

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 191-2015-OS/CD**

Lima, 08 de setiembre de 2015

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 25 de julio de 2015, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante “Osinergmin”), publicó la Resolución N° 162-2015-OS/CD (en adelante “Resolución 162”), mediante la cual se aprobó el Precio a Nivel Generación y el Programa Trimestral de Transferencias del trimestre agosto – octubre 2015;

Que, la empresa Electro Dunas S.A.A. (en adelante “Electro Dunas”), con fecha 19 de agosto de 2015, presentó su recurso de reconsideración contra la Resolución 162, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

1.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Electro Dunas como parte del petitorio de su recurso de reconsideración, solicita:

- a) Se declare nulo y modifique el Artículo 4° de la Resolución 162 que aprobó las Transferencias por Saldos Ejecutados Acumulados para Electro Dunas y se modifique el contenido del cuadro N° 3 del mismo artículo;
- b) Se corrija el Saldo Estimado del periodo de mayo a julio de 2015 para Electro Dunas, contenido en el cuadro N° 9 del Informe 441-2015-GART (en adelante “Informe 441”).
- c) Se emita una medida cautelar, con la finalidad de suspender los efectos de la Resolución 162.

2.- SUSTENTO DEL PETITORIO

2.1. CORREGIR LA TRANSFERENCIA POR SALDOS EJECUTADOS ACUMULADOS

Que, Electro Dunas señala que el Informe 441 contiene errores, debido a que Osinergmin ha consignado cifras que ya fueron liquidadas y pagadas en un periodo anterior, específicamente al correspondiente de la Resolución N° 081-2015-OS/CD, de fecha 27 de abril de 2015 (en adelante “Resolución 081”) y el Informe N° 235-2015-GART (en adelante “Informe 235”), estableciéndose de esta manera, agrega la recurrente, un doble pago que resultaría totalmente ilegal y perjudicial para sus intereses;

Que, Electro Dunas indica que, al revisar el cuadro N° 5 del Informe 441 que contiene el “Saldo Ejecutado Acumulado al mes t-3”, observa que el importe de S/. -2 709 351, señalado en el rubro “Saldo Ejecutado Acumulado a enero 2015 (Mes t-5)” para Electro Dunas, no está calculado conforme a lo señalado en el numeral 6.4 de la Norma PNG;

Que, agrega la recurrente, que el monto aprobado de S/. – 2 709 351, no debió ser incluido en esta liquidación como Saldo Acumulado a enero de 2015, debido a que dicho importe ya fue considerado en la liquidación del trimestre anterior y transferido durante los meses de diciembre de 2014, enero y febrero de 2015 y el 07 de mayo de 2015, conforme a lo instruido en la Resolución 081;

Que, es así que, en opinión de la Electro Dunas, mediante la Resolución 081, se terminó de liquidar las compensaciones del periodo noviembre de 2014 a enero de 2015, conforme se observa en el cuadro N° 3 del Informe 235. En dicho cuadro, refiere la recurrente, se indica que la "Diferencia Monto Facturado Eficiente menos Monto Facturado Real (Nuevos Soles)" es de S/. - 2 711 173;

Que, precisa la recurrente, que si bien le correspondía realizar la transferencia de S/. – 2 711 173, sin embargo, ya había efectuado transferencias con cálculos estimados por un valor de S/. -2 299 789 conforme se señala en el cuadro N° 4 del Informe 235, que sustenta la Resolución 081;

Que, agrega Electro Dunas, que hasta este momento le correspondería transferir la suma de S/.- 411 384, monto que resulta de la diferencia entre los S/. 2 711 173 (cuadro N°3) y S/. – 2 299 789 (cuadro N°4), conforme se muestra en el cuadro N° 5 del Informe 235;

Que, sin embargo, agrega la recurrente, que este monto de S/. - 411 384, formó parte de la liquidación parcial al mes de abril de 2015, en donde se aprobó que Electro Dunas transfiera la suma de S/. - 1 575 461 conforme al cuadro N°10 "Saldos Ejecutados Acumulados" del Informe 235;

Que, a continuación, indica que siguiendo este procedimiento, mediante la Resolución 081 se instruyó a Electro Dunas transferir los saldos al mes de abril, según cuadro N° 11 del Informe 235, con un importe de S/. 1 575 461 nuevos soles, transferencia que fue efectuada el 07 de mayo de 2015;

Que, de todo lo expuesto anteriormente, en opinión de Electro Dunas, quedaría demostrado que para el cálculo de las transferencias a realizarse de los Saldos Ejecutados Acumulados por Mecanismo de Compensación correspondiente al mes de julio 2015 (cuadro N°5 del Informe 441), no debió incluirse el monto de S/. – 2 709 351 como Saldo Ejecutado Acumulado a enero de 2015, ya que no existía ningún saldo pendiente. Por lo tanto, el monto aprobado en el cuadro N° 3 del Artículo 4° de la Resolución 162 es incorrecto, debiéndose corregir dicho error, ya que atenta contra los intereses de Electro Dunas, además de ser, en opinión de la recurrente, ilegal e ilegítimo;

Que, por lo expuesto, Electro Dunas solicita con base en sus argumentos, declarar fundado su recurso.

2.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, en relación al pedido de nulidad, la recurrente no ha citado ni demostrado que la resolución impugnada haya incurrido en un vicio de nulidad sancionable con la declaratoria pretendida, o que éste no sea pasible de conservarse. Debe señalarse que el

acto administrativo se ha emitido con sujeción a las normas sectoriales que regulan el mecanismo de compensación y no exige u obliga al doble pago que afirma la recurrente por tanto corresponde declararse No Ha Lugar este extremo;

Que, debemos indicar que la Resolución N° 148-2015-OS/CD (en adelante “Resolución 148”) cambió el Procedimiento de liquidación trimestral del Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados del SEIN (en adelante “Norma PNG”), introduciendo, entre otros, dos conceptos nuevos utilizados para la determinación del Saldo de Liquidación Trimestral. Dichos conceptos son: i) Monto Reportado por la Empresa (MRE) y ii) Monto Determinado con el Precio a Nivel Generación (MPG). Es decir, en adelante, las liquidaciones trimestrales deben determinarse considerando la información de compras de energía y potencia reportada por los distribuidores. Cabe indicar que dicho criterio es aplicable a partir del mes de julio para el trimestre de liquidación correspondiente y no tiene naturaleza retroactiva;

Que, es necesario identificar los componentes que integran Saldo Ejecutado al mes de enero de 2015, a efectos de aplicar la nueva metodología de cálculo del Saldo de Compensación, tal como lo establece la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 148-2015-OS/CD;

Que, el Saldo Ejecutado Acumulado del mes de enero de 2015, incluye valores ejecutados reales y valores estimados, por lo que atendiendo a las nuevas disposiciones normativas, es necesario evaluar el tratamiento jurídico que debe otorgársele, sobre la base de lo establecido en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, el cual ordena que las normas no tienen efectos retroactivos;

Que, para el caso de los valores ejecutados para el periodo noviembre 2014 - enero 2015, al tratarse de montos que cuentan con un sustento fáctico, su determinación ha originado directamente una serie de obligaciones económicas entre las empresas distribuidoras. En tal sentido, sobre los valores ejecutados no cabe aplicar la nueva metodología establecida a partir de la Resolución N° 148-2015-OS/CD, ya que ello implicaría darle efectos retroactivos a la citada resolución, sobre hechos culminados, que al ser reales han merecido una validación y calificación bajo la normativa previa, produciendo con ello plenos efectos jurídicos;

Que, con relación a los valores estimados, al tratarse de proyecciones, su determinación no ha originado obligaciones firmes entre las empresas distribuidoras, por tratarse de valores referenciales que en posteriores meses son objeto de validación y liquidación al convertirse en saldos ejecutados reales. En consecuencia, el componente Saldo Estimado perteneciente al Saldo Ejecutado Acumulado del mes de enero, es posible someterlo a la aplicación de la Resolución N° 148-2015-OS/CD;

Que, en esa medida y conforme a nuestra Constitución Política, debe ser aplicada la Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 148-2015-OS/CD y en el numeral 6.4 de la Norma "Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados", aprobada mediante Resolución N° 180-2007-OS/CD. El cambio metodológico respondió a una justificación técnica y aplica hacia el futuro, por tanto, no significa que los efectos producidos por la metodología anterior se supriman, presuntamente porque existe un nuevo criterio y la administración se apartó del anterior;

Que, asimismo, se ha establecido que, en adelante, a partir de la aplicación de la nueva metodología, el Saldo Ejecutado Acumulado debe determinarse hasta el mes final del trimestre de liquidación (mes “t-3” del cronograma de liquidación, siendo el mes “t” el mes en que se realiza la liquidación). Es así que, para efectos de la última liquidación realizada en julio de 2015 (mes “t”), el Saldo Ejecutado Acumulado se determinó hasta el mes de abril de 2015 (mes “t-3”);

Que, sin embargo, el cambio metodológico implementado por Osinergmin no debe causar afectación económica a las empresas distribuidoras con Saldos Ejecutados Acumulados a favor, determinados siguiendo la metodología anterior. Cabe indicar que la aplicación del Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados origina que algunas empresas resulten con déficit de ingresos respecto al costo de generación reconocido, y que otras obtengan excedentes, esto debido a la aplicación del Precio Único de Generación. Es por ello que como resultado de cada liquidación, Osinergmin establece las transferencias que deben realizar los distribuidores excedentarios hacia los deficitarios. Asimismo, es del caso indicar que desde su implementación existe un saldo acumulado para cada empresa el cual no puede ser omitido ni desconocido;

Que, en ese sentido, en la liquidación realizada del trimestre comprendido desde febrero hasta abril de 2015 se incorporó el Saldo Ejecutado Acumulado hasta el mes de enero de 2015, monto que como dijimos anteriormente, representa el saldo a favor o en contra de cada distribuidora determinado mediante la metodología anterior;

Que, dicho saldo debía determinarse sobre la base de la aplicación de la metodología anterior. Al respecto, debemos precisar que el Saldo de Liquidación determinado según la metodología anterior se conformaba de: i) la liquidación del trimestre desde el mes “t-5” hasta el mes “t-3” de la fecha de liquidación (mes “t”); y ii) una estimación de la liquidación del periodo desde el mes “t-2” hasta el mes “t”. Por ello, lo señalado en la disposición transitoria tenía por finalidad señalar que el Saldo Acumulado histórico producto de la aplicación de la metodología anterior debía ajustarse, retirando del último cálculo realizado, la estimación de la liquidación del periodo desde “t-2” hasta el mes “t”, es decir, determinar el Saldo Ejecutado Acumulado determinado en la revisión de abril (mes “t”) hasta enero de 2015 (mes “t-3”), mes final del periodo liquidado con información definitiva. Ese es el criterio introducido en el numeral 6.4, liquidar en adelante hasta el mes “t-3”, de cada oportunidad de revisión del PNG a fin de considerar información definitiva de compras y ventas, sin incorporar estimación alguna;

Que, al respecto, Electro Dunas considera que su Saldo Ejecutado Acumulado no es el publicado y que ya habría cumplido con sus obligaciones económicas; sin embargo, como ya mencionamos, el desconocer el Saldo Ejecutado Acumulado determinado con la metodología anterior, originaría la afectación económica de los distribuidores con saldos a favor.

Que, por lo mencionado en el párrafo anterior, el cálculo del Saldo Ejecutado Acumulado a enero de 2015 se realizó utilizando la hoja de cálculo publicada en la página Web de Osinergmin en la oportunidad de la liquidación trimestral realizada en abril de 2015, retirando toda aquella información de estimaciones de diferencias entre el saldo ejecutado acumulado y de transferencias de los meses distintos al periodo a liquidar;

Que, por otro lado, se ha verificado que en el cálculo del Saldo Ejecutado Acumulado a enero de 2015 se omitió incluir las Transferencias Programadas del periodo noviembre 2014 a enero 2015 y las Transferencias por Saldos Ejecutados Acumulados, cuyos valores definitivos fueron publicados en los cuadros N° 2 y N° 3 de la Resolución N° 255-2014-OS/CD, respectivamente;

Que, la omisión señalada fue para el caso de todas las empresas de distribución y se originó como consecuencia del cambio de metodología para determinar el denominado Saldo Ejecutado Acumulado. En este caso ocurrió que a fin de determinar el Saldo Ejecutado Acumulado de cada empresa de distribución al mes de abril de 2015, se requería no solo realizar la liquidación del trimestre correspondiente (periodo febrero a abril 2015), sino además incorporar en el cálculo el Saldo Ejecutado Acumulado al mes de enero 2015, determinado siguiendo los criterios de la nueva metodología;

Que, asimismo, es del caso precisar que además de la corrección antes mencionada, el resultado final del cálculo del Saldo Ejecutado Acumulado debe incorporar un ajuste adicional debido a la corrección de información de compras de energía y potencia de la empresa Servicios Eléctricos Rioja S.A., error que fue detectado en la revisión de su recurso de reconsideración contra la mencionada Resolución 162. Es por ello que el resultado definitivo del Saldo Ejecutado Acumulado y de las transferencias que se obtienen a partir de dicho saldo, no coincide con la propuesta alcanzada en el recurso de Electro Dunas;

Que, en conclusión, tomando en consideración las modificaciones antes mencionadas, corresponde corregir los valores del Cuadro N° 5 del Informe Técnico N° 441-2015-GART, el cual contiene el Saldo Ejecutado Acumulado a abril de 2015; y las Transferencias por Saldos Ejecutados Acumulados publicados en el Cuadro N° 3 de la Resolución 162, los que aparecen en los cuadros N° 1 y N° 2 del presente informe;

Que, en relación a la solicitud de medida cautelar teniendo en cuenta, que la finalidad de la medida cautelar es garantizar el cumplimiento de la decisión final emitida por la autoridad administrativa en el marco de un procedimiento administrativo, y que para el presente caso, el Consejo Directivo emitirá la resolución final que pone fin al proceso impugnatorio planteado por Electro Dunas, incluso con amplia anticipación a su vencimiento, carece de objeto pronunciarse respecto de la solicitud de la medida cautelar, debiendo declararse la misma improcedente por sustracción de la materia. Interesa mencionar que el recurso fue presentado vencido el plazo para ejecutar la obligación;

Que, finalmente, se han expedido los Informes [N° 521-2015-GART](#) y [N° 528-2015-GART](#) de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, los cuales complementan 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 numeral 4 del Artículo 3º, 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 N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-

PCM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 29-2015.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar No Ha Lugar la solicitud de nulidad formulada por la empresa Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución N° 162-2015-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución N° 162-2015-OS/CD, en el extremo de modificar el Cuadro N° 3 del artículo 4 de la Resolución N° 162-2015-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución N° 162-2015-OS/CD, en el extremo de modificar el Cuadro N° 9 del Informe 441-2015-GART, conforme plantea la recurrente, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4°.- Las modificaciones que motive la presente resolución en la Resolución N° 162-2015-OS/CD y su Informe N° 441-2015-GART, deberán consignarse en resolución complementaria.

Artículo 5°.- Incorpórese los Informes [N° 521-2015-GART](#) y [N° 528-2015-GART](#) como Anexos de la presente Resolución.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo