

Informe N° 618-2019-GRT**Opinión legal sobre la procedencia de publicar la Propuesta de Modificación de la Norma: "Procedimientos para Licitaciones de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832"**

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

Referencia : D. 455-2019-GRT

Fecha : 13 de diciembre de 2019

Resumen

De conformidad con lo previsto en la Ley N° 28832, el abastecimiento oportuno y eficiente de energía eléctrica para el mercado regulado, se asegura mediante licitaciones que resulten en contratos de suministro de electricidad con precios firmes que serán trasladados a los usuarios regulados.

El proceso de licitación busca promover el desarrollo de nuevas inversiones en generación, aprovechar las economías de escala, incentivar la competencia por el mercado y asegurar el abastecimiento del mercado regulado, evitando que la demanda de sus usuarios regulados quede sin cobertura de contratos.

Conforme a la citada ley, constituye responsabilidad de Osinergmin aprobar las bases de Licitación, modelo de contrato, precio máximo, fórmulas de actualización y supervisar la ejecución de las licitaciones, cautelando que durante todo el proceso de licitación no se afecte la libre competencia. Asimismo, el Regulador emite autorización previa, para la modificación contractual, particularmente en los cambios sobre los plazos y los precios.

En ese sentido, Osinergmin, aprobó la Norma "Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832", utilizados en diversos procesos de licitación llevados a cabo hasta la fecha, en donde se incluye, las causales de modificación para la intervención previa del Regulador.

Dada la evaluación técnica y legal de los procesos llevados a cabo para la aprobación de modificaciones contractuales, se verifica la necesidad de establecer normativamente las condiciones y etapas de dicho procedimiento administrativo, a fin de facilitar la evaluación y posterior decisión, y dotar a los administrados de modo predecible de tales condiciones. En ese sentido, en aplicación del artículo 14 del Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 001- 2009-JUS y el artículo 25 del Reglamento General de Osinergmin, corresponde publicar el proyecto de resolución que modifica la Norma, a fin de que los interesados puedan presentar sus comentarios.

Informe N° 618-2019-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de publicar la Propuesta de Modificación de la Norma: “Procedimientos para Licitaciones de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832”

1) Licitaciones de suministro de electricidad

- 1.1. En la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (“Ley 28832”), se dispuso como interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad.
- 1.2. Entre los objetivos de la citada ley, se dispuso asegurar la suficiencia de generación eficiente, reduciendo la exposición del sistema eléctrico peruano a la volatilidad de precios y a los riesgos de racionamiento prolongado por falta de energía, asegurando al consumidor final una tarifa más competitiva y de largo plazo.
- 1.3. En ese orden, se buscó reducir la intervención administrativa para la determinación de los precios de generación mediante soluciones de mercado, adoptando las medidas necesarias para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación.
- 1.4. Específicamente, legalmente se estableció que el abastecimiento para el mercado regulado, se asegure mediante licitaciones que resulten en contratos de suministro de electricidad con precios firmes que serán trasladados a dichos usuarios.
- 1.5. De este modo, el proceso de licitación, especialmente de aquellas que serán de largo plazo, debe ser 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, evitando que la demanda quede sin cobertura de contratos.
- 1.6. Conforme lo establecen los artículos 6 y 7 de la Ley 28832, en lo referente a las licitaciones de energía, constituye responsabilidad de Osinergmin aprobar las bases de licitación, los modelos de contrato, los términos y condiciones del proceso de licitación, el precio máximo y las fórmulas de actualización de precios firmes adjudicados, así como, supervisar la ejecución de las licitaciones, cautelando que durante todo el proceso no se afecte la libre competencia.
- 1.7. Por su parte, según se prevé en el artículo 8 de la ley, el Regulador emite autorización previa, para la modificación contractual, particularmente en los cambios sobre los plazos y los precios.

- 1.8. Mediante Decreto Supremo N° 052-2007-EM, se aprobó el Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad, bajo el régimen de la Ley N° 28832, el mismo que fuera modificado mediante Decretos Supremos N° 020, 050, 090-2009; 001-2010 y 022-2018-EM.
- 1.9. Esta norma contiene los lineamientos y reglas especiales a efectos de que las licitaciones tengan como destino asegurar, con la anticipación necesaria, el abastecimiento oportuno y eficiente de la demanda de las empresas distribuidoras licitantes, así como para impulsar la competencia y la inversión en nuevas centrales de generación eléctrica, en el marco de la Ley N° 28832.
- 1.10. Asimismo, en su única disposición transitoria se encarga a Osinergmin la aprobación de los procedimientos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

2) Procedimientos para las licitaciones de suministro de electricidad

2.1. En cumplimiento del encargo normativo, el Regulador aprobó los procedimientos aplicables, siendo que a la fecha, se encuentran vigentes, los siguientes:

- i. Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el marco de la Ley N° 28832, aprobado por Resolución N° 688-2008-OS/CD y modificatorias.

Este procedimiento resulta aplicable para licitaciones que se inicien con una anticipación mínima de tres (3) años y que constituye el régimen ordinario para las licitaciones de largo plazo que se celebren al amparo del numeral 5.1 de la Ley N° 28832.

- ii. Procedimientos para Licitaciones de Suministro para Sistemas Aislados en el marco de la Ley N° 28832, aprobado por Resolución N° 004-2010-OS/CD.

Este procedimiento tiene como propósito especial la cobertura de los usuarios que se encuentren en Sistemas Aislados.

- iii. Procedimientos para las Licitaciones de Corto Plazo de Suministro en el marco de la Ley N° 28832, aprobado por Resolución N° 191-2012-OS/CD.

Este procedimiento resulta aplicable para licitaciones que se inicien con una anticipación menor a tres (3) años por una cantidad no mayor al diez por ciento (10%) de la demanda total de los usuarios regulados [de la Licitante], bajo el régimen ordinario para las licitaciones de corto plazo conforme el numeral 5.2 de la Ley N° 28832.

- 2.2. Con los procedimientos antes citados, reglamentan la realización de los procesos de licitación, las funciones de los administrados y de Osinergmin, establecen lineamientos para las bases y contienen un modelo de contrato de suministro a suscribirse entre la Distribuidora y la Generadora. Cabe precisar que, las licitaciones que se han llevado a cabo a la fecha, ha sido en el marco de la Norma, aprobada con Resolución N° 688-2008-OS/CD.
- 2.3. El proceso de licitación es convocado por la Distribuidora, a fin de cubrir los requerimientos de su demanda. Iniciada una convocatoria, otras empresas de distribución pueden adherirse para actuar en conjunto como “Licitantes” del proceso.
- 2.4. Las Generadoras participan como postores presentando ofertas de acuerdo con su potencia firme disponible, de modo tal que resultan adjudicatarias, hasta cubrir el requerimiento licitado, las ofertas económicas menores.
- 2.5. Como resultado de la licitación, el respectivo distribuidor, suscribe con el generador adjudicatario, el Contrato de Suministro de Energía, o PPA *Power Purchase Agreement*. Posteriormente, ante la necesidad de variar las condiciones previstas en el contrato, normativamente se establecen causales para proceder a dichas modificaciones.

3) Proyecto normativo

- 3.1. Como hecho relevante más reciente, en cuanto a cambios normativos de la reglamentación de las licitaciones y en particular en lo referido a las modificaciones contractuales, tenemos la modificación del artículo 18 del Reglamento de Licitaciones, mediante Decreto Supremo N° 022-2018-EM, conforme al siguiente texto:

“Artículo 18.- Modificación de los Contratos de Suministro

18.1. Una vez suscritos los Contratos de Suministro, éstos pueden ser modificados por acuerdo de las partes de forma excepcional.

18.2 Las modificaciones de los Contratos de Suministro referidas a Plazos Contractuales; Potencias Contratadas y su energía asociada; Precios Firmes, sus fórmulas de actualización y cualquier otro aspecto que determine el valor de los precios unitarios de venta de potencia y energía; requieren la aprobación previa del OSINERGMIN.

18.3 Las solicitudes de modificación a las que refiere el numeral 18.2 deben ser presentadas por las partes al OSINERGMIN, adjuntando el proyecto de adenda o cláusula adicional, el consentimiento de las partes respecto al tenor de éstas, el sustento de la modificación solicitada, y sus impactos.

18.4. Las modificaciones tendrán eficacia luego de efectuada la referida aprobación y de haber sido suscritas debidamente vía adenda o cláusula adicional.

18.5. Las modificaciones de los Contratos de Suministro que no se encuentren dentro de los supuestos señalados en el numeral 18.2, deben ser puestas en conocimiento del OSINERGMIN dentro de los diez (10) días hábiles de haber sido suscritas por las partes, con su respectivo sustento, sin perjuicio del ejercicio de la facultad supervisora y fiscalizadora del OSINERGMIN.”

3.2. Entre las disposiciones previstas en este cambio reglamentario, se recogieron las reglas aprobadas en la Resolución N° 184-2014-OS/CD, con la que, en el año 2014, se modificó el artículo 15.3 del Procedimiento de Licitaciones de Largo Plazo, de conformidad con lo siguiente:

- Una vez firmados los Contratos de Suministro, sus modificaciones se someterán a la aprobación de Osinergmin, [en tres casos especiales].
- Las modificaciones contractuales a ser aprobadas previamente, serán únicamente las relacionadas con: i) los Plazos de Suministro, ii) Potencias Contratadas y su energía asociada, iii) Precios Firmes, sus fórmulas de actualización y cualquier otro aspecto que determine el valor de los precios unitarios de venta de potencia y energía.
- Se deberá presentar a Osinergmin el proyecto de adenda o cláusula adicional, el consentimiento de las partes interesadas respecto al tenor de la misma y el sustento de la modificación solicitada.
- Las modificaciones contractuales tendrán eficacia luego de efectuada la referida aprobación y de haber sido suscritas debidamente vía adenda o cláusula adicional.
- Para el resto de modificaciones a los Contratos, que se encuentren debidamente suscritas por las partes, deberán ser informadas por la Distribuidora a Osinergmin, remitiendo las respectivas adendas o cláusulas adicionales, dentro de los 10 días hábiles de suscritas, sin perjuicio del ejercicio de la facultad supervisora y fiscalizadora del Osinergmin.

3.3. A partir de la evaluación de los procesos de licitación llevados a término, la aplicación de las reglas contractuales vigentes y de recoger las experiencias en los procesos de modificación de los contratos suscritos, junto al reciente cambio normativo, se hace necesario plantear una propuesta de cambio dentro de los alcances y competencia de Osinergmin, estableciendo normativamente las condiciones y etapas de dicho procedimiento administrativo, a fin de facilitar la evaluación y posterior decisión, y dotar a los administrados de modo predecible de tales condiciones.

- 3.4. Las mejoras a incorporar deben garantizar la difusión para un proceso transparente y de participación de los interesados con etapas y plazos definidos (comunicaciones directas, publicación en web, comentarios de los interesados y su análisis), así como condiciones claras a ser requeridas para la evaluación (contenido específico del informe de sustento), los cuales, constituyen aspectos necesarios que no se encuentran previstos en las reglas vigentes, pero se aplican como parte del criterio del Regulador, en cada caso concreto.
- 3.5. Finalmente, la Gerencia de Políticas y Análisis Económico, señaló que el proyecto normativo cumple con el criterio de exclusión de RIA referido a que se trata de una actualización del procedimiento, y en consecuencia no requiere RIA, recomendando su publicación para la recepción de comentarios de los interesados, antes de su implementación. En cuanto al Análisis de Calidad Regulatoria, a que se refiere el Decreto Legislativo N° 1310 y su reglamento, como paso previo a su vigencia, dicha evaluación corresponderá a la siguiente etapa del presente proceso.

4) Procedencia de publicar el proyecto normativo

- 4.1. Osinergmin, dentro de su ámbito de competencia, ejerce la función normativa contemplada en el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la cual comprende la facultad de dictar normas que regulen los procedimientos a su cargo.
- 4.2. Conforme a lo previsto en el artículo 21 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, corresponde a Osinergmin dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las entidades y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones; siendo que estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las entidades y de éstas con sus usuarios. Tal como se ha revisado, la normativa a ser aprobada, constituye una materia a cargo de Osinergmin, según la normativa aplicable.
- 4.3. De acuerdo al artículo 25 del Reglamento General de Osinergmin, constituye requisito para la aprobación de los reglamentos y normas de alcance general que dicte el Organismo Regulador, dentro de su ámbito de competencia, que sus respectivos proyectos sean publicados en el diario oficial "El Peruano", otorgando un plazo no menor de quince (15) días calendario con la finalidad que los interesados presenten sus opiniones y sugerencias sobre la misma, sin que ello tenga carácter vinculante ni de lugar a procedimiento administrativo.
- 4.4. Lo anterior se complementa con el artículo 14 del "Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general", aprobado por

Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, en el sentido 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; permitiendo en ese lapso, que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.

- 4.5.** Atendiendo a lo expuesto, se considera procedente la publicación del proyecto de Norma "Procedimientos para Licitaciones de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832", otorgando un plazo no menor de 15 días calendario, para recibir los comentarios de los interesados, los que podrán ser remitidos a la Gerencia de Regulación de Tarifas de Osinergmin en medio físico y en medio electrónico, para que sean analizados y en caso contribuyan con la finalidad de la norma, serán acogidas en el texto definitivo.
- 4.6.** El proyecto de resolución y la propuesta de modificación normativa, los cuales se sujetan a la normativa aplicable, se encuentran aptos para ser sometidos a la aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin.

5) Conclusión

Por las razones expuestas en el presente informe, se considera procedente la publicación del proyecto de resolución que modifica la Norma: "Procedimientos para Licitaciones de Suministros en el Marco de la Ley N° 28832", a fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados.



María del Rosario Castillo Silva
Asesora Legal
Gerencia de Regulación de Tarifas



Neyel Aíden León Milla
Especialista Legal Senior
Gerencia de Regulación de Tarifas

/wmf

