

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 002-2024-OS/CD**

Lima, 20 de enero de 2024

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, mediante la Resolución N° 212-2023-OS/CD (“Resolución 212”), publicada el 30 de noviembre de 2023, se aprobó el Factor de Incentivo a que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 026-2016-EM (“Reglamento del MME”);

Que, con fecha 22 de diciembre de 2023, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (“San Gabán”), presentó recurso administrativo contra la Resolución 212;

Que, el recurso fue interpuesto como uno de apelación, correspondiendo a Osinergmin lo califique como uno de reconsideración, en aplicación de lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, “TUO de la LPAG”), al tratarse de una impugnación contra una resolución del Consejo Directivo, que constituye instancia única y máxima en Osinergmin; siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso;

2. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la recurrente solicita la nulidad de la Resolución 212 y se emita una nueva, cumpliendo las formalidades cuestionadas y atendiendo los pedidos, de acuerdo a lo siguiente:

- i. Se ha omitido la prepublicación de la resolución.
- ii. Se ha omitido el pronunciamiento resolutivo respecto del procedimiento de facturación.
- iii. Se ha omitido el pronunciamiento resolutivo respecto de las reglas sobre los mandatos de desconexión del COES.
- iv. Se ha omitido precisar de la vigencia y aplicación del factor de incentivo.
- v. Se ha omitido precisar en cuanto a la sumatoria de los retiros para la determinación del factor.

2.1. Sobre la falta de prepublicación

2.1.1. Sustento del Petitorio

Que, la recurrente refiere que Osinergmin no habría cumplido con la formalidad de efectuar la prepublicación de la Resolución 212, afectando el principio de transparencia y participación, consecuentemente infringiendo el principio de legalidad;

2.1.2. Análisis de Osinergmin

Que, el ordenamiento jurídico exige la prepublicación respecto de las disposiciones normativas según lo dispuesto en el Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, y de los actos administrativos que contengan tarifas reguladas, en el marco de lo previsto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas;

Que, el Factor de Incentivo aprobado en cumplimiento del Reglamento del MME, no constituye una tarifa regulada, toda vez que su determinación no realiza a través de un procedimiento regulatorio, ni se trata de un valor tarifario para ser asumido por los usuarios del servicio público de electricidad, como lo exige la Ley. Tampoco se trata de una disposición normativa;

Que, el principio de transparencia se cumple al haberse seguido la secuencia procesal contenida en los criterios previamente establecidos en la Resolución N° 090-2019-OS/CD; al publicarse el acto administrativo y los documentos de sustento que lo integran, en el diario oficial y en la web institucional; y al permitir el acceso de toda información vinculada, a solicitud del interesado;

Que, el principio de participación se cumple al habilitar la intervención de los administrados en las decisiones públicas, como ha ocurrido en este caso, con la propuesta de la propia recurrente para modificar el factor de incentivo y el ejercicio del derecho de contradicción de los administrados, para la revisión y modificación de ser el caso, de la resolución emitida. Con ello, se evidencia el cumplimiento del principio de legalidad;

Que, por tanto, corresponde que esta pretensión sea declarada infundada.

2.2. Sobre la falta de pronunciamiento resolutivo respecto del procedimiento de facturación.

2.2.1. Sustento del Petitorio

Que, la recurrente requiere que se desarrolle en la parte resolutiva los siguientes aspectos contenidos en la parte considerativa de la resolución impugnada: i) Determine el responsable de efectuar la facturación de los peajes; ii) Defina el procedimiento que debe seguirse para efectuar la facturación de los peajes; iii) Defina la aplicación o no del recargo FOSE para efectos del aporte por regulación, debido al mecanismo de facturación de Osinergmin;

2.2.2. Análisis de Osinergmin

Que, la motivación de la resolución está constituida de fundamentos que sustentan el acto a emitirse, en este caso el factor de incentivo, el cual representa el producto que cumple el encargo previsto en el artículo 9.3 del Reglamento del MME. Los argumentos asociados o complementarios que se deriven de lo previsto en citas normativas incorporadas en la parte considerativa no tienen que ser materia de decisión en un acto que con otra finalidad y es aprobado en ejercicio de una facultad específica;

Que, de conformidad con el literal e) del numeral 2.4 del Reglamento del MME, los participantes que compren en el MME deben pagar por los sistemas de transmisión, el sistema de distribución, así como otros servicios y/o cargos definidos conforme a la legislación vigente y asignados a los Usuarios; de lo cual se desprende que, aquel que realice un retiro autorizado debe pagar lo asignado en la normativa, ergo, aquel usuario que realice un retiro no autorizado no está exonerado de dicho pagos, debe asumirlos, incluyendo el factor de incentivo a la contratación;

Que, las reglas para la identificación de un responsable, para un procedimiento de facturación o la definición sobre reglas referidas al FOSE, no forman parte ni objeto del proceso administrativo iniciado. A saber, los usuarios son responsables de los pagos que la legislación le asigna, y por regla, dicho pago (en función de la energía) se incluye en la facturación realizada por el producto, con los criterios previstos en la normativa vigente;

Que, por tanto, esta pretensión debe ser declarada improcedente.

2.3. Sobre la falta de pronunciamiento resolutivo respecto de las reglas sobre los mandatos de desconexión del COES.

2.3.1. Sustento del Petitorio

Que, la recurrente requiere que se precise que el COES, bajo lo dispuesto en el Reglamento del MME, tiene atribuciones para disponer la desconexión de los agentes que realizan retiros no autorizados ante incumplimientos de pago, en tanto, este Comité habría señalado limitaciones sobre la aplicación de dicha norma;

2.3.2. Análisis de Osinergmin

Que, la motivación materia de cuestionamiento referida a las señales que brinda el Reglamento del MME justificó la inclusión de un artículo resolutivo, sobre la obligación del COES de reportar el cumplimiento del artículo 9.3 del citado reglamento, en cuanto a: i) los retiros no autorizados en el Mercado de Corto Plazo (en adelante, "MCP") que se hayan efectuado entre abril de 2018 y diciembre de 2023; ii) las disposiciones que COES haya realizado a los titulares de las redes para la desconexión de los respectivos Grandes Usuarios y Usuarios Libres; y iii) el cumplimiento efectuado por los titulares de las redes de las disposiciones del COES;

Que, con la información que remita el COES, de ser el caso, se iniciará un procedimiento de supervisión sobre el cumplimiento de la normativa, en el cual, podrán evaluarse las denuncias de los agentes que consideren que no se ha cumplido con el artículo 9.3 del Reglamento, que señala sin limitación que, "el COES dispondrá que los titulares de las redes efectúen la desconexión de los Grandes Usuarios y los Usuarios Libres... que realicen directamente retiros no autorizados".

Que, la motivación de la parte considerativa tiene como correlato un pronunciamiento resolutivo vinculado al objeto del procedimiento, y no requiere precisión adicional;

Que, por tanto, corresponde que esta pretensión sea declarada infundada.

2.4. Sobre la falta de precisión de la vigencia y aplicación del factor de incentivo.

2.4.1. Sustento del Petitorio

Que, San Gabán solicita se precise, a partir de qué valorización de transferencias de energía activa que emita el COES, será aplicable el nuevo factor de incentivo, debido a que, según considera, en la Resolución 212 se determina como fecha de inicio el 01 de diciembre de 2023, mientras que el Informe N° 793-2023-GRT se señala que la aplicación del factor será a partir de la valorización del mes de diciembre de 2023;

2.4.2. Análisis de Osinergmin

Que, la resolución contiene expresamente el inicio de su vigencia, prevista a partir del 01 de diciembre de 2023, lo que se complementa con el contenido del informe que la integra referido a la aplicación de las transferencias de energía de diciembre;

Que, el nuevo factor de incentivo rige para las transferencias que se produzcan en diciembre y se aplicarán para las facturaciones respecto de esas transacciones, no así para aquellas producidas antes del 01 de diciembre, aun así, éstas últimas se facturen en diciembre, para las cuales debe aplicarse el factor de incentivo previo; por consiguiente, no se requiere precisión adicional;

Que, por tanto, esta pretensión debe ser declarada infundada.

2.5. Sobre la falta de precisión en cuanto a la sumatoria de los retiros para la determinación del factor

2.5.1. Sustento del Petitorio

Que, San Gabán solicita se precise si para la determinación del Factor de Incentivo debe considerarse la suma total de los retiros con contratos de suministro y del total de los retiros no autorizados o únicamente el total de los retiros con contratos de suministro;

2.5.2. Análisis de Osinergmin

Que, si bien San Gabán no detalla mayores argumentos sobre este petitorio, se estaría refiriendo a la Compensación Unitaria por Inflexibilidades Operativas, la cual contempla en su definición y cálculo, el término "Retiro";

Que, al respecto, dicho "Retiro" (en altas y bajas) utilizado en la Resolución 212 se encuentra referido a la definición prevista en el 1.15 del Reglamento del MME; esto es, se considera el consumo de los clientes de los Generadores, Distribuidores (para atender sus Usuarios Libres), y de los Grandes Usuarios;

Que, por tanto, esta pretensión debe ser declarada infundada.

2.6. Sobre la solicitud de nulidad de la Resolución 212

2.6.1. Análisis de Osinergmin

Que, conforme al artículo 10 del TUO de la LPAG, son causales de nulidad 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, tales como: sea emitido por órgano competente; tenga objeto lícito, preciso, posible física y jurídicamente; tenga finalidad pública; se encuentre sustentado con la debida motivación; y sea 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, conforme a los considerandos precedentes, se advierte que no existe vicio alguno en la Resolución 212 que amerite la declaratoria de nulidad del acto administrativo; por el contrario, se aprecia la aplicación de las normas sectoriales a un caso dado, en estricto cumplimiento de las competencias que le han sido conferidas por ley a Osinergmin;

Que, por lo expuesto, corresponde declararse no ha lugar la nulidad solicitada por San Gabán.

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Técnico [N° 022-2024-GRT](#) y el Informe Legal [N° 023-2024-GRT](#), que sustenta la decisión del Consejo Directivo, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG;

Que, 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 la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica; en el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad aprobado con Decreto Supremo N° 026-2016-EM; en el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 010-2016-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; y 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 modificatorias y complementarias; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 01-2024 de fecha 18 de enero de 2024;

SE RESUELVE

Artículo 1.- Declarar No Ha Lugar la solicitud de nulidad de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 2.6.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar infundado el recurso de reconsideración de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD, en sus extremos (i), (iii), (iv) y (v), por las razones expuestas en los numerales 2.1.2, 2.3.2, 2.4.2 y 2.5.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- Declarar improcedente el recurso de reconsideración de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD, en su extremo (ii), por las razones expuestas en el numeral 2.2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4.- Incorporar el Informe Técnico [N° 022-2024-GRT](#) y el Informe Legal [N° 023-2024- 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 4 precedente, en la web institucional: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2024.aspx>.

Omar Chambergo Rodríguez
Presidente del Consejo Directivo