

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 109-2015-OS/CD

Lima, 29 de mayo de 2015

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 15 de abril de 2015, fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 067-2015-OS/CD (en adelante “Resolución 067”), mediante la cual se fijaron los Precios en Barra y los peajes del Sistema Principal de Transmisión aplicables al periodo comprendido entre 01 de mayo de 2015 y el 30 de abril de 2016;

Que, con fecha 07 de mayo de 2015, la empresa Enersur S.A. (en adelante “Enersur interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 067.

1. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Enersur solicita corregir el Precio Inicial de Gas Natural (PGNo) considerado en la fórmula de actualización de los Precios en Barra de 2,9222 USD/MMBTU (9,0503 S./MMBTU) por el valor de 2,7804 USD/MMBTU (8,6110 S./MMBTU) que corresponde al precio que se consideró para el cálculo del Precio Promedio Ponderado de las Licitaciones.

1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, esta empresa argumenta que en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, establece que el Precio en Barra que fija Osinergmin no podrá diferir en más de 10% del promedio ponderado de los precios de las licitaciones vigentes al 31 de marzo de cada año. Así, en cumplimiento de tal disposición, Osinergmin aprobó la norma “Procedimiento para Comparación de Precios Regulados” con Resolución N° 273- 2010-OS/CD, donde se establece la comparación del Precio Promedio Ponderado de Licitación (PPPL) con el Precio Medio Teórico (PMT) de los Precios en Barra, y cuando dicha comparación difiere del 10% se aplica un factor de ajuste al PMT;

Que, en el presente proceso tarifario correspondió aplicar el factor de ajuste para obtener el Precio en Barra, por lo cual este Precio no es igual al PMT, sino que se determinó considerando el PPPL;

Que, en este caso, la recurrente manifiesta que el PPPL ha sido calculado considerando los precios de energía de los contratos disponibles a marzo 2015, donde el precio de gas natural empleado ha sido el valor de 2,7804 USD/MMBTU (equivalente a 8,6110 S./MMBTU), lo cual interpreta, corresponde al precio de gas a marzo de 2015 empleado en la fijación tarifaria;

Que, no obstante lo anterior, menciona la recurrente, en la fórmula de actualización de los Precios en Barra que se presenta en la Resolución 067 se ha considerado para el PGNo

el valor de 2,9222 USD/MMBTU que es un precio diferente y mayor al precio de gas natural del PPPL, utilizado para determinar los Precios en Barra por efecto de la comparación de precios;

Que, sobre el particular, Enersur interpreta que, en vista que el Precio en Barra se está determinado con el PPPL, y no con el PMT, no corresponde considerar como PGNo el valor 2,9222 USD/MMBTU que es el precio actualizado, sino que se debe utilizar como PGNo el valor de 2,7804 USD/MMBTU, que manifiesta se empleó para el cálculo del PPPL, y que este criterio, no se contrapone con lo establecido en el Artículo 50° de la Ley de Concesiones Eléctricas;

Que, añade que en caso no se aplique este criterio se estaría generando una distorsión en el cálculo de los Precios en Barra en perjuicio de las empresas generadoras porque no les permitiría recuperar el costo de gas natural asumido por estas empresas. Asimismo manifiesta que el PMT no representa hoy en día los verdaderos costos del mercado debido a que no tiene en cuenta las restricciones de las líneas de transmisión ni en los gasoductos debido al Decreto de Urgencia N° 049-2008;

Que, Enersur manifiesta que considerando el PGNo correcto de 2,7804 USD/MMBTU en la fórmula de actualización, el Factor de Actualización del Precio de la Energía a Nivel Generación en las Barras de Referencia de Generación resulta en 1,05259, siendo este mayor al 5% respecto a los valores de los mismos factores empleados en la última actualización, y señala cuales serían los nuevos valores obtenidos para el precio de energía en Lima, que deberían ser aplicados;

Que, finalmente, indica que sus observaciones al presente procedimiento fueron absueltas en el Informe N° 206-2015-GART; y, sobre el particular señala: i) sobre lo referido a que los precios de combustibles empleados se tomarán a marzo de 2015, señala que precisamente en cumplimiento de las normas legales es que el PGNo planteado por Enersur corresponde a la información disponible a marzo, y que fue empleado por Osinergmin para calcular el PPPL; ii) respecto de lo incorrecto de considerar como precio de gas natural inicial el vigente a diciembre 2014, reitera que el Precio en Barra fijado se ha determinado con base en el PPPL y el precio de gas subyacente en este PPPL es 2,7804 USD/MMBTU (8,6110 S./MMBTU), por lo tanto este precio de gas sí ha sido utilizado para la fijación de Precios en Barra; y, iii) en relación a señalado que Enersur no tiene afectación, pues el precio anual declarado al COES del gas natural es menor a los que se establecen en las fijaciones de Precios en Barra; señala que carece de sustento regulatorio y reitera que con la fijación tarifaria de un PGNo incorrecto, los ingresos del generador se verían afectados por un precio de energía artificialmente menor, y que la declaración de precio de gas no es un aspecto a considerar para establecer el PGNo que debe tomarse para la fijación de los precios en barra.

1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, a efectos de la evaluación que el Regulador realiza al momento de efectuar el presente procedimiento de fijación tarifaria, se consideran las siguientes premisas, al amparo del respectivo marco legal:

- Que, la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832, no es una norma aislada y debe ser aplicada en conjunto con el resto de disposiciones sectoriales, como son: La Ley de Concesiones Eléctricas – Decreto Ley N° 25844 (“LCE”) y su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 009-93-EM (“RLCE”), que explicitan los criterios y oportunidad en la fijación de las tarifas en barra. Estas normas se complementan expresamente en su contenido;
- Que, para obtener las tarifas en barra aplicables a partir del 01 de mayo de cada año, ésta debe ser publicada con 15 días antes, por mandato normativo de la LCE. En este caso se publicaron las Tarifas en Barra, en el diario oficial El Peruano, el 15 de abril de 2015, siendo emitida por el Consejo Directivo en la Sesión del el 13 abril de 2015. Es por ello, que según el Artículo 50 de la Ley de Concesiones Eléctricas, todos los costos que se utilicen deberán ser expresados a precios vigentes del mes de marzo, tomándose como fecha de cierre, el 31 de marzo;
- Que, existe una sola oportunidad para efectuar la comparación a que se refiere la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832, la propia disposición lo establece, que es al momento de fijar la tarifa. No se efectúan varias comparaciones, puesto que las tarifas en barra tienen vigencia un año, y no son calculadas periódicamente en su intermedio;
- Que, la regla de comparación no se origina en la Ley N° 28832, sino en la Ley de Concesiones Eléctricas, y el criterio aplicado por Osinergmin, ahora, ha sido consistente desde ese momento hasta la fecha. La Ley N° 28832 ha cambiado únicamente la referencia contra qué comparar. Es por ello que el Regulador en sus regulaciones previas ha tomado el mismo criterio, sin cuestionamiento a sus resoluciones o a las normas que la motivan;
- Que, la comparación se realiza sobre resultados finales, es decir la tarifa en barra final calculada por Osinergmin contra los precios de generación finales de los Contratos que resultaron de Licitación. No existe una comparación individual por componente dentro de cada estructura. Esto es, por ejemplo no se compara el Precio del Gas Natural de las Tarifas en Barra contra el Precio del Gas Natural de los precios de generación de los referidos Contratos, ni tampoco el restos de precios de combustibles (diesel, residual o carbón) que los componen, debido a que cada tarifa/precio tiene diferente estructura y diversos componentes.;
- Que, el precio del gas natural que solicita Enersur se considere, es un valor de los tantos que forman parte de los Contratos de Licitación y no el precio que la Ley ordena adopte el Regulador (del mercado interno a marzo de cada año). Si se tomaran todos los elementos y los valores de los Contratos, las tarifas en barra serían idénticas a los precios de generación de los Contratos (y no habría necesidad de comparar), sin embargo, la Ley, por una razonabilidad, establece una metodología diferente para las tarifas en barra;
- Que, con relación a la afectación en sus ingresos, por no considerar el PGNo igual al 2,7804 USD/MMBTU, se debe recordar que Enersur tiene la libertad de contratar o no bilateralmente con nuevos clientes, y con ello no sujetarse al

precio máximo establecido con las Tarifas en Barra, si considera que éstas le generan perjuicio. En este caso Enersur, como los otros generadores, tienen diferentes modalidades de contratos con sus usuarios libres, donde los precios de generación y formas de actualización son negociados libremente; así también con los distribuidores que han contratado mediante licitaciones de suministro de largo plazo, donde los precios y la fórmula de actualización no son iguales a los que se establecen en los precios de generación de las Tarifas en Barra;

- Que, Osinergmin aplicó correctamente, la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832, tal como lo reconoce la misma demandante, es decir la comparación de precios al 31 de marzo de 2015. La pretensión de que se efectúe un nuevo recalcu al 01 de mayo de 2015, o que se tome un costo del PGNo diferente no tiene amparo legal;
- Que, en este caso, en el supuesto negado de aceptar el criterio de Enersur, de que como resultado de la comparación de precios en la presente fijación, los precios en barra se deben determinar en función del PPPL, y no del PMT, y que por ende se debe tomar el PGNo igual al 2,7804 USD/MMBTU del PPPL, se tiene a manera de ejemplo, que para el mes de mayo 2015, los precios que resulten para las Tarifas en Barra se incrementarían, mientras que el PPPL no presentaría variación por no corresponder la actualización de los contratos de licitaciones. Por lo que queda claro, que la propuesta de Enersur solo originaría un aumento de los precios de las Tarifas en Barra, a pesar de que el PPPL no varíe;

Que, en ese sentido, se aprecia que el Artículo 46° de la LCE establece que los precios en barra son fijados anualmente por Osinergmin y entran en vigencia en el mes de mayo de cada año;

Que, el Artículo 47° de la LCE, establece los criterios y condiciones que deben ser tomados en cuenta para la determinación de los precios en barra, entre ellos, se considera el programa de operación que minimice la suma del costo actualizado de operación y el costo de racionamiento para el período de estudio, tomando en cuenta: las series hidrológicas históricas, los embalses, los costos de combustible, así como la Tasa de Actualización a que se refiere el Artículo 79° de la LCE;

Que, el literal c) del Artículo 124° del RLCE, dispone que el costo de los combustibles será determinado utilizando los precios y condiciones que se señala en el Artículo 50 de la Ley y se tomará los precios del mercado interno;

Que, el Artículo 50 de la LCE es claro en señalar como regla general que: “todos los costos que se utilicen en los cálculos indicados en el artículo 47 deberán ser expresados a precios vigentes del mes de marzo del año de la fijación”;

Que, de acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832, los precios en barra que fija Osinergmin, no podrá diferir, en más de diez por ciento (10%), del promedio ponderado de los precios de las Licitaciones, vigentes al 31 de marzo de cada año, según se establece en el Reglamento (Art. 129 del RLCE);

Que, esta comparación no es un concepto novedoso, Osinergmin la realiza desde la vigencia de la LCE, en el año 1992. El Artículo 53 de la LCE (sin efecto desde la Ley N° 28832 del 2006);

Que, con la vigencia de la Ley N° 28832, lo único que ha variado es la referencia contra qué comparar, sin embargo la oportunidad y los criterios antes señalados, se han mantenido;

Que, sobre la base de su función normativa, el Osinergmin por su parte, reguló aspectos de su competencia, en relación a la comparación que le corresponde materializar, por ello, publicó el 11 de diciembre de 2010, en el diario oficial El Peruano, la vigente norma “Procedimiento para la Comparación de Precios Regulados” mediante Resolución N° 273-2010-OS/CD, en la que se establece:

“Artículo 5° Criterios

(...)

5.1. Información Utilizada

(...)

b) Del periodo de Información

i. La información del mercado regulado con contratos resultantes de Licitación o del mercado libre a utilizar en el proceso de comparación será la proporcionada hasta el mes de marzo del año al cual corresponde el proceso tarifario.

ii. Para el proceso regulatorio de Fijación de Precios en Barra se considerará la información hasta el mes de marzo del año al cual corresponde el proceso tarifario”

Que, la fecha de corte es coherente y ha sido aplicada por el Regulador en todos sus procedimientos tarifarios previos. El criterio adoptado por Osinergmin ha empezado a ser cuestionado sólo la recurrente a partir del periodo mayo 2014 – abril 2015, recogido en la Resolución N° 067-2014-OS/CD, incluso dicha resolución fue impugnada judicialmente, la misma que no afecta al presente periodo mayo 2015 – abril 2016, toda vez que el criterio es válido y ejecutorio, según lo prevé la Ley N° 27444, hasta que su pretendida nulidad o modificación en resolución no sea variada, debiendo aplicar Osinergmin el criterio correcto en ejercicio de sus funciones, y no por encontrarse impugnado debe tomar lo alegado por la empresa;

Que, la fijación tarifaria se ha sujetado a los principios y criterios previstos en la LCE y su reglamento, y una vez obtenida las tarifas se comparan con el promedio de los precios de generación de los Contratos de Licitación. Estos precios de generación de los Contratos tienen sus propios componentes, entre los cuales también se encuentra el Precio de Gas Natural, pero este precio es diferente debido a que se rige bajo las reglas de un contrato y no puede ser utilizado para el cálculo de las Tarifas en Barra;

Que, para la fijación de las Tarifas en Barra, se utiliza el Precio del Gas Natural inicial, conforme lo prevé el Artículo 124.c del RLCE:

“c) El costo de los combustibles será determinado utilizando los precios y

*condiciones que se señala en el Artículo 50 de la Ley y se tomará los precios del mercado interno.
(...)”*

Que, en esa línea el RLCE, dispone que el costo de los combustibles sea determinados conforme el Artículo 50° de la LCE y con precios del mercado interno. El Artículo 50° de la LCE, no es otro que el que establece que los costos serán expresados al 31 de marzo, conforme ha sido aplicado por el Regulador. No existe otra interpretación;

Que, adoptar el planteamiento equivocado de Enersur, no solo implicaría tomar el precios de gas natural que tienen los contratos de licitaciones, sino también sus otros parámetros como son los precios de combustibles del carbón y del petróleo, así como su indicadores económicos como el tipo de cambio e índice de precio al por mayor, entre otros, además de sus diferentes fórmulas de actualización, lo que resultaría impracticable, por los diversos contratos existentes. Las Tarifas en Barra toman sus propios componentes, sin adoptar componentes de los contratos. Lo que se toma de los contratos es el resultado final, traducido en el Precio Promedio Ponderado de las Licitaciones, donde se tiene que a la fecha se han suscrito varios contratos de licitaciones entre generadores con distribuidores, en los cuales cada uno de estos parámetros son diferentes por contrato;

Que, de esta manera, resulta evidente que para la determinación de los Precios en Barra, Osinergmin debe sujetarse a las premisas instituidas normativamente para su fijación, no le corresponde seguir parámetros distintos, ni tampoco los que son utilizados en los precios de los Contratos de Licitación o de los Contratos Libres, que siguen su propia naturaleza;

Que, en ese sentido, lo que la Ley exige es realizar una comparación de los precios resultantes tanto de los precios en barra como de los precios de las licitaciones (cada uno obtenido según su propia metodología), no se prevé que se compartan todas las premisas para su cálculo, ya que la norma los distingue;

Que, en cuanto a lo señalado por Enersur respecto a la respuesta a los comentarios en el Informe N° 206-2015-GART, es necesario precisar lo siguiente:

- Que, la propuesta de Enersur de tomar el precio de gas natural, el valor de 2,7804 USD/MMBTU (8,6110 S./MMBTU), no está acorde con el marco legal establecido para los procesos de fijación de Precios en Barra, ni tampoco cumple con el argumento de que debe seguir la actualización del precio promedio de licitaciones (PPPL) porque como ya se vio en el ejemplo de comparación para mayo 2015, para eso lo que tenía que hacerse no es únicamente tomar el precio de gas natural, sino el resto de precios que componen el PPPL (precio de carbón, diesel, residual, tipo de cambio, IPM, etc.), así como la fórmulas de actualización que tiene cada contrato de licitaciones, lo cual no es factible realizar debido a la cantidad de estos contratos;
- Que, en el caso de precio gas natural declarado para el periodo julio 2014 a junio 2015 por la recurrente dentro del COES (0,2 USD/MMBTU), que es menor a los precios de gas natural de la presente fijación, consideramos que a pesar de no ser

parte de la fijación de precios en barra, si es una señal válida para saber de cuanto la empresa está dispuesto de recibir por la operación de sus centrales a gas natural, tomando en cuenta los contratos que tiene suscrito y variada oferta de generación que tiene. Por ende, reiteramos que no se está de acuerdo con el argumento de que si no se acepta el recurso de Enersur se estaría afectado los ingresos de los generadores, más aun si las tarifas en barra solo contemplan menos del 15% de las ventas a usuarios regulados, debido a que el resto se hace a precios de licitaciones que tiene su propia fórmulas de actualización, y los restante a contratos con usuarios libres que tienen su propio precios y formula de actualización de libre negociación;

Que, en consecuencia, por todo lo expuesto, debe declararse infundado el recurso de reconsideración;

Que, se ha emitido el Informe N° [344-2015-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, el cual complementa la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el Artículo 3º, numeral 4, de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

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; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 15-2015.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Enersur S.A. contra la Resolución N° 067-2015-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2º.- Incorpórese el Informe N° [344-2015-GART](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3º.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el Informe a que se refiere el artículo 2º precedente en la página Web de Osinergmin: www.osinergmin.gob.pe.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo