

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 166-2021-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 Luz del Sur S.A.A. (en adelante, “Luz del Sur”), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 085;

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANALISIS DE OSINERGMIN

Que, Luz del Sur solicita que se declare la nulidad de la Resolución 085, pues afirma que el Organismo Regulador incurrió en la primera y segunda causal de nulidad establecidas del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “TUO de la LPAG”), en tanto se habría contravenido el principio de legalidad al desconocer 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”), así como los principios de inderogabilidad singular de los reglamentos, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad, buena fe, predictibilidad, confianza legítima y debida motivación. Asimismo, solicita un nuevo pronunciamiento sobre el fondo, a efectos de realizar un nuevo cálculo del FBP;

2.1 Sobre el cálculo del Factor de Crecimiento Vegetativo y Variación de la Demanda (FCVV)

Argumentos de la recurrente

Que, Luz del Sur señala que se ha desconocido el Manual del FBP, el cual dispone dos criterios para calcular este factor dependiendo del crecimiento de la demanda de las distribuidoras:

Que, la ilegalidad consiste en que se ha aplicado una fórmula de cálculo del crecimiento expansivo al año 2020, a pesar que en dicho año, sus sistemas eléctricos han presentado un crecimiento vegetativo, conforme a los gráficos que adjuntan;

Que, el perjuicio ocasionado se materializa en una reducción de ingresos de S/ 101.1 millones de soles, monto equivalente al 13.6% de los ingresos que le correspondía recibir, en el periodo comprendido desde mayo de 2021 y abril de 2022;

Que, de acuerdo con el artículo 260º del TUO de la LPAG, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados en los daños directos e

inmediatos causados por los actos de la administración. En ese sentido, consideran nula la resolución en tanto le viene causando un daño grave, severo, directo e inmediato;

Que, la máxima demanda es un dato que se crea a partir de las máximas demandas mensuales y el Factor FCVV. De acuerdo con el artículo 12 del Manual del FBP, el FCVV constituye un factor que permite reflejar las máximas demandas mensuales a la máxima demanda anual. El único supuesto en el que cabe diferenciar entre subperiodos es en el caso de crecimiento expansivo, en el que la máxima demanda que se utiliza para el cálculo del FBP es un promedio de las máximas demandas de los subperiodos. Por dicha razón, la resolución es ilegal en tanto ha creado supuestos subperiodos por la Covid-19, a pesar de ser un año con crecimiento vegetativo;

Que, correspondía calcular los componentes del FBP sobre la base de un único periodo anual, conforme al artículo 14 del Manual FBP, el cual establece que debe considerarse el mes del año en donde se produjo la máxima demanda. Sin embargo, se ha partido el periodo anual en dos subperiodos, como si se tratara de un año con crecimiento expansivo. Indica que no existe otra causal en la norma y que se ha inobservado el artículo 14 del Manual del FBP;

Que, si el Estado hubiera pretendido reconocer los efectos de la Pandemia sobre el Manual del FBP, entonces habría aprobado una norma específica que establezca que dicho manual no podía aplicarse, o que se dispusiera que el año 2020 sería considerado como uno de crecimiento expansivo. Menciona que, durante la pandemia, el Manual FBP no ha sido modificado por ninguna norma ni se han establecido excepciones, por lo que no se puede aplicar discrecionalmente un criterio sobre cómo debería aplicarse dicho manual durante la Pandemia. Concluye que, al modificar el Manual del FBP o aplicar de forma distinta sus disposiciones expresas, la resolución impugnada debe ser declarada nula;

Análisis de Osinergmin

Que, el actual mercado eléctrico peruano de múltiples actores incluye en la oferta a una diversidad 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 incurre 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 al 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 a 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, 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 sobre-venta o sub-venta 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 al 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 a un comportamiento regular en el consumo de los usuarios;

Que, al respecto, de acuerdo a 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, como ha indicado el área técnica, el FCVV evalúa un crecimiento

vegetativo y variación de la demanda de un sistema que se desarrolla y expande, de acuerdo a 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 a 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 a 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 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 ellos, 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 a que luego de la evaluación técnica, se determinó que

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

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;

Que, por lo señalado, no se verifica la existencia de alguna causal de nulidad de la Resolución 085 en este extremo;

2.2 Sobre la vulneración al Manual del FBP, al principio de legalidad, de inderogabilidad singular de los reglamentos y de interdicción de la arbitrariedad

Argumentos de la recurrente

Que, al apartarse de lo dispuesto en el Manual del FBP, se ha vulnerado el numeral 3 del artículo 5 del TUO de la LPAG en cuanto la norma prohíbe expresamente que los actos administrativos infrinjan lo previsto en las normas reglamentarias, aun cuando provengan de la misma autoridad. Asimismo, alega que se habrían vulnerado los principios de legalidad y de inderogabilidad singular de los reglamentos;

Que, señala que se ha vulnerado el principio de interdicción a la arbitrariedad y cita las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expediente N° 3864-2014-AA/TC y 00535-2009-AA. Concluye que cualquier actuación de la administración debe realizarse con sujeción a las normas aplicables, en cumplimiento del principio de legalidad. Si se pretendía aplicar criterios discrecionales tendría que haberlo hecho en el marco del Manual FBP. Indica que lo más grave es que la decisión genera perjuicios únicamente a las distribuidoras;

Análisis de Osinergmin

Que, como se ha indicado previamente, la vulneración al Manual del FBP, al principio de legalidad, al de interdicción de la arbitrariedad y al de inderogabilidad singular de los reglamentos no ha existido, pues no se trata de un alejamiento deliberado de lo estipulado en dicha norma, sino que se identificó un vacío en la normativa, y en consecuencia se procedió a aplicar los principios del procedimiento administrativo (concretamente el principio de razonabilidad) a fin de emitir un pronunciamiento;

Que, como se ha señalado previamente, 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);

Que, no se puede inaplicar una norma jurídica inexistente, pues al no formar parte del ordenamiento jurídico, carece de existencia formal. Más bien, 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 para eliminar las omisiones, vacíos o lagunas normativas presentes en el ordenamiento sectorial;

Que, para el caso en concreto, en principio se identificó el vacío normativo ya señalado, esto es, un supuesto de hecho no regulado. Posteriormente, se 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), y para justificar dicha aplicación, se utilizó un argumento o razonamiento basado en la semejanza. Para este caso, 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 aproxima 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, adecuando la decisión tomada al fin propuesto por la norma en el caso concreto y, además, consigue suplir el vacío normativo a través del principio de que donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición;

Que, de ese modo, 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;

Que, 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 estas razones, se concluye que Osinergmin no vulneró el principio de interdicción de la arbitrariedad y que el ejercicio de la función de integración jurídica 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;

2.3 Sobre la presunta vulneración a los principios de seguridad jurídica, predictibilidad o de confianza legítima, y de buena fe procedimental

Argumentos de la recurrente

Que, se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, y los principios de buena fe, predictibilidad y confianza legítima, al desconocer lo establecido en el Manual FBP y frustrar expectativas legítimas, y al aplicar dos subperiodos, lo que ha generado que el FBP disminuya el valor del VAD;

Que, la predictibilidad brindada por el Manual FBP ha sido frustrada por una decisión ilegal. Precisa que se ha vulnerado el principio de buena fe y regla de actos propios, al actuar en contra de su conducta previa. Dichos principios se derivan del principio de seguridad jurídica, el cual busca que el ordenamiento jurídico garantice certeza en la actuación de las potestades administrativas. Por dichos argumentos, solicita que la resolución sea declarada nula;

Análisis de Osinergmin

Que, el principio de predictibilidad o confianza legítima establecido en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, supone que la autoridad administrativa debe brindar a los administrados información veraz, completa y confiable de manera que puedan tener conciencia respecto al posible resultado que se tendrá en el procedimiento. Sin embargo, no debe ser entendido como una obligación absoluta de mantener los mismos criterios para resolver, ya que estos pueden ser modificados o adecuados a nuevas situaciones, conforme se establece en el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo;

Que, 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, al encontrarnos en una situación no prevista en el Manual 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 sobre-venta o sub-venta 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, el principio de la buena fe procedimental reconocido en el numeral 1.8 del Título Preliminar del TUO de la LPAG exige que la autoridad administrativa no actúe en contra sus propios actos. En el caso en particular, ello no ha sucedido, en la medida que al encontrarnos en un supuesto no previsto en el Manual del FBP, se aplicó un criterio técnico adecuado y proporcional, con la finalidad de no afectar el interés general. Es decir, no ha adoptado una decisión distinta para una misma situación, sino que ante una situación no prevista, se ha adoptado la alternativa más razonable para cumplir con la finalidad de la norma, por lo que no es posible sostener alguna vulneración al principio de buena fe;

Que, por los argumentos señalados, no se verifican las vulneraciones a los principios que señala Luz del Sur;

2.4 Sobre la presunta vulneración al principio de análisis de decisiones funcionales

Argumentos de la recurrente

Que, Osinergmin debió tomar en cuenta los efectos de sus decisiones en materia tarifaria, y que sin embargo no se consideró ni la seguridad jurídica ni los impactos a la esfera patrimonial de las empresas distribuidoras. Indica que se ha desnaturalizado el VAD como mecanismo de retribución, al crear los subperiodos sin sustento legal, lo cual ha distorsionado el cálculo de la demanda máxima;

Análisis de Osinergmin

Que, de acuerdo con el artículo 13 del Reglamento del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dicho principio establece la obligación de evaluar el impacto de la actuación regulatoria en diferentes aspectos;

Que, existe sustento técnico para aplicar dos subperiodos independientes (enero a marzo y abril a diciembre) dentro del periodo anual 2020 para el cálculo del FCVV, de acuerdo a lo sustentado en el informe técnico que forma parte de la Resolución N° 085 y en el informe técnico que sustenta el presente pronunciamiento. Cabe indicar que se realizó un cálculo de los resultados que se obtendrían al aplicar el Manual del FBP tal como lo solicita la recurrente, evidenciándose una distorsión en los resultados a raíz de la contracción drástica de la demanda ocurrida a partir del mes de abril de 2020, lo que hubiese impedido que se cumpla con la finalidad del FBP;

Que, de acuerdo a dichos resultados la distorsión que se habría obtenido en el cálculo del FBP y la eventual alteración en el equilibrio de ingresos y costos de la tarifa, habría implicado un incremento en la tarifa a usuario final, a pesar que en la realidad la demanda decreció (disminuyó significativamente), producto de las restricciones por la pandemia. Ello, en última instancia habría significado un incremento en lo recaudado por las distribuidoras y un perjuicio a los usuarios regulados, producto, como se ha indicado, de un cálculo distorsionado; situación a todas luces no solo es injusta, sino que podría haber configurado un supuesto de abuso del derecho;

Que, de acuerdo a lo señalado, de haberse realizado el cálculo del FBP de acuerdo a lo indicado por Luz del Sur, no se hubiera cumplido con el objetivo del FBP, perjudicándose a los usuarios de la empresa por la sobreventa de potencia en horas punta, la cual se incrementó en el año 2020. El impacto en las tarifas aplicables a usuario final hubiera sido de 1,92% en lugar de -1,00%, es decir, la empresa se hubiera beneficiado con aproximadamente con S/ 8 445 417 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 Luz del Sur, sino más bien el ajuste en su facturación por los ingresos adicionales mencionados;

Que, Osinergmin utilizó un método equivalente al que se aplica cuando se presenta una variación significativa de la demanda (crecimiento expansivo), situación que resulta la más cercana a la realidad;

Que, por las razones expuestas, no se verifica una supuesta vulneración al principio de análisis de decisiones funcionales;

2.5 Sobre la supuesta modificación indirecta del VAD

Argumentos de la recurrente

Que, lo indicado en la resolución impugnada es una revocación indirecta del VAD, al privar de eficacia la retribución de los costos reconocidos en el VAD, como consecuencia de un FBP distorsionado;

Que, citando al artículo 2 del TUO de la LPAG, señala que en dicho artículo existe una prohibición de revocación de los actos favorables, que el VAD es un acto favorable o

constitutivo de un derecho a favor de las distribuidoras y que, por ello, rige la regla de irrevocabilidad, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Cita la Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI y la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 239-2010-PA/TC;

Que, indica que se ha presentado un caso de expropiación indirecta y regulatoria, ya que terminan por privarlos parcialmente de la remuneración que le correspondería por el VAD aprobado;

Análisis de Osinergmin

Que, en el artículo 147 del Reglamento de la LCE se establece que “[...] Los valores resultantes [del VAD] 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, la disposición citada se implementa a través de la evaluación y aplicación del FBP, según las reglas contenidas en el Manual FBP. La decisión tomada no afecta el derecho de propiedad de la recurrente, en la medida que el VAD aprobado mediante Resoluciones N° 158-2018-OS-CD y 168-2019-OS-CD no se ha visto modificado, sino que únicamente se ha aprobado el factor que lo multiplica, a fin de mantener el equilibrio de los ingresos y costos que se consideraron al momento de fijar la tarifa de distribución;

Que, como ya se ha indicado, de no haberse realizado el ajuste en el cálculo del FCVV, no se hubiera cumplido con el objetivo del FBP, perjudicándose a los usuarios de la empresa por la sobreventa de potencia en horas punta, la cual se incrementó en el año 2020. Ello no implica un perjuicio económico en la remuneración de las inversiones de la empresa, sino más bien el ajuste en su facturación por los ingresos adicionales mencionados;

Que, como puede verse, en todo momento se ha buscado mantener el equilibrio mencionado, siendo que aplicar lo dispuesto en el Manual del FBP tal como lo solicita la recurrente, hubiese implicado una distorsión en el FBP y por tanto una contravención a su finalidad;

Que, la presunta afectación no calza en los supuestos que la recurrente menciona como revocación indirecta o expropiación, pues como se ha indicado, la situación concreta no estaba prevista en la norma. El supuesto beneficio que debería recibir Luz del Sur nunca fue tal, en la medida que no podía aplicarse el artículo 12 y 13 del Manual del FBP que considera un crecimiento vegetativo de la demanda del sistema eléctrico. Cabe recordar que los supuestos de crecimiento de la demanda del sistema eléctrico contemplados en el Manual del FBP, se encuentran vinculados a la variación de la demanda. El decrecimiento (disminución significativa) drástico de la misma, es un supuesto no contemplado en la norma, por lo que la recurrente no puede considerar que este presunto “beneficio” que le correspondería según su interpretación del Manual del FBP, y que con la Resolución 085 no le es “reconocido”, pueda concretarse en una afectación a su patrimonio.

Que, además, en el año 2020 se presentó una mayor potencia facturada a los usuarios respecto a la máxima demanda en horas punta del sistema eléctrico con relación a otros años, lo que originó mayores ingresos adicionales a las empresas respecto a los que corresponden. En ese sentido, ante esta situación real, de acuerdo con lo previsto en la

normatividad, el FBP ajusta dichos ingresos adicionales a través de su aplicación en el VAD (multiplicando al VAD), restaurando el equilibrio entre ingresos y costos. Por ello, no se configura un hecho de revocación indirecta del VAD, de expropiación ni de perjuicios a las empresas;

Que, por las razones expuestas, no se verifica una supuesta modificación indirecta del VAD;

2.6 Sobre la supuesta vulneración al principio del debido procedimiento

Argumentos de la recurrente

Que, según Luz del Sur, el criterio utilizado para determinar dos subperiodos independientes, no fue informado oportunamente. Indica que era posible que se cumpla con advertir del nuevo criterio durante el procedimiento de aprobación del FBP;

Que, su derecho a exponer argumentos durante el procedimiento se ha visto vaciado de contenido y que ello conlleva a una desviación de los fines del procedimiento mismo, ya que éste sirve para otorgar a los administrados la oportunidad de hacer valer sus derechos, lo cual no se ha permitido;

Análisis de Osinergmin

Que, se debe señalar que el cálculo del FBP no es un procedimiento administrativo de fijación tarifaria en el que se presentan etapas a los agentes económicos para que puedan realizar observaciones y comentarios a la prepublicación, así como audiencias que incentiven la participación ciudadana, entre otros;

Que, el procedimiento administrativo del cálculo del FBP, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados”, aprobada por Resolución N° 080-2012-OS/CD, es consecuencia de una resolución de fijación tarifaria que siguió su respectivo procedimiento regulatorio, por lo que la resolución que lo aprueba no requiere un segundo procedimiento tarifario previo;

Que, no obstante lo señalado, los administrados tienen el derecho de impugnar lo decidido en las resoluciones que emite Osinergmin, para el caso en particular, de conformidad con lo establecido en artículo 218 del TUO de la LPAG, en concordancia con el artículo 11.2 de la norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados”, aprobada por Resolución Osinergmin N° 080-2012-OS/CD;

Que, el marco normativo no obliga a Osinergmin a realizar actuaciones adicionales a las contempladas en el TUO de la LPAG, a fin de que las empresas pudiesen cuestionar lo que iba a resolverse, previamente a la publicación de la determinación del FBP;

Que, la aprobación del FBP considera, en la práctica, únicamente el informar a las empresas sobre las observaciones encontradas a la información de la propuesta que presentaron, lo cual se hizo oportunamente;

