

Informe N° 289-2020-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución Osinergmin N° 061-2020-OS/CD mediante la cual se aprobó el Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP)

Para : **Luis Enrique Grajeda Puelles**
Gerente de la División Distribución Eléctrica

Referencia : 1) Documento s/n ingresado el 06/07/2020, en ventanilla virtual, con número de expediente 202000078588
2) Expediente 022-2020-GRT

Fecha : 11 de agosto de 2020

Resumen Ejecutivo

Electro Dunas S.A.A. interpone recurso de reconsideración contra la Resolución Osinergmin N° 061-2020-OS/CD, 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, solicitando que sea declarada nula o en su defecto sea revocada, pues desvirtúa el Factor de Crecimiento Vegetativo y Variación de Demanda, como factor que ajusta la demanda registrada mensual a la máxima demanda anual en el sistema de distribución, lo que contravendría lo establecido en la Resolución N° 281-2015-OS/CD, así como el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El petitorio es de naturaleza técnica por lo que su análisis corresponde al área técnica, evaluando debidamente los medios de prueba presentados y sustentando los criterios que permiten determinar si el petitorio resulta fundado, fundado en parte, infundado o improcedente, teniendo en cuenta el principio de legalidad, y debiendo motivar debidamente su decisión.

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, una distinta interpretación de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto, no acarrea la nulidad de éste.

Cabe precisar que de conformidad con el Artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 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 la Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo. En ese sentido, en caso de identificar alguna laguna normativa, deberá aplicarse los principios de integración jurídica, como la analogía.

Informe N° 289-2020-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución Osinergmin N° 061-2020-OS/CD mediante la cual se aprobó el Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP)

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

- 1.1 Con Resolución Osinergmin N° 061-2020-OS/CD, publicada el 12 de junio de 2020, se aprobó el Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP) a nivel de empresa aplicable al VADMT y VADBT.
- 1.2 Mediante el escrito de la referencia 1), la empresa Electro Dunas S.A.A. (en adelante “Electro Dunas”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 061.

2) Plazo para interposición y admisibilidad del recurso

- 2.1 De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO de la LPAG”), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la notificación de la Resolución materia de impugnación.
- 2.2 Considerando que la Resolución 061 fue publicada el 12 de junio de 2020, habiendo sido el plazo máximo para la presentación del recurso de reconsideración el 6 de julio de 2020 y teniendo en cuenta que el recurso fue interpuesto ese mismo día, éste fue presentado dentro del plazo legal establecido en la normativa vigente. Asimismo, el recurso resulta admisible, dado que cumple con los requisitos previstos en los Artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.

3) Petitorio

Electro Dunas solicita que se declare nula o en su defecto se revoque la Resolución 061, pues según la impugnante, Osinergmin ha incumplido con los criterios señalados en los Artículos 12, 14 y 15 del “Manual de Procedimientos, Formatos y Medios para el Cálculo del Factor de Balance de Potencia Coincidente en Hora de Punta (FBP)”, aprobado por la Resolución Osinergmin N° 281-2015- OS/CD (en adelante “Manual FBP”), desvirtuando el Factor de Crecimiento Vegetativo (FCVV) de los Sistemas Eléctricos Chincha, Chincha Baja Densidad, Pisco, Santa Margarita, Ica y Paracas. Solicita que se reconsideren los cálculos, y se fije un FCVV de: i) 1.0610 para el Sistema Chincha, ii) 1.2104 para el Sistema Chincha Baja Densidad, iii) 1.0678 para el Sistema Pisco, iii) 1.4159 para el Sistema Santa Margarita iv) 1.0901 para el Sistema Ica; y v) 2.0390 para el Sistema Paracas.

4) Sustento del petitorio

- 4.1 Electro Dunas cita detalles y expone su sustento técnico sobre los sistemas eléctricos cuestionados en su recurso indicando que el procedimiento seguido por Osinergmin no

cumple con lo previsto en el Manual FBP y tampoco con su actuación en procesos de fijación del FBP de años anteriores.

Señala que los sistemas eléctricos Chincha, Chincha Baja Densidad, Pisco y Santa Margarita, tienen un crecimiento vegetativo debido a que cumplen con la condición prevista en el Artículo 12.3 del Manual FBP. Agrega la impugnante que, sin embargo, Osinergmin consideró a estos Sistemas Eléctricos como si tuvieran un crecimiento expansivo, aplicando lo previsto en los Artículos 12.4 y 15 del Manual FBP; y, al considerar que dichos sistemas tienen un crecimiento expansivo, generó una mayor cantidad de periodos con crecimiento vegetativo sin el sustento adecuado, a pesar que se observa que la tasa mensual de crecimiento de clientes es negativa.

Indica que en el Manual FBP, a fin de determinar el FCVV, sólo se considera como excepción la determinación del número de cortes de periodos vegetativos, y que ello está contemplado en el Artículo 13.3. No obstante, esta situación no se presenta en el FBP determinado por Osinergmin, por lo que considera, se deben aplicar los Artículos 12, 14 y 15 del Manual FBP.

- 4.2** Asimismo, respecto al Sistema Eléctrico Ica, Electro Dunas señala que conforme a lo indicado en el Artículo 12.4 del Manual del FBP, correspondería que se le considere un Sistema Eléctrico con crecimiento expansivo con dos periodos vegetativos, sin embargo, debido a que en el mes de octubre se presenta una disminución de clientes, Osinergmin ha calificado este sistema con crecimiento expansivo con cuatro periodos vegetativos. Añade que, a fin de determinar el número de periodos con crecimiento vegetativo, se ha debido aplicar lo señalado en el Artículo 15 del Manual de FBP, donde se señala que este se da cuando la tasa de crecimiento de los clientes en un determinado mes supera la tasa anual de crecimiento poblacional. Al respecto refiere que en octubre se tuvo un crecimiento del número de clientes negativo sin superar la tasa de crecimiento poblacional anual. No obstante, Osinergmin consideró a dicho mes como de crecimiento vegetativo, incumpliendo, según Electro Dunas, lo establecido en el Manual FBP.
- 4.3** Por las razones indicadas en los párrafos precedentes, solicita que se reconsideren los cálculos, y se fije un FCVV de: i) 1.0610 para el Sistema Chincha, ii) 1.2104 para el Sistema Chincha Baja Densidad, iii) 1.0678 para el Sistema Pisco, iii) 1.4159 para el Sistema Santa Margarita, y iv) 1.0901 para el Sistema Ica.
- 4.4** En el mismo sentido de lo alegado para los sistemas eléctricos señalados en los párrafos anteriores, respecto al Sistema Eléctrico Paracas, señala Electro Dunas que la tasa anual de crecimientos de clientes es menor a la tasa de crecimiento poblacional, por lo que conforme al Artículo 12.3 del Manual FBP, le correspondería ser clasificado como un Sistema Eléctrico con crecimiento vegetativo. Indica que, sin embargo, Osinergmin además de no aplicar lo que se señala en el Manual del FBP, determinó el número de periodos de crecimiento vegetativo considerando la estacionalidad de la demanda. Agrega que con dicho criterio, Osinergmin genera cortes de periodos de crecimiento vegetativo, a pesar que la tasa de crecimiento de clientes en ningún mes del año logra superar la tasa de crecimiento poblacional. Precisa que se trata de un Sistema Eléctrico Estacional por el comportamiento de la demanda del sector pesquero de la localidad de Paracas, siendo que las plantas procesadoras que toman esta demanda realizan sus actividades cuando el Ministerio de Pesquería autoriza la pesca para el procesamiento de harina de pescado. Por ello, indica que las variaciones

del Ingreso de Potencia en Media Tensión no significan que se haya producido un crecimiento o decrecimiento de la demanda.

Por lo señalado, Electro Dunas refiere que el FCVV del Sistema Eléctrico Paracas debería ser fijado en 2.0390.

- 4.5** Como fundamentos de derecho, Electro Dunas cita los principios de legalidad, debido procedimiento, imparcialidad, y predictibilidad, previstos en el Artículo IV numerales 1.1, 1.2, 1.5 y 1.15 del Título Preliminar del TUO de la LPAG, así como el deber de motivación, previsto en el Artículo 6 de la misma norma. Respecto a los principios de legalidad, imparcialidad, predictibilidad y confianza legítima, Electro Dunas señala que al no cumplir con lo previsto en el Manual FBP, y alejarse de fijaciones anteriores como en los años 2018 y 2019 sin argumentos suficientes, la actuación de Osinergmin estaría vulnerando estos principios y que por lo tanto la Resolución 061 se encuentra viciada de nulidad. Añade que, al no sustentar su decisión de generar una mayor cantidad de periodos con crecimiento vegetativo para el Sistema Eléctrico Ica, estaría vulnerando adicionalmente, el principio de debido procedimiento y el deber de motivación.

5) Análisis legal del recurso de reconsideración

5.1 Sobre la solicitud de nulidad

De conformidad con el Artículo 10 del TUO de la LPAG, los vicios del acto administrativo que causan su nulidad son cuatro: i) la contravención a la Constitución, las leyes, o normas reglamentarias, ii) el defecto u omisión en alguno de sus requisitos de validez (competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular), salvo que se presente algún supuesto de conservación del acto iii) los actos expresos o que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su aplicación y iv) los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal.

De acuerdo a lo indicado, la solicitud de nulidad planteada por Electro Dunas, se enmarca en las causales referidas a la contravención de leyes y normas reglamentarias, pues indica que se habría incumplido con lo establecido en el Manual FBP, lo que acarrea, según señala, la nulidad de la resolución impugnada, al afectarse el deber de motivación contemplado en el Artículo 6 del TUO de la LPAG y los principios de legalidad, predictibilidad y debida motivación, contemplados también en dicha norma.

Sobre este extremo, cabe precisar que la aplicación por parte del área técnica de los artículos del manual FBP objeto de cuestionamiento, obedecen a una interpretación de dicho cuerpo normativo, no siendo esta una causal de nulidad de acto administrativo *per se*. En efecto, tal como se señala en el Artículo 6 del TUO de la LPAG, no constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

Como se aprecia, una interpretación distinta tanto de los medios probatorios como de las normas aplicables, no constituiría una contravención a las leyes o normas reglamentarias, ni al deber de motivación como requisito de validez del acto; por lo que lo señalado por Electro Dunas no puede considerarse como vicios del acto administrativo que causen su nulidad en caso el acto administrativo cuestionado se encuentre conforme al marco legal aplicable, sin perjuicio que la motivación del acto pueda ser ampliada con ocasión de resolver el recurso impugnatorio.

En ese sentido, la interpretación distinta que Electro Dunas tiene de los Artículos 12, 14 y 15 del Manual FBP, no podría conllevar necesariamente a que se declare la nulidad de la resolución impugnada, correspondiendo al área técnica explicar el sustento pertinente y analizar los argumentos técnicos de la impugnante a efectos de determinar si corresponde o no amparar la nulidad solicitada.

5.2 Sobre el cálculo del FCVV en sus Sistemas Eléctricos

De acuerdo al numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el principio de legalidad las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, las leyes y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas. En este sentido, en el Artículo V del mismo cuerpo normativo, se establece que una de las fuentes del derecho administrativo son los reglamentos del Poder Ejecutivo, así como las demás normas subordinadas a éstos.

En ese sentido, la administración se encuentra obligada a ceñirse a la normatividad jurídica, y proceder en su accionar de acuerdo a las normas, respetando la jerarquía normativa; siendo que todo acto que emita debe encontrar su justificación en preceptos legales, así como los hechos o conductas que lo causen.

Se observa que la pretensión de Electro Dunas es de contenido técnico, al estar referida, en esencia, a que se modifique el cálculo de Factor de Crecimiento Vegetativo (FCVV) de los Sistemas Eléctricos Chincha, Chincha Baja Densidad, Pisco, Santa Margarita, Ica y Paracas, y en virtud de las consideraciones previamente expuestas, se modifique el FCVV fijado para cada uno de dichos sistemas; materia que no corresponde dilucidar a esta Asesoría. Por lo tanto, los argumentos expuestos en el recurso de reconsideración, deben ser objeto de valoración por parte del área técnica y en virtud de tal análisis, conforme al principio de legalidad citado en los párrafos precedentes, deberá concluir si en mérito a dicha información y lo dispuesto en el Manual FBP, se justifica o no la modificación de la resolución impugnada y, en consecuencia, si el recurso en cuestión es fundado, fundado en parte o infundado.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe agregar que solo en caso de encontrar alguna situación que no haya sido específicamente normada, la administración se encuentra facultada a aplicar los métodos de integración, a fin de cumplir con la obligación de emitir un pronunciamiento, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual 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.

Por tanto, solo en caso el área técnica considere que se encuentra frente a una situación para la cual no se haya emitido una norma específica, pero que debe ser regulada; deberá aplicar analógicamente una disposición que resulte lo más cercana posible al supuesto que se pretende regular, a fin de cumplir la finalidad de la mencionada norma; siendo que, tal como se señaló previamente, en caso el tema controvertido se encuentre contemplado en alguno de los supuestos del Manual FBP, deberá aplicarse la metodología ahí prevista, de conformidad con el ya indicado principio de legalidad.

6) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso de reconsideración

- 6.1** De conformidad con el Artículo 218 de TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 6.2** Atendiendo a que Electro Dunas interpuso su recurso de reconsideración el 06 de julio de 2020, el plazo máximo para resolverlo vence el día 18 de agosto de 2020¹.
- 6.3** Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 219 del TUO de la LPAG.

7) Conclusiones

- 7.1** Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente Informe, el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Dunas S.A.A. contra la Resolución Osinergmin N° 061-2020-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 7.2** Por las razones expuestas en el numeral 5.1) del presente informe, esta Asesoría recomienda se declare no ha lugar la solicitud de nulidad planteada por Electro Dunas S.A.A. respecto a la supuesta inobservancia por parte de Osinergmin de los Artículos 12, 14 y 15 del Manual FBP, dado que una interpretación distinta de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto, puede conducir a estimar total o parcialmente el recurso presentado, mas no la declaración de nulidad del acto.
- 7.3** Por las razones expuestas en el numeral 5.2) del presente informe, se considera que los argumentos expuestos en el recurso de reconsideración, deben ser objeto de valoración por parte del área técnica y en virtud de tal análisis, conforme al principio de legalidad citado en los párrafos precedentes, deberá concluir si en mérito a dicha información y lo dispuesto en el Manual FBP, se justifica o no la modificación de la resolución impugnada y, en consecuencia, si el recurso en cuestión es fundado, fundado en parte o infundado. Solo en caso el área técnica considere que se encuentra frente a una situación para la cual no se haya emitido una norma específica, pero que debe ser regulada; deberá aplicar analógicamente una disposición que resulte lo más cercana posible al supuesto que se pretende regular, a fin de cumplir la finalidad de la mencionada norma, de conformidad con lo establecido en el Artículo VIII del Título

¹ Cabe indicar que mediante el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 081-2020, publicado el 06 de julio del 2020, se dejó sin efecto el feriado nacional del miércoles 29 de julio del 2020.

Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes.

7.4 El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 18 de agosto de 2020



Firmado por: CASTILLO
SILVA María del Rosario
Oficina: GRT – San Borja
Cargo: Asesora Legal
de la GRT
Fecha: 11/08/2019



Firmado por: AMEZ DIAZ
María Jacqueline
Oficina: GRT – San Borja
Cargo: Especialista Legal
de la GRT
Fecha: 11/08/2019

/wmf