

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 105-2020-OS/CD**

Lima, 13 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”), publicó la Resolución N° 068-2020-OS/CD (“Resolución 068”), mediante la cual, entre otras disposiciones, se fijaron las Tarifas en Barra, los Peajes del Sistema Principal de Transmisión (“SPT”), entre otros cargos tarifarios, así como sus fórmulas de actualización, para el período 2020 –2021;

Que, con fecha 13 de julio de 2020, las empresas ABY Transmisión Sur S.A. (“ATS”) y ATN S.A. (“ATN”) interpusieron recursos de reconsideración contra la Resolución 068 (“Recursos”); siendo materia del presente acto administrativo, el análisis y decisión de los citados medios impugnativos;

2.- ACUMULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS POR LOS RECURSOS

Que, el artículo 160 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), establece que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible, la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión;

Que, de la revisión de los Recursos formulados por las empresas recurrentes vinculadas, y atendiendo a la naturaleza conexas de sus peticiones se verifica que éstos no confrontan intereses incompatibles, por el contrario comparten el mismo contenido, por lo que resulta procedente que el Consejo Directivo de Osinergmin, como órgano competente, disponga la acumulación de los procedimientos originados por la presentación de los citados recursos de reconsideración, a efectos de que sean tramitados y resueltos conjuntamente en decisión única, mediante resolución;

Que, la acumulación en cuestión, cumple con el Principio de Eficiencia y Efectividad, contenido en el artículo 10 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, por cuanto, procura la eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo;

3.- PETITORIOS DE LOS RECURSOS

3.1 Pretensión Principal: Que las tarifas aprobadas a través de la Resolución 068 consideren los meses de mayo y junio de 2020, a fin de no perjudicar los ingresos de los concesionarios; y, en consecuencia, se compensen las diferencias asociadas a dichos meses entre lo que resta del presente periodo tarifario (Julio 2020 – Abril 2021).

3.2 Pretensión subordinada: Que la Resolución 068 determine expresamente que los ingresos esperados a recibir por los concesionarios de haberse iniciado el periodo de vigencia de las tarifas desde el 01 de mayo de 2020 (como correspondía), serán compensados a través de la

Liquidación a llevarse a cabo en el año 2021, de conformidad con la Resolución N° 055-2020-OS/CD.

3.3 Solicitud de Nulidad: Solicitan la nulidad de la resolución impugnada, al carecer del requisito de validez de debida motivación, por cuanto señalan, que no se ha tomado en cuenta la totalidad de normas aplicables.

4.- ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

4.1 QUE LA RESOLUCIÓN 068 CONSIDEREN LOS MESES DE MAYO Y JUNIO DE 2020 EN EL PERIODO JULIO 2020 – ABRIL 2021

4.1.1 ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

Que, las recurrentes indican que la Resolución 068 establece que el inicio de vigencia de las tarifas rige desde el 4 de julio de 2020, no obstante, el artículo 75 de la LCE, faculta a las empresas concesionarias a ajustar sus ingresos aplicando las tarifas del periodo anterior en tanto Osinergmin no apruebe las nuevas tarifas para el periodo siguiente, pero no debe confundirse como una exoneración de la obligación del Osinergmin de aprobar las tarifas para el periodo mayo 2020 – abril 2021, según los artículos 1.2 y 23 de la Ley N° 28832 y el artículo 61 de la Ley de Concesiones Eléctricas, referidas a un periodo tarifario anual que inicia en mayo y a un monto anual que constituye la Base Tarifaria;

Que, las recurrentes afirman que si bien se pudo aplicar de forma temporal las tarifas aprobadas por la Resolución N° 061-2019-OS/CD para los meses de mayo y junio de 2020, ello no debe exceder su periodo anual de forma permanente, ya que las tarifas deben ser fijadas sólo por 12 meses contado a partir del 1 de mayo;

Que, concluyen indicando que las tarifas aprobadas mediante la Resolución 068 se deben considerar vigentes a partir del 1 de mayo de 2020, con la finalidad de no perjudicar los ingresos de los concesionarios y como consecuencia, se deben compensar las diferencias asociadas a los meses de mayo y junio de 2020 entre los meses que resta del presente periodo tarifario.

