

Declaran la nulidad de la Resolución N° 075-2015-OS/GART

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 210-2015-OS/CD

Lima, 8 de setiembre de 2015

VISTO:

El recurso de apelación presentado por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. (en adelante Electro Oriente), el 24 de julio de 2015.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

1.1. **25 de febrero de 2015.-** Se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 012-2015-OS/GART (en adelante la Resolución 012), que aprobó los Costos Estándares Unitarios de las Distribuidoras Eléctricas para la implementación y operatividad del FISE, entre las que se encontraba Electro Oriente, y su fórmula de actualización.

1.2. **15 de abril de 2015.-** Electro Oriente solicitó la actualización de los costos estándares unitarios reconocidos mediante la Resolución 012, a fin de que se incorporen los contratos G-056-2015 y G-056-A-2015, suscritos el 25 de febrero de 2015 y 9 de marzo de 2015, respectivamente.

1.3. **28 de abril de 2015.-** La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (GART) notificó el Oficio N° 468-2015-GART (en adelante Oficio 468), mediante el cual denegó la solicitud de actualización de costos estándares formulada por Electro Oriente.

1.4. **20 de mayo de 2015.-** Electro Oriente interpone recurso de reconsideración contra el Oficio 468. Plantea la nulidad por contravenir el principio de legalidad al no ajustarse a lo señalado en la Resolución N° 187-2014-OS/CD que aprueba el "Procedimiento para el Reconocimiento

de Costos Administrativos y Operativos del FISE de las Distribuidoras Eléctricas en sus actividades vinculadas con el descuento en la compra del balón de gas" (en adelante, Norma Costos FISE) y por contravenir el debido procedimiento por no encontrarse suficientemente motivada.

1.5. **4 de julio de 2015.-** Se publica en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 075-2015-OS/GART (en adelante Resolución 075), mediante la cual la GART declaró no ha lugar la nulidad planteada por Electro Oriente contra el Oficio 468, e improcedente por extemporáneo el petitorio de su recurso de reconsideración referido a la aprobación de costos reales para las actividades del FISE.

1.6. **24 de julio de 2015.-** Electro Oriente interpone recurso de apelación contra la Resolución 075, argumentando que la Resolución 012 contraviene la normativa que prevé que los encargos especiales a las empresas estatales deben efectuarse proveyéndoseles de los recursos necesarios.

1.7. **7 de agosto de 2015.-** Electro Oriente precisó que su petitorio es que se declare la nulidad del Oficio 468 y se le reconozca efectivamente los gastos incurridos en el desarrollo del programa FISE.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN

2.1. Electro Oriente manifiesta que en aplicación del principio de verdad material, corresponde a la autoridad verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones aun cuando no hayan sido invocados por las partes; sin embargo, los costos fijados mediante Resolución 012 colisionan con lo previsto en el artículo 11° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 176-2010-EF: *"Las Empresas del Estado sólo pueden recibir Encargos Especiales siempre y cuando el Sector que efectúa el encargo provea de los recursos necesarios para la sostenibilidad financiera del mismo, no se ponga en riesgo la sostenibilidad económica financiera de las Empresas y siempre y cuando éstas sean compensadas económicamente por la gestión realizada"*

2.2. Electro Oriente añade que si bien los precios unitarios se modifican cada dos años, dichas modificaciones se efectúan considerando los precios reales, y que cumplió con sustentarlos debidamente.

2.3. Electro Oriente refiere que los costos aprobados por Osinergmin no resultan los más adecuados para que realice un eficiente desarrollo de las actividades del programa FISE, puesto que los precios unitarios aprobados no guardan proporción con los gastos reales en los que viene incurriendo.

3. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

DE LA RESOLUCIÓN 075

3.1 La Resolución 075 se pronunció sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Electro Oriente, que tenía como pretensión la declaración de nulidad del Oficio 468.

3.2 Sin embargo, el artículo 11° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante LPAG), establece que "Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos..." y que **"La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto.** Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad" [El resaltado es nuestro].

3.3 Por su parte, el artículo 213° de la LPAG establece que "el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter".

3.4 En tal sentido, habiendo solicitado Electro Oriente la nulidad del Oficio 468 mediante recurso de reconsideración, correspondía que dicho recurso sea calificado por la GART como apelación y elevado a su superior jerárquico, en este caso, el Consejo Directivo de Osinergmin.

3.5 En virtud de lo señalado en los párrafos precedentes, se concluye que la Resolución 075 al haberse pronunciado sobre la solicitud de nulidad ha incurrido en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, concordado con el numeral 1 del artículo 4° de la misma ley, referida al defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, al haber sido emitida por una autoridad no competente.

3.6 Por tanto, corresponde declarar la nulidad de la Resolución 075 conforme a lo establecido en el artículo 202° de la LPAG y, en aplicación del numeral 217.2 del artículo 217° de la LPAG, al contarse con los elementos suficientes, además de la declaración de nulidad, se procederá a resolver sobre el fondo del asunto; es decir, la solicitud de nulidad del Oficio 468.

DEL OFICIO 468 Y LA ACTUALIZACIÓN DE COSTOS FISE

3.7 El recurso administrativo contra el Oficio 468 argumenta lo siguiente:

- El Oficio 468 resuelve no actualizar los costos de Electro Oriente, fundamentando su decisión en el hecho de que los costos estándares unitarios son incrementados de acuerdo al factor de actualización FACF, que considera como variable al Índice de Precios al por Mayor (IPM), no obstante haber acreditado objetivamente la existencia de costos mayores (**contratos G-056-2015 y G-056-A-2015**), por lo que vulneraría el principio de legalidad, toda vez que la utilización del IPM como criterio de actualización de los costos unitarios no se encuentra previsto en la Norma Costos FISE.

- El Oficio 468 también vulnera el principio de legalidad, puesto que no ha evaluado que, de conformidad con el artículo 15.3 de la Norma Costos FISE, las propuestas de costos unitarios de las empresas deben sustentarse, entre otros, con condiciones acreditadas de forma objetiva, como es el caso de las futuras contrataciones o procesos de contratación en curso, por lo que correspondería reconocer los costos adicionales.

- El Oficio 468 vulnera el principio del debido procedimiento, puesto que sólo hace una mera alusión a la Resolución 012, careciendo de debida motivación, y no fundamentando adecuadamente su denegatoria de actualización.

3.8 Con relación a la presunta transgresión al principio de legalidad, corresponde señalar lo siguiente:

- El artículo 15.3 de la Norma Costos FISE establece que los costos estándares unitarios se determinaran considerando el mínimo costo posible en condiciones aceptables de calidad, debiendo las distribuidoras eléctricas sustentarlos con contratos vigentes, información histórica, información contable, experiencia adquirida y condiciones que requiere cada actividad para la ejecución del FISE y, en su defecto, con facturas, boletas y órdenes de servicio.

- El artículo 16.4 de la Norma Costos FISE dispone que la resolución de aprobación será publicada en el diario oficial y en la página web de Osinergmin y tendrá una vigencia de 2 años.

- El artículo 17.1 de la Norma Costos FISE establece que una vez aprobados los costos estándares unitarios, dentro de cada uno de los meses de la vigencia de dichos costos, las distribuidoras eléctricas presentarán a Osinergmin el detalle de los gastos efectuados de acuerdo con cada una de las actividades que son materia de reconocimiento, indicando si estos son operativos o de implementación.

3.9 En virtud de la normativa señalada, si Electro Oriente no se encontraba conforme con los costos estándares unitarios reconocidos mediante Resolución 012 debió impugnar lo resuelto, pues una vez que dicha resolución quedara firme tales costos regirían para los siguientes 2 años.

3.10 En efecto, la actualización mensual de los costos aprobados solo considera el índice de precios al por mayor (IPM) respecto de los costos estándares unitarios aprobados, no correspondiendo que vía actualización se pretenda la

modificación de dichos costos a través de la presentación de nuevos contratos, pues dichos costos, de acuerdo con la Norma Costos FISE tienen una vigencia de 2 años.

3.11 En tal sentido, lo señalado en el Oficio 468 no contraviene el principio de legalidad pues no resulta contrario a lo previsto en las disposiciones mencionadas de la Norma Costos FISE. Asimismo, el Oficio 468 tampoco resulta contrario a lo dispuesto por el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031 sobre la provisión de los recursos para la ejecución del encargo especial, pues corresponde a las empresas distribuidoras sustentar debidamente los costos incurridos a efectos que sean reconocidos como costos estándares unitarios, teniendo como premisa que de incurrir en costos mayores éstos no serán reconocidos durante dicho periodo.

3.12 Adicionalmente, se verifica que el Oficio 468 tampoco contraviene el principio del debido procedimiento, en tanto no se encuentra insuficientemente motivado dado que conforme a lo señalado precedentemente, durante la vigencia de la Resolución 012 no corresponde la evaluación de documentación sustentatoria de costos adicionales a los ya aprobados, sino únicamente su actualización mensual, no pudiendo interpretarse que vía actualización se realice la incorporación de costos adicionales originados por la celebración de nuevos contratos.

3.13 Por las consideraciones expuestas, el Oficio 468 constituye un acto administrativo válido, al haberse emitido conforme al ordenamiento jurídico, como lo prevé el artículo 8° de la LPAG, siendo además infundado el recurso administrativo dirigidos a que vía actualización se incorporen costos adicionales a los aprobados mediante Resolución 012.

De conformidad con lo establecido 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° 29-2015;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la nulidad de la Resolución N° 075-2015-OS/GART, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar Infundado el recurso administrativo interpuesto contra el Oficio N° 468-2015-GART, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Disponer que la presente resolución sea publicada en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional de Osinergmin (www.osinergmin.gov.pe).

JESUS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN

1287064-1