

Que, finalmente, se han expedido los informes N° 345-2021-GRT y N° 346-2021-GRT de la División de Generación y Transmisión y de Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, los cuales complementan la motivación que sustenta la decisión de Consejo Directivo de Osinermin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 3 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 Osinermin, 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 el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como en sus normas modificatorias y complementarias; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinermin en su Sesión N° 21-2021.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Enel Generación Perú S.A.A. contra la Resolución N° 067-2021-OS/CD, en su único petitorio, por las razones expuestas en el numeral 2.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Incorporar los Informes N° 345-2021-GRT y N° 346-2021-GRT, como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3°.- 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 2, en la página Web de Osinermin: <http://www.osinermin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2021.aspx>

JAIME MENDOZA GACON
Presidente del Consejo Directivo

1962275-1

Disponen acumulación y declaran no ha lugar a la solicitud de nulidad planteada por GR Paino S.A.C. y GR Taruca S.A.C. contra la Resolución N° 067-2021- OS/CD, e infundado el petitorio del recurso de reconsideración, para la fijación del Cargo por Prima RER correspondiente a las centrales eólicas Huambos y Dunas

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN
EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERMIN
N° 116-2021-OS/CD**

Lima, 10 de junio de 2021

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, en fecha 15 de abril de 2021, fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 067-2021-OS/CD ("Resolución 067"), 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 mayo 2021– abril 2022;

Que, con fecha 06 de mayo de 2021, las empresas GR Paino S.A.C. ("GR Paino") y GR Taruca S.A.C. ("GR Taruca") interpusieron recursos de reconsideración contra la Resolución 067, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de los citados medios impugnativos;

2.- ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Que, de acuerdo a lo establecido en artículo 160 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), 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 petitorios y argumentos de los recursos de reconsideración interpuestos por GR Paino y GR Taruca, atendiendo a su naturaleza conexa y que no confrontan intereses incompatibles sino, por el contrario, comparten la misma naturaleza y contenido; se considera procedente que el Consejo Directivo de Osinermin, como órgano competente, disponga la acumulación de los procedimientos originados a efectos de que sean tramitados y resueltos conjuntamente en decisión única, resolución cuya publicación deberá disponerse en el diario oficial El Peruano;

Que, la acumulación en cuestión, cumple con el principio de eficiencia y efectividad, contenido en el artículo 10 del Reglamento General de Osinermin, 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 para la sociedad en su conjunto;

3.- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERMIN

Que, GR Paino y GR Taruca solicitan se declare fundado sus recursos de reconsideración en los siguientes extremos:

a. Se fije el Cargo por Prima RER correspondiente a las centrales eólicas Huambos y Dunas; y, por tanto, se considere la vigencia de la Tarifa de Adjudicación con la Puesta de Operación Comercial concedida el 30 de diciembre de 2020;

b. Se declare la nulidad de la Resolución 067.

3.1 FIJACIÓN DEL CARGO POR PRIMA RER CORRESPONDIENTE A LAS CENTRALES EÓLICAS HUAMBOS Y DUNAS Y VIGENCIA DE LA TARIFA DE ADJUDICACIÓN CON LA PUESTA DE OPERACIÓN COMERCIAL

3.1.1 Argumentos de las recurrentes

Que, las recurrentes indican que Osinermin no habría incluido a las centrales eólicas Huambos y Dunas en el cálculo para la fijación de los cargos RER, desconociendo así que éstas se encuentran dentro del régimen RER y, por lo tanto, con todos los derechos sobrevivientes que le corresponden;

Que, al respecto, refieren que en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1002 y en el artículo 19° del Reglamento de la Generación de la Electricidad de Energías Renovables, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2011-EM ("Reglamento RER"), se establece que, al Generador RER adjudicatario de un proceso de licitación, se le remunera su energía eléctrica vía dos conceptos: i) la valorización de sus inyecciones netas de energía a Costo Marginal de Corto Plazo, y ii) un monto por concepto de Prima, determinado como la diferencia entre la valorización de sus inyecciones netas de energía a la correspondiente Tarifa de Adjudicación de la licitación y la valorización referida en i);

Que, agregan que con fecha 17 de mayo de 2016, tanto GR Paino como GR Taruca suscribieron sus respectivos Contratos RER con el Ministerio de Energía y Minas, producto de la cuarta subasta RER y que, posteriormente, con Cartas COES-D-DP-1359-2020 y COES-D-DP-1370-2020 (30.12.20), el COES aprobó la Puesta en Operación Comercial de las centrales eólicas Huambos y Duna, respectivamente, iniciando sus operaciones el 31 de diciembre de 2020;

Que, señalan que las razones de Osinermin con las que fundamenta la exclusión de dichas centrales,

contenidas en el numeral V.6.4 del Informe Técnico N° 226-2021-GRT, resultan contrarias al PR-20 "Ingreso, Modificación y Retiro de Instalaciones en el SEIN" (PR-20) y al alcance de las funciones otorgadas al COES;

Que, mencionan que, si bien cuando GR Paino y GR Taruca solicitaron la certificación de la Operación Comercial, solo se había implementado 5 de los 7 aerogeneradores que compondrían las centrales eólicas, respectivamente; de acuerdo al último párrafo del numeral 12.1 del punto 12. del PR-20 vigente para este caso, especialmente en los casos de centrales de generación no convencionales (CGNC), la certificación de la operación comercial se otorga por central (como un todo, y no por unidad);

Que, añaden que pese a que el numeral 12.2. del punto 12 del PR-20, contiene una regulación general que señala que es requisito para la puesta en operación comercial de centrales de generación que éstas hayan culminado sus pruebas de puesta en servicio, dicha regulación general debe leerse, interpretarse y aplicarse de conformidad con lo dispuesto en la regulación especial para el caso de CGNC, por lo que para la puesta en operación comercial en dichos casos, las pruebas de puesta en servicio correspondientes son aquellas que acrediten inyección por parte de la referida CGNC, y no correspondientes a todas y cada una de las unidades de generación que conforman la central respectiva, tal y como hizo en un primer momento el COES;

Que, mencionan las recurrentes que, con fecha 21 de enero de 2021, bajo la figura de una nulidad de oficio de la Operación Comercial de las centrales eólicas Huambos y Duna (que no está regulada en el PR-20) y bajo el concepto de "suspensión" (que sí está regulado en el PR-20 pero con causales taxativas no aplicables al presente caso), el COES cambió de forma abrupta e ilegal el criterio y contenido al aplicar el numeral 12.1. del punto 12. del PR-20; presentando las recurrentes el 04 de mayo de 2021, una solicitud arbitral contra la Decisión del COES que suspendió la Operación Comercial de las centrales eólicas Huambos y Duna, las cuales se encuentran actualmente en trámite;

Que, refieren las recurrentes que lejos de pronunciarse sobre sus peticiones formuladas y lo ordenado por el Directorio; la Dirección ejecutiva resolvió de manera incongruente a ellas, y de forma más agravante a la situación inicial, dispuso "dejar sin efecto" la Operación Comercial al negarle a GR Paino y GR Taruca la posibilidad de realizar la subsanación a la que se supeditó la referida suspensión ratificada por el Directorio. Actualmente, esta decisión es materia de un recurso de apelación presentada el 15 de abril de 2021 que se encuentra pendiente de resolución;

Que, finalmente señalan que dada las acciones del COES sobre la Operación Comercial de las centrales eólicas Huambos y Duna, GR Paino y GR Taruca tramitaron nuevamente la solicitud de Operación Comercial, la cual fue concedida el 05 de mayo de 2021 mediante Decisión COES/D/DP-670-2021 y COES/D/DP-669-2021, respectivamente. Según sostienen, éstas deberán ser consideradas por el Osinergrmin para el Cálculo de la Prima RER correspondiente a las centrales eólicas Huambos y Duna;

3.1.2 Análisis de Osinergrmin

Que, en efecto, tal como sucede para otras centrales RER en operación, corresponde reconocer el derecho a la Tarifa Adjudicada y, por tanto, la fijación de la Prima RER, en tanto se hayan cumplido con las condiciones que también las normas y el Contrato RER prevén. En este caso se toma en cuenta dichas reglas que, como parte de la subasta pública e internacional, son vinculantes en el marco del Decreto Legislativo N° 1002;

Que, las disposiciones del Reglamento RER y el "Procedimiento de cálculo de la Prima para la Generación de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables", aprobado por Resolución N° 001-2010-OS/CD ("Procedimiento RER"), se sujetan, complementan y son concordantes con los Contratos RER, al amparo del Decreto Legislativo N° 1002;

Que, en el Reglamento RER se establece el tratamiento para la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial, su

condición de valor único y la primera determinación de la Prima RER en función de la fecha de POC; todo ello en el marco contractual. Así, la finalidad del Procedimiento RER es el establecer la metodología de cálculo del monto de la Prima y el cargo Prima RER, de exclusiva competencia de este Organismo, para lo cual requiere por ejemplo de la información del COES, la misma que no supera las reglas vinculantes del proceso de subasta. En otras palabras, si el COES remitiera valores incorrectos (no reales o distintos del contrato) de energía, precios u otros, corresponde a Osinergrmin en su ámbito y una vez identificados, corregirlos;

