

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 119-2020-OS/CD

Lima, 25 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 los Precios en Barra y peajes del Sistema Principal de Transmisión (“SPT”), así como sus fórmulas de actualización, para el período 2020 –2021;

Que, con fecha 13 de julio de 2020, la empresa Red de Energía del Perú S.A. (en adelante “REP”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 068 (en adelante “Recurso”); siendo materia del presente acto administrativo, el análisis y decisión del citado medio impugnativo.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, REP solicita en su Recurso lo siguiente:

- 1) Incluir los intereses intercalarios en el valor de inversión de la Ampliación N° 13, conforme a lo estipulado en el Laudo Arbitral;
- 2) Modificar el valor de la Remuneración Anual de REP para el Sistema Secundario de Transmisión asumida por la demanda (RA2 SST) y para el Sistema Principal de Transmisión (RA SPT);
- 3) Precisar sobre la vigencia de las tarifas en barra y la liquidación de los saldos del periodo no actualizado (del 01 de mayo al 03 de julio 2020) en la siguiente regulación tarifaria, conforme al derecho establecido en los respectivos contratos de concesión de transmisión.

2.1 INCLUIR LOS INTERESES INTERCALARIOS EN EL VALOR DE INVERSIÓN DE LA AMPLIACIÓN N° 13, CONFORME A LO ESTIPULADO EN EL LAUDO ARBITRAL.

2.1.1 ARGUMENTO DEL RECURRENTE

Que, REP solicita que Osinergmin reconozca en el cálculo de la Remuneración Anual de la Ampliación N° 13 los intereses intercalarios conforme a lo establecido en el Informe Complementario de Deloitte;

Que, REP señala que por lo resuelto en el Laudo Final emitido por el tribunal arbitral constituido al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el Caso 22278/ASM/JPA contra el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Energía y Minas, se debe reconocer en la presente regulación tarifaria (mayo 2020 – abril 2021) lo siguiente:

- (i) Reconocimiento de USD 323 882,00 por concepto de intereses intercalarios de la RAA que no fueron reconocidos en la RA mayo 2019 – abril 2020, más los intereses

que dicho monto devengue a partir del 22 de octubre de 2018 hasta la fecha efectiva de pago, calculados a la tasa de interés del 12% anual. Es decir, el monto total a reconocer más los intereses hasta abril 2020 asciende a US\$ 384,951 (expresado a abril 2020), conforme se desprende del numeral 77.21 del Laudo Arbitral. Es decir, a abril 2021 ascendería a USD 431,145 empleando la tasa del 12% conforme lo establecido en referido Laudo;

- (ii) Adicional a lo señalado en el literal anterior, conforme a lo establecido numeral 94 (iii) de la Decisión del Tribunal Arbitral se ordena que en la determinación de la RAA para los períodos a partir de mayo 2020 hasta el fin de la concesión el Estado considere los intereses intercalarios tomando como base el Informe Complementario de Deloitte;

2.1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, mediante Oficios N° 2243-2018-MEM/DGE y N° 2280-2018-MEM/DGE, del 20 y 27 de diciembre de 2018, el Ministerio de Energía y Minas, pone en conocimiento de Osinergmin, la decisión sobre el Caso 22278/ASM/JPA, para los fines pertinentes dentro del ámbito de competencia del Regulador y solicita se le remita el cálculo de la Remuneración Anual de la Ampliación 13, en los términos de la decisión arbitral;

Que, mediante Oficios N° 020-2019-OS/GG, N° 051-2019-OS/GG y N° 063-2019-OS/GG, del 29 de enero 2019, 28 de febrero 2019 y 14 de marzo de 2019, Osinergmin le remitió los valores resultantes del cálculo solicitado, le comunicó la publicación del proyecto tarifario (Resolución N° 025-2019-OS/CD) aplicable desde el 01 de mayo de 2019 con los criterios regulatorios aplicados al caso para sus comentarios y le remitió el archivo de cálculo correspondiente;

Que, mediante Resolución N° 061-2019-OS/CD, del 10 de abril de 2019, se publicaron los precios en barra y los peajes unitarios adicionados al Sistema Principal de Transmisión, aplicables a partir del 01 de mayo de 2019, en donde se incluye la remuneración de Red de Energía del Perú S.A. ("REP"), la que incorporó el valor de la inversión de la auditoría de costos, según el mecanismo contractual, con las fechas de puesta en servicio consideradas como "Puesta de Operación Comercial", según la decisión obtenida del mecanismo contractual ante la controversia generada;

Que, el ordenamiento jurídico aplicable al caso de las Ampliaciones ordena el reconocimiento de la remuneración de la Ampliaciones ejecutadas por REP, con los conceptos como la inversión, la operación y mantenimiento, así como los intereses intercalarios. El instrumento que contiene dichos valores para el cálculo tarifario es el informe de auditoría emitido por una auditora autorizada dentro del proceso contractual;

Que, para este caso concreto, el criterio regulatorio compartido con el Ministerio de Energía y Minas, sobre el inicio del reconocimiento a partir del 09 de mayo de 2017, fecha en la cual, la empresa completó las 3 obras contenidas en la Ampliación N° 13 (según el Acta de Operación Comercial que remitió la misma REP, diversos documentos en que lo reconocía -carta y recurso administrativo del 2017- y la aplicación aceptada para todas las demás Ampliaciones -anteriores a la N° 17-) fue reformado a través del mecanismo contractual por las fechas de puesta en servicio de las 3 obras, tomando en cuenta el 15 de enero, 19 de mayo y 24 de julio del 2014, como fechas de Operación Comercial según las Actas de Puesta en Servicio; las mismas que fueron consideradas en la Resolución N° 061-2019-OS/CD, sin perjuicio de haber comunicado la posición del Regulador, en diversas comunicaciones al Ministerio de Energía y Minas;

Que, en ese contexto, habiendo reconocido los costos del informe de auditoría con las nuevas fechas, el interés intercalario de dicho informe no era aplicable por haber modificado el inicio del reconocimiento, toda vez que, el interés intercalario es entendido como el interés que aplica desde los desembolsos hasta el inicio del reconocimiento;

Que, al respecto, mediante Oficio N° 439-2019-GRT del 17 de abril de 2019, Osinergmin le solicitó al Ministerio de Energía y Minas comunique si la auditoría complementaria sobre los intereses intercalarios remitida por REP al Regulador, contaba con su conformidad. Al respecto, el Ministerio de Energía y Minas, mediante Oficio N° 658-2019-MEM/DGE y N° 055-2020-MINEM/DGE, del 16 de mayo del 2019 y 13 de enero de 2020, comunicó las observaciones a la auditoría de la Ampliación 13 y que ejercería su facultad contractual de requerir una nueva auditoría;

Que, ahora bien, encontrándose pendiente el reconocimiento del interés intercalario, el mismo que, Osinergmin en aplicación de la normativa sectorial, adopta de los dispositivos contractuales y sobre el cual tiene derecho la concesionaria según el literal a) del numeral 4.2 del Anexo 7 de su Contrato, así como a partir de los Oficios N° 607-2020-MINEM/DGE y Oficio N° 099-2020-MINEM/PP del 15 y 23 de junio de 2020, por el cual, se remite el mandato referido a “que en la determinación de la RAA para los períodos a partir de mayo de 2020 hasta el fin de la concesión el Estado considere los intereses intercalarios tomando como base el Informe Complementario Deloitte”, le corresponde al Regulador reconocer dicho interés en la presente regulación;

Que, de ese modo, se procederá a considerar los resultados del Informe de Auditoría Complementario de Deloitte de fecha 29 de marzo de 2019, dado que dicho documento se trata del instrumento válido para la regulación; es decir, se incluirán los intereses intercalarios de la Ampliación 13 en la determinación de la RAA, y se realizarán los recálculos respectivos en las liquidaciones anuales de REP, teniendo en cuenta los mismos criterios utilizados en la fijación tarifaria, en la que se incorporaron los costos y gastos auditados de la referida ampliación, conforme fue informado mediante Oficio N° 198-2020-OS/GG del 30 de junio del 2020, respecto del cual, no se ha recibido respuesta o pronunciamiento al respecto;

Que, esta inclusión además se realiza, en tanto no existe un impedimento que limite la competencia del Regulador, como lo sería la existencia de una causa pendiente de decisión judicial, sin perjuicio que, frente a una eventual nueva auditoría que remplace a la reconocida, dentro del marco contractual u ocurra una modificación de la decisión de la controversia ya sea a través de lo previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI o vía una anulación judicial, iniciada por el Concedente, Osinergmin adoptará la decisión final, procederá con la liquidación correspondiente en el periodo desde que fuera notificado;

Que, en consecuencia, este extremo del recurso de reconsideración debe ser declarado fundado en parte, en tanto que, se reconocerán los intereses intercalarios en función del Informe de Auditoría Complementario de Deloitte, no obstante, se efectuará el cálculo utilizando los criterios de la fijación tarifaria para este concepto y no a partir de los valores que plantea REP en su recurso, en la respectiva resolución complementaria.

2.2 MODIFICAR EL VALOR DE LA REMUNERACIÓN ANUAL DE REP PARA EL SISTEMA SECUNDARIO DE TRANSMISIÓN ASUMIDA POR LA DEMANDA (RA2 SST) Y PARA EL SISTEMA PRINCIPAL DE TRANSMISIÓN (RA SPT).

2.2.1 ARGUMENTO DEL RECURRENTE

Que, REP solicita que Osinergmin modifique el monto de la Remuneración Anual de REP para el Sistema Secundario de Transmisión asumida por la demanda “RA2 SST” en la hoja de cálculo RA_2020 del archivo de Liquidación de REP publicado denominado “Liquidación REP_2020 (PUB)”. Así mismo, solicita se recalcule el monto de la Remuneración Anual de REP para el Sistema Principal de Transmisión “RA SPT” debido a la modificación de la “RA2 SST”;

Que, REP observa que el valor de Peaje del Sistema Secundario de Transmisión (PESST) consignado es de 85 millones de soles, según la hoja RA_2020 del archivo de cálculo “Liquidación REP_2020 (PUB)”. Dicho valor es erróneo debido a que es el correspondiente a la etapa anterior de Pre-Publicación de la Liquidación de los SST-SCT 2020;

Que, al respecto, REP señala que el valor correcto de PESST a emplear debe ser igual a 77,85 millones de soles según se indica en el archivo de cálculo “7Facturación_REP_2019(PubLiq10).xlsx” de la Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión SST-SCT 2020 publicado mediante Resolución N°078-2020-OS/CD;

2.2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, de acuerdo al ordenamiento jurídico aplicable, la remuneración correspondiente a REP, se efectúa a través de la aprobación de las tarifas dentro de la fijación administrativa anual de los precios en barra;

Que, en atención a las medidas de emergencia adoptadas por el Poder Ejecutivo a partir del 15 de marzo de 2020, debido a la pandemia declarada, particularmente, en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020 y sus prórrogas mediante Decreto de Urgencia N° 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, se suspendió hasta el 10 de junio del 2020 los plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales; reanudándose el cómputo de los referidos plazos el 11 de junio de 2020;

Que, para el caso de la fijación de los precios en barra, no obstante haber recibido los comentarios al proyecto tarifario el 12 de marzo de 2020, se encontraba pendiente la remisión de información hasta el 19 de marzo de 2020 por parte de las empresas transmisoras en base a los procedimientos de liquidación, por lo cual, dicho plazo pendiente venció el 17 de junio de 2020. De ese modo, el 18 de junio de 2020 se aprobó la Resolución 068 y se publicó el 19 de junio de 2020, la misma que, en sujeción al artículo 152 del RLCE, debía entrar en vigencia a partir del 04 de julio de 2020. Distinto es el caso, de la Resolución N° 078-2020-OS/CD, cuyo proceso tenía más etapas pendientes por lo que se extendió su aprobación y publicación;

Que, a efectos de superar una situación como la ocurrida, existen reglas de rango legal, pues hasta el inicio de vigencia de las nuevas tarifas, en atención a lo establecido en los artículos 54 y 75 de la LCE y el artículo 154 del RLCE, aplicaron las tarifas aprobadas mediante Resolución N° 061-2019-OS/CD, con sus modificaciones y actualizaciones;

Que, como acto administrativo la Resolución 068, debía adoptar los valores disponibles al momento de su emisión, tomando los hechos probados producidos previamente, en atención a la competencia temporal y deber de motivación previstos en los artículos 3.1 y

6.1 del TUO de la LPAG, y en sujeción al principio de legalidad y el de verdad material contenidos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG;

Que, los valores aprobados en la Resolución N° 078-2020-OS/CD no existían ni podrían constituir una fuente de información válida para la Resolución 068 emitida previamente; por consiguiente, la información que podría originar una modificación de la resolución impugnada debe referirse a aquella ocurrida antes del acto administrativo, caso contrario dicho acto sería susceptible de cambio constante. Solo los actos que producen una eficacia anticipada declarada, como lo serían una nulidad o un acto de enmienda, tienen efectos propios antes de su emisión, no siendo el caso de la Resolución N° 078-2020-OS/CD;

Que, sin perjuicio de lo señalado, se precisa que el PESST corresponde a un monto estimado, cuya recaudación varía en función de la demanda, del Tipo de Cambio, entre otros factores; por lo que, en la oportunidad de la Liquidación Anual, se deberá verificar la recaudación a través de este concepto con la finalidad de garantizar la equivalencia con el monto que correspondió facturar;

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

2.3 VIGENCIA DE LAS TARIFAS EN BARRA Y LA LIQUIDACIÓN DE LOS SPT/SGT

2.3.1 ARGUMENTO DEL RECURRENTE

Que, REP solicita precisar en la Resolución 068, que mediante el proceso de liquidación del próximo año y conforme a lo establecido en cada Contrato de Concesión, se verificarán y saldarán las diferencias entre lo recaudado y lo que debe percibir como derecho por Contrato cada concesionaria de transmisión, dentro del periodo de liquidación, incluyendo el periodo del 1 de mayo al 3 de julio del 2020;

Que, al respecto, REP indica que, en la Resolución se establece que las Tarifa en Barra respectivas entrarán en vigencia a partir del 04 de julio de 2020, manteniendo para el periodo del 01 de mayo hasta el 03 de julio las tarifas de la fijación de tarifas en barra del periodo regulatorio anterior;

Que, en este sentido, REP considera conveniente precisar en la Resolución, que mediante el proceso de liquidación del próximo año y conforme a lo establecido en cada Contrato de Concesión, se verificarán y saldarán las diferencias entre lo recaudado y lo que debe percibir como derecho por Contrato cada concesionaria de transmisión, dentro del periodo de liquidación, incluyendo el periodo del 1 de mayo al 3 de julio del 2020;

2.3.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la aplicación tarifaria de este periodo por la Resolución 068 es distinta a un periodo regular, sin embargo, como se ha señalado, 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 impugnada;

Que, en ese marco, Osinergmin se encontraba impedido legalmente de ejercer sus funciones regulatorias antes del 11 de junio de 2020, 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, asumir la vigencia y efectos de la Resolución 068 para los meses de mayo y junio de 2020 significaría dar efectos retroactivos a la decisión que recién tuvo efectos a partir de julio de 2020, situación no permitida por el ordenamiento jurídico. También como se ha manifestado, para los meses de mayo y junio de 2020 existe un mecanismo legal previsto desde el año 1992, el cual es conocido por los agentes y brinda continuidad tarifaria, en esta oportunidad fue través de la vigencia extendida de la Resolución N° 061-2019-OS/CD;

Que, para el caso de los concesionarios que cuenta contractualmente con la garantía de ingresos asegurados, mediante el proceso de liquidación se verificarán y se saldarán las diferencias, entre lo recaudado y lo que le corresponde percibir a cada concesionario de transmisión. De esta manera, en el siguiente proceso de Liquidación Anual se tendrá en cuenta la remuneración fijada con Resolución N° 061-2019-OS/CD y con la Resolución 068, sus periodos de vigencia respectivos, y se realizarán los cálculos conforme al procedimiento aprobado con Resolución N° 055-2020-OS/CD; por tanto, no corresponde realizar la precisión en los términos solicitados;

Que, conforme lo señala REP, mediante el proceso de liquidación, se verifican y se saldan las diferencias, dentro del periodo de liquidación, entre lo recaudado y lo que le corresponde percibir a cada concesionario de transmisión, según su Contrato de Concesión;

Que, de esta manera, en el siguiente proceso de Liquidación Anual se tendrá en cuenta las respectivas remuneraciones fijadas con Resolución N° 061-2019-OS/CD y la Resolución 068, y sus periodos de vigencia correspondientes, y se realizarán los cálculos conforme al procedimiento aprobado con Resolución N° 055-2020-OS/CD y los Contratos de Concesión suscritos entre los concesionarios y el Estado Peruano;

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

Que, finalmente, se han expedido los Informes Técnico [N° 322-2020-GRT](#) y Legal [N° 323-2020-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° 29-2020.

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar fundado en parte el extremo 1) del recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. contra la Resolución N° 068-2020-OS/CD, por las razones expuestas en el numerales 2.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar infundado los extremos 2) y 3) del recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. contra la Resolución N° 068-2020-OS/CD, por las razones expuestas en los numerales 2.2.2 y 2.3.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Incorporar los Informes Técnico [N° 322-2020-GRT](#) y Legal [N° 323-2020-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 4°.- Disponer que las modificaciones que motive la presente resolución en la fijación de tarifas en barra periodo 2020 – 2021 realizada mediante la Resolución N° 068-2020-OS/CD, se consignen en resolución complementaria.

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 3, 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