

Informe Legal N° 025-2024-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de aprobar las Bases Ajustadas para el Proceso de Licitación Pública de Suministro de Energía Eléctrica convocada por Enel Distribución Perú S.A.A para el período 2027-2030

Para : Severo Buenalaya Cangalaya
Gerente de la División Generación y Transmisión Eléctrica

Expediente : a) D-504-2023-GRT

Fecha : 19 de enero de 2024

Resumen

Con fecha 29 de setiembre de 2023, Enel Distribución Perú S.A.A. manifestó su intención de iniciar un proceso de licitación al amparo de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, efectuando la correspondiente publicación en el diario oficial y en su página web.

La propuesta de Bases Ajustadas presentada el 01 de octubre de 2023, ha sido elaborada tomando en cuenta las observaciones realizadas por Osinergmin a la propuesta inicial en dos rondas, verificándose el cumplimiento de lo estipulado en la Ley N° 28832, en el Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 052-2007-EM y en el “Procedimiento para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832”, aprobado mediante Resolución N° 688-2008-OS/CD; entre otros aspectos, en lo referido al periodo de anticipación para el inicio del respectivo contrato de suministro, el tratamiento aplicable a la migración de clientes, las causales regladas para la resolución de contrato y las funciones aplicables a los órganos de Osinergmin.

En cuanto a los aspectos técnicos contenidos en la propuesta de Bases, éstos han sido abordados por la División de Generación y Transmisión Eléctrica.

En el presente informe se concluye que resulta procedente someter al análisis y posterior aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin, las Bases Ajustadas para Licitación Pública de Suministro de Energía Eléctrica, convocada por Enel Distribución Perú S.A.A para el período 2027-2030.

El proyecto de resolución ha sido elaborado por el área técnica en coordinación con esta Asesoría, habiendo incorporado los fundamentos legales expuestos en el presente informe.

Informe Legal N° 025-2024-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de aprobar las Bases Ajustadas para el Proceso de Licitación Pública de Suministro de Energía Eléctrica convocada por Enel Distribución Perú S.A.A para el período 2027-2030

1. Antecedentes

- 1.1.** Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, el abastecimiento oportuno y eficiente de energía eléctrica para el mercado regulado se asegurará mediante Licitaciones que resulten en contratos de suministro de electricidad de largo plazo con Precios Fijos que serán trasladados a los Usuarios Regulados. El proceso de Licitación será llevado a cabo con la anticipación necesaria para facilitar y promover el desarrollo de nuevas inversiones en generación, aprovechar las economías de escala, promover la competencia por el mercado y asegurar el abastecimiento del mercado regulado.
- 1.2.** En el artículo 5.1 de la Ley N° 28832, se establece como obligación del Distribuidor, el iniciar un proceso de licitación con una anticipación mínima de tres (3) años, a fin de evitar que la demanda de sus Usuarios Regulados quede sin cobertura de contratos.
- 1.3.** En el Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad aprobado mediante Decreto Supremo N° 052-2007-EM ("Reglamento") se establecen las normas aplicables para las Licitaciones destinadas a asegurar con la anticipación necesaria, el abastecimiento oportuno y eficiente de la demanda de los Licitantes, así como para impulsar la competencia y la inversión en nuevas centrales de generación eléctrica.
- 1.4.** Posteriormente, con Resolución N° 688-2008-OS/CD y modificatorias, se aprobó el "Procedimiento para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832" ("Procedimiento"), el cual, es de aplicación obligatoria a todas las Licitaciones que se efectúen en el marco del numeral 5.1 del artículo 5° de la Ley 28832.
- 1.5.** En el numeral 4.6 del Procedimiento se dispone que la publicación del aviso de la expresión de interés del Distribuidor que requiera iniciar una Licitación se podrá efectuar únicamente desde el 01 hasta el 30 de setiembre de cada año, para aquellas con Plazos Contractuales menores a cinco (5) años.
- 1.6.** Así, con fecha 29 de setiembre de 2023, Enel Distribución Perú S.A.A. ("Enel") manifestó su intención de iniciar un proceso de licitación al amparo de la Ley 28832, para lo cual efectuó la correspondiente publicación en el diario "El Peruano", y publicó en su página web, su propuesta de Bases, lo cual fue comunicado a Osinergmin mediante la Carta N° OC-GE-076-2023.
- 1.7.** El 02 de octubre de 2023, Enel remitió a Osinergmin mediante Carta N° OC-GE-090-2023, la Propuesta de Bases Ajustadas para el Proceso de Licitación Pública de Suministro de Energía Eléctrica, señalando que, las empresas Electro Ucayali, Hidrandina y Electrocentro mediante cartas G-1357-2023 y GG-398-2023 (empresas del grupo Distriluz) respectivamente, manifestaron su interés en incorporarse al presente proceso.
- 1.8.** Osinergmin procedió a analizar el contenido de la propuesta, habiéndose remitido a Enel, mediante Oficio N° 2270-2023-GRT de fecha 18 de

diciembre de 2023, 57 observaciones, solicitándole que las respuestas sean atendidas de forma sustentada a más tardar el 27 de diciembre de 2023.

1.9. Mediante Cartas N° OC-GE-096-2023 y OC-GE-097-2023, recibidas con fecha 27 de diciembre de 2023, Enel presentó su respuesta a las observaciones y la versión modificada de su propuesta de Bases Ajustadas.

