

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 103-2020-OS/CD

Lima, 13 de agosto de 2020

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 19 de junio de 2020, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería ("Osinergmin"), fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 068-2020-OS/CD ("RESOLUCIÓN"), mediante la cual, entre otras disposiciones, se fijaron los Precios en Barra y Peajes del Sistema Principal de Transmisión ("SPT") y Sistema Garantizado de Transmisión ("SGT"), entre otros cargos tarifarios; así como, sus fórmulas de actualización, para el período 2020 – 2021;

Que, con fecha 13 de julio de 2020, la empresa Atria Energía S.A.C. ("ATRIA") interpone recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN; siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión del citado medio impugnativo.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, ATRIA solicita en su recurso de reconsideración:

1. Pretensión principal y accesoria: Declarar nula la RESOLUCIÓN en el extremo del artículo 15, relativo al importe de la transferencia equivalente a S/ 1 150 697,77 por Saldo Negativo de la Compensación por Cargo Prima RER de ATRIA a favor de la empresa Electronoroeste S.A., por carecer de motivación; y como consecuencia se recalcule el monto que realmente corresponde pagar a ATRIA como "Saldo Negativo de la Compensación por Cargo Prima RER", el mismo que equivale a USD 94 055,00.
2. Pretensión subordinada y accesoria: Revocar la RESOLUCIÓN en el extremo del artículo 15, relativo al importe de la transferencia equivalente a S/ 1 150 697,77 por Saldo Negativo de la Compensación por Cargo Prima RER de ATRIA a favor de Electronoroeste S.A., debido a que el monto no tiene sustento, y como consecuencia, se recalcule el monto por saldo negativo de la compensación en US\$ 94,055.00.
3. Solicitud de suspensión: Solicita se suspendan los efectos del artículo 15 de la RESOLUCIÓN.

2.1 DECLARAR NULA LA RESOLUCIÓN Y RECALCULAR EL SALDO NEGATIVO (PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIONES ACCESORIAS)

2.1.1 SUSTENTO DE PETITORIO

Que, ATRIA sostiene que el valor dispuesto en el artículo 15 de la RESOLUCIÓN, por saldo negativo de compensación del Cargo por Prima RER difiere de los saldos contenidos en el Informe N° 155-2017-GRT e Informe N° 173-2018-GRT que sustentan las resoluciones de los precios en barra para los periodos 2017-2018 y 2018-2019, el mismo que asciende en USD 94 054.54 y no USD en 334 310.77, según lo considerado por Osinergmin;

Que, la recurrente señala que, en ninguno de los informes que sustenta la RESOLUCIÓN se incluye el respaldo del monto determinado por Osinergmin. De ese modo, explica que la motivación es un requisito de validez de los actos administrativos, por lo que la decisión

debe contar con una relación concreta y directa de los hechos probados, según los artículos 3 y 6 del TUO de la LPAG;

Que, manifiesta que, en el artículo 10 del TUO de la LPAG se dispone que causa nulidad el defecto de alguno de los requisitos de validez, como la ausencia de motivación, ya que, si bien se explica en el Informe N° 193-2020-GRT que el cargo por prima es igual a cero para la C.H. Purmacana no hay un desarrollo del monto USD 334 31.77, y no basta la mención del monto, ni el marco general de las centrales RER sino el cálculo que lo determina.

2.1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la determinación de la Prima y del cargo RER, forma parte del proceso tarifario anual de fijación de los precios en barra, asimismo, esta determinación del cargo RER anual, tiene como insumo las actualizaciones trimestrales de dicho cargo;

Que, el proceso regulatorio de fijación tarifaria se rige esencialmente, a nivel procedimental, por la Ley 27838, el TUO de la LPAG y la Norma aprobada por Resolución N° 080-2012-OS/CD, mediante los cuales, se establecen las etapas, las obligaciones, los intervinientes y los plazos, así como, la información que se pone a disposición de los interesados en la web institucional y oportunidades de participación para el ejercicio de sus derechos;

Que, en el artículo 4 de la Ley N° 27838, se establece la necesidad de efectuar una publicación del proyecto tarifario y de poner a disposición la información que sirve de sustento para la misma en la página web institucional, y que en complemento, los interesados pueden solicitar información por acceso a ser atendida en un plazo de 5 días, bajo responsabilidad;

Que, de ese modo, mediante Resolución N° 021-2020-OS/CD se publicó el proyecto tarifario de este proceso, e incluyó la propuesta de artículo 15 con el mandato de transferencia de ATRIA a Electronoroeste S.A. por S/ 1 142 111.41. Como parte del sustento de la resolución se incluyeron los Informes N° 077, 078 y 079-2020-GRT y los archivos de cálculo, contenidos en la relación publicada en el diario oficial el 02 de marzo de 2020 y publicados en la web institucional en la sección de resoluciones por años y procedimientos regulatorios;

Que, en el Informe Técnico N° 077-2020-GRT, se evidencia el cargo del periodo, el saldo de liquidación negativo, y la indicación que dicho saldo representa a la liquidación del periodo, conforme se muestra en las páginas 177, 181 y 183. Esta liquidación es el resultado de un cálculo recogido de las hojas de cálculo debidamente publicadas como parte de la decisión, según la Carpeta 5. Cargos Adicionales / 02. Cálculos / 03. Cálculo DL1002-FITA20(PP).xlsx / Hoja de Cálculo: Pago por Liquidación / Columna O: C.H. Purmacana, se visualiza de forma mensual los saldos negativos que determinan el monto considerado por Osinergmin;

Que, en el Informe N° 079-2020-GRT, en el numeral 2, aspectos legales del proceso, se desarrolla en el numeral 2.2, bajo el título “Saldo adeudados por la C.H. Purmacana”, referido a la devolución que debe efectuar Atria, en razón de no cumplir con la inyección de la Energía Adjudicada como consecuencia de los compromisos contractuales asumidos en la referida subasta;

Que, posteriormente a la publicación del proyecto tarifario y su sustento, se publicó la RESOLUCIÓN, y como parte de los considerados, se identifica a la Resolución N° 021-2020-OS/CD con la mención a la relación de información que la sustenta, documentos que forman parte de la motivación de la resolución impugnada, en el marco de la citada Ley N° 27838;

Que, la RESOLUCIÓN, se sustenta en el Informe N° 193-2020-GRT, el cual, recoge el resultado del saldo por compensación negativo contenidos en las hojas de cálculo también publicadas como parte de la decisión en la web institucional de Osinergmin;

Que, todos los valores de los cuadros del Anexo P del Informe N° 193-2020-GRT, se encuentra sustentados en el archivo Excel “03.Cálculo DL1002-FITA20(P).xls” el cual fue publicado en la página web de Osinergmin, dedicada al proceso regulatorio Fijación Tarifas en Barra del periodo 2020 – 2021, en la oportunidad que se publicó la RESOLUCIÓN. Específicamente, el monto USD – 334 310,77 se ubica la celda O3 de la hoja “Pago de Liquidación” del archivo Excel mencionado, cuyo sustento fácilmente es trazable en el archivo Excel “03.Cálculo DL1002-FITA20(P).xls”;

Que, cabe mencionar, que por transparencia todos los archivos de cálculos de los procesos regulatorios realizados por Osinergmin se consignan en la página web oficial, en la oportunidad que las resoluciones son publicadas en El Peruano, con la finalidad de mostrar las consideraciones y/o formulaciones que llevaron a los resultados, así como una fácil trazabilidad de los mismos;

Que, sobre el cálculo presentado por ATRIA, el cual argumenta que es el correcto, es oportuno mencionar que no es posible realizar la trazabilidad correspondiente, debido a que, no ha presentado el archivo magnético correspondiente en el que se detalla sus cálculos. Sin embargo, a fin de poder inferir las posibles diferencias señaladas por la recurrente, se han revisado los cuadros presentados por ATRIA en el recurso de reconsideración, evidenciando que los montos correspondientes por concepto de SPL, se han realizado considerando los indicados en los Informes Técnicos N° 155-2017-GRT, 173-2018-GRT, lo cual es incorrecto, tal como se demostrará a continuación;

Que, asimismo hay que mencionar que de acuerdo a la Norma “Procedimiento de Cálculo de la Prima para la Generación con Recursos Energéticos Renovables” (“Procedimiento RER”), anualmente y en la oportunidad que se fija las Tarifas en Barra, se fija la Prima RER, los Saldos Prima a Liquidar (SPL) y Saldos Prima Estimado (SPE), los cuales son actualizados trimestralmente de acuerdo al artículo 5 del “Procedimiento RER”;

Que, así también, es de conocimiento de los Generadores RER, que para la determinación de la Prima RER, SPL y SPE, tanto en la fijación y sus posteriores actualizaciones trimestrales, se utiliza como insumo la información remitida por el COES. Donde en cada fijación anual se establece la prima RER y la liquidación del saldo del año tarifario anterior (n-1), los cuales se van revisando en cada actualización trimestral;

Que, asimismo para cada Liquidación de saldos del año “n-1” se tienen datos reales completos recién en la primera actualización trimestral. Sin embargo, para el caso de ATRIA como no percibe Prima RER ni Ingresos en el MCP, trimestralmente lo que corresponde es recalcular la Liquidación del año “n-1” incluyendo los intereses correspondientes;

Que, ahora bien, para el monto de Liquidación del periodo mayo 2017 – abril 2018, a ATRIA se le asignó un monto de USD –23 511,3 el cual está consignado en el Informe Técnico N° 173-2018-GRT que forma parte del sustento de la Resolución N° 056-2018-OS/CD que fijó las Tarifas en Barras del periodo mayo 2018 – abril 2019. Sin embargo, el valor que se debe considerar es el consignado en la primera actualización trimestral del periodo tarifario mayo 2018 – abril 2019, el cual es igual a USD – 209 495 de acuerdo al Informe Técnico N° 343-2018-GRT que forma parte del sustento de la Resolución N° 128-2018-OS/CD mediante la cual se actualizó la Prima RER en julio de 2018. Así también, el monto de USD – 209 495 se actualizó a USD – 210 274 (ver Informe Técnico N° 042-2019-GRT que forma parte del sustento de la Resolución N° 018-2019-OS/CD mediante la cual se actualizó la Prima RER en

enero de 2019) que corresponde a un monto acumulado debido a las actualizaciones trimestrales de octubre de 2018 y enero de 2019;

Que, del mismo modo, para el monto de Liquidación del periodo mayo 2018 – abril 2019, a ATRIA se le asignó un monto de USD – 306 498,6 el cual está consignado en el Informe Técnico N° 183-2019-GRT, que forma parte del sustento de la Resolución N° 061-2019-OS/CD que fijó las Tarifas en Barras del periodo mayo 2019 – abril 2020. Sin embargo, el valor que se debe considerar es el consignado en la primera actualización trimestral del periodo tarifario mayo 2019 – abril 2020, el cual es igual a USD – 305 879 de acuerdo al Informe Técnico N° 348-2019-GRT que forma parte del sustento de la Resolución N° 131-2019-OS/CD mediante la cual se actualizó la Prima RER en julio de 2019. Así también, el monto de USD – 305 879 se actualizó a USD – 298 492 (ver Informe Técnico N° 028-2020-GRT que forma parte del sustento de la Resolución N° 009-2020-OS/CD mediante la cual se actualizó la Prima RER en enero de 2020) que corresponde a un monto acumulado debido a las actualizaciones trimestrales de octubre de 2019 y enero de 2020;

Que, entonces, para el periodo 2019 – 2020, el monto a liquidar corresponderá al consignado en la tercera actualización del presente periodo tarifario (2020 – 2021). Sin embargo, considerando que se fijó una Prima RER igual a cero (0) y que trimestralmente sólo corresponde actualizar la Prima RER; entonces, corresponde liquidar USD – 334 310,8, tal como se menciona en el Informe Técnico N° 193-2020-GRT el cual forma parte del sustento de la RESOLUCIÓN;

Que, en consecuencia, en el marco de lo dispuesto en el artículo 6 del TUO de la LPAG, los actos administrativos, pueden motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Tanto los informes y archivos de cálculo de la prepublicación y de la publicación, identificados en la decisión, cuentan con los elementos suficientes para determinar que la RESOLUCIÓN y en particular su artículo 15, fue motivado;

Que, en este punto, como agente del sector, no puede simplemente desconocer la existencia de una prepublicación dentro de un proceso reglado, de sus informes, de los archivos de cálculo de la publicación basados en resultados de las actualizaciones trimestrales publicadas en el diario oficial, vinculados al Cargo por Prima RER;

Que, en consecuencia, se advierte que no existe vicio alguno en la RESOLUCIÓN que amerite una declaratoria de nulidad de este acto administrativo, en el marco del artículo 10 del TUO de la LPAG por lo que, dicho planteamiento debe ser declarado no ha lugar; e infundadas las pretensiones accesorias, vinculadas al recálculo del saldo negativo por Prima RER.

2.2 REVOCAR LA RESOLUCIÓN RESPECTO AL SALDO A LIQUIDAR (PRETENSIÓN SUBORDINADA)

2.2.1 SUSTENTO DE PETITORIO

Que, ATRIA en relación al saldo negativo de la compensación por Cargo por Prima RER, precisa que el importe impugnado no se acerca a los saldos reportados por el COES. Indica que, si se considera la liquidación de los periodos tarifarios 2018-2019 y 2019-2020, su central no obtuvo ningún ingreso debido a que sus retiros fueron mayores a su inyección;

Que, ATRIA concluye que el saldo negativo por compensación que resulta a cargo de Atria equivale a USD 94 055 que se compone de, USD 23 511 del periodo 2017-2018 más USD 62

985 del periodo 2018-2019 más USD 7 558 del periodo 2019-2020, pero en ningún caso podría llegar al monto incluido en la RESOLUCIÓN, el mismo que, por tanto, manifiesta que no está sustentado.

2.2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, sobre esta pretensión (revocación) no existe una relación directa que sustente dicho pedido de la recurrente, no obstante, comparte el mismo desarrollo en cuanto a su pedido de nulidad, basado en que la decisión carece de sustento;

Que, conforme fue analizado en el numeral 2.1.2 previo, el acto administrativo presentó sustento suficiente para motivar el mandato del artículo 15 de la RESOLUCIÓN;

Que, con respecto al planteamiento de revocatoria, cuyo amparo, se encuentra en el artículo 214.1 del TUO de la LPAG; es de apreciarse que, la decisión de Osinergmin no se enmarca en ninguna de las causales normativas, por cuanto, no han desaparecido las condiciones que motivaron el acto, no existen elementos sobrevinientes que motiven un cambio en la decisión, ni se trata de un acto contrario al ordenamiento, toda vez que, la decisión es una consecuencia directa de dicho ordenamiento, referido a la devolución de los montos, cuyo origen no es otro, el no cumplir sus compromisos contractuales;

Que, en consecuencia, este extremo del recurso de reconsideración debe ser declarado infundado en este extremo;

Que, de otro lado, respecto de los compromisos contractuales a cargo de ATRIA, corresponde señalar que, la cláusula 6.2.5 del Contrato de Suministro que ha suscrito el adjudicatario con el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Energía y Minas, sostiene que cuando las inyecciones netas de energía en un Periodo Tarifario (de mayo de un año a abril del siguiente) sean menores a la Energía Adjudicada, la Tarifa de Adjudicación será reducida aplicando el Factor de Corrección. Este factor se encuentra contractualmente definido como la proporción entre las inyecciones netas de energía más la energía dejada de inyectar por causas ajenas al Generador RER respecto de la Energía Adjudicada;

Que, en el caso concreto de la C.H. Purmacana habiendo advertido que sus inyecciones de energía son comercializadas en el Mercado de Corto Plazo y no entregadas a cuenta de su compromiso contractual de Energía Adjudicada, se evidenciaría que dicha central incurre en incumplimiento de su compromiso contractual, situación ante la cual, el Factor de Corrección no fue aplicado en todos sus términos (esperando que en un año posterior si inyecte energía como RER o se ha determinado que su Prima sea equivalente a cero (0));

Que, contractualmente, toda central RER adjudicataria tiene derecho a percibir el Ingreso Garantizado (cláusula 1.4.18) como aquel que le corresponde por las inyecciones netas de energía hasta el límite de la Energía Adjudicada remuneradas a la Tarifa de Adjudicación, durante el Plazo de Vigencia del contrato. Para asegurar que los adjudicatarios solo perciban el Ingreso Garantizado, anualmente se realiza una liquidación de la Prima que es ajustada trimestralmente con la información que proporciona el COES, conforme a lo establecido en el artículo 19.7 del Reglamento RER;

Que, respecto a la Prima de la C.H. Purmacana, el hecho que dicha central no cuente con ingresos a su favor por Prima hacía inviable en sus términos completos que en la referida liquidación que se efectúa conforme a la Norma aprobada con Resolución N° 001-2010-OS/CD, se puedan descontar los pagos que se hicieron anteriormente y que no correspondía realizar;

Que, dado que, ni en la regulación sectorial ni en el Contrato RER de Suministro existen disposiciones expresas que regulen el supuesto antes descrito, conviene recurrir a las Leyes Aplicables, conforme a lo establecido en la cláusula 3.3 del Contrato RER;

Que, en efecto, el artículo 1273 del Código Civil establece que se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Por tanto, considerando que el adjudicatario cobró por inyecciones que no realizó o fueron a un precio que no le correspondía, por lo que percibió una contraprestación indebida, en aplicación del principio general de que la Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, corresponde que Osinergmin establezca un mecanismo por el cual se obtenga la devolución de los ingresos percibidos por el adjudicatario, y así no configurar un pago indebido o un eventual enriquecimiento sin causa;

Que, a pesar de no inyectar energía para el cumplimiento de su compromiso contractual, sobre el cual la empresa podría renunciar y no ejerció ese derecho que lo habilitaría correctamente en no entregar energía bajo el régimen RER, la empresa sí percibe ingresos en el COES por la valorización de sus inyecciones al Costo Marginal de Corto Plazo e ingresos por potencia en el COES bajo la misma central RER que resultó adjudicataria en una Subasta Internacional que contó con condiciones y compromisos claros;

Que, en función a lo expuesto, corresponde disponer que la División de Supervisión de Electricidad de Osinergmin, realice una evaluación para el inicio de una supervisión especial sobre el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de Atria, así como del cumplimiento del artículo 15 de la RESOLUCIÓN, para que en función de los resultados, se determinen las consecuencias o acciones que hubiere lugar, a nivel sancionador en materia de su competencia, y/o contractuales para que sean informados al Concedente y/o regulatorios de competencia del Consejo Directivo.

2.3 SOBRE EL PEDIDO DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

2.3.1 SUSTENTO DE PETITORIO

Que, ATRIA en su segundo otro sí, señala que conforme lo dispone el artículo 226 del TUO de la LPAG, solicita la suspensión de los efectos del artículo 15 de la RESOLUCIÓN, toda vez que: i) la ejecución puede causar perjuicios a ATRIA, y ii) aprecia un vicio de nulidad trascendente en la decisión.

2.3.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, de conformidad con lo previsto en los artículos 9, 16.1 y 226.1 del TUO de la LPAG, todo acto administrativo se considera válido y es eficaz a partir de que la notificación; así, la interposición de cualquier recurso, no suspenderá su ejecución, salvo en el marco del artículo 226.2, la autoridad lo suspenda si evidencia un perjuicio de difícil reparación o existencia de un vicio de nulidad;

Que, como etapas del proceso regulatorio luego de la interposición del recurso, se encuentran, la exposición de la recurrente en audiencia pública, la misma que se llevó a cabo el 23 de julio de 2020, las opiniones a los recursos hasta el 05 de agosto de 2020, a partir de lo cual, dicho medio impugnativo se encuentra apto en ser resuelto;

Que, el pedido de suspensión de los efectos de un acto administrativo tiene como expectativa paralizar su ejecución en tanto se resuelve el recurso administrativo presentado;

Que, en tanto, no corresponde modificar el artículo 15 de la RESOLUCIÓN, al desestimar su recurso de reconsideración, debe declararse improcedente dicho pedido de suspensión al haber operado la sustracción de la materia;

Que, finalmente, se han expedido los Informes Técnico [N° 298-2020-GRT](#) y Legal [N° 299-2020-GRT](#) de la División de Generación y Transmisión Eléctrica, y de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, respectivamente, con los que se complementa la motivación que

sustenta la decisión del Consejo Directivo 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; 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 la Ley N° 28832, en Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 27-2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad planteada como pretensión principal e infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Atria Energía S.A.C. en sus demás extremos, contra la Resolución N° 068-2020-OS/CD, de conformidad con lo señalado en los numerales 2.1.2 y 2.2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar improcedente la solicitud de suspensión del artículo 15 de Resolución N° 068-2020-OS/CD, de conformidad con lo señalado en el numeral 2.3.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Disponer que la División de Supervisión de Electricidad de Osinergmin, a través de su unidad especializada, realice la evaluación para el inicio de una supervisión especial sobre el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de Atria Energía S.A.C. así como del cumplimiento del artículo 15 de la Resolución N° 068-2020-OS/CD, en función de lo expuesto en la presente resolución,

Artículo 4°.- Incorporar los Informes [N° 298-2020-GRT](#) y [N° 299-2020-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y consignarla junto con los informes a que se refiere el artículo precedente, en el Portal Institucional de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2020.aspx>.

**Antonio Ángulo Zambrano
Presidente del Consejo Directivo (e)
Osinergmin**