



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

# Resolución Ministerial

No. 312-2020-MINEM/DM

Lima, 09 de octubre de 2020

**VISTOS:** El Informe N° 286-2020-MINEM/DGE de la Dirección General de Electricidad, y el Informe N° 665-2020-MINEM/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas; y

**CONSIDERANDO:**

Que, el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, establece, entre otras competencias del Ministerio de Energía y Minas, aprobar las disposiciones normativas que le correspondan;

Que, en el proceso de Acción Popular N° 28315-2019, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emite la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2019, mediante la cual declaró "(...) NULO el Decreto Supremo N° 043-2017-EM, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, que modificó el artículo 5, del Decreto Supremo N° 016-2000-EM; y se ordena que el Estado cumpla con regular de conformidad con el Decreto Supremo N° 039-2017-EM (...)";

Que, de conformidad con dicho mandato y, en atención al numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se propone la necesidad de establecer disposiciones para la determinación del precio del gas natural para generación eléctrica;

Que, el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, menciona que las entidades dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia, en el diario oficial "El Peruano", en sus portales electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales, con la finalidad de permitir que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas;

Que, de acuerdo a los informes de vistos, se sustenta la necesidad de disponer la publicación del proyecto de "Decreto Supremo que establece disposiciones para la determinación del precio del gas natural para generación eléctrica", así como de su Exposición de Motivos en el Portal Institucional del Ministerio de Energía y Minas, por un plazo de siete (7) días calendario, a fin que las entidades públicas, privadas y la ciudadanía en general alcancen sus opiniones, comentarios y/o sugerencias;



De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas; el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-EM y sus modificatorias; y el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2009-JUS;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.- Publicación del proyecto normativo**

Dispóngase la publicación del proyecto de "Decreto Supremo que establece disposiciones para la determinación del precio del gas natural para generación eléctrica", así como de su Exposición de Motivos, en el Portal Institucional del Ministerio de Energía y Minas ([www.gob.pe/minem](http://www.gob.pe/minem)), el mismo día de la publicación de la presente Resolución Ministerial en el Diario Oficial El Peruano, a efectos de recibir los comentarios y/o aportes de la ciudadanía por el plazo de siete (7) días calendario, contado desde la publicación de la presente Resolución.

**Artículo 2.- Mecanismo de participación**

Las opiniones, comentarios y/o sugerencias sobre el proyecto normativo a que se refiere el artículo 1 de la presente Resolución Ministerial, deben ser remitidas por vía electrónica, con atención a la Dirección General de Electricidad, a la siguiente dirección de correo electrónico: [Prepublicaciones\\_DGE@minem.gob.pe](mailto:Prepublicaciones_DGE@minem.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



**MIGUEL INCHAUSTEGUI ZEVALLOS**  
Ministro de Energía y Minas





# Decreto Supremo

## DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE DISPOSICIONES PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL GAS NATURAL PARA GENERACIÓN ELÉCTRICA

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

### CONSIDERANDO

Que, con Decreto Supremo N° 043-2017-EM, Decreto Supremo que modifica el artículo 5 del Decreto Supremo N° 016-2000-EM, se estableció un precio mínimo para la declaración de precios de gas natural por parte de los generadores eléctricos que utilizan dicho combustible;

Que, en el proceso de Acción Popular N° 28315-2019, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emite la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2019, mediante la cual declaró "(...) *NULO el Decreto Supremo N° 043-2017-EM, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, que modificó el artículo 5, del Decreto Supremo N° 016-2000-EM; y se ordena que el Estado cumpla con regular de conformidad con el Decreto Supremo N° 039-2017-EM (...)*";

Que, el 26 de agosto de 2020, la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, que en representación del Estado asumió la defensa en el mencionado proceso constitucional, fue notificada con la referida sentencia; la cual se puso en conocimiento del Ministerio de Energía y Minas el 28 de agosto de 2020 y publicada el 21 de septiembre de 2020, en el diario oficial "El Peruano";

Que, el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que: "(...) *Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)*";

Que, el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS recoge el carácter vinculante de las decisiones judiciales, en los siguientes términos: "*toda (...) autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales (...) emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala*";

Que, para el cumplimiento de la Sentencia de Acción Popular y, en atención a los principios de competencia y de ejercicio legítimo del poder establecidos en el artículo VI de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y el numeral 1.17 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, respectivamente, resulta necesario considerar la competencia de cada una de las entidades que participan en la formulación y



aprobación de la regulación aplicable a los costos de combustibles de las centrales de generación a base de gas natural;

Que, en tal sentido, el artículo 7 de la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, establece que este Ministerio ejerce competencia exclusiva para diseñar, establecer y supervisar las políticas nacionales y sectoriales en materia de energía y de minería, asumiendo la rectoría respecto de ellas; y, para dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas;

Que, el artículo 12 de Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, establece que el COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional - SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, y procurando el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Asimismo, indica que el COES se encuentra a cargo de administrar el mercado de corto plazo;

Que, el literal b) del artículo 13 de la citada Ley establece que el COES tiene la función de elaborar los procedimientos vinculados a la operación del SEIN y la administración del mercado de corto plazo, los cuales deberán ser aprobados por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN. Asimismo, el literal a) del artículo 14 establece que el COES tiene a su cargo desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución;

Que, el artículo 99 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, establece que la información sobre precios y calidad de combustible en centrales termoeléctricas para los primeros doce meses de planificación, será proporcionada al Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional - COES por los titulares de las entidades de generación, acompañado del informe sustentatorio de los valores entregados;

Que, de acuerdo a lo expuesto, el Estado Peruano debe ejecutar las acciones para acatar la sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. En ese marco, en lo que corresponde a sus competencias, el Ministerio de Energía y Minas debe emitir las disposiciones normativas que permitan dar cumplimiento a la referida sentencia; y, el OSINERGMIN aprobar en un plazo perentorio, a propuesta del COES, los criterios y metodología para el reconocimiento de los costos del gas natural como parte del proceso de cálculo y determinación de los Costos Variables de las unidades de generación del SEIN;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 118 y en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, el Reglamento de Organización





# Decreto Supremo

y Funciones del Ministerio de Energía y Minas aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-EM; y, en cumplimiento de la sentencia de Acción Popular emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República Expediente N° 28315-2019 y publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de septiembre del 2020;

## DECRETA:

**Artículo 1.- Disposiciones para la aplicación del artículo 99 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM para centrales termoeléctricas que utilizan gas natural**

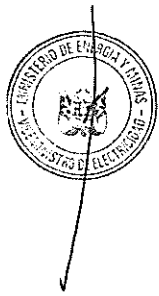
Para efectos de la aplicación del artículo 99 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) presenta al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, la propuesta de modificación de los procedimientos técnicos referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio y calidad del gas natural, y la determinación de los costos variables de las unidades de generación termoeléctricas que utilizan gas natural, dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contado a partir del día siguiente de la publicación del presente Decreto Supremo.

**Artículo 2.- Aprobación de la propuesta de modificación de los procedimientos técnicos del COES referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio del gas natural**

2.1 OSINERGMIN aprueba los procedimientos técnicos referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio y calidad del gas natural, y la determinación de los costos variables de las unidades de generación termoeléctricas que utilizan gas natural señalado en el artículo 1 del presente Decreto Supremo, dentro de un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, contado desde la recepción de las propuestas del COES a que se refiere el artículo 1.

2.2 En el proceso de aprobación de los procedimientos técnicos, se consideran las siguientes etapas:

- OSINERGMIN evalúa la propuesta del COES y de no encontrar observaciones publica los proyectos de procedimientos técnicos para comentarios y sugerencias de los interesados;
- En caso de encontrar observaciones en la propuesta, OSINERGMIN las comunica al COES con la debida fundamentación;
- El COES absuelve las observaciones y/o presenta una nueva propuesta, de ser el caso;



- d) OSINERGMIN evalúa la subsanación de las observaciones presentadas por el COES y efectúa modificaciones en la propuesta únicamente con relación a los aspectos que fueron materia de observación al COES y no fueron adecuadamente subsanados;
- e) OSINERGMIN publica los proyectos de procedimientos técnicos para comentarios y sugerencias de los interesados; y,
- d) OSINERGMIN evalúa los comentarios formulados por los interesados, aprueba y publica los procedimientos técnicos.

2.3 OSINERGMIN establece los plazos correspondientes para cada una de las etapas descritas en el numeral anterior.

#### **Artículo 3.- Publicación**

El presente Decreto Supremo se publica en el Portal Institucional del Ministerio de Energía y Minas ([www.gob.pe/minem](http://www.gob.pe/minem)) el mismo día de su publicación en el diario oficial "El Peruano".

#### **Artículo 4.- Refrendo**

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Energía y Minas.

Dado en la casa de gobierno, en Lima a los        días del mes de octubre de dos mil veinte.

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**Decreto Supremo que establece disposiciones para la determinación del precio del gas natural para generación eléctrica**

**1. Antecedentes**

- 1.1. Con fecha 30 de abril de 2018, la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, admitió a trámite la demanda de Acción Popular presentada por Luz del Sur S.A.A. (en adelante, Luz del Sur o la demandante).
- 1.2. Con fecha 6 de junio de 2018, la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente o, en su defecto, infundada. Ello, considerando que dicha Procuraduría ejerce la representación procesal y la defensa jurídica del Poder Ejecutivo en los procesos de Acción Popular, de conformidad con lo establecido por el numeral 48.1 del artículo 48 del Reglamento del Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2019-JUS.
- 1.3. Con fecha 2 de julio de 2019, la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima emite la Resolución N° 9, mediante la cual declara infundada la demanda de Acción Popular interpuesta por Luz del Sur.
- 1.4. Mediante Resolución N° 10, de fecha 9 de setiembre de 2019, la Sala Superior concedió el recurso de apelación con efecto suspensivo, contra la sentencia que declara infundada la demanda.
- 1.5. Mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2019, la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional absolvió la apelación, reiterando los argumentos de fondo señalados en su contestación de la demanda, solicitando que se confirme la resolución de primera instancia, que desestimó la demanda en todos sus extremos.
- 1.6. Con fecha 3 de diciembre de 2019, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, la Sala Suprema), revoca la sentencia apelada y reformándola declara fundada la demanda; en consecuencia, nulo el Decreto Supremo N° 043-2017-EM (en adelante, DS 043-2017-EM), que modificó el artículo 5 del Decreto Supremo N° 016-2000-EM (en adelante, DS 016-2000-EM). Asimismo, ordena que el Estado cumpla con regular la materia, de conformidad con el Decreto Supremo N° 039-2017-EM (en adelante, DS 039-2017-EM).
- 1.7. El 26 de agosto del 2020, la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional es notificada con la referida sentencia.



- 1.8. El 28 de agosto de 2020, mediante Oficio N° 0117-2020-JUS-CDJE/PPEMC, ingresado con registro N° 3065266, la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional remite al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM) copia simple de la Sentencia expedida en el proceso de Acción Popular contra el DS 043-2017-EM.
- 1.9. El 21 de septiembre de 2020, se publicó la sentencia emitida por la Sala Suprema en el diario oficial "El Peruano".

## 2. Marco regulatorio

### 2.1. Normativa aplicable a la operación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)

El artículo 12 de Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica (en adelante, Ley N° 28832), establece que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES) tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, y procurando el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Asimismo, indica que el COES se encuentra a cargo de administrar el Mercado de Corto Plazo. Cabe precisar que, es en base al despacho de mínimo costo programado por el COES que se forma el precio del mercado de corto plazo o mercado *spot*.

Por su parte, los artículos 13 y 14 de la Ley N° 28832 desarrollan las funciones de interés público y las funciones operativas del COES. Por un lado, el literal b) del artículo 13 establece que el COES tiene la función de elaborar los procedimientos vinculados a la operación del SEIN y la administración del Mercado de Corto Plazo, los cuales deberán ser aprobados por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN). Mientras que, el literal a) del artículo 14 señala que el COES tiene a su cargo desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución.

En el mismo sentido, el numeral 5.1 del artículo 5 del Reglamento del COES, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2008-EM (en adelante, DS 027-2008-EM), dispone que el COES, a través de la Dirección Ejecutiva, tiene la atribución de elaborar las propuestas de procedimientos técnicos vinculados a la operación del SEIN y administración de Corto Plazo. El COES remite las propuestas al OSINERGMIN para su aprobación, acompañándolas de los estudios que las sustenten.

En el marco de la normativa previamente citada, mediante Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 244-2014-OS/CD se aprobó el Procedimiento Técnico del COES PR-01 "Programación de la Operación de Corto Plazo", el cual tiene como objetivo fijar los criterios técnicos y la metodología para la elaboración de los programas de la operación de Corto Plazo de las Unidades de Generación del SEIN, teniendo en cuenta la gestión eficiente para el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, a fin de garantizar la operación económica del SEIN preservando los criterios de calidad, seguridad y confiabilidad.





**2.2. Normativa aplicable a la determinación de los Costos Marginales (CMg)**

El artículo 8 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE) establece un régimen de libertad de precios, aplicado a aquellos suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia; y, un régimen de precios regulados, para aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo los costos de eficiencia.

Conforme al artículo 42 de la LCE, los precios regulados deben reflejar los costos marginales de suministro y se estructurarán de tal forma que promuevan la eficiencia del sector. Por su parte, el literal a) del artículo 43 del mismo cuerpo normativo, señala que estará sujeta a regulación de precios la transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley N° 28832. En relación a ello, el literal e) del artículo 14 de la Ley N° 28832, indica que el COES tiene a su cargo la función operativa de calcular los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico.

Es preciso mencionar que mediante Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 179-2017-OS/CD, se aprobó el Procedimiento Técnico COES PR-07 "Determinación de los costos marginales de corto plazo"<sup>1</sup>, en el cual se establece como obligación del COES calcular los Costos Marginales de Corto Plazo que serán utilizados en la valorización de las transferencias de energía y compensaciones, y establece la metodología para el cálculo del Costo Marginal.

Respecto al sistema de precios marginalista, el numeral 5 del Anexo de la LCE ha definido al Costo Marginal de Corto Plazo como el "costo para producir una unidad adicional de electricidad en cualquier barra del sistema de generación-transporte". En virtud de ello, el artículo 105 del Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, RLCE) ha establecido que la labor del COES consiste en calcular, cada hora o grupo de horas, el Costo Marginal de Corto Plazo del sistema en las barras de las subestaciones en que se produzcan entregas y retiros de energía. Asimismo, señala que, conforme a la definición contenida en el numeral 5 del Anexo de la LCE, el Costo Marginal de Corto Plazo se calcula considerando el costo promedio en que incurre el sistema eléctrico en conjunto durante una hora para suministrar una unidad adicional de energía en la barra correspondiente, tomando en cuenta la operación óptima determinada por el COES.



**2.3. Normativa aplicable a los precios de combustibles de las centrales termoeléctricas**

El artículo 99 del RLCE establece que la información sobre precios y calidad de combustible en centrales termoeléctricas, para los primeros doce meses de planificación, será proporcionada a la Dirección de Operaciones del COES por los titulares de las instalaciones de generación, acompañada del informe sustentatorio de los valores presentados. Esta información es requerida por el COES, de modo que pueda planificar el despacho de las centrales al mínimo costo.

<sup>1</sup>Entró en vigencia el 1 de enero de 2018.

En el artículo 5 del DS 016-2000-EM, emitido con fecha 14 de setiembre de 2000, se consignó una excepción a la regla contenida en el artículo 99 del RLCE, señalándose originalmente, que para efectos del artículo 99 del RLCE, tratándose de entidades de generación que utilizan gas natural como combustible, estas deben declarar un precio único por una sola vez al año, el cual no debe superar el precio del gas en boca de pozo establecido en los contratos de suministro entre el productor y el generador, más la suma de las tarifas de transporte y distribución de gas natural reguladas por la ex Comisión de Tarifas, cuyas funciones fueron asumidas posteriormente por OSINERGMIN.

En los considerandos del DS 016-2000-EM se indica que, en el caso del gas natural, el precio máximo del gas y las tarifas máximas por los servicios de transporte y distribución, proviene de los contratos y de la regulación de los servicios mencionados. Por este motivo, se consideró conveniente establecer los requisitos que deben cumplir las centrales termoeléctricas que utilizan gas natural, en la información relativa a los precios de dicho combustible y demás costos variables, de modo que se promueva la competencia, pero no se superen los precios máximos contenidos en los contratos.

Con fecha 4 de julio de 2001, se emite el Decreto Supremo N° 034-2001-EM, el cual modifica el artículo 5 del DS 016-2000-EM, estableciendo que, para efectos de lo dispuesto en el artículo 99 del RLCE, la información relativa al precio del gas natural será sustentada y deberá incluir los costos de suministro, transporte y distribución de gas natural, según corresponda, cuando estos se constituyan en gastos en los cuales se incurre para generar una unidad adicional de energía.

Posteriormente, el 21 de diciembre de 2002 se emitió el Decreto Supremo N° 055-2002-EM, el cual sustituye el texto del artículo 5 del DS 016-2000-EM, y retorna a la declaración, por parte de los titulares de unidades de generación que utilicen gas natural como combustible, de un precio único del gas natural puesto en el punto de entrega de cada central de generación, una fórmula de reajuste y la información relativa a la calidad del combustible. Se mantuvo el criterio de que el precio único considerará los costos de suministro, transporte y distribución de gas natural, según corresponda. El Decreto Supremo N° 055-2002-EM consideró que la aplicación del artículo 99 del RLCE, exige atender a la naturaleza de cada tipo de combustible y a las diferentes condiciones existentes entre ellos.

Mediante Decretos Supremos N° 014-2006-EM<sup>2</sup>, N° 019-2007-EM<sup>3</sup> y N° 043-2017-EM<sup>4</sup>, se continuó modificando el artículo 5 del DS 016-2000-EM, sin embargo, todos mantuvieron el esquema de declaración de un precio único del gas natural, únicamente incorporando mejoras al mecanismo.



<sup>2</sup> Modificó el artículo 5 de modo que se fije como precio máximo aquel que efectivamente corresponda al precio variable aplicado por el productor para el suministro de gas natural para generación eléctrica.

<sup>3</sup> Diferencia la declaración de precios para el periodo de estiaje y para el periodo de avenida, para lo cual determina que la información referida al precio único del gas natural es presentada por las empresas de generación dos veces al año.

<sup>4</sup> Incorpora un nuevo esquema de declaración del precio del gas natural que establece un valor mínimo para la declaración única del precio del gas natural, correspondiente al valor de la parte variable del contrato de suministro suscrito con el productor, y las cláusulas contractuales que establecen un periodo de recuperación de cantidades diferidas.

Es preciso señalar que, mediante DS 039-2017-EM se suspendió hasta el 31 de diciembre de 2017, la aplicación del numeral 5.2 del artículo 5 del DS 016-2000-EM, el cual establecía lo siguiente:

*“5.2 La declaración única de precios de gas natural a que se refiere el párrafo precedente, es presentada al COES por los Generadores una vez al año, el último día útil de la primera quincena del mes de junio, en sobre cerrado, entrando en vigor el 1 de julio del mismo año. El proceso de apertura de sobres de los precios del gas natural se realiza en presencia de un representante de OSINERGMIN, quien oficiará como veedor. (...)”.*

Conforme a lo indicado en los considerandos del DS 039-2017-EM, la suspensión se dispuso por lo siguiente:

*“(...) las centrales que utilizan el gas natural, han venido declarando costos bajos, en algunos casos cercanos a cero, ocasionando que el precio del Mercado de Corto Plazo esté en niveles por debajo de los costos reales de generación, y se distorsione la señal de precios;*

*(...) por tal motivo, con la finalidad de evitar que la próxima declaración del precio único de gas natural que realicen las Generadoras Integrantes del COES, impacte en los Costos Marginales de Corto Plazo durante el siguiente semestre, resulta necesario suspender el proceso de declaración del precio único de gas natural al que hace referencia el artículo 5.2 del Decreto Supremo N° 016-2000-EM (...)”.*

Mediante DS 043-2017-EM, publicado el 28 de diciembre de 2017, se modificó el artículo 5 del DS N° 016-2000-EM. Dicho Decreto Supremo fue declarado nulo por la Sala Suprema mediante sentencia emitida el 3 de diciembre de 2019 y publicada en el diario oficial “El Peruano” el 21 de septiembre de 2020.

### **3. Descripción de la Sentencia**



La Sentencia recaída en el proceso de Acción Popular N° 28315-2019 determina que el DS 043-2017-EM vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad, igualdad y eficiencia, en virtud a los siguientes argumentos:

#### **3.1. Vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad**

Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad, la Sala Suprema ha señalado lo siguiente:

*“8.2 (...) en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación –elemento inherente al debido proceso, que desarrollemos más adelante–, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, (...).”*

8.3 Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano, al emitir su decisión en el Expediente N° Exp. N° 04101- 2017-PA/TC- LIMA, caso Carmen Liliانا Arlet Rojjasi Pella, determinó que:

*“Lo expuesto se fundamenta (...) en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3 y 43 de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión” (cfr. Sentencia 0728-2008- PHC, fundamento 9). (...)*

*8.4.3 (...) el Decreto Supremo N° 043-2017-EM no justifica discrecionalmente del porqué las empresas termoeléctricas generadoras de gas natural tendrán un precio único, (...) advirtiéndose que el decreto supremo, materia de cuestionamiento, infringe el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, toda vez que de la elección que ha determinado que las empresas termoeléctricas a gas declaren un costo mínimo, no siendo congruente con lo determinado en el Decreto Supremo N° 039-2017-EM.*

*(...)*

*8.4.5 Asimismo, no es posible sostener que el criterio técnico esbozado por la norma en cuestión sea “discrecional” -como se señala en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 043-2017-EM- ya que en la práctica, lo que ocurre es que se le otorga una ventaja injustificada a un sector de las empresas generadoras de energía eléctrica, en perjuicio de los demás actores, cuando el propio MINEM había reconocido que existía una obligación de declarar sus verdaderos costos de producción.*

*8.4.6 Asumir que las obligaciones de compra take or pay o ship or pay genera que dichos costos sean fijos (al no depender del nivel de producción) implica otorgarle a cierto sector la posibilidad de modificar y, en cierta medida, manipular el mercado a su conveniencia bajo la justificación de disposiciones contractuales rígidas -que provienen de un acuerdo entre privados, respecto del cual las autoridades no ejercen ningún control- lo que no resulta amparable en nuestro esquema constitucional.*

*(...).”*

### **3.2. Vulneración al principio de igualdad.**

Sobre el principio de igualdad, la Sala Suprema ha señalado lo siguiente:

*“(...) se aprecia que Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta manifiesta en su recurso impugnatorio que el Decreto Supremo N° 043-2017-EM importaría una afectación injustificada al trato en condiciones de igualdad para los actores del sector eléctrico, pues habilita a las empresas generadoras que utilizan gas natural como combustible a declarar valores cercanos a cero como costo variable, eliminando la parte **take or pay** de la ecuación, lo que les permitiría obtener una ventaja indebida al alterar el orden de despacho de energía eléctrica y modificar los precios del mercado de corto plazo.*

*(...)*

*9.11 A partir de lo indicado, se encuentra probado que, con la nueva fórmula planteada en el Decreto Supremo N° 043-2017-EM, el MINEM buscaría adecuar el marco regulatorio de las declaraciones de empresas generadoras a gas a las condiciones contractuales rígidas asumidas por dichas empresas, permitiéndoles declarar como “costos fijos” aquellos valores*



que asumen por el suministro, transporte y distribución de gas natural, lo cual involucraría un trato diferenciado respecto a otros actores del mercado eléctrico.

**9.12** No obstante lo expuesto y como quiera que ha quedado establecido que el trato diferenciado no involucra per se una vulneración al principio de igualdad, corresponde ahora analizar si dicho tratamiento encuentra una justificación en nuestro ordenamiento, de manera que pueda determinarse si la norma en cuestión se encuentra acorde con el esquema del Estado Constitucional de Derecho

**9.13** En relación con este aspecto, la sentencia de primera instancia menciona que la justificación vendría dada por el artículo 51, inciso c) de la Ley de Concesiones Eléctricas, sosteniendo que dicha norma determinaría que los costos de combustibles tienen la naturaleza de costos variables. No obstante, dicho razonamiento no resiste al análisis, ya que el artículo 51, inciso c) de la Ley de Concesiones Eléctricas se refiere a la fijación de tarifas en barra, las cuales son establecidas con periodicidad anual por el Osinergmin y tiene que ver con las tarifas de los usuarios regulados (...). Por su parte, los costos marginales son definidos en la Ley de Concesiones Eléctricas como los costos de producir una adicional de energía en cualquier barra del sistema de generación transporte, y son establecidos por el COES de acuerdo a sus procedimientos técnicos, con periodicidad distinta, (...).

**9.14** En realidad, el ordenamiento del sector eléctrico no contempla disposición alguna que permita o justifique la diferenciación efectuada por el MINEM, ni existe una justificación objetiva y razonable para conceder a un sector específico de actores del mercado eléctrico la posibilidad de declarar costos distintos a los que realmente incurre, más aún cuando la existencia de cualquier rigidez en la práctica de sus costos proviene, en todo caso, de condiciones pactadas en el marco de sus relaciones particulares y ejerciendo su autonomía de la voluntad.

**9.15** Se suma a lo anteriormente expuesto el hecho de que las generadoras a gas hayan venido declarando, (...), información distinta ante el COES y Osinergmin, circunstancia que se veía favorecida por el esquema "no auditable" de las declaraciones ante la primera entidad. Que las propias empresas involucradas consideren distintos valores para un mismo concepto refleja una distorsión injustificada, orientada a la obtención de un beneficio.

(...)

**9.17** A la luz del derecho a la igualdad reconocido con la Constitución, queda claro que el tratamiento diferenciado que se ejerce con la norma en cuestión no resulta amparable, más aún cuando la problemática que se denuncia había sido ya reconocida por el propio MINEM al momento de expedir el Decreto Supremo N° 039-2017-EM, donde detectó que las entidades deban acudir a criterios objetivos, razonables y motivados al momento de adoptar sus decisiones.

(...)."

### **3.3. Vulneración al principio de eficiencia.**

Sobre el principio de eficiencia, la Sala Suprema ha señalado lo siguiente:

"(...)

**11.3** Cabe señalar al respecto que el referido Decreto Supremo no incide objetivamente sobre la eficiencia de las empresas termoeléctricas a gas ni del porqué del precio único declarado por estas sean por el mínimo; (...).



(...)

*11.4 De esta forma, se advierte que el decreto supremo, materia de cuestionamiento, vulnera el **principio de eficiencia** (este principio busca generar electricidad al mínimo costo, lo cual significa que la central de generación que produzca energía por un menor costo variable será la primera que inyecta energía al sistema eléctrico interconectado nacional, mientras que la menos eficiente será la última en inyectar su energía al SEIN) descrito en las acotadas leyes, que en sí modifica el contenido de estas y altera el esquema que rige el mercado eléctrico peruano; por lo que, dicho cuestionamiento debe ser amparado en el presente proceso constitucional de acción popular.”*

### **3.4. Mandato de la Sentencia**

La Sentencia recaída en el proceso de Acción Popular N° 28315-2019 revoca la sentencia apelada de fecha 2 de julio de 2019, y reformándola declara fundada la demanda interpuesta por Luz del Sur. Asimismo, la decisión judicial establece lo siguiente:

- a) Declara la nulidad del DS 043-2017-EM, de fecha 28 de diciembre de 2017; y,
- b) Ordena al Estado cumpla con regular de conformidad con el DS 039-2017-EM.

### **4. Breve descripción del mercado eléctrico peruano y el régimen de los precios de gas natural para fines de generación eléctrica**

En el Perú, la industria de la electricidad comprende las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización. A través de la reforma llevada a cabo en el año 1992 mediante la emisión de la LCE, se optó por la desintegración vertical de la industria, separándose los sectores potencialmente competitivos (generación y comercialización) de los sectores con características de monopolio natural (transmisión y distribución).

La LCE estableció que el mercado de generación se desarrollaría en libre competencia y que los generadores podrían vender su electricidad en el Mercado de Corto Plazo o mercado *spot*, administrado por el COES, en el cual realizan las transferencias de potencia y energía aquellas generadoras que tuvieran superávit o déficit de producción respecto a sus obligaciones contractuales.

Es preciso notar que, la reforma introducida por la LCE supuso un reto debido a las características particulares de la energía eléctrica. En primer lugar, la energía eléctrica no puede ser almacenada, por lo menos no a costos eficientes; y, en segundo lugar, atendiendo a la primera característica, existe la necesidad de un equilibrio constante entre la oferta y la demanda, por lo que la electricidad debe ser producida en el momento en que se demande (la oferta y la demanda tienen que coincidir en cada momento). Para mantener dicho equilibrio, la producción de las centrales eléctricas, la operación de los sistemas de transmisión y la demanda de las grandes cargas, es coordinada por una entidad denominada Coordinador (en nuestro país es el COES), la cual se encarga de realizar programas operativos bajo los criterios de mínimo costo y eficiencia.

Los generadores ponen a disposición del operador del sistema la capacidad y energía de sus centrales y éste programa el despacho a mínimo costo, para luego realizar una serie de liquidaciones donde se saldan las diferencias entre los compromisos contraídos por los generadores con sus clientes y el valor de la energía realmente inyectada.



Los generadores suscriben contratos de suministro con sus compradores (distribuidoras o clientes libres) pero no necesariamente inyectan potencia y energía al sistema a fin de cumplir con sus compromisos contractuales, pues se encuentran sujetos a las instrucciones del COES en relación con el despacho de electricidad. En estos casos, es posible que, para cumplir con los contratos de suministro, los generadores tengan que pagar o recibir pagos por potencia y energía en el mercado *spot* en función a si inyectaron o no energía según las instrucciones del COES. Es por ello que, en el mercado de generación existen transacciones físicas y financieras.

En las transacciones físicas, los generadores entregan energía al sistema eléctrico en función a su costo variable para atender la demanda de los usuarios libres y los usuarios regulados quienes realizan retiros de energía en el sistema. El COES se encarga de que exista un balance entre la demanda estimada y la oferta ordenando la operación de las centrales de acuerdo a sus costos variables.

En las transacciones financieras, el COES también se encarga de disponer que quienes despachan energía sean compensados por quienes no lo hicieron al haber cubierto sus compromisos contractuales a través de energía generada por terceros. Por ejemplo, es posible que una empresa generadora tenga un contrato con una distribuidora por 50 MWh de energía, sin embargo, no necesariamente va a inyectar al sistema los 50 MWh, ya que el COES, siguiendo los criterios de mínimo costo y eficiencia, puede ordenarle que despache únicamente 30 MWh. Por lo tanto, la generadora deberá comprar la energía faltante a otras generadoras que sí produjeron, por la cual pagará el costo marginal de energía (precio *spot*), el cual corresponde al costo del último generador (costo marginal de energía) que abasteció de energía conforme a las instrucciones del COES.

Explicado el diseño del modelo de mercado de la generación eléctrica, a continuación, describiremos brevemente la necesidad de que se determinen los precios de gas natural para fines de generación eléctrica.

- ***Necesidad de que se determinen los precios de gas natural para fines de generación eléctrica***

Los programas operativos elaborados por el Coordinador de la operación del sistema eléctrico, incluye el ranking de las centrales que se requiere que produzcan electricidad en un periodo determinado. Para la elaboración de dicho ranking, el coordinador de la operación evalúa los costos en los que incurre cada unidad de generación para producir una unidad adicional de energía y ordena el ranking en función del más bajo al más alto costo de producción (llamados costos variables).

Para el caso de las centrales hidroeléctricas, el costo de producción (costos variables) considera fundamentalmente el costo del agua (canon y valor del agua), en tanto que para las centrales termoeléctricas (petróleo, diésel, carbón y gas), considera el precio del combustible.

Como se advierte, el precio de los combustibles, entre ellos el gas natural, es un insumo importante que determina los costos de producción (costos variables) de las centrales termoeléctricas que utilizan gas natural, ya que dichos costos serán considerados por el coordinador de la operación del SEIN para elaborar el ranking de producción de las centrales eléctricas del sistema eléctrico.

- ***Conceptos que se incluyen para determinar los Costos Variables de una unidad de generación eléctrica***



De acuerdo al Procedimiento Técnico del COES N° 31 "Cálculo de los costos variables de las unidades de generación", aprobado por Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 156-2016-OS/CD, los Costos Variables de las unidades de generación termoeléctrica incluyen los siguientes conceptos:

$$CV = CVC + CVNC$$

Donde:

CV: Costo Variable

CVC: Costo Variable Combustible

CVNC: Costo Variable No Combustible

Según el "Glosario de Abreviaturas y Definiciones Utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES", el Costo Variable Combustible es el gasto derivado del combustible para generar una unidad de energía y corresponde al consumo promedio necesario para generar con una potencia determinada. Por su parte, los Costos Variables no Combustibles, son los gastos de mantenimiento de una unidad y que guardan proporción directa con la producción de dicha unidad.

Para el caso de las centrales que utilizan gas natural, su Costo Variable Combustible, es determinado fundamentalmente por el precio del gas natural, el cual, de acuerdo al DS 043-2017-EM, podía ser declarado (es decir, presentado con carácter de declaración jurada), a diferencia del resto de tecnologías tales como las hidroeléctricas y las termoeléctricas que utilizan petróleo, diésel y carbón.

## 5. Cumplimiento de la Sentencia

### 5.5.1. Marco constitucional y legal aplicable

El numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: "(...) Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)." Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al artículo citado, que la ejecución de las sentencias constituye una afirmación del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>5</sup>, así como una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional.<sup>6</sup>

En ese sentido, el Tribunal ha reiterado la vinculación entre tutela y ejecución al indicar que "el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución"<sup>7</sup>.

Por su parte, el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (en adelante, TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial), recoge el carácter vinculante de las decisiones judiciales, estableciendo que "toda (...) autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las



<sup>5</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2005, STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC, fundamento 52.

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2004, STC Exp. N° 015-2001-AI/TC, N° 016-2001-AI/TC y N° 004-2002-AI/TC, fundamento 11.

<sup>7</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2005, STC Exp. 4110-2005-PA/TC, fundamento 64.



decisiones judiciales (...) emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala”.

En virtud de la normativa citada previamente, podemos concluir que el Estado, en el marco de sus competencias, tiene la obligación de cumplir con el mandato contenido en la Sentencia emitida por la Sala Suprema, en los propios términos que ella ha establecido.

**5.5.2. Distribución de competencias entre las entidades que regulan los costos de combustibles de las unidades de generación termoeléctricas**

Para el cumplimiento de la Sentencia por parte del Estado, es necesario evaluar la competencia de cada una de las entidades que participan en la formulación y aprobación de la regulación aplicable a los costos de combustibles de las centrales de generación, para efectos de la programación de la operación del SEIN. Es en función de los límites establecidos por las normas de orden legal, que cada una de las entidades involucradas en la regulación del sector eléctrico deba dar cumplimiento a la Sentencia, en el marco de sus respectivas competencias.

Al respecto, el artículo VI de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, recoge el principio de competencia, mediante el cual se impone dos obligaciones a las entidades del Poder Ejecutivo: i) ejercer sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno; y, ii) ejercer sus competencias exclusivas, no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ellas.

Por su parte, el numeral 1.17 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO LPAG) contempla el principio del ejercicio legítimo del poder, en virtud del cual la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades.

El principio de competencia supone que no es suficiente la invocación al interés general para que las actuaciones de una entidad sean reputadas como legítimas, se requiere, además, un respeto irrestricto por las normas que facultan dichas actuaciones; es decir, las facultades deben ser atribuidas a las autoridades administrativas por medio del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.



- **El MINEM como entidad competente para formular la política regulatoria aplicable al reporte de precios de combustible de las unidades de generación termoeléctrica que utilizan gas natural**

De la revisión de la LCE y la Ley N° 28832, no se advierte que el legislador haya optado por alguno de los modelos regulatorios para el reconocimiento de los costos variables de las unidades de generación, habiendo establecido las referidas normas legales, que le corresponde al Poder Ejecutivo aprobar las disposiciones reglamentarias sobre la materia que correspondan.

<sup>8</sup> MORÓN, Juan Carlos, 2019, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I*, 14° Edición, Lima: Gaceta Jurídica, p. 142.

Es preciso indicar que, el ámbito de competencia del MINEM se encuentra contemplado en la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, LOF), cuyo artículo 5 establece que el MINEM tiene la competencia exclusiva para diseñar, establecer y supervisar las políticas nacionales y sectoriales en materia de energía, asumiendo la rectoría respecto de ellas. Igualmente, señala que una de sus funciones rectoras es *“dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas; (...)”*.

La función normativa del MINEM también ha sido reconocida en su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2007-EM (en adelante, ROF) y modificatorias. El artículo 8 del ROF señala que, en el marco de sus competencias, el MINEM cumple la función de aprobar las disposiciones normativas que le correspondan, así como presentar anteproyectos de normas ante el Presidente de la República y ante el Consejo de Ministros, sobre las materias a su cargo.

De acuerdo con lo expuesto, le corresponde al MINEM formular y proponer la política regulatoria para el reporte de los precios de combustible de las unidades de generación que utilizan gas natural, la cual deberá ser tenida en cuenta por las entidades responsables de aprobar los procedimientos técnicos correspondientes. Cabe mencionar que, la política regulatoria sobre la información relativa a precios y calidad de combustible en centrales termoeléctricas se encuentra recogida en el artículo 99 del RLCE, por lo que mediante el presente Decreto Supremo se establecen las disposiciones para la aplicación de la citada política, a fin de dar cumplimiento a la Sentencia de Acción Popular emitida por la Sala Suprema.

- **El COES como entidad competente para formular los criterios y metodología para la determinación de los costos de combustible de las unidades de generación termoeléctricas a base de gas natural**

De acuerdo al “Glosario de Abreviaturas y Definiciones utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES”, los Costos Variables son definidos como los costos de operación de una Unidad de Generación que dependen de su nivel de producción, comprenden los Costos Variables Combustibles (en estos se incluye los costos del combustible) y los Costos Variables No Combustibles, cuya determinación, según lo establece la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 013-2016-OS/CD, se realiza de acuerdo a los Procedimientos Técnicos COES.

En concordancia con lo expuesto, el vigente Procedimiento Técnico del COES N° 31, aprobado por Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 156-2016-OS/CD, establece que el objeto de dicho Procedimiento Técnico es determinar el contenido, oportunidad y modo de presentación y actualización de la información y documentación que deben entregar al COES los Generadores, y precisar la metodología que debe utilizar el COES para el cálculo de los Costos Variables (CV) de las Unidades de Generación con base en dicha información y documentación.

Por su parte, el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley N° 28832, establece que corresponde al Directorio del COES, velar por el cumplimiento de, entre otras funciones, la elaboración de los procedimientos técnicos vinculados a la operación del SEIN, no estando sometido el referido Directorio a mandato imperativo y/o subordinación jerárquica de ningún tipo.



De conformidad con el literal b) del artículo 13 de la Ley N° 28832, el COES tiene como función de interés público, elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo. En esa misma línea, el numeral 5.1 del artículo 5 del Reglamento del COES, aprobado por DS 027-2008-EM establece que las propuestas de Procedimientos Técnicos deben ser acompañados de los respectivos estudios detallados que sustenten la propuesta.

De acuerdo con lo expuesto, siendo que los costos de combustibles de las unidades de generación a gas natural forman parte de los Costos Variables de las unidades de generación termoeléctrica que utilizan dicho recurso, corresponde al COES, en el ejercicio de sus competencias y autonomía técnica otorgadas por la Ley N° 28832, formular los procedimientos técnicos que contengan los criterios y metodologías que deben seguirse para determinar los costos de combustibles de las unidades de generación termoeléctricas a base de gas natural, con la información proporcionada a la Dirección de Operaciones por los titulares de las entidades de generación.

- **OSINERGMIN como entidad competente para aprobar los Procedimientos Técnicos que contengan los criterios y metodología para la determinación de los costos variables de las unidades de generación termoeléctricas a base de gas natural**

El literal b) del artículo 13 de la Ley N° 28832, establece que las propuestas de procedimientos en materia de operación del SEIN elaborados por el COES, son aprobadas por OSINERGMIN. Cabe señalar que, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28832, de conformidad con lo previsto en los derogados artículos 40 de la LCE y 86 del RLCE, la competencia para la aprobación de los procedimientos técnicos del COES (que incluye su Glosario de Abreviaturas y Definiciones) estaba a cargo del MINEM.

Asimismo, en concordancia con el numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento del COES, mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 476-2008-OS/CD, se aprobó la Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos del COES, la cual incluye los objetivos, plazos, condiciones, metodología, forma, responsables, niveles de aprobación parciales, documentación y estudios de sustento, para el proceso de aprobación de los Procedimientos Técnicos.

De conformidad con la Ley N° 26734, Ley del OSINERGMIN; Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; y, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el OSINERGMIN en el ejercicio de su función normativa, tiene autonomía técnica funcional.

En tal sentido, siendo que el Procedimiento Técnico con la metodología que debe utilizar el COES para el cálculo de los Costos Variables (CV) de las Unidades de Generación se encuentra directamente vinculada a la programación de la operación del SEIN, corresponde que, en concordancia con la Ley N° 28832, dicha metodología sea aprobada por el OSINERGMIN, en el ejercicio de sus competencias, su autonomía técnica funcional y su función normativa, siguiendo para estos efectos lo previsto en la Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos del COES, en lo que corresponda.

#### **5.5.2. Desarrollo de la fórmula normativa**



El presente Decreto Supremo se efectúa en cumplimiento de la Sentencia de Acción Popular N° 28315-2019, la cual ha ordenado al Estado a regular conforme a lo dispuesto en el DS 039-2017-EM, habiendo fundamentado su decisión, en el hecho que, a su consideración, el esquema de declaración de precios de gas natural vulnera los principios de igualdad, interdicción de la arbitrariedad y de eficiencia.

Sobre el particular, la parte sustantiva del DS 039-2017-EM establecía: i) la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2017 del proceso de declaración de precios de gas natural que estaba prevista para el 15 de noviembre de 2017 (disposición que fue derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del DS 043-2017-EM); y, ii) la utilización por el COES de los precios declarados el 23 de junio de 2017 por las Generadoras Integrantes del COES, hasta el 31 de diciembre de 2017.

Asimismo, la parte considerativa del DS 039-2017-EM, además de describir la base legal que sustentó su emisión, incluyó los siguientes considerandos respecto de la declaración de precios de gas natural:

*“Que, las centrales que utilizan el gas natural, han venido declarando costos bajos, en algunos casos cercanos a cero, ocasionando que el precio del Mercado de Corto Plazo esté en niveles por debajo de los costos reales de generación, y se distorsione la señal de precios;*

*Que, el Decreto Supremo N° 019-2017-EM al establecer que la declaración de precio único de gas natural, se efectúe para los períodos de avenida y estiaje, tuvo por objetivo representar mejor los costos de las empresas y reducir los incentivos a declarar un precio cercano a cero. Se esperaba que, en periodo de estiaje, las empresas a gas natural tengan el incentivo a declarar un costo del gas natural real, pues su demanda residual sería mayor;*

*Que, sin embargo, la situación actual del mercado eléctrico, en particular la sobreoferta de generación y los problemas en la contratación de gas natural, han demostrado que la modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 019-2017-EM no ha sido efectiva para mejorar el proceso de formación de precios en el Mercado de Corto Plazo, y por el contrario ha generado un mayor incremento tarifario en el Cargo Prima RER, que es pagado por los Usuarios Regulados del SEIN;*

*Que, en efecto, los bajos valores de Costos Marginales de Corto Plazo han originado que no se cubran los ingresos garantizados de las Generadoras RER adjudicatarias; teniendo que cubrir tal diferencia, los Usuarios a través de la Prima RER;*

*Que, por tal motivo, con la finalidad de evitar que la próxima declaración del precio único de gas natural que realicen las Generadoras Integrantes del COES, impacte en los Costos Marginales de Corto Plazo durante el siguiente semestre, resulta necesario suspender el proceso de declaración del precio único de gas natural al que hace referencia el artículo 5.2 del Decreto Supremo N° 016-2000-EM, hasta que el Ministerio de Energía y Minas apruebe en un plazo perentorio las nuevas disposiciones normativas para la declaración de precios de combustibles de centrales termoeléctricas que utilizan gas natural;”*



Al respecto, considerando que el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Sentencia debe ser cumplida en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances; corresponde que, en cumplimiento de la misma, se apruebe "(...) las nuevas disposiciones normativas para la declaración de precios de combustibles de centrales termoeléctricas que utilizan gas natural (...)", conforme lo establece la parte considerativa del DS 039-2017-EM.

▪ **Aplicación del artículo 99 del RLCE**

Como se ha explicado en la descripción del marco regulatorio aplicable al costo del combustible para las centrales de gas natural, el mismo ha ido evolucionando de la siguiente forma:

Año	Disposición normativa	Política regulatoria	Estado de la norma
1993	Artículo 99 (vigente)	Precios con informe sustentatorio	Vigente
2000	Resolución Directoral N° 011-2000-EM/DGE	Declaración de precios	Derogado
2000	Artículo 5 del Decreto Supremo N° 016-2000-EM	Declaración de precios	Derogado
2001	Decreto Supremo N° 034-2001-EM	Precios sustentados	Derogado
2002	Decreto Supremo N° 055-2002-EM	Declaración de precios	Derogado
2017	Decreto Supremo N° 043-2017-EM	Declaración de precios con límite inferior administrativo	Declarado nulo por el Poder Judicial

Al respecto, habiendo la Sala Suprema declarado nulo el Decreto Supremo N° 043-2017-EM, la política regulatoria que se encuentra vigente a nivel reglamentario es el régimen de reporte de precios de combustibles con informe sustentatorio, contemplada en el artículo 99 del RLCE, el cual establece que los titulares de las unidades de generación termoeléctricas presentan al COES, la información relativa a los precios y calidad de combustible acompañada de un informe sustentatorio<sup>9</sup>.



De acuerdo con lo expuesto, en el marco de sus competencias, corresponde al MINEM emitir las disposiciones normativas que permitan a OSINERGMIN, a propuesta del COES, aprobar los procedimientos técnicos para la aplicación de la política de presentación de la información relativa a los precios y calidad del gas natural con informe sustentatorio, según lo establecido en el artículo 99 del RLCE y la normatividad vigente, en cumplimiento de la Sentencia de Acción Popular. Por ello, el presente Decreto Supremo establece que:

<sup>9</sup> **DECRETO SUPREMO N° 009-93-EM - Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas**  
**Artículo 99.-** La información relativa a precios y la calidad de combustible en centrales termoeléctricas para los primeros doce meses de planificación, será proporcionada a la Dirección de Operaciones por los titulares de las entidades de generación, acompañados de un informe sustentatorio de los valores entregados. La Dirección de Operaciones respetará la información alcanzada para un período mínimo de dos meses. Cualquier modificación de la misma, que solicite un integrante, dentro del lapso indicado, requerirá del acuerdo de los demás integrantes. La información para el resto del período de planificación, será elaborada por la Dirección de Operaciones.

- En aplicación del literal b) del artículo 13 de la Ley N° 28832, el COES debe remitir al OSINERGMIN la propuesta de modificación de los procedimientos técnicos vinculados a: i) la presentación de la información referida a los precios y calidad de gas natural; y, ii) los criterios y metodología para la determinación de los Costos Variables de las unidades de generación termoeléctrica que utilizan gas natural.
- OSINERGMIN, en el ejercicio de su autonomía, función normativa y competencias establecidas por la Ley N° 28832, el Reglamento del COES y la Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos del COES, deberá aprobar la propuesta de modificación de los Procedimientos Técnicos elaborada por el COES.
- Elaboración de las propuestas de los Procedimientos Técnicos del COES que correspondan dentro de un plazo perentorio, por lo que las propuestas serán formuladas por el COES y remitidas a OSINERGMIN en el plazo de 45 días calendario, contado desde el día siguiente de la publicación del presente Decreto Supremo.
- Posteriormente, OSINERGMIN aprobará los Procedimientos Técnicos en el plazo de 120 días calendario, contado desde la recepción de las propuestas del COES. Para ello, el presente Decreto Supremo establece un procedimiento extraordinario y simplificado, en el que se incluye las etapas que deben seguir el COES y OSINERGMIN para la revisión y aprobación de los Procedimientos Técnicos que correspondan.

Debido a que la Sentencia de Acción Popular ordenó al Estado regular conforme al DS 039-2017-EM, debemos considerar lo establecido por dicha norma en su parte considerativa: “(...) el Ministerio de Energía y Minas apruebe en un plazo perentorio las nuevas disposiciones normativas para la declaración de precios de combustibles de centrales termoeléctricas que utilizan gas natural.” (Subrayado nuestro)

Es importante mencionar que, de acuerdo a la “Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos”, el COES solo puede presentar propuestas de modificación que se encuentren en su Plan Anual que se aprueba a fines de enero de cada año, por lo que, para dar cumplimiento inmediato al mandato de la Sentencia de Acción Popular, es necesario establecer disposiciones extraordinarias que viabilicen la presentación de la propuesta y aprobación de los procedimientos técnicos que correspondan, que no se encuentren incluidos en Plan Anual aprobado en enero de 2020.



En ese sentido, debido a que, conforme al artículo 139 de la Constitución y el artículo 4 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Poder Ejecutivo se encuentra obligado a cumplir con el mandato de la Sentencia de Acción Popular en sus propios términos, en el presente Decreto Supremo se ha establecido de forma extraordinaria un procedimiento simplificado, por única vez, para la elaboración y aprobación de los Procedimientos Técnicos del COES que correspondan.

En virtud de lo expuesto previamente, se propone aprobar las siguientes disposiciones:

**Artículo 1.- Disposiciones para la aplicación del artículo 99 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM para centrales termoeléctricas que utilizan gas natural**

Para efectos de la aplicación del artículo 99 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) presenta al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, la propuesta de modificación de los procedimientos técnicos referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio y calidad del gas natural, y la determinación de los costos variables de las unidades de generación termoeléctricas que utilizan gas natural, dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contado a partir del día siguiente de la publicación del presente Decreto Supremo.

**Artículo 2.- Aprobación de la propuesta de modificación de los procedimientos técnicos del COES referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio del gas natural**

2.1 OSINERGMIN aprueba los procedimientos técnicos referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio y calidad del gas natural, y la determinación de los costos variables de las unidades de generación termoeléctricas que utilizan gas natural señalado en el artículo 1 del presente Decreto Supremo, dentro de un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, contado desde la recepción de las propuestas del COES a que se refiere el artículo 1.

2.2 En el proceso de aprobación de los procedimientos técnicos, se consideran las siguientes etapas:

- a) OSINERGMIN evalúa la propuesta del COES y de no encontrar observaciones publica los proyectos de procedimientos técnicos para comentarios y sugerencias de los interesados;
- b) En caso de encontrar observaciones en la propuesta, OSINERGMIN las comunica al COES con la debida fundamentación;
- c) El COES absuelve las observaciones y/o presenta una nueva propuesta, de ser el caso;
- d) OSINERGMIN evalúa la subsanación de las observaciones presentadas por el COES y efectúa modificaciones en la propuesta únicamente con relación a los aspectos que fueron materia de observación al COES y no fueron adecuadamente subsanados;
- e) OSINERGMIN publica los proyectos de procedimientos técnicos para comentarios y sugerencias de los interesados; y,
- d) OSINERGMIN evalúa los comentarios formulados por los interesados, aprueba y publica los procedimientos técnicos.

2.3 OSINERGMIN establece los plazos correspondientes para cada una de las etapas descritas en el numeral anterior.

- **Verificación del cumplimiento de los principios de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, eficiencia y el DS 039-2017-EM**

En atención a lo establecido en la Sentencia de Acción Popular, se evaluará que el presente Decreto Supremo sea conforme a lo indicado en ella.



a) Cumplimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad

Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional ha señalado que se refiere a aquellas decisiones adoptadas por el Estado que carecen de fundamentación objetiva, por lo que son incongruentes y contradictorias con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Asimismo, indica que la razonabilidad es el mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que todo acto discrecional de los poderes públicos tenga una justificación lógica.<sup>10</sup>

Al respecto, debemos señalar que el presente Decreto Supremo cumple con el principio de interdicción de la arbitrariedad, dado que acogiendo el mandato de la Sentencia expedida en el proceso de Acción Popular N° 28315-2019, permite la aplicación de la política establecida en el artículo 99 del RLCE, el cual establece que la información proporcionada por los titulares de las centrales termoeléctricas, relativa a los precios del combustible deberá ser acompañada del informe sustentatorio correspondiente.

b) Cumplimiento del principio de igualdad

En relación al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha establecido que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.<sup>11</sup>

La Sala Suprema determinó que no existía en el ordenamiento jurídico peruano, una justificación objetiva y razonable que permita a las centrales termoeléctricas que utilizan gas natural, declarar costos distintos a aquellos en los que incurren, por lo que el DS 043-2017-EM vulneraba el principio de igualdad.

Por este motivo, el presente Decreto Supremo establece disposiciones normativas que permiten a OSINERGMIN, a propuesta del COES y de acuerdo a sus competencias, aprobar el procedimiento para la aplicación de la política establecida en el artículo 99 del RLCE, en atención a la normatividad vigente y en cumplimiento de la Sentencia de Acción Popular.

Con ello, los generadores termoeléctricos que utilicen gas natural se encontrarán en la obligación de remitir el informe sustentatorio de los precios y la calidad de combustible a la Dirección de Operaciones del COES. Posteriormente, el OSINERGMIN aprobará la modificación de los Procedimientos Técnicos del COES, conforme a lo establecido en el presente Decreto Supremo.

c) Cumplimiento del principio de eficiencia

La Sala Suprema consideró que el DS 043-2017-EM vulnera el principio de eficiencia contenido en los artículos 8, 42, 47 y 51 de la LCE, y en el artículo 12 de la Ley N° 28832. Se indica en la Sentencia que, *“la central de generación que produzca energía por un menor costo variable será la primera que inyecte energía*



<sup>10</sup>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2011, STC Exp. N° 03167-2010-PA/TC.

<sup>11</sup>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2011, STC Exp. N° 03525-2011-PA/TC.



*al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, mientras que la menos eficiente será la última en inyectar su energía al SEIN”.*

En cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, el presente Decreto Supremo dispone que el COES elabore la propuesta de modificación de los Procedimientos Técnicos que correspondan, los cuales deberán ser aprobados por OSINERGMIN, a efectos de aplicar el artículo 99 del RLCE que establece la obligación de presentar un informe sustentatorio de los precios y calidad de combustibles.

Así, se garantiza el principio de eficiencia, ya que será en aplicación de los procedimientos técnicos referidos a la entrega y evaluación de la información relativa al precio y calidad del gas natural, y la determinación de los costos variables de las unidades de generación termoeléctricas que utilizan gas natural que se ordenará el despacho al mínimo costo de las centrales de generación, acorde a lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 28832.

d) Conformidad con el DS 039-2017-EM

En los considerandos del DS 039-2017-EM se señaló que existía un problema con relación a las centrales que utilizan gas natural, las cuales, en virtud del artículo 5 del DS 016-2000-EM, venían declarando costos bajos, en ciertos casos cercanos a cero, lo cual ocasionaba que el precio del Mercado de Corto Plazo esté en niveles por debajo de los costos reales de generación, distorsionando la señal de precios de dicho mercado.

Asimismo, el penúltimo considerando del DS 039-2017 estableció que, *“con la finalidad de evitar que la próxima declaración del precio único de gas natural que realicen las Generadoras Integrantes del COES, impacte en los Costos Marginales de Corto Plazo durante el siguiente semestre, resulta necesario suspender el proceso de declaración del precio único de gas natural al que hace referencia el artículo 5.2 del Decreto Supremo N° 016-2000-EM, hasta que el Ministerio de Energía y Minas apruebe en un plazo perentorio las nuevas disposiciones normativas para la declaración de precios de combustibles de centrales termoeléctricas que utilizan gas natural”.*

Con el procedimiento extraordinario y simplificado aprobado en el presente Decreto Supremo, se da cumplimiento a la Sentencia de Acción Popular.

• Pre-publicación de la propuesta normativa

El MINEM, como integrante del Poder Ejecutivo, tiene la obligación de cumplir con el principio de participación y transparencia, contenido en el Artículo IV de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el cual define sus alcances de la siguiente forma: *“Las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley. Para ello, las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información, conforme a ley”.*

El principio de participación también ha sido recogido en el numeral 1.12 del artículo IV del TUO LPAG, el cual lo define en los siguientes términos:



***“1.12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.”*** (Subrayado nuestro)

En virtud de lo expuesto, el Estado tiene la obligación de garantizar la participación de los ciudadanos en las decisiones que adopte y que puedan afectarlos, por lo que debe permitir su acceso a la información pública que posee, de modo que los ciudadanos puedan contribuir a la formación de la voluntad de las entidades<sup>12</sup>, mediante la presentación de opiniones, consejos, información, etc.

En aplicación del principio de participación, el MINEM debe ejercer su competencia normativa de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, “Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General”.

Asimismo, con relación a la publicación de los proyectos normativos, el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento mencionado previamente establece que las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el diario oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Las entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.

Por lo tanto, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS y con el objetivo de garantizar el principio de participación, el MINEM considera necesario disponer la publicación del proyecto de Decreto Supremo elaborado en cumplimiento del mandato judicial contenido en la Sentencia de Acción Popular N° 28315-2019, publicada el 21 de setiembre del 2020 en el diario oficial El Peruano.

## **6. Análisis Costo-Beneficio**

El presente Decreto Supremo permitirá viabilizar lo establecido en el artículo 99 del RLCE para las centrales termoeléctricas que utilizan gas natural.

Asimismo, permitirá dar cumplimiento al mandato judicial contenido en la Sentencia de Acción Popular, en el marco de lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La aplicación del presente Decreto Supremo no genera gastos adicionales en el presupuesto del Ministerio de Energía y Minas.



<sup>12</sup>MORÓN, Juan Carlos, 2019, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I*, 14° Edición, Lima: Gaceta Jurídica, p. 121.

7. Análisis del impacto de la norma en la legislación nacional

La emisión del presente Decreto Supremo no impacta en la legislación nacional vigente.