Que, la posibilidad de la recurrente de hacer valer sus derechos durante el presente procedimiento no se ha visto afectada, toda vez que ha contado con la posibilidad de recurrir la Resolución 085, tal como lo ha hecho;

Que, por las razones expuestas, no se verifica una supuesta vulneración al principio del debido procedimiento;

2.7 Sobre la supuesta motivación defectuosa

Argumentos de la recurrente

Que, la recurrente señala que de acuerdo al TUO de la LPAG, es un requisito esencial de todo acto administrativo la motivación, sin embargo, la Resolución 085 ha incurrido en un supuesto de motivación defectuosa debido a que i) se ha desconocido la norma que le sirve de base, y ii) las normas exigen que la autoridad evalúe el impacto de sus decisiones tarifarias, lo cual no ha sido objeto de evaluación, ni se señala los posibles efectos;

Que, este derecho es una garantía de los administrados recogida expresamente en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, y que la Resolución 085 contiene conclusiones contradictorias que no guardan congruencia con los fundamentos que la respaldan debido a que reconoce que el periodo 2020 presentó un crecimiento vegetativo, y no aplicó la consecuencia para el crecimiento vegetativo establecida por el Manual del FBP;

Que, se ha viciado el procedimiento, siendo que, al no existir motivación, se trata de un acto arbitrario. Indica que no se ha explicado por qué en la Resolución 085 se establece una excepción no regulada en el Manual FBP en el procedimiento del cálculo del FBP, basada en la desviación de la demanda;

Análisis de Osinergmin

Que, conforme al TUO de la LPAG, la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos, que de no cumplirse implica la nulidad del mismo. Sobre este requisito de validez, 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 recurso de reconsideración interpuesto, se ha señalado que la Resolución 085 es incongruente ya que a pesar de haberse reconocido en el 2020 la existencia de un crecimiento vegetativo, se aplicó a dicho periodo la fórmula de un crecimiento expansivo;

Que, es menester indicar que la Resolución 085 fue debidamente sustentada, en base al Informe Técnico N° 251-2021-GRT y el Informe Legal N° 256-2021-GRT. En dicho acto administrativo se han detallado las razones legales y técnicas por las cuales se aplicó, en función al principio de razonabilidad, un nuevo criterio al encontrarse frente a un supuesto no previsto en el Manual FBP. Dicha decisión fue coherente y proporcional, ya que se buscó cumplir con la finalidad del FCVV y, en consecuencia, con el objetivo del FBP;

Que, no se parte de un desconocimiento de lo establecido en el Manual del FBP como indica la recurrente, sino que, ante la existencia de un vacío en la normativa, se recurrió a los principios del procedimiento administrativo, tal como se establece en el TUO de la LPAG. Asimismo, no se contravino el Manual del FBP pues dicha norma no contempla la situación que se ha presentado en la realidad;

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 166-2021-OS/CD**

Que, previamente a la emisión de la Resolución 085 se evaluó no solo el impacto que tendría la decisión tomada en el mercado eléctrico, sino también el impacto que hubiese tenido aplicar el Manual del FBP tal como lo solicita la recurrente; dichos impactos se han indicado en los numerales precedentes de la presente resolución;

Que, por dichas razones, no existe la supuesta motivación defectuosa que afirma la recurrente en su recurso de reconsideración;

Que, por las razones expuestas previamente, se concluye que no existen las vulneraciones a los principios que señala Luz del Sur, por lo que corresponde declarar no ha lugar a la solicitud de nulidad contra la Resolución 085. Asimismo, no corresponde emitir un nuevo pronunciamiento por el fondo del asunto;

Que, finalmente se han emitido el Informe Técnico [N° 468-2021-GRT](#) y el Informe Legal [N° 477-2021-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,

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

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar no ha lugar a la solicitud de nulidad planteada en el recurso de reconsideración interpuesto por Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución N° 085-2021-OS/CD, conforme a los fundamentos expuestos en el numeral 2) de la parte considerativa de la presente resolución, y por tanto, infundado el petitorio referido a emitir un nuevo pronunciamiento respecto del Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP) para el periodo 1 de mayo de 2021 al 30 de abril de 2022.

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° 468-2021-GRT](#) y el Informe Legal [N° 477-2021-GRT](#), que forman parte integrante de esta resolución.

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