

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 165-2021-OS/CD**

Lima, 01 de julio de 2021

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, mediante Resolución N° 085-2021-OS/CD, (en adelante, "Resolución 085"), publicada el 28 de abril del 2021, se aprobó el Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP) a nivel de empresa aplicable al VADMT y VADBT, para el periodo 1 de mayo de 2021 al 30 de abril de 2022;

Que, el 19 de mayo de 2021, la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, "Enel") interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 085.

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Enel solicita que el factor de crecimiento vegetativo y variación de la demanda (en adelante, "FCVV") de los sistemas eléctricos de Lima Norte, Huaral-Chancay y Huacho se calcule aplicando de manera estricta la metodología dispuesta en el capítulo tercero de la Resolución Osinergmin N° 281-2015-OS/CD, que aprobó la norma "Manual de Procedimientos, Formatos y Medios para el Cálculo del Factor de Balance de Potencia Coincidente en Hora de Punta (FBP)" (en adelante, "Manual del FBP");

Que, por tanto, la recurrente pide que se aprueben los siguientes valores de los FCVV: FCVV Lima Norte = 1.1347, FCVV Huaral-Chancay = 1.1297 y FCVV Huacho = 1.0994. Asimismo, que se aprueben los siguientes valores del FBP: FBPMT = 1.0007 y FBPBT = 0.9934.

3. SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Enel señala que de acuerdo con lo previsto en los artículos 12.3 y 12.4 del Manual del FBP, los sistemas eléctricos de Lima Norte y Huaral-Chancay tuvieron un crecimiento vegetativo porque sus tasas de crecimiento mensual acumuladas (variación acumulada) de clientes en ningún mes superaron las tasas de crecimiento poblacional. Por otro lado, como en noviembre sí se presentó esta condición para el caso del sistema eléctrico de Huacho, en dicho mes se considera un corte;

Que, en el numeral 3.4. del informe técnico N° 251-2021-GRT, que sustentó la Resolución 085, se dividió el periodo anual de 2020 en dos subperiodos: de enero a marzo y de abril a diciembre. No obstante, afirma que tal modificación de la metodología de cálculo del FCVV dispuesta en el Manual del FBP refleja el desconocimiento de las finalidades del FCVV previstas en el artículo 12.1 de dicha norma, esto es, tomar en cuenta el crecimiento vegetativo de la demanda y tener en consideración la variación de la demanda durante el periodo anual que permite referir la máxima demanda mensual a la máxima demanda anual;

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 165-2021-OS/CD**

Que, ambas finalidades están relacionadas con el valor agregado de distribución (en adelante, "VAD") de un determinado sistema eléctrico, que se recauda mensualmente y se obtiene sobre la máxima demanda anual del sistema eléctrico, pues la máxima demanda de cada mes se refiere a la máxima demanda anual, ya que esta es la única forma de remunerar de manera adecuada a la empresa distribuidora de energía eléctrica. Lo contrario implicaría que la empresa distribuidora nunca recaude la anualidad de la inversión (@NVR) y los costos de operación y mantenimiento anuales reconocidos en el VAD. Dicho ajuste se realiza a través del FCVV porque las inversiones de la empresa distribuidora no se realizan con base en una demanda mensual, sino que las redes se diseñan o dimensionan teniendo en consideración la máxima demanda anual;

Que, los valores del FCVV de 2020 son atípicos y superiores a los de años pasados debido a la contracción de la demanda que se presentó a partir de abril de 2020 por las medidas tomadas para enfrentar la pandemia provocada por el SARS-CoV-2, contracción que el FCVV tiene que corregir a la máxima demanda anual que se dio en marzo de 2020 porque, debido a la referida contracción, Enel dejó de percibir un porcentaje elevado de los ingresos por distribución reconocidos en el proceso de fijación del VAD de 2018. Comenta que, por ejemplo, en el sistema eléctrico de Lima Norte percibió un 18 % menos de lo que correspondía por concepto del VADMT, situación (ingresos menores por la variación mensual de la demanda) que el FCVV debe ajustar pues su finalidad es compensar a la empresa distribuidora por la variación mensual de la demanda, dado que el VAD se calcula considerando la máxima demanda anual;

