el mecanismo, se considera como si percibiera por la misma cantidad que tiene contratada con el generador;

Que, por ello, los términos de la Norma PNG, se encuentran acordes con la aplicación del mecanismo y con la disposición reglamentaria, y no existe ningún incumplimiento normativo, como lo entienden los recurrentes;

Que, en cumplimiento del principio de legalidad, Osinermin se encuentra sujeto a lo establecido en las normas que integran el marco normativo vigente. Por tanto, no existe razonabilidad ni base normativa que faculte a Osinermin a trasladar a los usuarios finales los costos de la sobre contratación, pues de hacerlo se estaría incurriendo en una causal de nulidad del acto administrativo, por contravenir la legislación peruana, conforme lo prevé el artículo 5.3 del TUO de la LPAG;

Que, se verifica que Osinermin no ha vulnerado el marco normativo vigente y, por lo tanto, no ha incurrido en ningún vicio de nulidad consignado en el artículo 10 del TUO de la LPAG, por lo tanto, se concluye que debe declararse no ha lugar la solicitud de nulidad de la Resolución 005, presentada por ELSE y ELUC.

Que, finalmente, se ha expedido el Informe N° 164-2018-GRT de la Gerencia de Regulación de Tarifas, los cuales complementan la motivación que sustenta la decisión de Osinermin, 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 del Procedimiento Administrativo General;

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 el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en la Ley N° 28832, en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 07-2018.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la acumulación de los procedimientos administrativos iniciados, como consecuencia de la interposición de los recursos de reconsideración presentados por Electro Sur S.A., Electro Sur Este S.A.A., y Electro Ucayali S.A.

Artículo 2°.- Declarar improcedentes los recursos de reconsideración presentados por Electro Sur S.A. y Electro Sur Este S.A.A., en el extremo referido al petitorio que cuestiona la oportunidad de transferencia prevista en la Norma "Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados", por las razones indicadas en el numeral 3.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar no ha lugar a la solicitud de nulidad presentada por Electro Sur Este S.A.A. y Electro Ucayali S.A. contra la Resolución N° 005-2018-OS/CD, por las razones indicadas en el numeral 3.4 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4°.- Incorpórese el Informe N° 164-2018-GRT como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 5°.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el informe a que se refiere el artículo 4 precedente, en la página Web de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/>.

DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN
Presidente del Consejo Directivo
Osinergmin

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 051-2018-OS/CD

Lima, 27 de marzo de 2018

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 02 de febrero de 2018, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "Osinergmin"), publicó la Resolución N° 005-2018-OS/CD ("Resolución 005"), mediante la cual, aprobó el Precio a Nivel Generación y el Programa Trimestral de Transferencias del trimestre febrero – abril 2018;

Que, contra dicha resolución, el 23 de febrero de 2018 la empresa Electronoroeste S.A. (ENOSA), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 005, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión sobre dicho recurso impugnativo;

2.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANALISIS DE OSINERGMIN

Que, la recurrente solicita se corrija el valor de la Transferencia por Saldo Ejecutado Acumulado al mes "t-5" del mes de julio de 2017, donde se ha consignado el valor de S/ 1 118 774 con signo positivo, cuando se debió consignar con el signo negativo, lo que ha ocasionado que el Saldo Ejecutado Acumulado del mes de octubre 2017 resulte en S/ - 1 810 081, cuando el valor correcto debe ser S/ 427 467.

2.1. CORREGIR EL SIGNO DEL VALOR DE TRANSFERENCIA

2.1.1. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, ENOSA indica que, dentro del Informe Técnico N° 046-2018-GRT, en el Cuadro 2-5, en la fila correspondiente a ENOSA, se ha consignado en la columna "Transferencia de Saldo Ejecutados Acumulados a Julio 2017", el valor de S/ 1 118 174, con signo positivo, como si hubiese sido receptora de transferencias cuando en realidad fue aportante de S/ 1 118 174 en dicha oportunidad;