RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 089-2018-OS/CD

Lima, 05 de junio de 2018

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 13 de abril de 2018, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería ("Osinergmin"), publicó la Resolución N° 056-2018-OS/CD ("RESOLUCIÓN"), mediante la cual, entre otros aspectos, se fijaron los Precios en Barra y sus fórmulas de actualización, y se determinaron, Los valores del Peaje por Conexión del Sistema Principal de Transmisión (SPT) y del Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), aplicables al periodo mayo 2018 – abril 2019;

Que, con fecha 07 de mayo de 2018, la empresa Huaura Power Group S.A. ("HPG") interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN; siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión del citado recurso.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, HPG solicita recalcular el Cargo por Prima de la Central Hidroeléctrica de Yarucaya considerando que tiene derecho a percibir la Tarifa de Adjudicación por la energía inyectada durante el primer año de operación, hasta el límite de la energía adjudicada anual, que conforme al Contrato de Suministro que mantiene con el Estado Peruano, es hasta 115 GWh/año.

2.1 ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, HPG considera que Osinergmin desconoce su derecho de percibir la Tarifa de Adjudicación por la energía inyectada por la Central Hidroeléctrica Yarucaya durante el primer año de operación hasta el límite de la Energía Adjudicada conforme al Contrato de Suministro;

Que, añade, el Regulador ha calculado su Cargo por Prima considerando que la energía inyectada valorizada a la Tarifa de Adjudicación corresponde a una alícuota de la Energía Adjudicada, proporcional al periodo comprendido entre la fecha de puesta en operación comercial (17/08/2017) de la mencionada central hasta el final del respectivo Periodo Tarifario (30/04/2018), es decir, con un volumen de energía proporcional a un periodo de 8 meses; no obstante, refiere, que no existe disposición normativa ni contractual que habilite a Osinergmin a calcular el Cargo por Prima considerando dicho volumen proporcional como el límite a ser valorizado a la Tarifa de Adjudicación, por lo que, solicita el pago por el año completo;

Que, luego de citar diversas cláusulas del Contrato de Suministro, la recurrente concluye que la obligación de entregar la Energía Adjudicada constituye un volumen máximo para efectos de percibir la Tarifa de Adjudicación y, un mínimo para efectos de mantener ese

derecho, puesto que si no se cumple con inyectar la cantidad anual se reduce dicha tarifa de adjudicación aplicando el Factor de Corrección;

Que, agrega HPG, la Energía Adjudicada, el Ingreso Garantizado y la Prima tienen periodicidad anual, y están determinados por el Periodo Tarifario de doce meses. Alega que la puesta en operación no necesariamente coincide con el inicio del Periodo Tarifario, sino que puede ser una fecha intermedia, para lo cual el Contrato de Suministro, así como el Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, aprobado con Decreto Supremo N° 012-2011-EM (Reglamento RER), ha incluido una excepción por la cual la Energía Adjudicada, únicamente para efectos de la primera determinación de la Prima, solo será exigible después de la puesta en operación comercial hasta el final del Periodo Tarifario;

Que, sostiene la recurrente, existe una energía adjudicada inicial que será la referencia para determinar el cumplimiento de la obligación durante el primer año de operación, y que consiste en inyectar una proporción de la Energía Adjudicada equivalente a la alícuota que representa ese primer año de operación respecto del Periodo Tarifario. Así, si el Generador no cumple con realizar tal inyección, su Tarifa de Adjudicación se reducirá con el Factor de Corrección;

Que, la recurrente parte sobre la premisa de que no existe limitación legal ni contractual sobre el límite para percibir la Tarifa de Adjudicación, y atendiendo a los artículos 1401 y 1362 del Código Civil[1], colige que la decisión del Regulador de calcular la Prima RER de su central sobre la base de un límite máximo a la energía adjudicada no tiene sustento normativo y contraviene el principio de legalidad, el de jerarquía normativa y coherencia normativa, y el criterio teleológico de interpretación, pues contradice el sentido de las normas de promoción a la generación eléctrica con energías renovables;

Que, finalmente, indica que la RESOLUCIÓN está indebidamente motivada y que el Procedimiento de Cálculo de la Prima para la Generación con Recursos Energéticos Renovables, aprobado con Resolución N° 001-2010-OS/CD (Procedimiento Prima RER), no contempla ningún límite, no estando Osinergmin, en aplicación del principio de seguridad jurídica, facultado a limitar el máximo de la energía inyectada valorizada a la Tarifa de Adjudicación para el primer año de operación, ni puede aplicar un criterio que previamente no se encuentre recogido en el mencionado procedimiento.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la recurrente interpreta que en el primer año de operación, en que no podrá entregar la energía adjudicada anual en los doce meses, los generadores RER se encuentren obligados a inyectar como mínimo la proporción de los meses de operación de la Energía Adjudicada (anual) a fin de no aplicarles el factor de corrección; mientras que, a efectos de percibir la compensación por la Prima, se le debe considerar hasta el total de la Energía Adjudicada (por doce meses) valorizada a la Tarifa de Adjudicación

[1] Código Civil:
Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.
Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

aunque el periodo de operación sea menor al año, es decir que no se disponga como condición, la misma proporción de tiempo empleada para el mínimo;

Que, la recurrente procura sustentar su interpretación alegando que no existe un dispositivo legal o contractual que habilite expresamente al Regulador que determine para los dos casos que plantea, la misma proporción; sin embargo, tampoco se basa en un dispositivo legal o contractual que ampare expresamente su pretensión;

Que, cuando la recurrente se refiere al accionar de la Autoridad frente al criterio que cuestiona, manifiesta que el Regulador debe sujetarse al principio de legalidad (aspecto público), sujetándose a los límites de su actuación que la ley le permite; por lo que, no existiendo mandato, no puede establecer una restricción de límite máximo proporcional;

Que, no obstante, para defender su interpretación, no exige que Osinergmin identifique una norma expresa que permita autorizarle lo que solicita, sino que cambia de punto de referencia y señala que no está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que no le prohíbe (aspecto privado), y por tanto al no haber norma que señale que tiene prohibido cobrar por el total (sin límite máximo proporcional), estaría autorizado a hacerlo;

Que, sobre el particular, no se coincide con la interpretación de la recurrente, toda vez que la base normativa para aplicar la proporción de la energía adjudicada para el primer año tarifario, se consignó en el numeral 19.3 del Reglamento RER, tanto en su versión vigente como en la anterior, en donde establece que la primera determinación de la prima [teniendo en cuenta que la puesta en operación de la central RER se realiza en fecha no coincidente con el Periodo Tarifario] se efectuará sobre la base de la proporción de las inyecciones netas respecto de la Energía Adjudicada, según la fecha de Puesta en Operación Comercial;

Que, Osinergmin no puede darle dos sentidos a un mismo texto; es decir, cuando se trata del “mínimo”, aplicar la proporción a la que se refiere esta disposición normativa y, cuando se trata del “máximo”, se debe tomar en cuenta el total, toda vez que la norma no lo ha diferenciado de ese modo, motivo por el cual, el Regulador en la aplicación normativa, no está autorizada a plantear una distinción que no se lea del mandato normativo o crear conceptos de mínimo y máximo no previstos, justamente en virtud del principio de legalidad;

Que, es evidente que se toma una proporción de la Energía Anual en función de la alícuota del periodo, como lo señalan las Bases; ya que otorgar el derecho de entrega y pago de la energía total anual en un periodo menor al año, tendría su correlato del deber de que eso se cumpla o ser “penalizado” en caso contrario;

Que, la normativa y las Bases, establecieron un límite máximo de energía por año por tecnología para cada subasta, de acuerdo al requerimiento que definió el Ministerio de Energía y Minas, previo al inicio de la Subasta denominada “Energía Requerida”, lo cual bajo la interpretación de la recurrente ese valor no se cumpliría, siendo excedido;

Que, el Ingreso Garantizado que, según la definición de la normativa, de las Bases y del Contrato, es el ingreso anual que percibe por las inyecciones netas de energía hasta el

límite de la Energía Adjudicada (anual) remuneradas a la Tarifa de Adjudicación, se aplica únicamente durante el Plazo de Vigencia;

Que, para Osinergmin, la Energía Adjudicada o su proporción en función del periodo que corresponda, viene a ser, bajo los términos de la recurrente un valor mínimo y máximo. Será mínimo por cuanto, la empresa se comprometió a entregar al sistema una cantidad de energía, cuyo incumplimiento puede ser "penalizado"; y será máximo por cuanto obtiene un tipo de subsidio de parte de los usuarios, a quienes no les corresponde la obligación de asumir el pago por una cantidad mayor, que podría exceder el requerimiento tope que realizó el Ministerio de Energía y Minas, y podría desnaturalizar las reglas de la subasta, permitiendo al postor ganador una ventaja no establecida en la competencia;

Que, debe tenerse presente que este escenario de valor máximo es únicamente para el pago de la Tarifa de Adjudicación asegurada y cargada a costo de los usuarios finales de electricidad. Esto es, no se le impide inyectar la energía de fuente renovable al sistema y tampoco cobrar por ella, pero dicho cobro por el exceso de lo comprometido, no ingresa dentro de la garantía que el Estado le brindó por la suscripción de un Contrato RER, sino dentro del régimen ordinario de mercado. El sentido del Decreto Legislativo N° 1002 y su Reglamento, no trata de permitir el ingreso de mayor energía renovable con el derecho de una tarifa garantizada sin más, sino de una cantidad reglamentada por los incentivos que deben asumirse;

Que, asimismo, de acuerdo con el principio de neutralidad previsto en el artículo 5 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, el Regulador debe velar porque las empresas no utilicen su condición de tales para obtener ventajas en el mercado frente a otras personas naturales o jurídicas. Así, en observancia de dicho principio, Osinergmin no puede interpretar que en la fracción del Periodo Tarifario inicial el generador RER pueda inyectar el total de la Energía Adjudicada a la Tarifa de Adjudicación, pues además de tener un tratamiento distinto de los demás Generadores RER, se estaría cargando a los usuarios regulados del SEIN el Cargo por Prima correspondiente a las inyecciones que se encuentren por sobre la proporción de tiempo en operación que se le reconoce contractualmente. Esto es, no existiría una proporción de las prestaciones, criterio esencial a considerar en las relaciones contractuales;

Que, consecuentemente, no se trata de un no reconocimiento del derecho de la recurrente de percibir la Tarifa de Adjudicación por la energía inyectada, sino, de armonizar esa obligación con el deber que tienen los usuarios de pagar los Cargos por Prima. De ese modo, si bien existe una periodicidad anual de la Prima, esta tiene que encontrarse en sintonía con lo dispuesto en el numeral 19.3 del Reglamento RER, referido a la proporción de la energía y la alícuota del tiempo, para todos los casos, lo cual, junto al Contrato RER, autoriza a Osinergmin a aplicar ese criterio;

Que, por lo expuesto, no existe una incorrecta interpretación de Osinergmin en la aplicación de la proporcionalidad de la Energía Adjudicada para el primer año tarifario, ni se ha vulnerado el principio de legalidad, ni de motivación en la RESOLUCIÓN. En consecuencia, el recurso debe ser declarado infundado.

Que, finalmente, se ha expedido el informe Técnico-Legal N° 261-2018-GRT de la Gerencia de Regulación de Tarifas, que complementa la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el artículo 3, numeral 4, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en el Decreto Legislativo N° 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, y su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 012-2011-EM; en la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica; en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 15-2018.

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Huaura Power Group S.A. contra la Resolución N° 056-2018-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el Informe N° 261-2018-GRT, en la página Web de Osinergmin: www.osinergmin.gob.pe.

Daniel Schmerler Vainstein
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN