RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 088-2018-OS/CD

Lima, 5 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 Nº 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 Generadora de Energía del Perú S.A. ("GEPSA") interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN; y con fecha 01 de junio de 2018, la recurrente presentó alegatos adicionales; siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de los citados documentos.

2.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, GEPSA solicita que se modifique el artículo 1.A.3) de la RESOLUCIÓN donde se han fijado los peajes por conexión y transmisión unitarios y se determine el Cargo por Prima correspondiente a las centrales RER Ángel I, Ángel II y Ángel III.

2.1 ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, GEPSA señala que dentro de las etapas del procedimiento regulatorio según la Ley Nº 27838, solicitó que sus centrales sean comprendidas como perceptoras del Cargo por Prima RER, dada la inminencia del inicio de su operación comercial; no obstante, no fue incluida en la RESOLUCIÓN, según señala;

Que, sostiene que la RESOLUCIÓN, no ha sido motivada por trasgredir principios administrativos, y por tanto se encuentra incursa en causal de nulidad;

Que, al respecto, cuestiona que únicamente por el principio de verdad material se haya declarado que no se cuenta con una certeza indubitable de que la operación comercial ocurra con anterioridad al 01 de mayo, ni con elementos que lo acrediten, como condición necesaria para proceder al cálculo de la Prima RER;

Que, menciona, el principio de verdad material implica investigar la existencia real de los hechos para aplicar la respectiva consecuencia normativa, y sostiene que no existe norma para reconocer que ampare a Osinergmin y no sería posible incluir una central que ingrese en operación el 30 de abril, si la resolución es emitida con anterioridad;

Que, además indica, en virtud del principio de legalidad, la administración no puede llevar a cabo actuaciones ilimitadas, menos si afecta el interés general, dado que los usuarios asumirán el interés respectivo;

Que, por su parte precisa, se vulnera el principio de razonabilidad, al impedir que GEPSA perciba su tarifa de adjudicación y la obliga a esperar hasta el 2019;

Que, sostiene, se afecta el principio de presunción de la veracidad, en tanto que la resolución impugnada ha supuesto que GEPSA no dice la verdad, más aún cuando Osinergmin en su Procedimiento señala que debe tomar información real;

Que, menciona, se vulnera el privilegio de control posterior, el mismo que debe ser realizado ex post, para verificar el cumplimiento de lo manifestado por GEPSA, y no ex ante;

Que, indica la recurrente, de acuerdo con el Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, aprobado con Decreto Supremo Nº 012-2011-EM (Reglamento RER) y el Contrato de Suministro suscrito con el Estado Peruano, le corresponde percibir el pago de la Prima desde el mes siguiente al inicio de la operación comercial de las centrales RER. Añade que, conforme al Contrato de Suministro, luego de la fecha real de puesta en operación comercial se obtiene el derecho al pago de la Tarifa de Adjudicación por las Inyecciones Netas de Energía como contraposición a la obligación de inyectar la energía comprometida;

Que, consecuentemente, GEPSA concluye que Osinergmin no solo excede sus competencias, sino que se desconocería un contrato suscrito por el Estado Peruano que le otorga derecho al pago de la Tarifa de Adjudicación;

Que, finalmente, la recurrente refiere que, conforme al Reglamento RER, el generador RER tiene derecho a ingresos anuales por energía, en donde se incorpora la Prima RER, en la oportunidad en la que se efectúa el pago de las valorizaciones de transferencia de energía referido al mes inmediato siguiente a la prestación del servicio. Así, concluye que la RESOLUCIÓN tiene vicios de nulidad al contradecir el marco normativo vigente y carece de motivación.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la recurrente centra su argumentación en el supuesto de que no existe base legal que autorice a Osinergmin a diferir el ingreso el cálculo del Cargo por Prima al siguiente año de operación, cuando lo que debería hacer el Regulador es fijar dicho cargo en el Periodo Tarifario, atendiendo a la comunicación de la empresa que indique que el ingreso de la operación de su central RER será dentro de ese Periodo Tarifario;

Que, para ese fin, la recurrente tampoco expone la existencia de un dispositivo normativo expreso que lo mande de ese modo, sino utiliza entre otros, el principio de presunción de veracidad, para que, sobre la base de sus afirmaciones, el aparato estatal despliegue sus actividades y recursos para fijarle un cargo tarifario a ser trasladado a los usuarios, por instalaciones que eventualmente pueden o no ingresar al sistema;

Que, esta interpretación de la recurrente resulta incorrecta, por cuanto Osinergmin no tiene una labor para solo trasladar los reportes de las empresas a sus resoluciones, sino en ejercicio de las funciones legales de supervisión y de regulación en la actividad energética, así como el encargo específico para la fijación de la Prima RER, debe validar la información y aplicar la respectiva consecuencia jurídica, en aplicación del principio de verdad material, conforme nos reafirmamos;

Que, en la etapa de análisis de sus comentarios y sugerencias sobre el proyecto de resolución, el Regulador, sobre la base de información disponible proveniente de la supervisión, consideró que no había elementos suficientes para validar dicha afirmación, lo cual, posteriormente se confirmó, toda vez que, hasta el mes de mayo de 2018, la propia empresa reconoció en audiencia pública, que no había entrado en operación comercial, pero que en los días venideros lo haría. A la fecha, encontrándonos en el presente mes de junio, aún no se ha producido dicha Puesta en Operación Comercial;

Que, en esa misma línea, con fecha 23 de marzo de 2017, mediante Carta Nº 194-2017/GEPSA, la recurrente informó también sobre la fecha estimada de operación comercial, indicando que sería el 31 de diciembre de 2017, (05 años después del primer momento fijado contractualmente). Así, adoptando la misma lectura de la empresa, el Regulador para los precios en barra del periodo mayo 2017 – abril 2018, tendría que haber fijado un cargo a pagar por los usuarios todo ese año; únicamente por el principio de veracidad y la posibilidad de la Autoridad de hacer control posterior y corregirlo ex post, cuando no había certeza de ello y en los hechos nunca ocurrió. Este aspecto, no puede ser autorizado por Osinergmin;

Que, Osinergmin se sustenta en información real disponible hasta la emisión de su resolución, ante lo cual considera como parte del cálculo del Cargo por Prima RER, las instalaciones que estén en Puesta en Operación Comercial a esa fecha. Por otra parte, si una central, previo al inicio del periodo tarifario (antes de mayo) pero posterior a la emisión de la resolución (desde quincena de abril) ingresa en operación comercial, Osinergmin al momento de modificar la resolución tarifaria producto de los recursos de reconsideración (en el mes de junio) reconocería dicho hecho, como ha sucedido en casos anteriores. Es necesario precisar, que la resolución tarifaria por mandato normativo se publica como máximo el 15 de abril de cada año;

Que, ahora bien, la justificación normativa para considerar las centrales que ingresaron en el año tarifario anterior para el cálculo de la prima en el año tarifario siguiente es el literal b) del numeral 19.2 del Reglamento RER, en donde se establece, cómo se obtiene la prima restando los costos obtenido del mercado y que el monto anual por concepto de Prima "será pagado en cuotas mensuales durante el año siguiente, considerando la tasa de interés mensual correspondiente a la tasa de actualización que se refiere el artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE)";

Que, para el cálculo, en este caso de la primera Prima RER, la normativa no establece que se pague el mismo año tarifario (en el que ingresó la central) sino literalmente en el siguiente; y tal como lo señala la recurrente, se le reconoce intereses, puesto que observa que existe una diferencia de tiempo que compensar;

Que, como se puede apreciar, contrariamente a lo argumentado por GEPSA, sí existe dispositivo legal que difiera el pago por Cargo por Prima para el siguiente año y que a dicho pago se le aplique la tasa prevista en el artículo 79 de la LCE. No es Osinergmin quien lo ha dispuesto, o estuviere acumulando acreencias para que sean cargadas al usuario luego, sino la norma a la cual, debe ceñirse la Autoridad, así lo dispone. En ese sentido, si el generador tiene Puesta de Operación Comercial dentro de un Año Tarifario dado, el pago por concepto de la primera Prima será percibido a partir del Año Tarifario siguiente;

Que, en tal sentido, no existe vulneración a ningún principio administrativo, sino, por el contrario, un estricto cumplimiento a una disposición normativa que data desde la versión anterior del Reglamento RER, vigente al momento de la firma de su contrato, y desde esa fecha, es decir cerca de 10 años, Osinergmin ha sido consistente en su aplicación. El cuestionamiento que pudiera tener sobre la regla, podrá dirigirse vía acción judicial, contra el dispositivo normativo, y no con el acto administrativo que lo cumple, mediante el cual, tiene prohibido reformar un mandato normativo en aplicación del artículo 5.3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, por tanto, el principio de verdad material se encuentra empleado de manera correcta, puesto que para la fijación del Cargo por Prima se hace necesario contar con el respectivo documento de puesta en operación emitido por el COES, donde conste la fecha de puesta en operación en un año tarifario (hasta el 30 de abril como máximo), pues a partir de dicha fecha se determinará el Año Tarifario para el cual se fijará el Cargo por Prima (el siguiente);

Que, en ese sentido, no se puede partir del supuesto bajo el cual la afirmación del generador RER es una presunción iuris tantum que se corrobora durante el transcurso del año tarifario, y que el accionar del Regulador estaría desconociendo la presunción de inocencia, pues lo que hace Osinergmin es fijar el Cargo por Prima sobre la base de documentación que le demuestre fehacientemente que la central ha entrado en operación, de tal manera que se cumpla con lo establecido en Reglamento RER;

Que, también es preciso indicar que Osinergmin no ha vulnerado el principio de razonabilidad, ni ha desconocido el derecho de la recurrente a percibir los ingresos correspondientes a la Tarifa de Adjudicación. Todos los adjudicatarios de las subastas RER tienen derecho a un Ingreso Garantizado de carácter anual. La percepción de este ingreso está sujeta a las disposiciones normativas contenidas en el Reglamento RER, por lo que no se trata de una negativa al derecho de percibir el Cargo por Prima, sino que dicho cargo se regula en la oportunidad en que la normativa ha dispuesto que se haga, esto es, en el siguiente Año Tarifario al de la puesta en operación, momento a partir del cual los generadores RER obtienen el ingreso que les corresponde, de acuerdo con el derecho que les asiste desde la fecha en que las centrales entran en operación. No existe ningún perjuicio porque los generadores RER recibirán el monto garantizado, y en caso de producirse algún desajuste en lo no percibido en el mencionado primer año de operación, se aplicará la respectiva tasa de actualización.;

Que, ahora bien, los ajustes trimestrales no pueden contravenir tampoco con el Reglamento RER ni proceder a regular una Cargo por Prima, sino actualizar el que ya está fijado anualmente, conforme lo establece el artículo 21 del Reglamento RER. Así, las liquidaciones trimestrales a que se refiere el artículo 5 del Procedimiento RER tienen por finalidad ajustar el Cargo por Prima de acuerdo con la información que remita el COES periódicamente y no para fijar dicho cargo. Los dispositivos normativos, vinculados al pago, recaudación, valorización y transferencia mensual de la Prima RER, se refiere a una etapa en que se ha fijado esa Prima, en la cual no se encuentra la recurrente;

Que, finalmente, debe tenerse en cuenta además que en los Contratos de Suministro no contienen una disposición que ampare el pedido de la recurrente a fijar el Cargo por Prima de las centrales RER en el mismo Año Tarifario en que entran operación. Los Contratos, establecen el pago de la Tarifa de Adjudicación, que no será desconocida por Osinergmin. A mayor abundamiento, de acuerdo con la cláusula 1.1 de los contratos correspondientes a las centrales hidroeléctricas de GEPSA, se estipula que las “Leyes Aplicables” son parte de dichos contratos y, consecuentemente, resulta de aplicación el Reglamento RER en cuyo numeral 19.2 inciso b) se establece que los ingresos por energía, en cuanto a la Prima, se pagan al año siguiente, aspecto que constituye un accionar predecible del Regulador, por los pronunciamientos que ha tenido anteriormente;

Que, en consecuencia, el recurso debe ser declarado infundado, considerando además que no se ha encontrado ningún vicio en la resolución impugnada que amerite su nulidad.

Que, finalmente, se ha expedido el informe Técnico-Legal Nº 260-2018-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 Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 042-2005-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM; en el Decreto Ley Nº 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 009-93-EM; en el Decreto Legislativo Nº 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 Nº 012-2011-EM; en la Ley Nº 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica; en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 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 Nº 15-2018.

RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Generadora de Energía del Perú S.A. contra la Resolución Nº 056-2018-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2º.- La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el Informe Nº 260-2018-GRT, en la página Web de Osinergmin: www. http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2018.aspx.

DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN