

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 169-2021-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 Electronorte S.A. (en adelante, “Ensa”), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 085.

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANALISIS DE OSINERGMIN

Que, Ensa solicita la modificación de la Resolución 085, pues señala que el Osinergmin habría contravenido el principio de debida motivación, de interdicción de la arbitrariedad y de predictibilidad o confianza legítima, al no haber aplicado estrictamente la metodología dispuesta en 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”);

2.1 Sobre la vulneración al Manual del FBP, al principio de interdicción de la arbitrariedad y a la debida motivación en el cálculo del Factor de Crecimiento Vegetativo y Variación de la Demanda (FCVV)

Argumentos de la recurrente

Que, Ensa señala que el cálculo efectuado en la resolución impugnada se llevó a cabo considerando criterios contrarios a los contemplados en el Manual del FBP, y en contravención de los principios contenidos en el TUO de la LPAG;

Que, Osinergmin aplicó el criterio de dividir el periodo anual 2020 en dos subperiodos, de enero a marzo y de abril a diciembre, a partir de una decisión unilateral del regulador, consignada en el numeral 3.4 del Informe Técnico N° 251-2021-GRT, lo cual consideran contraviene el Manual del FBP. Añade que no se ha considerado que sus sistemas reportados no presentan la distorsión señalada en el referido informe técnico, por lo que configura una decisión arbitraria, y que afecta el principio de predictibilidad y seguridad jurídica;

Que, el Manual FBP ha previsto con la necesaria precisión y coherencia la definición de los periodos con crecimiento vegetativo, por lo que es innecesario que se adopten criterios distintos;

Que, la Resolución 085 considera criterios contrarios a los contemplados en el Manual del FBP por lo que no cuenta con una motivación adecuada, lo cual vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad y la debida motivación;

Análisis de Osinergmin

Sobre el cálculo del FCVV

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, acuerdo a lo establecido en el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 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 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;

Sobre la vulneración al Manual del FBP, al principio de interdicción de la arbitrariedad y a la debida motivación

Que, como se ha indicado, la vulneración al Manual del FBP 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, 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

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

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 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 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 al principio de debida motivación, por lo que corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración;

2.2 Sobre la presunta vulneración a los principios de seguridad jurídica y predictibilidad o confianza legítima

Argumentos de la recurrente

Que, Ensa señala que su expectativa legítima se ha visto perjudicada al haber aplicado modificaciones a las reglas establecidas y aprobadas en el Manual FBP, por lo que se ha vulnerado el principio de predictibilidad o de confianza legítima;

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, 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 de la demanda del sistema eléctrico. Cabe precisar que, como ya se ha señalado, ante esta situación el Regulador aplicó estrictamente lo indicado en el TUO de la LPAG;

Que, de acuerdo con la información remitida por la empresa y validada por Osinergmin, se determinó una sobreventa de potencia en horas punta de 430 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, al presentarse 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, y por consiguiente, la seguridad jurídica, 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, por los argumentos señalados, no se verifican vulneraciones a los principios de seguridad jurídica, predictibilidad o confianza legítima, por lo cual este extremo del recurso de reconsideración resulta infundado;

2.3 Sobre el recálculo de los FCVV de los sistemas de Chiclayo, Chiclayo Baja Densidad y Olmos

Argumentos de la recurrente

Que, señala que aplicando estrictamente la metodología dispuesta en el Manual del FBP, el FCVV resultante reflejaría el crecimiento vegetativo y variación de demanda a partir de la tasa de crecimiento poblacional determinado por el INEI, y en consecuencia, los sistemas de Chiclayo, Chiclayo Baja Densidad y Olmos obtendrían un FVCC de 1.0782, 1.0311, 1.0925, respectivamente;

Análisis de Osinergmin

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;

Que, de la evolución de la demanda del año 2020 de los sistemas eléctricos Chiclayo, Chiclayo baja densidad y Olmos, se aprecia una 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, apreciable en mayor medida en el sistema eléctrico de Chiclayo. En ese sentido, la evolución de la demanda del año 2020 ha tenido un impacto debido al Estado de Emergencia por el Covid-19 no justificable por la estacionalidad de la demanda como señala la empresa;

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;

Que, en el caso de los sistemas eléctricos de la empresa, 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 430 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 esta 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, por ello, 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 Ensa, en todos sus extremos;

**RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 169-2021-OS/CD**

Que, finalmente se han emitido el Informe Técnico [N° 464-2021-GRT](#) y el Informe Legal [N° 473-2021-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 infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Electronorte S.A. contra la Resolución N° 085-2021-OS/CD, conforme a los fundamentos expuestos en los numerales 2.1, 2.2 y 2.3 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° 464-2021-GRT](#) y el Informe Legal [N° 473-2021-GRT](#), que forman parte integrante de esta resolución.

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