

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 167-2023-OS/CD**

Lima, 07 de setiembre de 2023

1. CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de julio de 2023, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“Osinergmin”) publicó en el diario oficial, la Resolución N° 137-2023-OS/CD (“Resolución 137”), mediante la cual se aprobaron los factores de actualización “p” para determinar, entre otros, el Cargo por Capacidad de Generación Eléctrica, para el trimestre agosto 2023 – octubre 2023;

Que, con fecha 18 de agosto de 2023, la empresa Samay I S.A. (“Samay”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 137, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso.

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, Samay solicita la modificación de la resolución impugnada, fijándose los factores de actualización “p” del Cargo por Generación para la Central Térmica Puerto Bravo (“CT Puerto Bravo”), de modo que dicho factor se calcule considerando la decisión de la recurrente de modificar la composición de la Potencia Adjudicada de la CT Puerto Bravo, según su Carta N° SI-0200-2023.

2.1. SOBRE LA FACULTAD DE SAMAY DE ESTABLECER LA CAPACIDAD QUE PONE A DISPOSICIÓN DE LA POTENCIA ADJUDICADA

2.1.1. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, la recurrente sostiene que, con la modificación de la composición de la Potencia Adjudicada, no se atenta ninguna disposición del Contrato de Compromiso de Inversión “Nodo Energético del Sur” (“Contrato”) ni tampoco estaría modificando unilateralmente algún acuerdo con el Estado Peruano;

Que, indica que, al contrario de lo señalado por Osinergmin, en el Contrato no se menciona regla específica sobre la regulación de la composición de la Potencia Adjudicada de la CT Puerto Bravo. Samay señala que sólo tiene la obligación de poner a disposición la Potencia Adjudicada con los requerimientos mínimos que se establecen el Contrato;

Que, alega que, de acuerdo con la libertad contractual y los derechos que asisten a todo deudor, la elección de cómo cumplir con la obligación de poner a disposición la Potencia Adjudicada le corresponde. Así, la Cláusula 4.1. del Contrato lo facultaría a definir la configuración y la operación del proyecto en la forma que mejor estime conveniente a sus intereses;

Que, a criterio de Samay, Osinergmin estaría efectuando una interpretación que contradice la literalidad de la Cláusula 4.1. del Contrato, puesto que, para el Regulador, esta disposición está referida a la organización interna y privada de los medios y forma de operar;

Que, finalmente, Samay recurre a lo estipulado en la Cláusula 10.3 del Contrato, señalando que la renuncia a un derecho del Contrato -como en este caso, el derecho de decidir cómo se cumple con la puesta a disposición de la capacidad- debe realizarse de manera expresa.

2.1.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, el objeto del Contrato suscrito en el año 2014 con el Estado consistió en que Samay construya, mantenga, ponga en funcionamiento y opere la Planta, de acuerdo con las características técnicas y operativas contenidas en su Anexo 1;

Que, en el referido Anexo 1 se estableció de forma expresa que la configuración del proyecto (ubicado en la costa sur) tendría una potencia requerida de 500 MW con una variación de +/-20% y que la potencia comprometida se pone a disposición durante el plazo contractual, según lo establecido en el referido Contrato y en el Reglamento de Capacidad, aprobado con Decreto Supremo N° 038-2013-EM;

Que, en ese sentido, una condición esencial del contrato es la puesta en disposición de la capacidad comprometida y la operación de la Planta, lo que se traduce con brindar el servicio efectivamente a través de las unidades construidas para tal fin;

Que, resulta un despropósito asumir que, la obligación del contrato se agota con la construcción de la Planta y que ello cumpliría con ser el "margen de reserva" del sistema eléctrico; también lo es, que la oportunidad y elección de la puesta en disposición de su compromiso recaiga en arbitrio exclusivo de la deudora;

Que, el margen de reserva a que se refiere la Ley N° 29970 y el Reglamento de Capacidad, no representa una capacidad ociosa o decorativa para que, en la teoría el sistema eléctrico cumpla formalmente con tenerlo. No lo es para la Reserva Fría, mucho menos para el Nodo Energético del Sur;

Que, por su parte, el Contrato no delimita de forma expresa cómo debe ser la composición de la Potencia Adjudicada y de la que no lo es -Osinergmin no ha dicho lo contrario-, pues no dispone de forma específica un orden preestablecido de despacho de las unidades de generación que se instalen. La exigencia contractual es de una Potencia Adjudicada de 500 MW (con la variación de +/- 20%), es decir, lo mínimo que Samay pudo poner a disposición fue 400 MW y lo máximo fue de 600 MW, y bajo ese compromiso elegido por la concesionaria y remunerado de forma garantizada debe girar la interpretación y ejecución del Contrato. Lo que el Regulador ha señalado es que no es facultad contractual o legal de Samay ni del COES, variar una condición técnica aplicada y consentida, de manera unilateral;

Que, Samay consideró dentro del régimen contractual a la capacidad de 600 MW mediante unidades de generación que en suma, no cubren de modo exacto tal

capacidad, sino completan una superior, por lo que la regla técnica aplicada desde el año 2016, esto es, a partir de su puesta en operación, fue considerar dentro del Contrato, los primeros 600 MW, cuyo régimen integral implica que, cuando se reciba ingresos por potencia del Mercado de Corto Plazo, éste será un pago a cuenta de la Remuneración Garantizada;

Que, la pretensión de Samay es que los primeros ingresos económicos por capacidad que recibe por la Planta, construida al amparo del Contrato con el Estado, sean un ingreso privado producto de transacciones libres del mercado por una capacidad adicional compartida en una unidad de generación. Es parte de la evaluación de Samay decidir plantear ante el Concedente, la renuncia al derecho de la remuneración garantizada (al precio de contrato que está 40% más alto que el mercado) para regirse únicamente por las reglas del mercado que busca le sean aplicadas, lo que a la fecha no ha ocurrido, ni se cuenta con una modificación contractual al amparo de la Cláusula 10.4 del Contrato. Al cierre, no hay una habilitación válida que despoje a los usuarios del servicio público, de su derecho de que los primeros ingresos sean un ingreso a cuenta del Contrato;

Que, en el Contrato no existe ninguna potestad de la recurrente para modificar las disposiciones esenciales contractuales (como lo es, poner a disposición los 600 MW remunerados con la Planta) o cambiar una condición de operación consentida por las partes, que tiene impacto en la Remuneración Garantizada;

Que, el entendimiento de Samay, recientemente adquirida por el Grupo Romero vía su plataforma de inversiones InfraCorp, sobre que la Cláusula 4.1 lo habilitaría es incorrecto y sólo busca asegurarse que la unidad de generación menos eficiente de la Planta, elegida convenientemente a partir julio del año 2023, reciba la Remuneración Garantizada de los usuarios del servicio público, y que la unidad de generación más eficiente de la CT Puerto Bravo construida producto del Contrato, llamada primero a despachar, reciba un ingreso del mercado directo para la concesionaria y no a cuenta de la Remuneración Garantizada, como ha sido la regla los últimos siete años;

Que, carece de asidero sostener que el deudor puede elegir a su plena discreción cómo satisfacer una obligación esencial a su cargo, pues no se trata en este caso concreto, de lo que cumple (producto: capacidad) o cómo lo cumple (a través de cuántas unidades o la marca de éstas), sino de la oportunidad de cuándo brindará la capacidad, y pese a que el Contrato que comprende la Planta con 600 MW y que el Reglamento de Capacidad en su artículo 8 lo obliga, éste decide que se reserva cobrar primero lo adicional de la misma Planta para sí, y luego cumplir su compromiso. A modo de ejemplo, el artículo 1543 del Código Civil, establece que, es nula la compraventa cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes. Siendo ello una condición esencial, no puede caer en cabeza del obligado, decidirlo y romper el equilibrio contractual;

Que, asimismo, en una decisión anterior de Osinergmin ante un caso semejante sobre un compromiso contractual de entrega de energía con recursos renovables, el colegiado adoptó el criterio similar, en el numeral 2.1.2 de la Resolución N° 100-2019-

OS/CD de “sólo cuando el compromiso está cumplido..., el ‘excedente’ puede ser comercializado y diferenciado como parte del régimen ordinario del mercado”;

Que, la modificación unilateral que pretende Samay, implica que se afecte la condición vigente de cómo ha sido considerada la Potencia Adjudicada hasta la fecha, por consiguiente, busca aprobar cuál es un ingreso a cuenta y cuál sería un ingreso adicional, asumiendo funciones regulatorias sobre el Cargo por Capacidad, procurando su incremento de forma artificial;

Que, la libertad de operación estipulada en el numeral 4.1 del Contrato, constituye un aspecto de organización interna y privada de configuración, capacidad y características “del proyecto”, esto es, dentro de una etapa preoperativa (cantidad y capacidad de las unidades de generación dentro del rango contractual, marcas y procedencia de las unidades de generación, configuración y equipamiento de las instalaciones para su conexión al SEIN, entre otros) así como sobre los medios para “organizar y ejecutar la operación” (cantidad de personal, tipo y marca del SCADA y comunicación con el COES, entre otros), siempre según las reglas, restricciones y las condiciones de la operación, provenientes de las disposiciones contractuales o aquellas determinadas por los órganos competentes;

Que, no es viable jurídicamente considerar que “la plena libertad en la forma más conveniente a sus intereses” que Samay destaca del Contrato, tiene que ver con facultades exorbitantes respecto de una condición que impacta en la remuneración de la Planta, caso contrario la operación frente al mercado y la remuneración, estaría a discreción del agente. En línea con la Cláusula 4.1, vinculada a la libre elección de terrenos y similares, la Cláusula 4.8 utiliza términos similares donde Samay: “podrá contratar consultores, contratistas y proveedores en los casos necesarios o los que estime conveniente, para la construcción, operación y mantenimiento de la Planta”; siendo este tipo de aspectos internos y privados para los cuales, la concesionaria tiene amplias libertades;

Que, en cualquier caso, como el Contrato solo tiene injerencia sobre los 600 MW remunerados de forma garantizada, no puede haber incluido -pues no lo está- una estipulación que regule el tratamiento sobre la capacidad adicional, es decir, tampoco podría el Contrato darle la “libertad” de disponer una prioridad sobre el exceso de capacidad, dado que está fuera de sus alcances. Por tanto, Samay bajo sus intereses, interpreta de forma incorrecta el Contrato, pretendiendo con una lectura subjetiva, un ejercicio abusivo del derecho que considera tener;

Que, finalmente, ni bajo el supuesto negado que se adoptara la posición de la recurrente sobre su libertad de modificar la composición de la potencia de la Planta -que no la tiene-, o que el COES estuviera facultado en validar el cambio -que no lo está-, implicaría una modificación de la resolución impugnada a razón de que, el pretendido cambio ocurrió en el mes de julio de 2023, según la Carta COES/D/DO-389-2023 del 05.07.2023 con efectos para la liquidación COES que se efectúa en agosto 2023, no obstante, el cierre de la información para la resolución impugnada era a junio de 2023 cuyo informe del COES no contiene cambio alguno, y además tal “aceptación” ha perdido efectos según la Carta COES/D/DO-718-2023 del 08.08.2023.

2.2. SOBRE LA COMPETENCIA DEL COES Y DE OSINERGMIN RESPECTO DE LA MODIFICACIÓN DE LA COMPOSICIÓN DE LA POTENCIA ADJUDICADA

2.2.1. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, Samay alega que la facultad del COES está limitada a certificar la magnitud, luego de las pruebas de potencia efectiva, el COES no tiene la potestad de determinar las unidades con las que se cumplirá la Potencia Adjudicada. En ese sentido, Samay solicita a Osinergmin que se mantenga el reconocimiento de que el COES no tiene la capacidad de definir la composición de la Potencia Adjudicada, sin embargo, debe reconocer la facultad de Samay para determinar dicha composición;

Que, por otra parte, Samay indica que Osinergmin ha considerado que tendría la potestad de determinar los ingresos que percibe Samay por la Potencia Adjudicada. A criterio de Samay, la posición de Osinergmin contraviene el numeral 5.1 del Procedimiento “Cargo por Capacidad de Generación Eléctrica”, aprobado mediante Resolución N° 073-2016-OS/CD (“Procedimiento”) en tanto el Regulador debe calcular el Cargo, considerando la información reportada por el COES. Y este último debe hacerlo sobre la información que defina Samay, para que Osinergmin no exceda sus competencias ni genere un incumplimiento contractual;

Que, por tanto, Samay sostiene que al no existir legislación ni normativa que otorgue a Osinergmin de definir los ingresos de los generadores, Osinergmin -al igual que el COES- carece de competencia para variar las condiciones del Contrato.

2.2.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, como fuera indicado en la Resolución 137, no le corresponde al COES validar la modificación de una regla consentida por las partes que ha sido aplicada desde el año 2016, por el sólo pedido de uno de sus integrantes en base a una potestad inexistente; máxime si, el COES no lo sustenta ni expone la base legal que lo habilite a variar el criterio actual aplicado, el cual guarda razonabilidad ya que, al tratarse de un excedente contractual, la potencia adicional es aquella contenida en la unidad que despache al final, es decir, la de menor eficiencia térmica;

Que, ahora bien, en cuanto a las competencias de Osinergmin, el Reglamento de Capacidad y el Contrato establecen de forma expresa que es el encargado de determinar el Cargo por Capacidad de Generación Eléctrica, en el marco de su función legal regulatoria y la necesidad de incorporar el respectivo cargo en el Peaje por Conexión según la Ley N° 29970;

Que, en ese sentido, Osinergmin con los ingresos a través del Cargo por Capacidad que fija, asegura la Remuneración Garantizada, lo que no sólo significa aumentar el Cargo cuando los ingresos no cubran dicha remuneración, sino también disminuirlo cuando existan pagos a cuenta de la misma;

Que, Osinergmin en el ejercicio de sus funciones no es una unidad de trámite documentario para aceptar la información del COES sin hacer una revisión, en tanto

que, para la regulación económica de un cargo tarifario, con repercusión hacia el usuario del servicio eléctrico, tiene la facultad de evaluar la información y corregirla de ser el caso. Actuar de modo distinto representaría la renuncia o delegación de las potestades públicas, lo que se encuentra prohibido legalmente, de acuerdo al artículo 74 del TUO de la LPAG. La información del COES y de cualquier agente es un insumo de la regulación y no es el documento que contiene el acto administrativo tarifario vinculante;

Que, Samay, recientemente adquirida por el Grupo Romero, bajo sus intereses puede pretender que, Osinergmin sólo adopte la información del COES y éste a su vez, sólo adopte la decisión de la propia concesionaria, lo cual no es viable jurídicamente, según la normativa sectorial aplicable, como se ha descrito.

2.3. SOBRE LA CAPACIDAD ADICIONAL Y EL EXCEDENTE CONTRACTUAL

2.3.1. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Que, de acuerdo con la recurrente, la capacidad adicional existe por derecho de Samay de instalar capacidad interconectada en el sistema; este derecho ha sido expresamente reconocido por Osinergmin con ocasión de la aprobación del Procedimiento Técnico del COES N° 27 “Régimen aplicable a las centrales de generación del Nodo Energético en el Sur del Perú” (“PR-27”);

Que, la capacidad adicional no es un excedente contractual, ni tampoco constituye un ingreso adicional del Contrato. En virtud de ello, Samay considera que la capacidad adicional con la que cuenta debe ser tratada conforme al resto de potencia, sin establecerse reglas particulares que no tienen respaldo legal o contractual;

Que, finalmente, Samay señala que modificar la composición de la Potencia Adjudicada no tiene consecuencias en la forma que opera el sistema y sólo se incidirá en el cálculo de las transferencias económicas entre los participantes del Mercado de Corto Plazo. Asimismo, en el caso de que la modificación de la composición de la Potencia Adjudicada tuviera alguna incidencia en la operación, Samay tiene toda la facultad que la Potencia Adjudicada se componga de sus unidades menos eficientes, pues ésta tiene carácter de reserva y que se asigne a la Capacidad Adicional, la potencia de la unidad más eficiente que sea utilizada primero en el despacho de energía, pues esta es la potencia que no tiene carácter de reserva.

2.3.2. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, Osinergmin tiene la facultad de velar por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del Contrato, debiendo asegurarse que Samay cumpla, a través de la Planta, con poner a disposición la Potencia Adjudicada para el sistema eléctrico, lo que incluye, a los ingresos a cuenta cuando sea llamada a operar;

Que, con ocasión de la aprobación del PR-27, en el Informe N° 351-2016-GRT (Informe de sustento de la Resolución N° 109-2016-OS/CD), se indicó que el Contrato no considera el tratamiento de potencia por encima de la Potencia Adjudicada, por

lo que no cabría efectuar un procedimiento [especial] de desarrollo sobre el tratamiento que se dará a esa potencia;

Que, consecuentemente, el hecho que el PR-27 no hubiera incluido una disposición sobre la potencia por encima de la Adjudicada, no significa que no exista una regla que deba aplicar, tal cual ocurrió ante la existencia de potencia adicional; tampoco significa que en el futuro, no pueda adoptarse una posición o se recoja aquel criterio técnico aplicado, sea en un acto administrativo o en un proceso de formación normativa de las reglas generales del mercado. Lo cierto es que en ningún caso el Regulador consideró que la unidad más eficiente sea aquella que deba compartir la capacidad adicional y ésta le brinde un ingreso exclusivo de la Concesionaria;

Que, en suma, si la capacidad adicional se despacha al final y por ello se recibe un ingreso adicional, al que evidentemente tiene derecho Samay en tal condición, ello no implica que exista un trato arbitrario por parte de Osinergmin, ni tampoco una afectación el principio de predictibilidad, puesto que las reglas se encuentran dadas desde las bases de la licitación y la aplicación se produjo desde la Puesta en Operación Comercial;

Que, como se ha indicado, el margen de reserva a que se refiere la Ley N° 29970 y el Reglamento de Capacidad, no representa una capacidad ociosa o decorativa para que, en la teoría el SEIN cumpla formalmente con tenerlo. No lo es para la Reserva Fría, mucho menos para el Nudo Energético del Sur;

Que, el margen de reserva, tal como fue concebido en el año 2012, tiene como misión dar seguridad energética y representa una capacidad útil cuando el sistema lo requiera, y ello, en el año 2023, por diversos factores de coyuntura actual en el mercado eléctrico, está ocurriendo. Justamente la seguridad debe responder ante estas circunstancias y no podría sólo tener la condición permanente con un horizonte constante de ser de una Planta de “seguridad”;

Que, por tanto, la operación de la Planta debe cubrir primero el compromiso contractual, producto de la licitación pública internacional con reglas vinculantes para los postores, como la obligación de poner a disposición la Potencia Adjudicada de la Planta con el correlato de los ingresos por potencia que obtiene por el despacho, salvo los periodos de mantenimiento, conforme el artículo 8 del Reglamento de Capacidad, las mismas que no pueden ser modificadas posteriormente para poner en ventaja a aquel que resultó Adjudicatario o al que adquirió los derechos de éste;

Que, en consecuencia, por lo expuesto en los numerales 2.1.2., 2.2.2. y 2.3.2, el recurso de reconsideración interpuesto por Samay, deberá ser declarado infundado.

Que, se ha expedido el Informe Técnico Legal [N° 632-2023-GRT](#) de la División de Generación y Transmisión Eléctrica y de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, el mismo que complementa la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos al que se refiere el numeral 4 del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 167-2023-OS/CD**

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica; y, en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como, en sus normas modificatorias y complementarias; y

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 28-2023 con fecha 07 de setiembre de 2023.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Samay I S.A. contra la Resolución N° 137-2023-OS/CD, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Incorporar, como parte integrante la presente resolución, el Informe Técnico Legal [N° 632-2023-GRT](#).

Artículo 3.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y consignarla, junto con el Informe Técnico Legal [N° 632-2023-GRT](#), en la web: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2023.aspx>.

**Omar Chambergó Rodríguez
Presidente del Consejo Directivo**