

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y en el Portal Institucional de Osinergmin: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2022.aspx>, conjuntamente con el Informe Técnico N° 409-2022-GRT y el Informe Legal N° 408-2022-GRT.

OMAR CHAMBERGO RODRÍGUEZ
Presidente del Consejo Directivo

2083756-1

Declaran no ha lugar a la solicitud de nulidad planteada por Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución N° 073-2022-OS/CD

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 140-2022-OS/CD

Lima, 5 de julio de 2022

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, mediante Resolución N° 073-2021-OS/CD, (en adelante "Resolución 073"), publicada el 29 de abril del 2022, 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 2022 al 30 de abril de 2023;

Que, el 19 de mayo de 2022, la empresa Electro Dunas S.A.A. (en adelante, "Electro Dunas"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 073.

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANALISIS DE OSINERGMIN

Que, Electro Dunas solicita declarar la nulidad de la totalidad de la Resolución 073, en lo aplicable al periodo 1 de mayo de 2022 al 31 de octubre de 2022, en lo referente a dicha empresa, y que se reconsidere la propuesta presentada por Electro Dunas para el cálculo del FBP;

2.1 SOBRE LA METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DEL FBP

ARGUMENTO DE LA RECURRENTE

Que, Electro Dunas indica que la tarifa de distribución eléctrica, denominada Valor Agregado de Distribución (VAD) tiene por finalidad remunerar los costos asociados a la actividad de distribución, recuperando los costos incurridos por las empresas distribuidoras. Asimismo, señala que, conforme al artículo 147 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (RLCE), el VAD considerará factores de simultaneidad que ajusten la demanda total de la concesión a la suma de potencia contratada, aplicando los factores de ponderación, es decir, un factor que ajuste los ingresos de las distribuidoras por potencia facturada en horas punta respecto a la máxima demanda en horas punta, evitando la sobreventa o subventa de potencia en horas punta que se origina por la diferencia entre la máxima demanda en horas punta y la potencia teórica coincidente en horas punta, lo cual es el objetivo del FBP, que es de mantener el equilibrio de los ingresos y costos que se consideraron al momento de fijar el VAD;

Que, la recurrente cita el artículo 3 del Manual del FBP en el cual se establece la metodología para el cálculo del FBP e indica que las empresas deberán remitir a Osinergmin información de los registros de consumo de energía de acuerdo con el nivel de tensión de los usuarios del mercado libre y regulado, advirtiendo que el FBP deberá ajustar en forma separada el VAD aprobado para media tensión y baja tensión. Dicha metodología prevé que las empresas distribuidoras cuenten con el 100% de registros de consumo de energía y potencia, situación imposible de cumplir, debido a diversos factores por

lo que las empresas no pueden acceder a la totalidad de registros. Electro Dunas indica que, lo mencionado evidencia un vacío normativo, pues el Manual del FBP no establece ninguna regla para aquellas empresas que no cuenten con el 100% de registros de consumo, debiendo el regulador tomar el criterio más adecuado para asegurar la finalidad del FBP;

Que, del mismo modo, Electro Dunas cita la Segunda Disposición Transitoria del Manual del FBP, indicando que para el caso de las empresas que no cuenten con el 100% de registros de consumo se aplicará el cálculo del FBP considerando un único FBP aplicable a todos los niveles de tensión. Refiere que este criterio transitorio no resulta aplicable actualmente y por lo tanto no existe base normativa para su aplicación, por ello, en los últimos años el regulador estuvo aplicando un criterio diferente para subsanar el vacío legal, considerando estimaciones de demanda para determinar el FBP de media y baja tensión. Esto se evidencia en la modificación del Manual del FBP del año 2022, donde en su artículo 3 precisa el caso de aquellas empresas que no cuenten con el 100% de registros;

Que, la recurrente indica que, sin haber tenido una base legal para la aprobación del FBP, el regulador mediante la Resolución N° 073-2022-OS/CD aprobó el FBP para Electro Dunas contraviniendo actuaciones anteriores, utilizando criterios discriminatorios, contraviniendo la finalidad del FBP relacionado a la determinación del ajuste del VAD por niveles de tensión;

Que, Electro Dunas cita en su recurso el numeral 3.4 Proceso de Cálculo del FBP del Informe N° 219-2022-GRT, los aspectos relevantes para la empresa, donde Osinergmin indica que la recurrente no habría completado la información de registros de consumo y potencia al 100%, aspecto no controvertido y que se relaciona con una realidad del sector eléctrico, pues no es posible registrar la totalidad de los consumos por situaciones no imputables a las empresas, de lo cual se aprecia que el regulador para determinar el FBP se remite al Manual del FBP no precisando la base legal específica, no existiendo disposición que avale lo actuado;

Que, la recurrente indica que, el hecho que el regulador aprobó un FBP único, se debe a que no se remitió la totalidad de registros de consumo de energía y potencia, reiterando que dicha situación es imposible para las empresas, esto se debe a: a) Dificil acceso a medidores de fondos agrícolas; b) Mala señal cuando se interroga a distancia a los medidores; c) Problemas de comunicación cuando se interroga al medidor de manera local, debido a problemas en los puertos de comunicación del medidor o de la laptop, fallas del cable de comunicación, errores en la memoria del medidor, medidores apagados, falta de acceso al medidor; entre otros;

Que, Electro Dunas señala que el regulador indicó que la falta de registros alcanza el 21% a nivel de empresa, sin embargo, la recurrente agrega que el regulador no considera que ello representa 2,7% de la demanda total a nivel de empresa y que para los sistemas eléctricos como Pisco y Paracas la falta de registros representa el 1,3% y 0,9%, respectivamente. Precisa que, el 97,3% de la demanda se obtiene de los registros de los medidores de algunos sistemas específicos, como Pisco y Paracas; y que se tiene el 99% de la demanda que se emplea para determinar el FBP. Considera evidente que la demanda estimada no afecte los resultados del balance de compra y venta de energía. Por tanto, teniendo en consideración que la demanda estimada es tan solo del 2,7%, se ha calculado el FBP, reemplazando el valor estimado de demanda con el valor de demanda real, es decir, sin aplicar el factor de coincidencia. El resultado de efectuar estos ajustes da como resultado que el FBP en Media Tensión es 0,9467 y el FBP en Baja Tensión es 1,1158, esto conforme a los archivos excel que la recurrente adjunta en el Anexo 3 de su recurso. Agrega que el 2021, fue un año aún con presencia de la pandemia sanitaria y restricciones en desarrollo de las actividades económicas por lo que la estimación de una demanda (no relevante) no afecta los resultados del FBP;

Que, la recurrente señala que en la presente fijación del FBP, el ente regulador ha utilizado conceptos discriminatorios al no exigir el 100% de los registros de

mediciones para algunas empresas como es el caso de Luz del Sur, Enel Distribución, Electro Sur Este y Seal, para ello cita el numeral 3.4 Proceso de Cálculo del FBP del Informe N° 219-2022-GRT. Además, señala que el regulador no ha fundamentado las razones por las que tomó una decisión para considerar un FBP único a nivel de empresa;

Que, por lo mencionado, Electro Dunas solicita atender el recurso de reconsideración y declarar la nulidad o revocación de la Resolución 073 considerando su propuesta;

Análisis de Osinermin

Que, en primer lugar, debe precisarse la finalidad del FBP y cómo interviene el factor FCVV en su determinación. El FBP, de acuerdo con lo señalado en el Numeral 2.9 de la Resolución N° 158-2018-OS/CD con la que se fijó el Valor Agregado de Distribución (VAD) 2018-2022, es un factor que permite evitar la sobreventa o subventa de potencia en horas punta que se origina por la diferencia de la máxima demanda en horas punta (potencia adquirida a los suministrados) y la potencia teórica coincidente en horas punta (potencia facturada a los usuarios), es decir, ajusta los ingresos de la empresa por la potencia facturada en horas punta con el objetivo mantener el equilibrio entre ingresos y costos previsto en la regulación de las tarifas de distribución eléctrica;

Que, el FBP se determina de la relación entre la máxima demanda en horas punta (MD) y la potencia teórica coincidente en horas punta (PTC), tomando como referencia la información de registros de demanda del sistema de distribución eléctrica y potencia facturada a los usuarios del año anterior. Su aplicación es ex post para el periodo anual siguiente, es decir, se ajustan los ingresos de la empresa para el siguiente periodo anual aplicando el FBP en el VAD vigente de la empresa;

Que, asimismo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 del Manual del FBP, donde se indica la metodología de cálculo del FBP, el Factor de Balance de Potencia Coincidente en Hora de Punta (FBP) será aplicable a todas las concesionarias de distribución eléctrica para las cuales se calcula y fija el FBP, las mismas que deberán contar con información del 100% de los registros de los consumos de energía y potencia (cada 15 minutos) de los usuarios de los mercados regulado y libre conectados en los niveles de tensión MAT, AT y MT, no debiéndose considerar aquellos que no se les factura el cargo del VAD. En ese sentido, de acuerdo con la metodología indicada en el artículo 4 del Manual del FBP, se establece un FBP de media tensión y un FBP de baja tensión, aplicable al VAD de media y baja tensión, respectivamente;

Que, en referencia a la metodología transitoria de cálculo del FBP para las concesionarias que no cuenten con información completa, del Manual del FBP aprobado con Resolución N° 281-2015-OS/CD, se indica que para aquellas concesionarias de distribución eléctrica que no cuenten con información del 100% de los registros de los consumos de energía y potencia, se aplica la metodología de cálculo del FBP único a nivel empresa. Por lo mencionado, no existe un vacío legal o normativo en el caso de aquellas empresas que no cuenten con el 100% de registros de energía y potencia cada 15 minutos. Con dicha metodología transitoria, se pretende que todas las concesionarias cuenten con la totalidad de medidores para sus clientes de media tensión, a efectos de un cálculo más exacto del FBP a nivel de baja tensión, validando la máxima demanda y potencia teórica coincidente en dicho nivel. Actualmente, algunas empresas no cuentan con el 100% de medidores de dichos clientes, con sus respectivos registros de energía y potencia, motivo por lo cual, se aplica la metodología de determinación del FBP único a nivel empresa, de acuerdo con lo previsto en el Manual del FBP, tal como se puede comprobar en la aprobaciones del FBP de los últimos cinco años (Resolución 070-2017-OS/CD para las empresas Electrocentro, Electronorte, Hidrandina, Electronoroeste, Electro Oriente, Electro Sur, Electro Sur Este y Seal; Resolución 067-2018-OS/CD para las empresas Electrocentro, Electronorte, Hidrandina, Electronoroeste,

Electro Oriente, Electro Sur, Electro Dunas, Electro Ucayali y Seal; Resolución 077-2019-OS/CD para las empresas Electrocentro, Electronorte, Hidrandina, Electronoroeste, Electro Oriente, Electro Dunas y Electro Ucayali; Resolución 061-2020-OS/CD para las empresas Electrocentro, Electronoroeste, Electronorte, Hidrandina, Electro Oriente y Electro Ucayali; y Resolución 085-2021-OS/CD para las empresas Electrocentro, Electronorte, Hidrandina, Electronoroeste, Electro Oriente y Electro Ucayali);

Que, para la aprobación del FBP del año 2022, Electro Dunas sustentó parcialmente su información de los registros de los consumos de energía y potencia cada 15 minutos, de los usuarios de los mercados regulado y libre en media tensión, haciendo referencia que el año anterior se tomó una información estimada. Al respecto, en el numeral 3.4 del Informe Técnico N° 251-2021-GRT que sustentó la Resolución Osinermin N° 085-2021-OS/CD que aprobó el FBP para el periodo 1 de mayo de 2021 al 30 de abril de 2022, se indicó que las empresas en lo sucesivo deben presentar el 100% de información de los registros de los consumos de energía y potencia cada 15 minutos, de los usuarios de los mercados regulado y libre en media tensión. Asimismo, para la aprobación del FBP del año 2022, se indicó que, en promedio, la empresa Electro Dunas no cuenta con el 21% de registros de mediciones de sus clientes de media tensión y que de acuerdo con lo señalado en el Manual del FBP, se aplica la metodología de cálculo del FBP único a nivel empresa, tal y como se ha realizado en la Resolución 073;

Que, con relación a que la empresa no remitió la información de la totalidad de los registros en energía y potencia de los clientes en media tensión por problemas de acceso al medidor en fundos agrícolas y comunicación con el medidor de forma remota o local, consideramos que son problemas operativos que se presentan en los registros de los clientes en media tensión, pero son factibles de resolver por la empresa con un adecuado seguimiento de dichos clientes, ya que son, en términos de cantidad, clientes puntuales (aproximadamente un total 216 sin registros);

Que, respecto a la propuesta de la empresa de considerar la demanda real de los suministros sin registros, a efectos del cálculo del FBP, esta no es concordante con la finalidad de la aplicación del FBP que toma en cuenta la demanda máxima coincidente y, sobre todo, en el contexto de falta de una importante cantidad de registros de energía y potencia de los clientes de media tensión (21% del total). En ese sentido, el Manual del FBP no contempla que, la empresa al no tener completo sus registros de energía y potencia cada 15 minutos, esta deba presentar una demanda real, tampoco contempla que deba tomarse en cuenta la incidencia en la máxima demanda de los registros faltantes como un parámetro para considerar la alternativa de usar la demanda real;

Que, con relación a que se ha utilizado conceptos discriminatorios al no exigir el 100% de los registros de mediciones para algunas empresas como es el caso de Luz del Sur, Enel Distribución, Electro Sur Este y Seal, cabe indicar que, las empresas sustentaron los suministros en media tensión sin registros señalando aspectos no controlables por dichas empresa como medidores sustraídos, siniestrados, entre otros, resultando porcentajes de suministros sin registros que son técnicamente aceptables (aproximadamente 5% en promedio) de acuerdo con criterios de ingeniería, que no afecta la evaluación del FBP a nivel empresa al considerar demandas máximas coincidentes para estos suministros sin registros. Cabe indicar que, el criterio aplicado es práctica usual en la ingeniería al validar la información de un universo de datos como lo es la información de suministros con registros de energía y potencia. Asimismo, se aplica en la regulación eléctrica como en la validación en campo de la información de metros de las instalaciones de distribución eléctrica, donde se considera que la información es válida cuando presenta una variación máxima de 3%, o como en la validación de la representatividad de una muestra para los estudios de caracterización de la carga, donde se considera un nivel de confianza de 95%, es decir, una variación de hasta 5%;

Que, sin perjuicio de lo señalado, de la bibliografía técnica se desprende que el criterio adoptado por Osinergmin se sustenta en conceptos teóricos como los señalados en el documento "Reconstrucción de datos de series de tiempo: una aplicación a la demanda horaria de la electricidad", que indica que respecto a los datos faltantes: "Los métodos de imputación de valores faltantes suponen conocimiento del modelo o que los datos sean tales que un subconjunto de ellos permita identificar el modelo...";

Que, otra referencia es el que aporta el estudio titulado "Implementación en R de la estimación de un modelo espacio de los estados que tenga en cuenta datos faltantes", en el cual se afirma que en un modelo pueden existir 3 tipos de datos faltantes:

"Todos los datos faltantes reducen la calidad de estimación del modelo, pero según su tipo los datos faltantes pueden afectar de distinto modo. Existen tres tipos de datos faltantes:

- *Missing Completely at Random (MCAR): La probabilidad de que un dato sea faltante no tiene correlación con su hipotético valor o el de otros datos faltantes, ni con el valor de los datos observados.*

- *Missing at Random (MAR): La probabilidad de que el dato sea faltante no tiene correlación con su hipotético valor o el de otros datos faltantes, pero sí la tiene con los valores de los datos observados.*

- *Missing Not at Random (MNAR): La probabilidad de que el dato sea faltante tiene correlación con su hipotético valor o el de otros datos faltantes."*

Que, bajo dicha afirmación los datos MAR son los que se ajustan más a la situación de los suministros sin registros, ya que se trata de suministros distintos (sin correlación) pero que, respecto a los valores (registros) sí guardan correlación, al tratarse de registros de energía y potencia con patrones similares de consumo (horas uso, factores de coincidencia, factores de carga, entre otros). Una vez identificado los tipos de datos faltantes, es importante saber qué porcentaje de estimación en la cantidad de datos faltantes sería permitida para considerar que el estudio tenga una confiabilidad aceptada, respecto a ello en el estudio "Implementación en R de la estimación de un modelo espacio de los estados que tenga en cuenta datos faltantes" se afirma que un pequeño porcentaje de datos faltantes ya supone una desestimación apreciable en la calidad de sus estimaciones. Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda existir datos faltantes en algún estudio. Así mismo, afirma:

"Los datos faltantes son un problema frecuente en el análisis de datos; y pueden tener un efecto importante en las conclusiones que se puedan extraer del análisis de la serie de datos, por lo que es imprescindible entender qué tipo de datos faltantes son y en consecuencia saber qué técnicas son aplicables para su tratamiento".

Que, entonces, cuando se tenga datos faltantes en un estudio, lo importante para poder estimarlos es definir qué tipos de datos son y aplicar técnicas válidas para su tratamiento. Es bien sabido que existen diferentes razones por las cuales los datos de algún estudio no pueden ser obtenidos, y justamente es lo que se detalla en el documento:

"La no disponibilidad de los datos puede deberse a numerosas causas dependiendo de la naturaleza de los datos que se estén recopilando. Por ejemplo, si se toman mediciones cada cierto tiempo de los niveles de ruido en una planta industrial, datos faltantes podrían deberse a bloqueos puntuales en los medidores de dB, a averías, a períodos de mantenimiento preventivo, etc. Por otro lado, en un estudio sociodemográfico en el que los datos obtenidos son proporcionados por personas, datos faltantes podrían deberse a reticencias de las personas a revelar datos de cierta sensibilidad. Los datos faltantes en el primer caso no son iguales que en el segundo (en el primer caso el hecho de que un dato falte no está ligado a su valor, mientras que en el segundo caso hay una clara correlación entre el hipotético valor del dato faltante y la

probabilidad de que este no esté disponible) y por tanto es posible que deban ser tratados de maneras distintas".