Que, con la modificación de la metodología de cálculo del FCVV dispuesta en el Manual del FBP, el Osinergmin vulneró el principio de legalidad porque creó una regla distinta para el supuesto "nuevo" de retracción de la demanda alegado en la Resolución 085, sin habilitación normativa alguna. En ese sentido, considera que el Osinergmin está obligado a aplicar las reglas previstas en el Manual del FBP para la obtención del FCVV y del FBP;

Que, precisa que no existe condición o vacío normativo que valide la creación de una regla no alineada con el marco legal ni reconocida en algún precedente sobre el cálculo del FBP. Y en el supuesto negado de que existiese un vacío legal, el Osinergmin no aplicó algún método de integración jurídica que justifique la utilización de otras fuentes del derecho administrativo, pues la solución de crear dos subperiodos de evaluación contraviene incluso el mismo principio de razonabilidad sobre el que sustenta la Resolución 085;

Que, Osinergmin también transgredió el principio de razonabilidad porque adoptó una nueva regla fuera del ámbito de las facultades que tiene atribuidas. Y que la Resolución 085 adolece de un vicio de ilegalidad puesto que su motivación es aparente y, por tanto, inválida, ya que las consecuencias derivadas de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2 no habilitan a Osinergmin a inaplicar las reglas previstas en el Manual del FBP para la obtención del FCVV y del FBP;

Que, a través de la Resolución 085, Osinergmin violó los principios de predictibilidad o de confianza legítima y de seguridad jurídica porque hizo una interpretación nueva y singular que se contrapone a los artículos 13, 14 y 15 del Manual del FBP;

Que, sostiene que al haber creado una regla nueva mediante la Resolución 085, el Osinergmin inaplicó el Manual del FBP sin contar con la habilitación expresa de otra norma. Y que dicha actuación conllevó a que desarrolle la actividad de control difuso, prevista en el artículo 138 de la Constitución, pero no reconocida a Osinergmin;

Que, por lo expuesto, Enel solicita que los FCVV de los sistemas eléctricos de Lima Norte, Huaral-Chancay y Huacho se calculen aplicando de manera estricta la metodología dispuesta en el capítulo tercero de la resolución N° 281-2015. Por consiguiente, Enel pide que se aprueben los siguientes valores de los FCVV: FCVV Lima Norte = 1.1347, FCVV Huaral-Chancay = 1.1297 y FCVV Huacho = 1.0994. Asimismo, que se aprueben los siguientes valores del FBP: FBPM = 1.0007 y FBPBT = 0.9934.

4. ANALISIS DE OSINERGMIN

Sobre la finalidad del Factor de Balance de Potencia (FBP)

Que, el actual mercado eléctrico peruano de múltiples actores incluye en la oferta a una diversidad de generadores y, en representación de la demanda regulada, a diferentes distribuidores y usuarios del servicio. En ese sentido, el marco normativo vigente establece los principios, criterios y procedimientos mediante los cuales se fijan las tarifas de electricidad, las mismas que comprenden costos eficientes en que se incurren para el desarrollo de las actividades que permiten la prestación del servicio público de electricidad;

Que, el valor de la tarifa de electricidad para usuarios regulados, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley N° 25844 (en adelante, "LCE"), comprende los precios a nivel generación, los peajes unitarios de los sistemas de transmisión y el Valor Agregado de Distribución (en adelante, "VAD"). Este último concepto, fijado cada cuatro años de acuerdo con lo establecido en la propia LCE, es el costo por unidad de potencia necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica desde el inicio de la distribución eléctrica (después de la celda de salida del alimentador de media tensión ubicada en la subestación de transmisión) hasta el punto de empalme de la acometida del usuario;

Que, las redes de distribución a través de las cuales se brinda la electricidad a los usuarios deben garantizar la atención de estos en todo momento, razón por la cual son diseñadas para atender una máxima demanda. Debido a ello, el régimen vigente incorpora la retribución de la demanda máxima de distribución;

Que, en los casos en los cuales la máxima demanda en horas punta no coincide con la potencia total facturada en horas punta a los clientes, se presentan las denominadas sobreventas o subventas de potencia, lo que a su vez origina una variación de los ingresos, alterando el equilibrio entre ingresos (potencia en horas punta facturada) y costos (máxima demanda en horas punta comprada);

Que, a fin de mitigar estas situaciones, conforme al artículo 147° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, "Reglamento de la LCE"), se considerarán factores de simultaneidad que ajusten la demanda total de la concesión a la suma de la potencia contratada o demandada de sus usuarios y las respectivas pérdidas por empresa o grupo de empresas, aplicando los respectivos factores de ponderación;

Que, así, en cumplimiento de lo ordenado por el Reglamento de la LCE, se creó el FBP, el cual representa un factor de ajuste que permite equilibrar la potencia ingresada menos las pérdidas eficientes y la potencia de punta efectiva vendida. Este factor se ha aplicado para el mercado regulado desde el año 1999 y, para los usuarios del mercado libre, desde el año 2001. Como se ha mencionado, el factor ajusta la demanda de la concesión a la potencia

facturada a los usuarios y corrige la sobreventa o subventa de potencia, de manera que la distribuidora logre la remuneración prevista en los cálculos del VAD, siempre con la finalidad de mantener el equilibrio entre ingresos y costos. Todos los sistemas eléctricos que presenten una demanda mayor a 12 MW y que además tengan un factor de carga anual a nivel de Media Tensión (MT) mayor a 0,55 requieren contar con un FBP fijado por Osinergmin, de conformidad con lo señalado en el artículo 1 del Manual del FBP;

Que, para cumplir con su finalidad, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Manual del FBP, el FBP se calcula dividiendo la máxima demanda coincidente en horas punta (en adelante, "MD") entre la potencia teórica coincidente en horas punta (en adelante, "PTC"). Así, estos parámetros se obtienen de los registros de demandas y facturación de los usuarios del sistema de distribución eléctrica, informados por las empresas y validados por Osinergmin. Aquí es importante señalar que la MD incorpora un factor de crecimiento vegetativo y de variación de la demanda (FCVV);

Que, el FCVV, utilizado como insumo para la determinación del FBP, toma en cuenta el crecimiento vegetativo y la variación de la demanda durante el periodo anual, que permite referir la máxima demanda mensual a la máxima demanda anual. Debe precisarse que, de acuerdo con el artículo 12 del Manual del FBP, para el cálculo del factor FCVV se debe determinar si la demanda del sistema eléctrico tuvo un crecimiento vegetativo o expansivo;

Que, durante la evaluación de dicha información, se determinaron resultados inconsistentes (crecimiento vegetativo y variación de la demanda promedio con un incremento de 17 %), que no reflejan la finalidad del factor, pues durante el año 2020 no se ha presentado una variación de la demanda, de acuerdo con un comportamiento regular en el consumo de los usuarios;

Que, al respecto, de acuerdo con la información proporcionada por las empresas de distribución eléctrica, durante los tres primeros meses del año 2020 se apreció un crecimiento normal de la demanda, siendo que a partir del mes de abril se evidenció una reducción drástica de la misma. Esta situación no se encuentra prevista en el Manual del FBP, toda vez que el FCVV evalúa un crecimiento vegetativo y variación de la demanda de un sistema que se desarrolla y expande de acuerdo con un comportamiento regular en el consumo de los usuarios;

Que, el artículo 12 del Manual del FBP contempla dos supuestos de crecimiento: i) crecimiento vegetativo de la demanda del sistema eléctrico, cuando la tasa anual de crecimiento de los clientes no supera la tasa anual de crecimiento poblacional; y ii) crecimiento expansivo de la demanda del sistema eléctrico, cuando la tasa anual de crecimiento de los clientes supera la tasa anual de crecimiento poblacional. Estos supuestos de crecimiento del sistema eléctrico se encuentran vinculados a la ya mencionada variación de la demanda. Tener en claro esta vinculación resulta importante, toda vez que la variación de la demanda implica que un sistema eléctrico siempre está en expansión, esto es, en crecimiento de la demanda ya sea vegetativo o expansivo. El propio Manual del FBP, tal como se encuentra redactado, considera que la tasa de crecimiento de población y de los clientes siempre está en aumento, vinculada en forma natural a una variación paulatina de la demanda;

Que, por ello, de acuerdo con lo señalado en la Resolución 085, la disminución drástica de la demanda ocurrida durante el año 2020, disociada de la tasa de crecimiento poblacional y de los clientes, no puede considerarse como un supuesto contemplado en el artículo 12

del Manual del FBP. Es ajena a tal punto de esta vinculación entre la variación de la demanda y el crecimiento del sistema eléctrico, que al realizar el cálculo de acuerdo con lo que solicita la recurrente, se obtiene un factor distorsionado, que genera incluso un efecto contrario al que se busca con la determinación del FBP. Por dichas razones, se consideró que se trata de una situación no contemplada en el Manual del FBP, esto es, un vacío en el ordenamiento administrativo;

Que, de acuerdo con lo establecido en el Artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "TUO de la LPAG"), las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley;

Que, así, según lo señala la doctrina¹, aun cuando las fuentes jurídicas del Derecho Administrativo presenten deficiencias en el tratamiento expreso a un caso planteado, la autoridad se mantiene sujeta al deber de resolver el asunto. Para el caso concreto, las deficiencias más usuales con las que se puede encontrar una autoridad son la imprecisión de la norma, las derogaciones implícitas, los conflictos de normas de distintas jerarquías o de competencias superpuestas, obsolescencia o inaplicabilidad de la norma a la realidad, el desuso, entre otras. Para resolver estos asuntos, las autoridades deben acudir en orden descendente a las siguientes fuentes supletorias: a) los principios del procedimiento administrativo, b) fuentes supletorias del derecho administrativo (doctrina nacional, comparada, la costumbre o práctica administrativa); y solo a falta de ellas, analogía de otros ordenamientos;

Que, por ello, ante esta situación no prevista en el Manual del FBP, se recurrió al principio de razonabilidad, aplicándose para el procedimiento de cálculo del FCVV dos subperiodos independientes (enero a marzo y abril a diciembre) dentro del periodo anual 2020. Esta metodología fue aplicada en virtud de que se determinó que es equivalente para una variación significativa de la demanda, debido a las similitudes con la situación presente en la realidad. Se consideró que esta metodología resultaba la más razonable, pues la decisión se encuentra dentro de los límites de las facultades atribuidas a Osinergmin y se ha mantenido la debida proporción entre el medio empleado (toda vez que se ha aplicado la metodología más cercana contemplada en la misma norma), y el fin público que se buscó tutelar (equilibrar la potencia ingresada menos las pérdidas eficientes y la potencia de punta efectiva vendida). En virtud de este principio, se identificó una solución adecuada y proporcional para mantener el equilibrio de los ingresos y costos que se consideraron al momento de fijar la tarifa de distribución;

4.1 Sobre la supuesta vulneración a los principios de legalidad, de razonabilidad y la presunta transgresión al derecho a la debida motivación de los actos administrativos

Que, tal como se ha señalado, la disminución drástica de la demanda ocurrida durante el año 2020, desasociada de la tasa de crecimiento poblacional y de los clientes, no puede considerarse como un supuesto contemplado en el artículo 12 del Manual del FBP, pues este únicamente contempla dos posibilidades de crecimiento (crecimiento vegetativo de la demanda del sistema eléctrico y crecimiento expansivo de la demanda del sistema eléctrico);

¹ Morón Urbina, Juan Carlos (2014) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, Gaceta Jurídica, pág. 118.