4.1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, como punto de partida corresponde esclarecer los conceptos utilizados por los recurrentes contenidos en la normativa. El concepto que representa el monto que remunera la inversión, así como la operación y mantenimiento en favor de la concesionaria se le denomina Base Tarifaria. Por su parte, el concepto que representa un medio de recaudación de la Base Tarifaria se le denomina Peaje, Peaje Unitario o de modo general tarifas, las mismas que son aplicadas a los usuarios. No resulta adecuado referirse de forma indistinta sobre estos conceptos como si se tratarán de lo mismo dentro del marco de un dispositivo normativo;

Que, en ese sentido, la base legal expresa para la aplicación de la Resolución N° 061-2019-OS/CD en los meses de mayo y junio de 2020, fueron los artículos 54 y 75 de la LCE y el artículo 156 del RLCE, dada la coyuntura nacional. Estos dispositivos al señalar que las “tarifas” podrán ser reajustadas por las empresas, en tanto una vez vencidas no se aprobaran las nuevas, de ningún modo se refiere a que los concesionarios de un SGT estuvieran “facultados en ajustar sus ingresos” o modificar su Base Tarifaria;

Que, de aplicar el “ajuste mensual por los concesionarios según las fórmulas de reajuste” mencionado en la citada base legal, ello versará según el propio desarrollo de la ley sobre las tarifas de generación (precio a nivel de generación, que incluye los precios en barra), los peajes de transmisión y el valor agregado de distribución; utilizando las fórmulas de reajuste ya fijadas en el acto administrativo y que aplicaron mes a mes a lo largo del periodo tarifario. Por consiguiente, para los concesionarios que cuentan con ingresos garantizados sólo representaría una mayor recaudación, pero no el derecho de quedarse con ese eventual mayor ingreso, dado que, sólo la Autoridad puede ajustar la Base Tarifaria;

Que, el proceso normal de fijación tarifaria debió tener, como todos los años previos, una vigencia anual desde mayo de 2020 hasta abril de 2021, en el cual, se reestructura la tarifa y actualizan los montos que forman parte de los cálculos, aplicando el periodo e inicio de vigencia, referido en los artículos 1.2 de la Ley N° 28832 y, 61 de la LCE, citados por la recurrente;

Que, el hecho de que el periodo regulatorio previo se haya extendido, no significa que en ese periodo (del 1 de mayo de 2019 al 3 de julio de 2020) la concesionaria va a recibir sus mensualidades en función de una Base Tarifaria equivalente únicamente a 12 meses, sino que, adicional a esos 12 meses, recibirá, para el periodo del 1 de mayo al 3 de julio de 2020, las mensualidades de una Base Tarifaria calculada en función de lo regulado por la Resolución N° 061-2019-OS/CD;

Que, en ese orden, a partir del 4 julio de 2020 hasta 31 de abril de 2021, recibirá las mensualidades de la Base Tarifaria fijada en función de lo regulado por la Resolución 068. Es así que, al concesionario SGT se le asegura su remuneración garantizada y en ningún momento deja de percibirla y cada mensualidad es reconocida con la aplicación de referida tasa legal;

Que, el proceso de liquidación consiste en contrastar lo autorizado en las resoluciones con lo recaudado producto de la aplicación de las tarifas a los usuarios, de ese modo verificará que, mensualmente o de forma acumulada, la recaudación cubra la Base Tarifaria fijada, y las diferencias resultantes se convierten siempre en un monto (positivo o negativo) que se agrega a la siguiente Base Tarifaria, por tanto, el Regulador no desconoce ninguno de los derechos con los que cuenta el concesionario;

Que, con respecto al Monto anual a reconocer por las instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión (Base Tarifaria), es importante señalar que, el numeral 22.4 del artículo 22 del Reglamento de Transmisión señala que:

“22.4 Cada año OSINERGMIN efectuará el cálculo de la liquidación anual, con el objeto de garantizar la equivalencia entre los montos recaudados durante el periodo anual anterior con lo autorizado como Base Tarifaria para dicho periodo. (...) La diferencia será incorporada, como crédito o débito, a la Base Tarifaria del siguiente periodo”;

Que, de esta manera, en el siguiente proceso de Liquidación Anual, se tendrá en cuenta la Base Tarifaria fijada con la Resolución 068, y se realizarán los cálculos respectivos, según el procedimiento de liquidación de Osinergmin y los Contratos de Concesión SGT suscritos entre el Estado Peruano y las empresas ATS y ATN;

Que, asimismo, se debe tener en cuenta que, en la próxima Liquidación Anual, el Periodo de Liquidación se considerará del 1 de marzo al 31 de diciembre de 2020, conforme la Primera Disposición Complementaria de la Resolución N° 055-2020-OS/CD. Es decir, se

verificará las diferencias entre los Ingresos Esperados Mensuales (IEM) y los Ingresos Mensuales que correspondió Facturar (IMF) de dicho periodo, que incluye los meses de mayo y junio de 2020, con lo cual se garantiza recaudar lo fijado en la Base Tarifaria;

Que, es notorio también que la aplicación tarifaria de este periodo es distinta a un periodo regular, sin embargo, ello responde a la sujeción de los dispositivos de rango legal emitidos en la coyuntura de pandemia declarada, del estado de emergencia nacional y particularmente de la suspensión de los plazos administrativos dispuesta mediante Decreto de Urgencia N°029-2020, Decreto de Urgencia N° 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, tal como fue motivado en la Resolución 068;

Que, en ese marco, Osinergmin se encontraba impedido legalmente de ejercer sus funciones regulatorias, puesto que, mediante un acto administrativo no se encuentra habilitado a desconocer los mandatos normativos, según lo previsto en el artículo 5.3 del TUO de la LPAG. Precisamente, en cumplimiento del principio de legalidad, el Regulador ciñe sus actuaciones a las disposiciones normativas de carácter general;

Que, la pretensión principal de las recurrentes tiene por objetivo asumir vigencia y efectos de la Resolución 068 para los meses de mayo y junio de 2020 y trasladarlos para los meses de julio de 2020 hasta abril de 2021, lo que significaría dar efectos retroactivos a la decisión que recién tuvo efectos a partir de julio de 2020, situación no permitida por el ordenamiento jurídico;

Que, la aplicación de la Resolución 068 desde julio de 2020 tuvo como origen para su emisión, las normas de rango legal y contó con un mecanismo legal previsto desde 1992 que brinda continuidad tarifaria en los meses anteriores a su vigencia, y para el caso de los concesionarios SGT tienen la garantía los ingresos asegurados previstos en sus respectivos contratos, según la Base Tarifaria reconocida por la regulación; de ese modo, la vigencia por 14 meses de la Resolución N° 061-2019-OS/CD y la vigencia de 10 meses de la Resolución 068, cuenta con amparo legal;

Que, en consecuencia, este extremo del petitorio debe ser declarado infundado.

4.2 QUE LA LIQUIDACIÓN DEL SIGUIENTE AÑO CONSIDERE LOS MESES DE MAYO Y JUNIO DE 2020

4.2.1 ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

Que, las recurrentes sostienen que, debido a que en los meses de mayo y junio de 2020 se aplicaron las tarifas aprobadas con Resolución N° 061-2019-OS/CD, existen diferencias entre los ingresos esperados por los concesionarios debido a que se esperaba que la nueva Base Tarifaria, entrara en vigencia el 01 de mayo de 2020, por lo que, debe ser liquidarse en el año 2021, en el marco de los numerales 4.15 al 4.18 del Procedimiento de Liquidación;

Que, agregan que, la Resolución 068 no señala claramente si ese ingreso esperado por los concesionarios será compensado en la Liquidación a llevarse a cabo en el año 2021, incumpliendo así los objetivos de la determinación de los cargos del SGT del artículo 23 de la Ley 28832, por consiguiente, debe ser reconocido expresamente en la decisión.

4.2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, en tanto la pretensión principal no ha sido estimada, corresponde analizar la pretensión subordinada, la misma que esencialmente tiene como base los argumentos de la pretensión principal pero la diferencia radica en el instrumento que implementa la solución

de las recurrentes. En este caso, se busca que la diferencia económica alegada, por aplicar la Resolución 068 desde mayo de 2020 se refleje en el siguiente periodo tarifario de mayo 2021 a abril 2022, a diferencia del pedido principal que requería se refleje en el mismo periodo regulatorio de julio 2020 a abril 2021;

Que, asimismo, el segundo párrafo del artículo 46 de la LCE, establece que las tarifas sólo podrán aplicarse previa publicación de la resolución correspondiente en el diario oficial y de una sumilla de la misma en un diario de mayor circulación;

Que, conforme se ha analizado, el ordenamiento jurídico como regla general proscribiera la aplicación retroactiva de una norma o resolución. Esta resolución fue emitida conforme al marco legal y no vulnera el reconocimiento contractual de la Base Tarifaria, por consiguiente, no es viable jurídicamente asumir los efectos de la resolución para meses antes de su publicación y vigencia, ni valorizarlos y llevarlos para el siguiente proceso regulatorio, esto es, no corresponde aplicar una decisión en un momento que en que no formaba parte sistema jurídico, accionar que además afectaría el interés público;

Que, el numeral 22.4 del artículo 22 del Reglamento de Transmisión aprobado con Decreto Supremo N° 027-2007-EM, señala que:

“22.4 Cada año OSINERGMIN efectuará el cálculo de la liquidación anual, con el objeto de garantizar la equivalencia entre los montos recaudados durante el periodo anual anterior con lo autorizado como Base Tarifaria para dicho periodo. (...) La diferencia será incorporada, como crédito o débito, a la Base Tarifaria del siguiente periodo”;

Que, también se ha manifestado que el proceso de liquidación seguirá su curso y las diferencias entre lo autorizado y recaudado serán saldadas cumpliendo las reglas habituales de liquidación, según lo autorizado por Resolución 061-2019-OS/CD y Resolución 068;

Que, por su parte, el periodo comprendido en los numerales 4.15 al 4.18 del Procedimiento de Liquidación de Osinergmin a que hace referencia las recurrentes, no cambiará, es decir el periodo de liquidación considerará los ingresos esperados y los ingresos facturados, solo que en el caso del periodo 2020 – 2021, se considerarán las tarifas del 1 de mayo al 3 de julio del 2020 con la Resolución N° 061-2019-OS/CD y del 4 de julio de 2020 al 30 de abril de 2021 con la Resolución 068. Si bien, la aplicación no será idéntica frente a un periodo regular, no se trata de una vulneración a normas o derechos sustantivos sino de aspectos procedimentales producto del cumplimiento de normas con rango legal que devinieron en el retraso justificado para la emisión de la Resolución 068;

Que, para la Liquidación Anual del 2021, el Periodo de Liquidación corresponderá del 1 de marzo al 31 de diciembre de 2020, conforme la Primera Disposición Complementaria de la Resolución N° 055-2020-OS/CD. Es decir, se verificará las diferencias entre los Ingresos Esperados Mensuales (IEM) y los Ingresos Mensuales que correspondió Facturar (IMF) de dicho periodo, que incluye los meses de mayo y junio de 2020, por lo que no afectara los ingresos contemplados en los contratos de concesión SGT;

Que, por lo tanto, considerando que el proceso de Liquidación Anual se encuentra regulado en su normativa específica, según el tipo de instalación, no resulta necesario realizar ninguna precisión en la Resolución 068, respecto a la Liquidación Anual;

Que, el cumplimiento del objetivo de los cargos tarifarios del SGT contenido en el artículo 23 de la Ley 28832, no se encuentra en riesgo, porque el pago de la remuneración permanece garantizado por la regulación atendiendo lo dispuesto en las Leyes Aplicables, de forma predecible a las reglas de juego existentes. El desajuste real de los periodos tiene un origen de salud pública cuya imprevisibilidad ha repercutido a nivel global para todos;

Que, de otro lado, si bien las recurrentes alegan afectaciones económicas no las valorizan ni sustentan, sólo estiman que una vigencia desde el periodo normal ocasionaría una diferencia económica en su favor, por lo que, la vigencia posterior sería en su perjuicio. En ese orden, de ser ese el caso, corresponde anotar que Osinergmin como entidad administrativa solo ha cumplido con las normas legales publicadas, y si eventualmente, existiera algún desequilibrio económico justificado y se encontrara dentro las causales previstas en su contrato o de la normativa de promoción de la inversión, les corresponderá a las concesionarias iniciar un proceso para su restablecimiento, aspecto que no es parte del presente proceso regulatorio;

Que, en consecuencia, este extremo del petitorio debe ser declarado infundado.

4.3 SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 068

4.3.1 ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

Que, las recurrentes manifiestan que la Resolución 068 ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG, al haber incumplido con el requisito de validez de motivación, siendo su consecuencia la declaración de nulidad en sede administrativa o judicial;

Que, agregan que la falta de motivación del acto administrativo también constituye una vulneración del principio del debido procedimiento, según lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias recaídas en los Expedientes N° 4123-2011-PA/TC y N° 04644-2912-AA/TC;

Que, sostienen que se ha vulnerado la garantía constitucional de motivación, generando graves perjuicios económicos, toda vez que, Osinergmin procedió a emitir una resolución que no habría tenido en cuenta la totalidad de las normas aplicables al caso en concreto, sin regular el tratamiento que se les daría a los ingresos esperados por los concesionarios para los meses de mayo y junio de 2020, al no haberse aplicado las tarifas desde mayo de 2020, conforme establece el artículo 61 de la LCE.

4.3.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, como se ha desarrollado en el análisis de las pretensiones principal y subordinada, Osinergmin ha cumplido con las normas aplicables citadas en su motivación, al haber emitido su acto en la oportunidad en la cual tenía competencia temporal para realizarla, a partir del 11 de junio del 2020, una vez culminada la oportunidad de remisión de información de los transmisores hasta el 17 de junio de 2020, por tanto, emitió la decisión el 18 de junio y fue publicada al día siguiente, el 19 de junio de 2020. Luego de lo cual, según el artículo 152 del RLCE, la vigencia de las tarifas debía ser posterior a los 15 días calendario a su publicación, por lo que, su aplicación inició el 04 de julio de 2020;

Que, lejos de apartarse de las normas aplicables, el Regulador hizo un cumplimiento estricto a las mismas, y sí hubiera incurrido en una causal de nulidad en caso hubiera emitido un acto administrativo con efectos durante la suspensión de plazos administrativos, o al dar efectos retroactivos a la Resolución 068, previos a su publicación;

Que, en consecuencia, se advierte que no existe vicio alguno en la Resolución 068, ni se ha incurrido en ninguna causal prevista en el artículo 10 del TUO de la LPAG, que amerite una declaratoria de nulidad de este acto administrativo, por lo que, dicho planteamiento debe ser declarado no ha lugar;

Que, finalmente, se han expedido los Informes Técnico [N° 292-2020-GRT](#) y Legal [N° 293-2020-GRT](#) de la División de Generación y Transmisión Eléctrica, y de la Asesoría Legal de la Gerencia

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 105-2020-OS/CD**

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.

RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la acumulación de los procedimientos administrativos iniciados como consecuencia de los recursos de reconsideración, presentados por ABY Transmisión Sur S.A. y ATN S.A. contra la Resolución N° 068-2020-OS/CD.

Artículo 2°.- Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad planteada e infundados los recursos de reconsideración, en sus pretensiones principales y subordinadas, interpuestos por ABY Transmisión Sur S.A. y ATN S.A. contra la Resolución N° 068-2020-OS/CD, por las razones expuestas en los numerales 4.1.2, 4.2.2 y 4.3.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Incorporar los Informes Técnico [N° 292-2020-GRT](#) y Legal [N° 293-2020-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 4°.- 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**