

**RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 099-2022-OS/CD**

Lima, 02 de junio de 2022

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, con fecha 04 de abril de 2022, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“Osinergmin”), publicó la Resolución N° 050-2022-OS/CD (“Resolución 050”), mediante la cual, se modificó la Norma “Manual de Procedimientos, Formatos y Medios para el Cálculo del Factor de Balance de Potencia Coincidente en Hora de Punta” (“Manual del FBP”);

Que, el 27 de abril de 2022 las Empresas Hidrandina S.A., Electronoroeste S.A., Electronorte S.A. y Electrocentro S.A. (en adelante “Distriluz”), interpusieron Recurso de Reconsideración contra la Resolución 050, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo;

2. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, la recurrente solicita se declare nula y se deje sin efectos la Resolución 050, conforme a los argumentos expuestos en su recurso;

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Distriluz manifiesta que la Resolución 050 tiene el carácter de un acto administrativo de efectos generales, en tanto que, produce efectos jurídicos sobre intereses, obligaciones y/o derechos de diversos administrados, dentro de una situación concreta e interesan a una pluralidad de administrados destinatarios, ya sea que, se encuentren identificados o pueden ser identificables. Así, bajo esta concepción se menciona que la Resolución 050 es una declaración del Consejo Directivo de OSINERGMIN, emitida en el marco de normas de derecho público, como es el artículo 147 del RLCE, que produce efectos jurídicos en los intereses, obligaciones y derechos de una pluralidad de administrados identificables, como son las empresas concesionarias de distribución eléctrica; y en una situación concreta, como es el cálculo anual del FBP para el ajuste del VAD. En consecuencia, sería posible ejercer la facultad de contradicción contra el mismo a través, de un recurso administrativo de reconsideración;

Que, señala que la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración en contra de la Resolución 050, también se encuentra contemplado en el Artículo 74 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, la cual señala que las partes interesadas podrán interponer recursos de reconsideración contra las resoluciones del OSINERGMIN que versen sobre asuntos tarifarios, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. En este caso mencionan que el FBP incide directamente en el ajuste anual del VAD, que es una tarifa de distribución eléctrica, por lo que, la resolución versa sobre asuntos tarifarios y, por tanto, es materia de un recurso de reconsideración;

Que, el impugnante menciona que se ha contravenido los principios de actuación basada en el Análisis Costo – Beneficio, de Análisis de Decisiones Funcionales y, de Eficiencia y Efectividad, los cuales se encuentran consagrados en los artículos 7, 13 y 14 del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, al no haberse realizado un Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) para la emisión de la Resolución N° 050, En ese sentido, se expresa que mediante Resolución N° 130-2020-OS/CD, se dio la actualización de la “Guía de Política Regulatoria N°1: Guía Metodológica para la realización de Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin”, cuyo sustento legal es la necesidad y deber de observancia de, entre otros, los principios de acción antes señalados, es decir, será la realización de un AIR, en aplicación de la Guía de AIR aprobada por el Consejo Directivo del OSINERGMIN, la acción que permitirá, de cara a los sujetos regulados y usuarios, acreditar la plena observancia de los principios de acción antes señalados, los cuales tienen como finalidad cautelar que las decisiones que emita el OSINERGMIN, sean adecuadamente evaluadas y sustentadas, para que las mismas no determinen la generación de costos que puedan resultar superiores a los beneficios que se pretenden obtener;

Que, menciona la inobservado del Principio de Razonabilidad al no haberse realizado la ponderación correspondiente, entre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas adoptadas, bajo los lineamientos jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 579-2008-PA/TC16, y/o en aplicación de las disposiciones de la Guía AIR. En consecuencia, la Resolución 050 se encuentre inmersa en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG;

Que, señala que se ha contravenido lo regulado en el artículo 147 del RLCE, el mismo que, asigna al FBP la finalidad de ajustar la demanda de la concesión a la potencia facturada a los usuarios y corregir la sobreventa o subventa de potencia, de manera que, las empresas de distribución eléctrica logren la remuneración prevista en los cálculos del VAD, manteniendo un equilibrio entre ingresos y costos. Asimismo, incluyen un resumen de argumentos expuestos en la fase de comentarios y sugerencias a la prepublicación del proyecto normativo referidos a que (a) el FCVV debe cumplir con su finalidad de referir la máxima demanda mensual a la máxima demanda anual (b) el objetivo del FBP es evitar la sobreventa o subventa de potencia en horas punta (c) se han credo subperiodos artificiales de crecimiento vegetativo (d) sobre el FCVV en los sistemas eléctricos estacionales y (e) no existía vacío normativo que justificara la emisión de la Resolución;

Que, alega que se ha incurrido en una revocación indirecta de la Resolución OSINERGMIN N° 168-2019-OS/CD y, en consecuencia, en una expropiación indirecta o regulatoria del VAD aprobado para las empresas de Distriluz. En tanto, las modificaciones han permitido el establecimiento del FBP como un factor del FBP que sirve como herramienta para modificar el VAD vigente, lo cual, calificaría como una revocación indirecta del mismo. Siendo así, las modificaciones contenidas en la Resolución 050 configurarían un supuesto de expropiación indirecta o expropiación regulatoria, por cuanto, permitiría privar a las empresas de distribución, de las remuneraciones que les corresponden, conforme al VAD aprobado;

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la modificación del Manual del FBP, fue aprobada con Resolución 050, luego de llevado a cabo el proceso que incluyó la prepublicación en el Diario Oficial El Peruano efectuada mediante la Resolución N° 243-2021-OS/CD, con el fin de recibir los comentarios de los interesados, ello de

conformidad con lo establecido en el Artículo 25 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, concordado con el Artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS;

Que, del recurso impugnatorio se advierte que Distriluz cuestiona expresamente disposiciones que forman parte del Manual del FBP, en la medida que considera que, lo establecido en la Resolución 050 afectaría sus derechos y obligaciones, pues adiciona disposiciones que inciden directamente en la esfera jurídica de las Distribuidoras, por lo que cumplirían con la naturaleza de ser un acto administrativo con efectos generales;

Que, a diferencia de los actos administrativos que tienen efectos directos sobre la esfera de derechos y obligaciones de los administrados, resuelven situaciones concretas, singulares y agotan sus efectos con su notificación; el Manual del FBP constituye un acto reglamentario que surte efectos generales y de carácter abstracto, con vocación de permanencia, integrándose la norma al ordenamiento jurídico, luego de haber seguido un procedimiento previo de formación, conteniendo disposiciones que serán aplicables desde su entrada en vigencia, en cada oportunidad que se apruebe el FBP cuando se cumplan las condiciones allí previstas, tanto a las empresas concesionarias de distribución actuales como a las futuras a efectos de determinar el respectivo factor con esa misma metodología dispuesta en la norma modificatoria del Manual FBP, es decir con la aplicación de esa disposición reglamentaria que finalmente determina un FBP aplicable dentro de aquello que corresponde al pago que efectúan los usuarios por la prestación del servicio eléctrico;

Que, el Manual del FBP no constituye un acto administrativo impugnabile vía recursos de reconsideración atendiendo a que no se enmarcan dentro de una situación concreta como prevé el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, sino que se trata de una norma reglamentaria, emitida para regir todos los casos de la misma naturaleza que puedan presentarse en el futuro, y no a la vista de un caso particular, en consecuencia, la vía específica de impugnación prevista en normas especiales, es el proceso de acción popular regulado por los Títulos VI y VII del Código Procesal Constitucional, lo cual guarda relación con lo dispuesto en el numeral 5 del Artículo 200 de la Constitución Política del Perú;

Que, adicionalmente respaldan la procedencia de su recurso de reconsideración en el artículo 74 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, mencionando que el FBP incide directamente en el ajuste anual del VAD, la cual es una tarifa de distribución eléctrica, por lo que la resolución versa sobre asuntos tarifarios. Sin embargo, la Resolución 050 tiene como objeto modificar la Norma Manual del FBP, que constituye un reglamento que busca establecer el procedimiento para el cálculo del FBP. Respecto al artículo 74 de la LCE, no autoriza la impugnación de normas, sino que el mismo es aplicable al recurso de reconsideración que se interpone frente a una fijación de tarifa, es decir la derivada de un proceso regulatorio de fijación tarifaria. Cabe indicar que el artículo 74 se ubica en el Título V de la LCE en el cual se regula el Sistema de Precios de la Electricidad, es decir, la fijación tarifaria propiamente dicha; es contra la tarifa la que procede el recurso de reconsideración previsto en el mencionado artículo 74. En cuanto al cálculo específico de factores que derivan de dichas tarifas, como es el caso del FBP como factor específico fijado, también proceden recursos de reconsideración tal como se establece en el artículo 11 del Texto Único Ordenado y Concordado de la Norma Procedimientos para Fijación de Precios Regulados

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 099-2022-OS/CD**

aprobado por Resolución 080-2012-OS/CD. En consecuencia, el recurso de reconsideración ha sido reconocido para impugnar tanto las fijaciones de tarifas como las fijaciones de factores específicos, más no para impugnar las normas que se relacionan con dichos temas, dado que las impugnaciones sobre el contenido de una norma al ser actos reglamentarios y abstractos, solo proceden en vía judicial;

Que, resulta ser una causal de improcedencia, la impugnación administrativa de una disposición reglamentaria, la cual estuvo debidamente motivada con la información que Osinergmin disponía al momento de su emisión y que fue publicada con el procedimiento regular establecido en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, y en ejercicio de la facultad normativa contenida en el literal c) del artículo 3.1 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, en consecuencia, corresponde declarar improcedente el recurso de reconsideración presentado por Distriluz contra la Resolución 050, en lo referido a la pretensión de declarar la nulidad de la mencionada resolución, el cual contiene las modificaciones a que se refiere el considerando precedente;

Que, sin perjuicio de que el recurso resulta improcedente, cabe señalar que en el Informe Técnico N° 182-2022-GRT e Informe Legal N° 177-2022-OS/CD se sustenta la Resolución N° 050, habiéndose analizado técnicamente la pertinencia de modificar la Norma "Manual del FBP", así como el sustento legal de la validez de dichas modificaciones normativas;

Que, sin perjuicio de la naturaleza improcedente del recurso, se debe mencionar que el Anexo 2 de la Guía de AIR establece como un supuesto de exclusión del referido AIR, la implementación de una legislación que ya ha sido aprobada. Al respecto, las modificaciones relevantes que se han realizado en el Manual del FBP con la Resolución N° 050-2022-OS/CD sobre: i) determinación del FBP por empresa con la máxima demanda del sistema eléctrico como ponderador, ii) incorporación en el cálculo del Factor de Crecimiento Vegetativo y Variación de la Demanda (FCVV) del criterio de variación significativa de la demanda para situaciones coyunturales y de demanda estacional y iii) ajuste del periodo de vigencia a partir del 1 de noviembre de cada año, concordante con la fecha de inicio de los periodos de vigencia del VAD; recogen disposiciones normativas emitidas en el año 2015 (Decreto Legislativo 1221) y 2016 (Reglamento del mencionado Decreto Legislativo), así como su implementación en los procedimientos de fijación del Valor Agregado de Distribución (VAD) 2018-2022 y 2019-2023 (Resoluciones N° 158-2018-OS/CD y N° 168-2019-OS/CD), que se constituyen en precisiones de aplicación normativa. Además, se modificó el Manual del FBP para incorporar precisiones en la metodología ante variaciones significativas de la demanda por situaciones coyunturales (como el Covid-19), consideradas en la Resolución N° 085-2021-OS/CD que fijó el FBP para el periodo mayo 2021-abril 2022.

Que, se ha emitido el Informe Técnico Legal [N° 303-2022-GRT](#), que complementan la motivación de la decisión del Consejo Directivo de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 099-2022-OS/CD**

N° 042-2005-PCM; en el Decreto Supremo N° 054- 2001-PCM, Reglamento General de Osinergmin; en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040- 2008-EM y en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, así como en sus respectivas normas modificatorias, complementarias y conexas, y;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 17-2022 de fecha 02 de junio de 2022.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por las Empresas Hidrandina, Electronoroeste, Electronorte y Electrocentro, contra la Resolución N° 050-2022-OS/CD, por los fundamentos expuestos en el análisis contenido en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorporar el Informe Técnico Legal [N° 303-2022-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, así como su publicación en el Portal Institucional de Osinergmin: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2022.aspx>, conjuntamente con el Informe Técnico Legal [N° 303-2022-GRT](#).

**Omar Chambergo Rodríguez
Presidente del Consejo Directivo**