Que, si se toma como referencia el caso de Electro Dunas, la empresa indica diferentes razones por las cuales no han podido tomar mediciones y que coincidentemente las razones son similares a la cita anterior (fallas en los medidores, averías en accesorios, difícil acceso, etc.). El cual refuerza y evidencia la importancia de un método o modelo para estimar casos faltantes y que estén sujetas a un porcentaje aceptable en base a su estudio;

Que, como acotación final, el hecho de que exista datos faltantes no quiere decir que estos datos no deberían tomarse en cuenta;

Que, el trabajo mostrado en dicho documento se asemeja mucho más a la situación de la toma de mediciones del 100% de clientes, por lo que es conveniente fijar un porcentaje de pérdida de datos aceptable;

Que, para validar el estudio, en el documento se exponen 3 escenarios de pérdida de información; el primero con un 10%, el segundo con un 20% y el tercero con un 30% de estimación de dicha información. En el caso de un 10% de datos estimados concluye lo siguiente:

"Se puede apreciar que algunos valores reales de las observaciones faltantes se salen del intervalo de confianza de los estimadores, pero son pocos en comparación con todos los valores que están estimados correctamente."

Mientras que con un 20% de datos estimados concluye:

"Se puede apreciar que la gran mayoría de los valores reales de las observaciones faltantes se salen del intervalo de confianza de los estimadores, por lo que el sesgo introducido es muy importante."

Por último, con un 30% de datos estimados concluye:

"Se puede apreciar que prácticamente todos los valores reales de las observaciones faltantes se salen del intervalo de confianza de los estimadores, por lo que el sesgo introducido es inaceptable."

Que, de las citas mostradas, se interpreta que un 30% de datos estimados son inaceptables debido al sesgo introducido, el cual indica que la confiabilidad de los datos estimados es casi nula. Un 20% de datos estimados implica que la mayoría de los datos se salen de los intervalos de confianza, con lo cual la confiabilidad de dichos datos es muy dudosa, tal y como se presenta en el caso de la empresa con una falta del 21% de suministros con registros. Por último, un 10% de datos estimados implica que las estimaciones son óptimas y confiables en su mayoría, teniendo en cuenta que son pocos los datos que están fuera de los intervalos de confianza. Por ello, el valor promedio igual a 5% de suministros sin registros de las otras empresas, técnicamente son aceptables y podría considerarse hasta un 10%;

Que, de acuerdo a lo mencionado, Osinergmin no ha realizado ninguna discriminación, sino se ha efectuado una validación técnica de la información de suministros sin registros y de acuerdo con la práctica usual en la ingeniería, así como la teoría estadística mencionada, ha tomado como válido la información de Luz del Sur, Enel Distribución, Electro Sur Este y Seal, no significando ello un acto discriminatorio. En el caso de Electro Dunas, el porcentaje de registros sin medición no es aceptable;

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

2.2 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Legalidad

Argumento de la recurrente

Que, Electro Dunas alega una vulneración al Principio de Legalidad, indicando que Osinergmin ha aplicado un criterio ilegal para el cálculo del FBP aplicable a Electro Dunas, en la medida que (i) no cuenta con base legal; y, (ii) no ha justificado las razones por las que tomó

determinado criterio remitiéndose a mencionar "lo señalado en el Manual del FBP", sin especificar la base legal o disposición específica del Manual FBP.

Análisis de Osinergmin

Que, respecto a la metodología de cálculo del FBP, para aplicar la fórmula establecida en el artículo 3 del Manual del FBP, las concesionarias de distribución eléctrica deben contar con la información al 100% del registro de los consumos de energía y potencia (cada 15 minutos) de los usuarios de los mercados regulados y libre conectados en los niveles de MAT, AT y MT.

Artículo 3.- Metodología de cálculo del FBP

El Factor de Balance de Potencia Coincidente en Hora de Punta (FBP), será aplicable a todas las concesionarias de distribución eléctrica para las cuales se calcula y fija el FBP, las mismas que deberán contar con información del 100% de los registros de los consumos de energía y potencia (cada 15 minutos) de los usuarios de los mercados regulado y libre conectados en los niveles de tensión MAT, AT y MT, no debiéndose considerar aquellos que no se les factura el cargo del VAD.

Que, conforme al artículo citado, el supuesto que regula la metodología para el cálculo del FBP consiste en que las empresas de distribución cuenten con la información al 100% de los registros de los consumos de energía y potencia. Sin embargo, es preciso advertir la existencia de un margen de tolerancia para aquellas empresas que, si bien no logran contar con el 100% de la información, se encuentran muy cercanas a esta cifra.

Que, por otro lado, en la actualidad en la norma no se establece un supuesto en el caso de que dichas empresas no cuenten con el 100% de dicha información y que superen dicho margen de tolerancia. En ese sentido, queda en evidencia que nos encontramos frente a un vacío normativo, cuando la empresa no cuente con dicha información al 100% y se supere el margen de tolerancia.

Que, resulta importante señalar que hasta diciembre del 2016, en la Segunda Disposición Transitoria del Manual del FBP se preveía el supuesto en el que las empresas de distribución no cuenten con información al 100% de los registros de los consumos de energía y potencia (cada 15 minutos) de los usuarios de los mercados regulados y libre, y remitía al Anexo 2 de la Resolución que aprobó el Manual FBP, el cual establecía una metodología para dicho supuesto, conforme se puede apreciar a continuación.

Segunda.- Metodología Transitoria de Cálculo del FBP para las concesionarias que no cuenten con información completa

Hasta diciembre del 2016, para aquellas concesionarias de distribución eléctrica que no cuenten con información del 100% de los registros de los consumos de energía y potencia (cada 15 minutos) de los usuarios de los mercados regulado y libre conectados en los niveles de tensión MAT, AT y MT, el cálculo del FBP, formato a utilizar, Potencia Teórica Coincidente y Parámetros de cálculos aplicables, se regirán por las disposiciones que se indican en el Anexo 2.

ANEXO 2

Metodología Transitoria de Cálculo del FBP para las concesionarias que no cuenten con información completa (...)

Fórmula de cálculo

El FBP es igual a la relación entre la máxima demanda eficiente (MD) y la potencia teórica coincidente (PTC) del sistema eléctrico de distribución a nivel de media tensión.

Que, la citada disposición transitoria tuvo vigencia hasta diciembre del 2016, es decir, a la fecha de la emisión de la Resolución N° 073-2022-OS/CD, la segunda disposición transitoria no formaba parte del Ordenamiento Jurídico. Por lo tanto, no era posible aplicar dicha norma pues en dicho momento ya no estaba vigente. Por lo expuesto, no existía una metodología específica para el caso en el que las empresas de distribución no

contaran con la información al 100% de los registros de los consumos de energía y potencia, y que superaran el mencionado margen de tolerancia. Sin embargo, frente a dicha situación las entidades de la administración pública no pueden dejar de resolver, encontrándose el Consejo Directivo, habilitado para recurrir a la integración jurídica como herramienta para determinar la metodología correcta frente a dicha situación, considerando los criterios y antecedentes con los que el Consejo Directivo emitió pronunciamiento en anteriores regulaciones.

Que, es importante resaltar que la falta de una norma jurídica aplicable para un supuesto de hecho permite la integración jurídica, facultad reconocida a las entidades de la administración pública a través del artículo VIII del título preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, "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 presente en el ordenamiento sectorial.

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. 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; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. (...)

Que, conforme señala Morón¹, 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.

Que, por tanto, frente al vacío normativo existente, el cual consiste en la falta de una metodología de cálculo del FBP para aquellas empresas que no cuente con el 100% de la información de los registros de los consumos de energía y potencia, y que éstas superen el margen de tolerancia, el Consejo Directivo se encontró habilitado para adoptar una consecuencia jurídica para dicho supuesto, en función a los principios de razonabilidad, y predictibilidad o confianza legítima.

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.4. Principio de razonabilidad. - *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)*

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - *La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.*

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las

razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

Que, en ese sentido, considerando que la fórmula propuesta por la segunda disposición transitoria del Manual FBP fue un criterio utilizado por el Consejo Directivo en anteriores oportunidades para la fijación del FBP, resulta razonable y congruente con los antecedentes regulatorios, hacer uso de dicha fórmula, vía integración jurídica, como metodología del cálculo del FBP para las empresas de distribución que no cuenten con el 100% de información de los registros de los consumos de energía y potencia, y que superen el margen de tolerancia, como es el caso de Electro Dunas.

Que, dicha medida adoptada es considerada razonable por el área técnica pues la decisión se encuentra dentro de los límites de las facultades atribuidas a Osinergrmin y se ha mantenido la debida proporción entre el medio empleado (toda vez que se ha aplicado una metodología razonable que ya fue utilizada en anteriores procesos regulatorios), y el fin público que se buscó tutelar (la determinación del valor del FBP aplicable a Electro Dunas). Por lo tanto, el área técnica identificó una solución adecuada y conforme a los antecedentes regulatorios del proceso de fijación del FBP.

Que, sin perjuicio de lo antes señalado, la metodología dispuesta en la Segunda Disposición Transitoria que fue adoptada vía integración jurídica en la Resolución N° 073-2022-OS/CD, para el cálculo del FBP de las empresas que no cuenta con la información al 100% de los registros de los consumos de energía y potencia, entrará nuevamente en vigencia, de acuerdo a las modificaciones aprobadas al Manual FBP, mediante Resolución N° 050-2022-OS/CD, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 3.- Metodología de cálculo del FBP

El Factor de Balance de Potencia Coincidente en Hora de Punta (FBP), será aplicable a todas las concesionarias de distribución eléctrica para las cuales se calcula y fija el FBP, las mismas que deberán contar con información del 100% de los registros de los consumos de energía y potencia (cada 15 minutos) de los usuarios de los mercados regulado y libre conectados en los niveles de tensión MAT, AT y MT, no debiéndose considerar aquellos que no se les factura el cargo del VAD. Aquellas empresas que no cuenten con la información del 100% de registros, utilizarán para la determinación del FBP la metodología señalada en el Anexo 2 de la presente norma. (...)

Que, por tanto, la decisión adoptada de utilizar dicha metodología de cálculo demuestra la congruencia con los criterios y antecedentes con los que el Consejo Directivo ha emitido pronunciamiento en anteriores procesos regulatorios, específicamente en los que se fijaron el FBP. Por lo tanto, la decisión adoptada fue congruente con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos.

Que, Electro Dunas alega en su escrito de reconsideración que Osinergrmin habría vulnerado el principio de legalidad, en la medida que la metodología utilizada no cuenta con base legal y debido a que no se habría justificado las razones por las que adoptó el criterio utilizado. Al respecto, conforme expresa el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las autoridades de la administración pública se encuentran obligadas a que durante el ejercicio de sus facultades, respeten la Constitución, las leyes y al derecho.

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución,

la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Que, en el presente caso, conforme se ha expresado en líneas anteriores, durante el análisis de la información presentada por parte de las empresas de distribución se evidenció un vacío normativo, en la medida que existían empresas que no contaban con el 100% de información de los registros de los consumos de energía y potencia. Incluso, Electro Dunas en su escrito de reconsideración también reconoce la existencia de dicho vacío normativo.

Que, de ese modo, la falta de una norma jurídica aplicable para un supuesto de hecho permite la integración jurídica, la cual es una facultad reconocida a las entidades de la administración pública, 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 jurídico.

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 una consecuencia jurídica acorde con los antecedentes y criterios previamente establecidos por parte del Consejo Directivo en anteriores regulaciones. En ese sentido, se verificó la existencia de una metodología que, si bien no se encontraba vigente al momento de la emisión de dicha resolución, se ajustaba a los criterios previamente establecidos y a la confianza legítima generada por parte del Consejo Directivo durante la tramitación de anteriores procesos normativos en los que se efectuó el cálculo del FBP. En consecuencia, se adoptó una metodología razonable y congruente que permitió efectuar el cálculo del FBP de Electro Dunas sin que implique la vulneración al principio de legalidad, pues el Consejo Directivo se encontraba obligado a emitir pronunciamiento, aún cuando existía el vacío normativo identificado.

Que, así, la adopción de la metodología de cálculo del FBP aplicada a Electro Dunas no vulneró el principio de legalidad, pues el Consejo Directivo se encuentra facultado a ejercer la integración jurídica frente a un vacío normativo, conforme al TUO de la LPAG.

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

2.3 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima

Argumento de la recurrente

Que, Electro Dunas menciona la existencia de una vulneración al Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima (interdicción a la arbitrariedad), debido a que presentó su información y propuesta para el cálculo del FBP considerando el criterio asumido por Osinergrmin durante los últimos periodos regulatorios (2020 y 2021), así frente al supuesto en que no se contaba con la información al 100% de registros de consumo, se completaba la información restante con estimaciones de la demanda, pero que, sin embargo, Osinergrmin, cambió el criterio adoptado en los últimos años sin motivación alguna y optó por calcular el FBP aplicable a Electro Dunas considerando un FBP único a nivel de empresa.

Análisis de Osinergrmin

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, de acuerdo con lo señalado por Electro Dunas, al emitir la resolución materia de análisis, se habría

vulnerado el Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima, pues se aplicó un criterio distinto al asumido por Osinergmin durante los últimos periodos regulatorios (2020 y 2021), ya que al no contar con la información al 100% de los registros de consumo, en dichas regulaciones se completó la información restante con estimaciones de la demanda.

Que, al respecto, conforme se ha expresado en líneas anteriores, en el presente caso, se evidenció la existencia de un vacío normativo que obligó al Consejo Directivo adoptar una medida conforme a la integración jurídica. De ese modo, se optó por aplicar un criterio que fue utilizado en anteriores regulaciones, el cual consistía en aplicar, vía integración jurídica, la metodología del cálculo del FBP comprendida en el Anexo 2, conforme establecía la segunda disposición transitoria del Manual del FBP.

Que, la adopción de dicha medida, se debió a que la falta de información del registro de consumo sobrepasaba el margen de tolerancia que en anteriores regulaciones se consideró, por lo que era necesario adoptar una medida congruente y razonable frente a la falta notable de información de los registros de consumo de Electro Dunas. De ese modo, se aplicó el criterio que fue utilizado en anteriores regulaciones, frente a la falta considerable de información de los registros de consumos de Electro Dunas, el cual era aplicar la fórmula que fue establecida en el Anexo 2, conforme establecía la segunda disposición transitoria del Manual del FBP, haciendo uso de la integración jurídica, en tanto y en cuanto, dicha norma ya no se encontraba vigente al momento de emitir la Resolución N° 073-2022-OS/CD.

Que, en consecuencia, no se vulneró el principio de predictibilidad o confianza legítima, pues se aplicó un criterio utilizado en anteriores regulaciones frente a la falta considerable de información de los registros de consumos que superó el margen de tolerancia considerado por el área técnica.

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

2.4 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

Argumento de la recurrente

Que, Electro Dunas señala que se ha inobservado el Principio de Razonabilidad, pues al momento de modificar, sin justificación alguna, un criterio que venía siendo aplicado por Osinergmin, no se habría optado por el mejor criterio existente de acuerdo a la finalidad del FBP y a la realidad del mercado eléctrico, desconociendo el hecho de que es prácticamente imposible registrar todos los consumos. Adicionalmente, la recurrente considera que no se está promoviendo la eficacia del sector y se está contraviniendo el principio de análisis de decisiones funcionales.

Análisis de Osinergmin

Que, sobre el particular, es preciso señalar que las decisiones de toda autoridad administrativa deben de adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, conforme establece el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

Que, conforme fue expresado en anteriores párrafos, la medida adoptada (el aplicar la metodología dispuesta en la segunda disposición transitoria del Manual FBP vía integración jurídica), conforme es analizado en el Informe Técnico N° 413-2022-GRT, es 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 una metodología razonable que ya fue utilizada en anteriores procesos regulatorios), y el fin público que se buscó tutelar (la determinación del valor del FBP aplicable a Electro Dunas). Por lo tanto, el área técnica identificó una solución adecuada y conforme a los antecedentes regulatorios del proceso de fijación del FBP.

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

Que, en el presente caso, existe sustento técnico para aplicar dicha metodología del cálculo del FBP, la cual será desarrollada por el área técnica con mayor detalle en su respectivo informe técnico. Cabe señalar que la adopción de dicha medida, responde a una medida congruente y razonable, que fue aplicada en el ejercicio de la facultad de integración jurídica con la que cuenta el Consejo Directivo.

Que, por lo tanto, dicha decisión no ha vulnerado el principio de razonabilidad o de análisis de decisiones funcionales, pues la metodología aplicada para el cálculo del FBP de Electro Dunas, fue un criterio utilizado en anteriores fijaciones del FBP, cuando precisamente la información de la empresa de distribución no fuera equivalente al 100% de los registros de los consumos de energía y potencia, y esta falta de información sobrepasara el margen de tolerancia.

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

2.5 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Igualdad

Argumento de la recurrente

Que, alega la vulneración del Derecho de Igualdad (imparcialidad), indicando que el regulador, ilegalmente habría ejercido un trato diferenciado y sin motivación alguna para Distribuidoras, aun cuando se encuentra en el mismo supuesto de hecho: la no remisión del 100% de registros de consumos de potencia y energía. Así, Osinergmin, habría tomado diferentes criterios ante una misma situación y sin argumentar las razones en las que se justificaría este trato discriminatorio.

Análisis de Osinergmin

Que, la recurrente sostiene la existencia de vulneración al derecho de igualdad (imparcialidad), ya que ilegalmente habría ejercido un trato diferenciado y sin motivación alguna entre Distribuidoras, aun cuando se encontraban en el mismo supuesto de hecho: la no remisión del 100% de registros de consumos de potencia y energía. Así, Osinergmin, habría tomado diferentes criterios ante una misma situación y sin argumentar las razones en las que se justificaría este trato discriminatorio.

Que, al respecto, se considera necesario citar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto al derecho a la igualdad en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC:

60. Constitucional, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que deba apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

*61. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación y discriminación**. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.*

Que, conforme al Tribunal Constitucional, no todo trato desigual es discriminatorio, siempre que se funde en causas objetivas y razonables. En la presente oportunidad, conforme se ha expresado durante el análisis de información presentada por parte de las empresas de distribución para la fijación del FBP, se verificó que Electro Dunas no presentó el 100% de la información de los registros de consumos y dicha falta de información excedió el margen de tolerancia. Respecto a la información presentada por parte de Electro Dunas, el área técnica en su Informe Técnico N° 219-2022-GRT concluyó lo siguiente:

- Electro Dunas:

*La empresa ha sustentado su información de los registros de los consumos de energía y potencia cada 15 minutos, de los usuarios de los mercados regulado y libre en media tensión, haciendo referencia que el año pasado se tomó una información estimada. Al respecto, en el numeral 3.4 del Informe Técnico N° 251-2021-GRT que sustentó la Resolución Osinergrmin N° 085-2021-OS/CD que aprobó el FBO para el periodo 1 de mayo de 2021 al 30 de abril de 2022, se indicó que las empresas en los sucesivos deben presentar el 100% de información de los registros de los consumos de energía y potencia cada 15 minutos, de los usuarios de los mercados regulado y libre en media tensión. La empresa no sustenta porque no ha completado la información del 100% de registros de los consumos de energía y potencia cada 15 minutos. En el caso del sistema Chincha falta completar el 15%, el sistema Ica falta completar el 19%, el sistema Chincha Baja Densidad falta completar el 19%, el sistema Paracas falta completar el 17%, el sistema santa Margarita falta completar el 31%, el sistema Pisco falta completar el 18%. En promedio, **la empresa Electro Dunas tiene el 21% de registros faltantes**. En ese sentido, de acuerdo a lo señalado en el Manual del FBP se aplica la metodología de cálculo del FBP único a nivel empresa.*

Que, de acuerdo con el Informe Técnico citado, la recurrente no presentó el 21% de la información de sus registros de consumo, monto que, según el informe citado, supera el margen de tolerancia. Es decir, que la situación de Electro Dunas es distinta a las empresas que lograron subsanar las observaciones realizadas, en tanto y en cuanto, las otras empresas de distribución eléctrica no superaron el margen de tolerancia.

Que, finalmente, considerando que las otras empresas de distribución que lograron subsanar las observaciones se encontraban en una situación distinta a Electro Dunas queda demostrado que no existe una vulneración al derecho a la igualdad.

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

2.6 Sobre la supuesta vulneración al Deber de Motivación

Argumento de la recurrente

Que, Electro Dunas menciona que no se ha observado el deber de motivación de los actos administrativos, al no haber fundamentado el cambio de criterio para la determinación del FBP para los supuestos de no remisión de 100% de registros de consumos de energía y potencia; tampoco se habría fundamentado las razones por las que tomó una decisión para considerar un FBP único a nivel de empresa; y adicionalmente, no se habría fundamentado las razones existentes por las que consideró que a algunas Distribuidoras correspondía aprobar un FBP diferenciado por nivel de tensión, mientras que para Electro Dunas no.

Análisis de Osinergrmin

Que, Electro Dunas indica que no se ha observado el deber de motivación de los actos administrativos, en tanto no fundamentó el cambio de criterio para la determinación del FBP para los supuestos de no remisión de 100% de registros de consumos de energía y potencia; tampoco se habría fundamentado las razones por las que tomó una decisión para considerar un FBP único a nivel de

empresa; y adicionalmente, no se habría fundamentado las razones existentes por las que consideró que a algunas Distribuidoras correspondía aprobar un FBP diferenciado por nivel de tensión, mientras que para Electro Dunas no.

Que, conforme lo establece el 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, tal como fue señalado en línea anteriores, en el Informe Técnico N° 219-2022-GRT se concluye que la empresa Electro Dunas no presentó el 21% de la información de sus registros de consumo, porcentaje que de acuerdo con el área técnica supera el margen de tolerancia que se aplicó en anteriores regulaciones, situación que no se encuentra regulada actualmente en el Manual FBP; por lo que al encontrarse en un vacío normativo, se recurrió a la integración jurídica para efectos de aplicar la metodología que se estableció y utilizó en anteriores regulaciones, respecto a las empresas que no presentan la información al 100% de sus registros de consumo, y que superaban el margen de tolerancia.

Que, en consecuencia, no es posible afirmar una vulneración al deber de motivación, en la medida que en el Informe Técnico N° 219-2022-GRT se detalló el porcentaje de la información que Electro Dunas no presentó y se expresó de forma clara la consecuencia jurídica que implicaba dicha situación (la adopción de una metodología frente al vacío normativo, vía integración jurídica). En ese sentido, la motivación fue congruente y razonable en tanto se aplicó una metodología conforme a los antecedentes de fijación del FBP, para aquellas situaciones en las que no se presenta la información al 100% de los registros de consumo y se supera el margen de tolerancia.

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

2.7 Sobre la supuesta vulneración al Derecho de Propiedad

Argumento de la recurrente

Que, Electro Dunas considera que ha habido vulneración al Derecho de Propiedad. Mencionan que Osinergrmin ha realizado una expropiación indirecta y ha vulnerado el Principio de Neutralidad, ya que, al no considerar las condiciones reales de registro de medidores se afecta el derecho de Electro Dunas de recuperar sus inversiones efectuadas en las instalaciones para suministrar energía a los clientes.

Análisis de Osinergrmin

Que, la recurrente alega una vulneración al derecho de propiedad, pues con la decisión adoptada se ha incurrido en una expropiación indirecta y ha vulnerado el principio de neutralidad, ya que, al no considerar las condiciones reales de registro de medidores se afecta el derecho de Electro Dunas de recuperar sus inversiones efectuadas en las instalaciones para suministrar energía a los clientes.

Que, en relación a este punto, debe citarse lo establecido en el artículo 147 del Reglamento de la LCE, en el sentido 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”. La disposición citada se implementa a través de la evaluación y aplicación del FBP, según las reglas contenidas en el Manual FBP.

Que, conforme a expuesto el área técnica, la adopción de la metodología del cálculo del FBP, vía integración

jurídica se efectuó debido a que Electro Dunas no cumplió con presentar al 100% la información relativa a su registro de consumos, y en la medida que superó los márgenes para considerar dicha observación subsanada.

Que, corresponde aclarar que no se ha incurrido en un supuesto de expropiación indirecta o contra el principio de neutralidad puesto el VAD aprobado mediante Resolución N° 158-2018-OS/CD y 168-2019-OS/CD, no se han visto modificados, sino únicamente se ha adoptado una metodología, vía integración jurídica, con la finalidad de no dejar de resolver frente al vacío normativo evidenciado. Se reitera que el supuesto de que una empresa de distribución que no cuente con el 100% de la información de su registro de consumos, y que supere el margen de tolerancia, no se encuentra previsto en la normativa actual, por lo que se adoptó como criterio, vía integración jurídica, la adopción de la metodología utilizada en anteriores regulaciones la cual es la dispuesta en la segunda disposición transitoria del Manual FBP, que deriva al Anexo 2 de dicho manual.

Que, en este punto, corresponde señalar que no solo en el procedimiento de fijación del FBP se considera como administrado a las empresas concesionarias, sino que también se toma en cuenta que dicho FBP puede afectar a los usuarios, que también tienen calidad de administrado, y sobre los cuales debe recaer los efectos de la naturaleza de dicho factor y no excesos que puedan derivar de un vacío normativo.

Que, en consecuencia, con la resolución materia de impugnación no se ha vulnerado el derecho de propiedad, de ningún modo, pues no se ha modificado el VAD vigente, y en consecuencia, no es posible atender su solicitud de nulidad, en este sentido.

Que, por lo expuesto, este extremo del recurso debe declararse infundado;

Que, en consecuencia, corresponde declarar no ha lugar la solicitud de nulidad presentada por Electro Dunas en contra de la Resolución 073;

Que, finalmente se han emitido el Informe Técnico N° 413-2022-GRT y el Informe Legal N° 412-2022-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° 22-2022, de fecha 05 de julio de 2022.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar no ha lugar a la solicitud de nulidad planteada por Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución N° 073-2022-OS/CD, conforme a los fundamentos expuestos en los numerales 2.1 al 2.7 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: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2022.aspx>, conjuntamente con el Informe Técnico N° 413-2022-GRT y el Informe Legal N° 412-2022-GRT, que forman parte integrante de esta resolución.

OMAR CHAMBERGO RODRÍGUEZ
Presidente del Consejo Directivo

Declaran fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electronoroeste S.A contra la Resolución N° 073-2022-OS/CD, en el extremo correspondiente a la revisión de la cantidad de suministros a considerar en el cálculo de la tasa de crecimiento poblacional del Sistema Eléctrico Chulucanas, e infundados los demás extremos

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 141-2022-OS/CD

Lima, 5 de julio de 2022

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, con fecha 29 de abril de 2022, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería ("Osinergmin"), publicó la Resolución N° 073-2022-OS/CD, ("Resolución 073"), mediante la cual, 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 2022 al 30 de abril de 2023;

Que, el 23 de mayo de 2022, la empresa Electronoroeste S.A. (en adelante, "Enosa"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 073.

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANALISIS DE OSINERGMIN

Que, Enosa solicita se corrija la cantidad de clientes considerada para el Sistema Eléctrico de Chulucanas, debiendo determinarse nuevos valores de tasa de crecimiento, Factor de Crecimiento Vegetativo y de Variación de la Demanda (FCVV) y FBP de Enosa;

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Enosa indica que, de la revisión de los archivos de cálculo de la tasa de crecimiento poblacional para el Sistema Eléctrico Chulucanas, se identificaron dos observaciones: i) Osinergmin consideró un número menor de suministros que el reportado y ii) Osinergmin considera un prorrateo entre los diferentes distritos sin sustentar el criterio empleado. Precisa que, Osinergmin considera 29 506 suministros obteniendo una tasa de crecimiento poblacional de 0,65%, esto a pesar de que Enosa reportó para el Sistema Eléctrico Chulucanas 45 362 suministros de la información mensual del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE). La recurrente muestra en su recurso un cuadro de cálculo de la tasa de crecimiento poblacional del Osinergmin donde muestra la cantidad de 29 506 suministros para los distintos distritos de la Provincia de Morropón correspondientes al Sistema Eléctrico Chulucanas y un cuadro presentado por Enosa con 45 632 suministros del Sistema Eléctrico Chulucanas de la información del FOSE de diciembre de 2021;

Que, la recurrente cita el Manual del FBP donde, en el Capítulo Tercero, señala que las empresas de distribución deben presentar al Osinergmin el factor de crecimiento vegetativo (FCVV) y la tasa de crecimiento poblacional para cada uno de sus sistemas eléctricos con demandas mayores a 12 MW y un factor de carga mayor a 0,55, en la que se debe determinar los periodos de crecimiento vegetativo en cada sistema, los cuales están en función al número de clientes y a la tasa anual de crecimiento poblacional correspondiente. Del mismo modo, menciona que, la tasa anual de crecimiento poblacional del área de influencia de cada sistema eléctrico está constituida por los distritos que atiende, considerando que algunos distritos son compartidos con otros sistemas eléctricos, se determina la ponderación respectiva, en base a la

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