1.10. Posteriormente, mediante Oficio N° 036-2024-GRT de fecha 08 de enero de 2024, se remitió a Enel una segunda ronda de observaciones a la propuesta de Bases Ajustadas, sobre aspectos que no fueron absueltos en las cartas recibidas con fecha 27 de diciembre de 2023, vinculadas a: i) Cambio y/o reducción de Potencia Contratada, ii) Precalificación – Potencia Mínima / Anexo 10 de las Bases, iii) Ordenamiento de Ofertas, iv) Puntos de Suministro, v) Calendario del Proceso y vi) Resolución de Contrato; solicitándole que las respuestas sean atendidas de forma sustentada a más tardar el 15 de enero de 2024.

1.11. Con fecha 15 de enero de 2024, mediante Carta N° OC-GE-011-2024, Enel absolvió las observaciones complementarias realizadas por Osinergrmin.

2. Análisis Legal

2.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 28832, Osinergrmin es responsable de aprobar las Bases de Licitación, modelos de contrato, términos y condiciones del proceso de Licitación, fórmulas de actualización de precios fijos y supervisar su ejecución, así como de cautelar que durante todo el proceso de la Licitación no se afecte la libre competencia o haya riesgo de abuso de posición de dominio de mercado entre empresas vinculadas.

2.2. En el artículo 6 del Reglamento de Licitaciones se prevé que Osinergrmin deberá aprobar las Bases en un plazo máximo de treinta (30) días contados desde la presentación de las Bases Ajustadas, el cual se prorrogará por quince (15) días en tanto existan observaciones de Osinergrmin no levantadas a su satisfacción por el Licitante. Este plazo vence el 23 de enero de 2024, atendiendo la presentación de las propuestas, las observaciones y las respuestas efectuadas.

2.3. Las etapas, responsabilidades, actividades y plazos para el proceso de aprobación de las Bases de la Licitación se encuentran regulados en los artículos 5 y 6 del Procedimiento.

2.4. La propuesta de Bases Ajustadas ha sido elaborada tomando en cuenta las observaciones realizadas por Osinergrmin a la propuesta, verificándose el cumplimiento de lo estipulado en la Ley 28832, el Reglamento y el Procedimiento. En particular, debe considerarse:

- Las Bases de la Licitación o sus modificaciones deben ser aprobadas por el Consejo Directivo de Osinergrmin. El Comité Permanente designado deberá velar por la sujeción a las Bases aprobadas.
- La acreditación de los integrantes del Comité de Adjudicación deberá realizarse a través de una comunicación escrita de parte del representante con poderes del Conductor del proceso.

- La definición de las Leyes Aplicables, debe incluir sus normas complementarias y modificatorias; debido a que las disposiciones normativas aplicables a la licitación no se encuentran con ninguna estabilidad jurídica.
- La fecha de convocatoria sólo podrá efectuarse luego de la aprobación de las Bases Ajustadas por Osinerghmin, la cual, siendo el caso, estaría prevista para la parte final del mes de enero de 2024, por tanto, el inicio del plazo contractual, será desde el 01 de febrero de 2027 (o posterior) de conformidad con el numeral 4.15 del Procedimiento, al amparo de los artículos 4.4 y 5.2 de la Ley 28832.
- Las reglas sobre el tratamiento aplicable a la migración de clientes (de usuarios regulados de la Distribuidora a usuarios libres de la Generadora), que no deben vulnerar la razonabilidad.
- Los documentos que serán materia de subsanación deben identificarse con la finalidad de contar con predictibilidad y no sujetarse al sólo criterio del Comité de Adjudicación ante lo que considere una omisión no subsanable que resulte en una descalificación del Postor.
- Las obligaciones, encargos o funciones para Osinerghmin (División de Supervisión de Electricidad) deben tener como fuente únicamente a la ley; sin perjuicio del derecho de petición de cualquier administrado o de las actividades que la normativa vigente le tiene prevista.
- La demanda requerida debe ser la misma para todos los meses del año del periodo contractual según lo previsto en el numeral 8.3 del Procedimiento.
- La potencia requerida para Enel no podría ser 51 MW en función de que la fija es 204 MW, dado que ello representa el 25% y no el máximo previsto en el numeral 3.6 del Procedimiento.
- La obligación relativa las reglas de integridad son para ambas partes y no solo de la Distribuidora.
- No corresponde prever estipulaciones subjetivas o de interpretación o que faculden a alguna de las partes, por ejemplo, a resolver el contrato, como se incluyó en el Anexo E al Contrato, en contraposición o complemento con las reglas ya previstas para la resolución del contrato (clausulas 16 y 17).

2.5. En cuanto a los aspectos técnicos contenidos en la propuesta de Bases, observaciones y su respuesta, son abordados por la División de Generación y Transmisión Eléctrica en el informe técnico respectivo.

2.6. De acuerdo con lo dispuesto en el Procedimiento, corresponde aprobar las Bases Ajustadas para el Proceso de Licitación Pública de Suministro de Energía Eléctrica, convocada por Enel Distribución Perú S.A.A para el período 2027-2030, como máximo el 23 de enero de 2024.

2.7. El proyecto de resolución ha sido elaborado en colaboración con esta Asesoría, habiéndose incorporado los respectivos fundamentos legales.

3. Conclusión

Por las razones expuestas en el presente Informe, esta Asesoría considera procedente someter a consideración y posterior aprobación, por parte del Consejo Directivo de Osinergmin, las Bases Ajustadas para el Proceso de Licitación Pública de Suministro de Energía Eléctrica, convocada por Enel Distribución Perú S.A.A para el período 2027-2030.

[mcastillo]

[nleon]

/edv