Que, al respecto, cabe señalar que la falta de una norma jurídica aplicable para un supuesto de hecho permite la integración jurídica, una facultad reconocida a las administraciones públicas a través del artículo VIII del título preliminar del TUO de la LPAG y que impone la toma en consideración del entorno normativo (jurídico-administrativo, en primer lugar) para eliminar las omisiones, vacíos o lagunas normativas presentes en el ordenamiento sectorial;

Que, como se indicó de manera previa, Osinergmin identificó un vacío en la normativa, por lo que aplicó los principios del procedimiento administrativo (concretamente, el principio de razonabilidad) a fin de emitir un pronunciamiento. Para ello, primero identificó la laguna normativa (el decrecimiento de la demanda), esto es, un supuesto de hecho no regulado. Posteriormente, buscó la aplicación de la consecuencia jurídica de una norma a un supuesto de hecho semejante al previsto por ella (el crecimiento expansivo), aun cuando se trata de un hecho distinto (el decrecimiento de la demanda), siendo que, para justificar dicha aplicación, utilizó un argumento o razonamiento basado en la semejanza;

Que, para este caso en concreto, entre el decrecimiento de la demanda y el crecimiento expansivo del sistema eléctrico existe una semejanza: ambos constituyen una variación significativa de la demanda. Adicionalmente, al aplicar la fórmula del crecimiento expansivo, Osinergmin se aproximó a satisfacer la finalidad de la norma, que es mantener el equilibrio de los ingresos y costos que se consideraron al momento de fijar la tarifa de distribución. En este punto, el principio de razonabilidad se aplica a la actuación de Osinergmin, pues la decisión tomada se adecúa al fin propuesto por la norma en el caso concreto y, además, se consigue suplir el vacío normativo a través del principio de que donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición;

Que, se aprecia entonces que, sobre el método de integración jurídica específicamente utilizado, Osinergmin aplicó una analogía legal sustentada en un argumento *a pari ratione* o *per analogiam*². Y para dicha labor, tuvo en cuenta el principio de razonabilidad, recogido en el numeral 1.4. del artículo IV del título preliminar del TUO de la LPAG;

Que, de ese modo, Osinergmin identificó una solución adecuada y proporcional para mantener el equilibrio de los ingresos y costos que se consideraron al momento de fijar la tarifa de distribución;

Que, como se advierte, la potestad de integración jurídica, reconocida a las administraciones públicas a través de una norma con rango legal, se ejerció con respeto a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, y su producto —la decisión tomada por el organismo regulador— guarda relación con los hechos presentados y satisface la finalidad de la norma. En consecuencia, la decisión por la que optó Osinergmin está debidamente justificada y es la más razonable para el contexto del vacío normativo identificado;

Que, por lo expuesto, es incorrecto señalar que la actuación de Osinergmin se sustentó en la pandemia generada por el SARS-CoV-2, como si dicha situación desempeñara el papel de norma habilitante. Lo cierto es que las medidas gubernamentales para frenar el avance de la pandemia provocaron una situación inédita y sin precedentes en el mercado eléctrico,

² Este tipo de argumento se funda en razones de semejanza o de igualdad entre el hecho previsto por la ley y el caso no previsto por ella.

por lo que no hubo una fórmula legal para atenderla. Y ante tal vacío normativo, por mandato del artículo VIII del título preliminar del TUO de la LPAG —la norma habilitante— Osinergmin adoptó una solución integradora aplicando el principio de razonabilidad, para, a través de una analogía legal, acercarse a la finalidad del Manual del FBP;

Que, por otro lado, con respecto al derecho a la debida motivación de los actos administrativos, conforme lo prescribe el TUO de la LPAG, la motivación constituye un requisito de validez del acto administrativo, que, de no cumplirse, conlleva su nulidad. Sobre el derecho a la debida motivación, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3282-2004-HC/TC señaló lo siguiente:

“[...] su contenido esencial [del derecho a la debida motivación] se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta fuese breve o concisa [...]”;

Que, en el caso en particular, la Resolución 085 está debidamente sustentada por medio del informe técnico N° 251-2021-GRT y del informe legal N° 256-2021-GRT. En dicho acto administrativo, se detallaron las razones técnicas y legales por las que se aplicó un nuevo criterio para el supuesto no previsto en el Manual del FBP, siempre en función del principio de razonabilidad. Tal decisión es coherente y proporcional, como se acotó, ya que se buscó cumplir con la finalidad del FCVV y, en consecuencia, con el objetivo del FBP;

Que, es importante destacar que el ejercicio de la función de integración jurídica por parte de Osinergmin no supuso de ninguna manera una modificación al Manual del FBP o una afectación a los principios de legalidad o de inderogabilidad singular de los reglamentos, pues no se desconoció lo establecido en el Manual del FBP, sino que, ante la existencia de un vacío en la normativa, se recurrió a los principios del procedimiento administrativo para suplirlo. En ese sentido, no se contravino el Manual del FBP, pues dicha norma no contempla la situación que se presentó en la realidad, tal como se señaló en el numeral 2.9 del informe legal N° 256-2021-GRT, que forma parte de la resolución impugnada;

Que, por esas razones, se concluye que el Regulador no vulneró los principios de legalidad y de razonabilidad y tampoco transgredió el derecho a la debida motivación de los actos administrativos, de manera que la Resolución 085 no adolece de algún vicio de ilegalidad. La Resolución 085 está debidamente motivada y la decisión que contiene tiene su razón de ser en las circunstancias excepcionales del caso, la que, aun así, es conforme al ordenamiento jurídico.

4.2 Sobre la supuesta vulneración a los principios de predictibilidad o de confianza legítima y de seguridad jurídica

Que, el principio de predictibilidad o de confianza legítima, establecido en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del TÚO de la LPAG, supone que la autoridad administrativa brinde a los administrados información veraz, completa y confiable, de manera que estos puedan tener conciencia con respecto al posible resultado que se tendrá en el procedimiento. Sin embargo, dicho principio no debe ser entendido como la obligación absoluta de la administración pública de mantener los mismos criterios para resolver todas las cuestiones puestas a su conocimiento, ya que pueden ser modificados o adecuados a nuevas situaciones, conforme se dispone en el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar del TÚO de la LPAG;

Que, en el presente caso, nos encontramos ante una situación atípica no prevista en el ordenamiento administrativo. No ha existido precedente alguno respecto de esta situación, al punto que no se contempló en la normativa una disminución en esa magnitud de la demanda asociada al crecimiento vegetativo o expansivo del sistema eléctrico;

Que, en ese sentido, al encontrarnos en una situación no prevista en el Manual del FBP respecto de la cual no existen precedentes administrativos, el criterio adoptado no podría vulnerar la predictibilidad o confianza legítima, más aún si las distribuidoras conocían la contracción drástica de la demanda ocurrida a consecuencia de la emergencia sanitaria antes descrita. Si las empresas distribuidoras ante la información recabada observaron una disminución significativa de la demanda de los sistemas eléctricos, no podrían esperar un incremento en su recaudación a través del FBP, toda vez que este factor no tiene dicha finalidad. Como se ha mencionado, el FBP tiene la finalidad de evitar la sobreventa o subventa de potencia de punta a efectos de mantener el equilibrio de ingresos y costos de las empresas, evitando una mayor remuneración a la que corresponde y que proviene del VAD;

Que, de haberse aplicado el Manual del FBP como lo solicita la empresa, el impacto en las tarifas aplicables a usuario final hubiera sido de 1,21% en lugar de -0,98%, es decir, la empresa se hubiera beneficiado con aproximadamente con S/ 5 268 546 por ingresos adicionales producto de la sobreventa mensual de potencia en horas punta. Esto no implica un perjuicio económico en la remuneración de las inversiones de la empresa, la cual se reconoce a través del costo unitario por unidad potencia o VAD establecido por Osinergmin para Enel, sino más bien el ajuste en su facturación por los ingresos adicionales mencionados. Debe tenerse en cuenta que el FBP no modifica el VAD que toma en cuenta los costos eficientes de inversión, operación y mantenimiento, referidos a la máxima demanda del sistema de distribución eléctrica, distinta a la máxima demanda en horas punta que toma la determinación del FBP;

Que, así, en la medida que no se adoptó una decisión distinta para una misma situación, sino que ante una situación no prevista se optó por la alternativa más razonable para cumplir con la finalidad de la norma, no es posible sostener que se produjo vulneración alguna a los principios señalados por Enel;

4.3 Sobre el presunto ejercicio del control difuso por parte de Osinergmin y la supuesta inaplicación del Manual del FBP

Que, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es una facultad atribuida a los jueces —y no a las administraciones públicas³— por la Constitución Política del Perú a través de su artículo 138 y tiene especial relación con el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Carta Magna. Al respecto, el profesor Luis Castillo Córdova señala lo siguiente:

“Como se sabe, la judicial review o modelo americano o control difuso de la constitucionalidad de las leyes, atribuye a todos los magistrados del sistema judicial la potestad de inaplicar, al caso que resuelven, una ley que consideran inconstitucional. Los jueces al momento de aplicar el derecho deben aplicar en primer lugar la Constitución, y

³ De acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 04293-2012-PA/TC y 007-2001-AI/TC.

sólo después las demás normas. Esto significa que si en su labor jurisdiccional concluyen que una norma contraviene la Constitución, tienen el deber de preferir la norma constitucional antes que la norma legal y, consecuentemente, inaplicar ésta al caso que resuelven”⁴;

Que, sin embargo, si bien no puede hablarse de control difuso *administrativo* de la constitucionalidad de las leyes, sí es posible sostener la existencia del control en sede administrativa de la legalidad de los reglamentos. Así lo reconoce la jurisprudencia constitucional, pues en la sentencia al expediente N° 1266-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: “[...] *en el caso de autos, [...] se trata [...] de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos*”;

Que, ahora bien, de la misma manera en que no se puede derogar un proyecto de ley (porque no tiene existencia formal, pues, entre otras cosas, requiere de la promulgación y publicación), tampoco se puede inaplicar una norma jurídica inexistente (porque tampoco tiene existencia formal, ya que no forma parte del ordenamiento jurídico). De acuerdo con el artículo 12 del Manual del FBP, el crecimiento vegetativo está considerado para una situación de crecimiento normal y sostenido de la demanda y/o del número de clientes en un determinado sistema eléctrico sin que tales lleguen a superar la tasa anual de crecimiento poblacional. Sin embargo, como consecuencia de las medidas adoptadas por el gobierno para enfrentar la pandemia provocada por el SARS-CoV-2, se presentó una contracción súbita de la demanda, lo que supone un decrecimiento de esta, situación distinta a la contemplada en el referido artículo 12 y no prevista en el Manual del FBP, lo que implica un vacío en el ordenamiento jurídico-administrativo;

Que, como se indicó, Osinergmin acudió al Manual del FBP y, con base en los principios de razonabilidad y de igualdad jurídica, utilizó una premisa existente (el crecimiento expansivo) para aplicar su consecuencia jurídica a un supuesto de hecho inexistente (el decrecimiento de la demanda), pero similar (el elemento común es la variación sustancial de la demanda) para lograr acercarse a la finalidad por la que el Manual del FBP fue emitido;

Que, por lo expuesto, se concluye que el ejercicio de la función de integración jurídica por parte de Osinergmin no supuso de ninguna manera la inaplicación del Manual del FBP. En ese sentido, no se empleó el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ni de la legalidad de los reglamentos;

4.4 Sobre el recálculo de los FCVV de los sistemas eléctricos de Lima Norte, Hualal-Chancay y Huacho

Que, se evidencia que al calcular el valor del FCVV de acuerdo a lo establecido en el Manual del FBP, tal como lo solicita la recurrente, se obtienen resultados inconsistentes que no reflejan la finalidad del FCVV;

Que, esto se debe a que en el año 2020, año anterior a considerar para la determinación del FBP, como consecuencia del Estado de Emergencia por el Covid-19, la demanda tuvo una contracción o disminución significativa a partir del mes de marzo, que no se correlacionó con la variación del número de clientes y la tasa de crecimiento poblacional;

⁴ Castillo Córdova, Luis; “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en 2 *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (2006), pp. 879-901 (p. 884).

Que, de la evolución de la demanda del año 2020 de los sistemas eléctricos Lima Norte, Huaral-Chancay y Huacho se aprecia dicha contracción que no se corresponde con la evolución de la demanda de años anteriores (2017, 2018 y 2019). Además, se aprecia un impacto en la tendencia y niveles de demanda. En ese sentido, la evolución de la demanda del año 2020 ha tenido un impacto debido al Estado de Emergencia por el Covid-19;

Que, por ello, al aplicar las disposiciones del Manual del FBP, esta evolución inusual originó una distorsión en el cálculo del FCVV, presentándose valores de crecimiento vegetativo y variación de la demanda en los sistemas eléctricos de la empresa distorsionados y no consistentes técnicamente;

Que, lo mencionado se debe a que el Manual del FBP no contempla una situación en donde no se presenta la correlación de la variación de la demanda con la variación del número de clientes y tasa de crecimiento poblacional, como la presentada en el año 2020;

Que, en el caso de los sistemas eléctricos de Enel, la sobreventa de potencia se hizo mayor debido al Estado de Emergencia por Covid-19 y la variación irregular de la demanda a partir del mes de abril de 2020. De acuerdo con la información remitida por la empresa y validada por Osinergmin, se determinó una sobreventa de potencia en horas punta de 1 641 MW para el conjunto de sistemas eléctricos de la empresa, es decir, ingresos adicionales por la potencia facturada en horas punta a sus usuarios, alterándose el equilibrio entre ingresos y costos previsto en la regulación de las tarifas de distribución eléctrica, que debe ser ajustado a través del VAD con la aplicación del FBP en el siguiente periodo anual, en este caso, para el periodo del 1 de mayo de 2021 al 30 de abril de 2022;

Que, por ello, no se justificaba la evaluación del FCVV con criterios y métodos técnicos previstos en el Manual del FBP, ya que no consideraba la situación presentada en el año 2020;

Que, la decisión por la que optó Osinergmin está debidamente justificada, es la más razonable para el contexto identificado de un vacío normativo y cumplió estrictamente con lo estipulado en el TUO de la LPAG para estos casos;

Que, en consecuencia, por los argumentos expuestos en los numerales precedentes, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por Enel, en todos sus extremos;

Que, finalmente, se han emitido el Informe Técnico [N° 466-2021-GRT](#) y el Informe Legal [N° 475-2021-GRT](#) de la División de Distribución Eléctrica y de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas de Osinergmin, respectivamente; con los cuales se complementa la motivación que sustenta la decisión del Consejo Directivo de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; y en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Y,

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 165-2021-OS/CD**

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 25-2021.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A. contra la Resolución N° 085-2021-OS/CD, conforme a los fundamentos expuestos en el numeral 4 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y en el Portal Institucional de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/ResolucionesGRT2021.aspx>, conjuntamente con el Informe Técnico [N° 466-2021-GRT](#) y el Informe Legal [N° 475-2021-GRT](#), que forman parte integrante de esta resolución.

**Jaime Mendoza Gacon
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN**