



**José Antonio
Del Risco**



¿Y dónde está el piloto? El principio de inmediación en la fijación tarifaria del Valor Agregado de Distribución

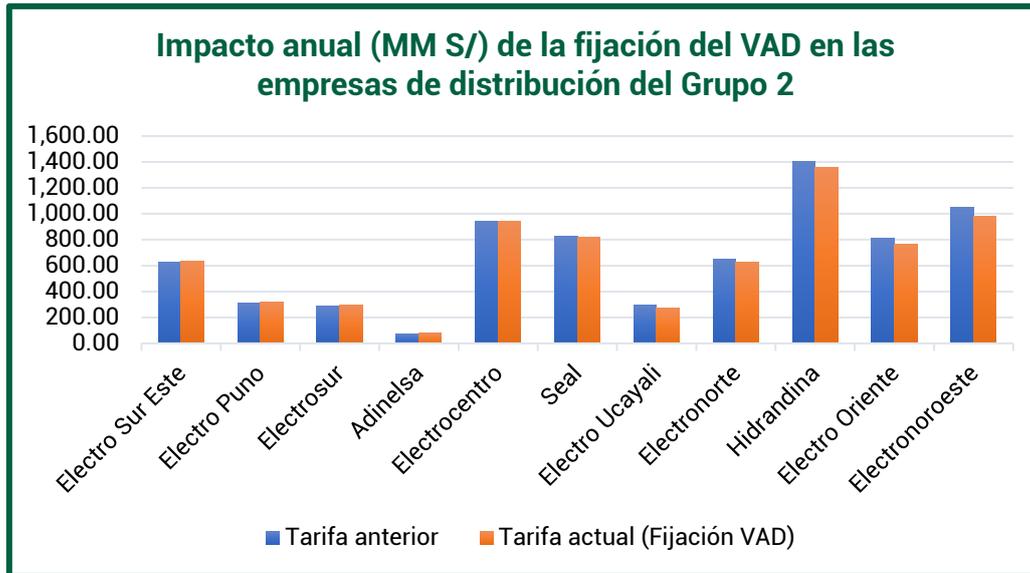


José Antonio Del Risco Ramírez es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Asociado del área regulatoria de Santiváñez Abogados. Tiene una especialización en Derecho de la Energía y Minería en el Programa de Extensión Universitaria de OSINERGMIN, y una Segunda Especialidad en Derecho Administrativo por la PUCP.

1. INTRODUCCIÓN

El mes de diciembre del 2023 se publicaron las Resoluciones que resolvieron los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas distribuidoras de electricidad del Estado, en el marco del proceso de fijación tarifaria del Valor Agregado de Distribución (VAD) del período 01 de noviembre 2023 al 31 de octubre 2027. Con esta decisión, se culminó con la etapa administrativa de dicho procedimiento regulatorio.

Como se podrá observar en el siguiente gráfico, las únicas empresas que han tenido un impacto positivo a raíz de la fijación del VAD actual han sido Electro Sur Este, Electro Puno, Electrosur y Adinelsa. Con respecto a las demás empresas, sin embargo, el impacto ha sido negativo. Solo por poner tres ejemplos, el impacto negativo anual para Seal será -9.12 millones; para Electronorte, -21 millones; y para Electronoroeste, -69.60 millones.



Fuente: OSINERGMIN

Dichos resultados resultan contradictorios, si tenemos en cuenta el hecho de que los costos que asumen las empresas concesionarias se han ido incrementando año tras año. No solo hablamos de un aumento del costo de operación y mantenimiento, sino también de los costos de inversión, que han sufrido un fuerte incremento luego del COVID-19.

Por tanto, las tarifas deberían haber reflejado lo que sucedió en los hechos, y por lo menos, tendrían que haber permitido que los concesionarios recuperen dichos costos. Para ello se requería necesariamente que el procedimiento de fijación otorgue las garantías mínimas a las distribuidoras, y que la autoridad encargada de aprobar las tarifas se encuentre presente para escuchar los alegatos y descargos respectivos.

No obstante, uno de los cuestionamientos que las empresas hicieron a la Gerencia de Regulación de Tarifas de OSINERGMIN (órgano encargado de organizar, conducir y llevar a cabo dicho procedimiento) fue la ausencia del Consejo Directivo en todo el procedimiento tarifario. Tal como lo veremos más adelante, pese a que la normativa sectorial ha establecido que el órgano encargado de aprobar las tarifas de forma exclusiva es el Consejo Directivo, dicho órgano colegiado no ha estado presente en ninguna de las fases del procedimiento del VAD, pese a la claridad de tal afirmación.

En tal sentido, a continuación, analizaremos si en los procedimientos de fijación del VAD para las empresas distribuidoras se ha cumplido con el principio de intermediación.

2. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRATIVO

El principio de intermediación tiene su origen en el derecho procesal y, particularmente, ha estado directamente vinculado al derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en el Expediente N° 0849-2011-HC/TC (fundamento 6) y el Expediente N° 02201-2012-PA/TC (fundamento 5) ha indicado que el principio de intermediación forma parte del contenido del derecho a la prueba. Concretamente, señaló que, de acuerdo a dicho principio, la actividad probatoria debe realizarse en presencia del juez que emitirá la sentencia. De esta manera, se podrá estar garantizando un “contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso”.

Sin embargo, el derecho a la prueba no se agota en su mera afirmación, sino que este contiene una serie de principios que deben ser igualmente cumplidos. Nos estamos refiriendo a principios como la igualdad de oportunidad, contradicción a la prueba, dirección, y, claramente, intermediación. Sin embargo, tal como lo menciona Bustamante, este principio no es exclusivo de la actuación probatoria, sino que “su eficacia recae sobre todo el campo del proceso” (1997, p. 183). De igual forma, Montero Aroca sostuvo que la intermediación implica que el juzgador que ha escuchado a las partes y ha apreciado su conducta a lo largo del proceso sea el mismo que dicte la respectiva sentencia (1996, p. 196).

En el ámbito administrativo, el principio de intermediación no ha sido reconocido expresamente por la normativa. No obstante, ello no quiere decir que no se pueda desprender del principio de debido procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG, y el cual enumera una lista de derechos y garantías que no es limitativa, sino meramente enunciativa. De acuerdo a este principio, los administrados podrán refutar los cargos imputados, exponer argumentos, solicitar el uso de la palabra, y obtener una decisión motivada por la autoridad competente.

En el caso de la fijación del VAD, la autoridad competente claramente es el Consejo Directivo del OSINERGMIN. De acuerdo al artículo 2 del Reglamento de la Ley Marco de Organismos Reguladores, la función reguladora será ejercida “exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador”.

Entonces, es un derecho de las empresas distribuidoras que participan de este procedimiento que el órgano que fije la tarifa también deba estar presente para poder conocer y valorar los medios probatorios, así como escuchar los pedidos, alegatos, recursos y pretensiones. Es decir, el órgano debería estar presente, por ejemplo, en todas las audiencias públicas que el Regulador programa en el procedimiento tarifario.

3. ¿OSINERGMIN HA INFRINGIDO EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LA FIJACIÓN DEL VAD?

A pesar de que la inmediatez es un principio que debe aplicarse tanto en los procedimientos jurisdiccionales como en los administrativos, la práctica de OSINERGMIN al fijar el VAD para las empresas eléctricas nos ha demostrado que ello no es así. Prácticamente se trata de un principio que ha sido omitido por el Regulador.

El motivo por el cual sostenemos ello, es que el órgano encargado de aprobar las resoluciones tarifarias es el Consejo Directivo; sin embargo, este no se ha presentado en ninguna de las audiencias en las cuales las empresas presentaron sus argumentaciones, ni mucho menos en el informe oral de los recursos de reconsideración. En todas las audiencias públicas que se llevaron a cabo desde la publicación de los Términos de Referencia del VAD (24 de noviembre de 2021), pasando por la presentación de los Estudios de Costos (02 de mayo de 2023), hasta la presentación oral de los recursos de reconsideración (21 de noviembre de 2023), el Consejo Directivo no ha aparecido ni una sola vez.

Al respecto, recordemos que el artículo 27 del Reglamento General de OSINERGMIN precisa que la función reguladora es de competencia exclusiva de su Consejo Directivo y se ejerce a través de Resoluciones. Por su parte, la Gerencia de Regulación de Tarifas (GRT), de acuerdo al artículo 31 del Reglamento de Organización y Funciones de OSINERGMIN, es la encargada de conducir los procesos regulatorios y proponer las tarifas de energía.

Entonces, si bien los actos administrativos que fijan tarifas se encuentran sustentados en informes técnicos y legales de la GRT, el órgano encargado de aprobar la tarifa es el propio Consejo Directivo. Dicha función no puede ser transferida o delegada a ningún otro órgano del Regulador.

Sin embargo, a lo largo del procedimiento de aprobación del VAD, no se ha podido observar a ningún miembro del Consejo Directivo escuchando los argumentos de las empresas distribuidoras, ni mucho menos interviniendo en las audiencias como lo haría un juez antes de emitir una sentencia o un árbitro antes de emitir el laudo. Basta con revisar el registro de asistentes, las grabaciones y las actas de las audiencias: los únicos funcionarios presentes a quienes los administrados dirigieron sus alegaciones son los integrantes de la GRT.

Entonces, ¿cómo es posible que el Consejo Directivo pretenda aprobar un acto administrativo mediante el cual se fija una tarifa, si nunca pudo estar presente en las mencionadas audiencias? Si ese es el caso, quizás el Consejo Directivo de OSINERGMIN ya no debería ostentar de forma exclusiva la función reguladora,

y esta debería ser transferida o delegada a la GRT. De esta forma, el OSINERGMIN estaría siendo más sincero y transparente con lo que ha venido ocurriendo en la realidad.

Frente a ello, la excusa de la GRT ha sido mencionar que, de acuerdo a la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, los administrados pueden solicitar el uso de la palabra si desean exponer sus argumentos frente al Consejo Directivo. Sin embargo, dicha ley, en su artículo 8, menciona que las audiencias que pudieran solicitar los interesados tendrán un carácter privado, cuando lo ideal sería que el Consejo Directivo también pueda participar en las audiencias públicas

Lo cierto es que, tal como se han venido llevando a cabo, los procedimientos de aprobación del VAD para las empresas distribuidoras, se han cometido dos serias infracciones. Por un lado, la GRT ha incurrido en una causal de nulidad del acto administrativo, al haber desempeñado funciones que, por naturaleza y de acuerdo al principio de inmediación, le corresponden al Consejo Directivo. Si el Consejo Directivo es quien finalmente suscribe la respectiva Resolución, este también debería ser partícipe de los debates previos, sobre todo de los recursos de reconsideración.

Por otro lado, el Consejo Directivo ha incurrido en una seria vulneración al artículo 74 del TUO de la LPAG, el cual establece el carácter inalienable de la competencia administrativa. De acuerdo a esta norma, los órganos de la administración no pueden renunciar a su titularidad o al ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas por el marco legal. De lo contrario, los actos que se emitan, o incluso todo el procedimiento administrativo será viciado de nulidad. Por si ello fuera poco, nos encontramos ante una práctica que se ha venido repitiendo desde los anteriores procedimientos tarifarios, y no solo en el que acaba de culminar.

Esperamos que en los siguientes procedimientos de fijación del VAD las empresas puedan exponer sus argumentos directamente al Consejo Directivo de OSINERGMIN en audiencias públicas, y que este órgano tenga un mayor protagonismo y dirección. De igual manera, deberíamos replantearnos si resultaría mucho mejor que las impugnaciones contra las fijaciones tarifarias las resuelva un tribunal administrativo imparcial e independiente con respecto a la GRT y el Consejo Directivo.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bustamante, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. IUS ET VERITAS, 8(14), 171-185. Recuperado a partir de:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713>

Montero, J. (1996). La prueba en el proceso civil. Madrid: Civitas.

Sentencia recaída en el Expediente 0849-2011-HC/TC. (2011, 09 de junio). Tribunal Constitucional (Álvarez Miranda, E.).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00849-2011-HC.html>

Sentencia recaída en el Expediente 02201-2012-PA/TC. (2013, 17 de junio). Tribunal Constitucional (Urviola Hani, O.).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02201-2012-AA.pdf>