Que, el hecho que determina que Osinergrmin no incorpore en su acto administrativo, el Cargo por Prima RER para las centrales de las recurrentes, radica en que el COES suspendió la Operación Comercial de ambos proyectos en el mes de enero de 2021, debido a que se identificó que los referidos proyectos no habían concluido con implementar el total de las instalaciones de generación a la fecha en la que se otorgó la POC;

Que, asimismo, de los recursos de reconsideración y la exposición efectuada por GR Paino y GR Taruca en audiencia pública, se verifica que el 22 de enero de 2021 se suspendió la Operación Comercial de las centrales eólicas Huambos y Duna y, posteriormente, el 23 de marzo de 2021 se dejó sin efecto su Operación Comercial; estas decisiones hayan su sustento en informes de supervisión de campo, realizadas por la División de Supervisión de Electricidad, donde se constataron hechos diferentes (instalaciones no construidas en su totalidad, que colisiona con el art. 12.2 del Reglamento RER, con el Contrato RER, y el propio PR-20) a los que fueron declarados (sin verificación) para obtener la operación comercial dejada sin efecto posteriormente. En adición a ello, también se evidencia que las recurrentes tramitaron nuevamente la solicitud de Operación Comercial, la cual fue concedida el 05 de mayo de 2021; es decir, de manera posterior a la fecha estipulada en los contratos suscritos por GR Paino y GR Taruca como fecha límite para la Puesta en Operación Comercial certificada por el COES de acuerdo con el PR-20;

Que, las reglas contractuales, además de precisar que la fecha real de POC no puede superar por cualquier motivo, el límite de 31 de diciembre de 2020, y que la potencia no puede ser dividida en fases a efectos de la POC conforme la propia oferta presentada por GR Paino y GR Taruca; establecen que la Tarifa de Adjudicación garantizada, la Prima y su primera fijación, rigen y están en función desde la fecha real de POC, fecha que debe sujetarse a los términos contractuales de la subasta, que las recurrentes mediante declaración jurada, declararon conocer y cumplir de forma incondicional;

Que, no se requiere mayor constatación para determinar que debido a la suspensión y al posterior pronunciamiento del COES que dejó sin efectos la POC por causas atribuibles, tanto a GR Paino como a GR Taruca (y que no fueron desmentidas por las recurrentes); al 05 de mayo de 2021 (fecha en la que el COES concede la Operación Comercial luego de la implementación de las instalaciones faltantes), se ha superado el límite contractual tope para considerarla como Operación Comercial del contrato. La implementación del total de las instalaciones de generación con fecha posterior al 31 de diciembre de 2020, constituye una Puesta en Operación Comercial extemporánea y, según el contrato, es causal de su resolución automática;

Que, conforme a lo informado por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, mediante los Oficios N° 318-2021-MINEM/DGE y 320-2021-MINEM/DGE, dicho Ministerio decidió resolver automáticamente los Contratos RER suscritos con las recurrentes, en razón del incumplimiento contractual a que se hace referencia en la presente Resolución;

Que, se precisa que la decisión de Osinergrmin basada en las reglas normativas y contractuales, no implica un pronunciamiento o presunción de la resolución del contrato. En efecto existen otras disposiciones que se están ejecutando, como la prioridad en el despacho y otras que no se han aplicado como la no ejecución de la garantía de fiel cumplimiento (dado que existe un procedimiento arbitral en curso). La decisión sobre la

preservación del Contrato y el destino de la garantía de fiel cumplimiento deberá ser resuelto en la vía arbitral correspondiente;

Que, el único efecto que tiene el pronunciamiento de Osinergrmin, es tarifario en cuanto a la Prima RER y para el presente periodo regulatorio, por ser de su competencia legal. La decisión de Osinergrmin no infliere en los ingresos que las recurrentes tienen a través de las valorizaciones efectuadas en el mercado de corto plazo por sus inyecciones de energía. En caso que el laudo arbitral decida variar las condiciones actuales, Osinergrmin acatará la decisión en cumplimiento del principio de legalidad;

Que, la Tarifa de Adjudicación y la Prima RER, las cuales representan el instrumento para asegurar los ingresos garantizados de la central adjudicada, tienen como inicio de vigencia expreso en el contrato a la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial. Por tal motivo, teniendo en cuenta la comunicación del Ministerio de Energía y Minas, los contratos suscritos por GR Paino y GR Taruca no pueden ser tratados como si se hubieran cumplido las obligaciones dentro del plazo;

Que, si Osinergrmin desconociera la condición previa para el inicio de la Tarifa de Adjudicación, contravendría las reglas contractuales y normativas citadas y, por tanto, se vulneraría el principio de legalidad y se asumiría un mandato de carácter jurisdiccional en favor de GR Paino y GR Taruca cuando éste no se ha producido, cargando tales efectos a los usuarios del servicio público con el incremento de sus tarifas. En el supuesto en que las recurrentes obtengan una decisión favorable del tribunal arbitral, tendrían derecho a recuperar lo no percibido, con los intereses correspondientes, en el procedimiento de liquidación RER;

Que, en ese contexto, el punto controvertido es esencial dentro del régimen RER, encontrándose establecido de forma contundente en diversos extremos, el carácter y voluntad contractual, de no admitir una Operación Comercial con fecha posterior al límite máximo de dos años posteriores a la fecha referencial; lo cual origina que su desconocimiento rompa un compromiso sustancial, que no podría ser reparado, respecto del cual el Regulador no puede soslayar;

Que, por lo expuesto, no corresponde determinar el Cargo por Prima RER en el presente periodo tarifario para las recurrentes, por tanto, el extremo del petitorio relacionado con incluir el Cargo por Prima correspondiente a GR Paino y GR Taruca debe ser declarado infundado;

3.2 PEDIDO DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 067

3.2.1 Argumentos de las recurrentes

Que, sobre la base de lo indicado en el sustento del extremo del petitorio anterior, las recurrentes consideran que la Resolución 067 no se encuentra debidamente motivado y se basa en acciones del COES que son contrarias al PR-20 y a los alcances de las funciones conferidas a dicho comité. Por tanto, concluyen que de conformidad con el artículo 10 del TUO de la LPAG se ha configurado un vicio de nulidad del acto administrativo;

3.2.2 Análisis de Osinergrmin

Que, en cuanto a la solicitud de nulidad presentada por las recurrentes, de acuerdo con el artículo 10 del TUO de la LPAG, son causales de nulidad de los actos administrativos las siguientes:

- La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias;

- El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto. Los requisitos de validez del acto son: haber sido emitido por órgano competente; tener objeto y que, además, este sea lícito, preciso, posible física y jurídicamente; finalidad pública; sustentado con la debida motivación; y haber sido emitido cumpliendo el procedimiento regular;

- Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio

administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición;

- Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma;

Que, Osinergrmin se ha sujetado a las reglas del TUO de la LAPG, actuando dentro del ámbito de su competencia, la misma que le permite analizar los hechos y el derecho para proceder a reconocer o no un precio regulado; observando, además, los principios de neutralidad y de análisis de decisiones funcionales contenidas en su Reglamento General, por lo que no existe vicio de nulidad en la Resolución 067;

Que, de lo expuesto en los considerandos precedentes (numeral 3.1.2), se advierte que no existe vicio alguno en la Resolución 067 que amerite la declaratoria de nulidad de este acto administrativo, sino, por el contrario, una aplicación de las normas a un caso dado, en estricto cumplimiento de las competencias que le han sido conferidas por ley a Osinergrmin;

Que, por lo expuesto, corresponde declarar no ha lugar la solicitud de nulidad presentada por GR Paino y GR Taruca en contra de la Resolución 067, e infundado el contenido de las pretensiones, tal como se ha señalado;

Que, finalmente, se ha expedido el Informe N° 347-2021-GRT de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, el cual complementa la motivación que sustenta la decisión de Consejo Directivo de Osinergrmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 3 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 Osinergrmin, 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 el 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 y complementarias; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergrmin en su Sesión N° 21-2021.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la acumulación de los procedimientos administrativos iniciados como consecuencia de los recursos de reconsideración, presentados por las empresas GR Paino S.A.C. y GR Taruca S.A.C. contra la Resolución N° 067-2021- OS/CD.

Artículo 2°.- Declarar no ha lugar a la solicitud de nulidad planteada por GR Paino S.A.C. y GR Taruca S.A.C. contra la Resolución N° 067-2021- OS/CD, e infundado el petitorio del recurso de reconsideración, para la fijación del Cargo por Prima RER correspondiente a las centrales eólicas Huambos y Dunas, conforme a los fundamentos expuestos en los numerales 3.1.2 y 3.2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Incorporar el Informe N° 347-2021-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 al informe referido en el artículo 3, en la página Web de Osinergrmin: <http://www.osinergrmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2021.aspx>

JAIME MENDOZA GACON
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGRMIN

1962400-1