

Resolución de Consejo Directivo que resuelve los recursos de reconsideración interpuestos por Chinango S.A.C., Enel Generación Piura S.A. y Fenix Power Perú S.A. contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD que dispuso la modificación de los Peajes SST-SCT para el periodo mayo 2024 – abril 2025

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 094-2024-OS/CD**

Lima, 27 de mayo de 2024

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 15 de abril de 2024, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“Osinergmin”), publicó en el diario oficial El Peruano, la Resolución N° 052-2024-OS/CD (“Resolución 052”), mediante la cual se fijó el Cargo Unitario de Liquidación de los Sistemas Secundarios de Transmisión (“SST”) y Sistemas Complementarios de Transmisión (“SCT”) para el periodo mayo 2024 – abril 2025, como consecuencia de la liquidación anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica de SST y SCT;

Que, con fecha 7 de mayo de 2024, las empresas Chinango S.A.C. (“Chinango”), Enel Generación Piura S.A. (“Enel Piura”) y Fenix Power Perú S.A. (“Fenix”) interpusieron recursos de reconsideración contra la Resolución 052; siendo materia del presente acto administrativo, el análisis y decisión de los citados medios impugnativos.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, Enel Piura, Chinango y Fenix solicitan la modificación de la Resolución 052, y, como consecuencia, se declare la nulidad del artículo 8 de la resolución impugnada;

Que, además, Fenix solicita la aprobación de un procedimiento especial para la facturación y pago de los retiros no declarados (“RND”) asignados por el COES de Clientes Libres que no son participantes del Mercado Mayorista de Electricidad (“MME”).

2.1 NULIDAD DEL ARTÍCULO 8 DE LA RESOLUCIÓN 052 Y SOLICITUD DE APROBACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA FACTURACIÓN Y PAGO DE LOS RND

2.1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Enel Piura y Chinango señalan que el “Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica del SST y SCT”, aprobado con Resolución N° 056-2020-OS/CD (“Procedimiento de Liquidación”) tiene como finalidad que Osinergmin establezca criterios sobre la liquidación anual de peajes SST y SCT que están definidos en dicho procedimiento, lo que, alegan, constituye una potestad reglada;

Que, las recurrentes sostienen que el artículo 8 de la Resolución 052 crea una obligación a los Generadores para que facturen por los RND en el MME, sin tener Osinergmin la competencia para ello, afectándose con ello el artículo 10 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”); además de que se crea la obligación referida mediante el Procedimiento de Liquidación, cuya finalidad es liquidar peajes;

Que, las recurrentes indican que Osinergmin estaría creando nuevas reglas sobre el pago de los peajes de transmisión de los Clientes Libres con RND que no están enmarcadas dentro del artículo 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad (“Reglamento MME”), aprobado con Decreto Supremo N° 026-2016-EM;

Que, Enel Piura y Chinango, agregan que, actualmente existen montos por concepto de energía, potencia y Peaje por Conexión que se encuentran pendientes de cobro a los usuarios por sus RND; entonces, si se agrega una nueva obligación, como la que establece el artículo 8 de la Resolución 052, agrava el monto a cobrar;

Que, Fenix menciona que para cobrar a los Clientes Libres se requiere de diversa información que está fuera del alcance y control de los Generadores, y que la obligación establecida en el citado artículo 8 no cumple con los principios de claridad y especificidad que enmarca la regulación del sector eléctrico, y que lo indicado en los artículos 2.4 y 9.3 del Reglamento MME aplica sólo para Participantes del MME;

Que, finalmente, Fenix solicita la creación de un procedimiento especial para la facturación y pago de los RND asignados por el COES de los Clientes Libres que no son Participantes del MME;

Que, por lo expuesto, las recurrentes solicitan se declare nulidad del artículo 8 de la resolución impugnada;

2.1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la aplicación efectuada por Osinergmin en el artículo 8 de la Resolución 052 no parte de la literalidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento MME. En ningún extremo de los documentos de sustento de la decisión del Regulador, se refiere a la existencia de un mandato expreso y específico, lo cual, de modo alguno significa la vulneración al principio de legalidad;

Que, el principio de legalidad contenido en el TUO de la LPAG, prevé además del evidente respeto a las normas, la sujeción al derecho en las actuaciones de las autoridades administrativas. Así, Osinergmin ha reconocido la deficiencia de fuentes para el caso concreto, por lo que expresamente señaló, en su Informe N° 217-2024-GRT (que integra a la Resolución 052), que adoptó como decisión “la más coherente y aquella que resulta en concordancia con el Reglamento MME [Mercado Mayorista de Electricidad] y el Reglamento de Usuarios Libres aprobado con Decreto Supremo N° 022-2009-EM”;

Que, en el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG, se dispone que las autoridades no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes. En tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad;

Que, en ese orden, la necesidad de resolver el asunto a cargo de Osinergmin, se origina en el propio objetivo del Procedimiento de Liquidación, por cuanto en el ítem I) del literal f) del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (RLCE),

aprobado con Decreto Supremo N° 009-93-EM, se establece: *“para las instalaciones que son remuneradas por la demanda se deberán incorporar, mediante liquidaciones anuales, las diferencias entre los Ingresos Esperados Anuales para el año anterior [lo autorizado regulatoriamente] y lo que correspondió facturar en dicho período”,* y que los ítems II) y V) del literal e) y literal i) del mismo artículo, se ordena que la demanda de una determinada área atendida por los SST y SCT se le asigna el 100% de pago de dichas instalaciones, a través de los peajes;

Que, el mandato normativo establece que la liquidación anual debe considerar lo que correspondió facturarse en el periodo de cálculo y toda la demanda (sin importar relación contractual alguna) es la responsable del pago. Definidos estos alcances, para hacer efectiva la obligación e incorporarla en la liquidación, -pues se conocen los consumos de los RND de acuerdo a lo informado por el COES-, necesariamente debe identificarse un responsable de esa facturación. No hacerlo, convierte en declarativo el deber concreto que las normas sustantivas han establecido e implicaría cargar a los usuarios que ya pagaron los peajes por su consumo, de un peaje por el consumo de otros usuarios;

Que, a saber, en los artículos 2.4 y 9.3 del Reglamento MME, se establecen dos reglas: i) los Participantes que compren en el MME deben pagar por los sistemas de transmisión y demás cargos que la legislación le asignó a los Usuarios; y ii) de existir un consumo no cubierto (RND), éste será asignado a los Generadores Participantes según factores de proporción y facturado a los Distribuidores y Usuarios Libres, afectado de un factor de [des]incentivo;

Que, de ello, en el Informe N° 217-2024-GRT (que integra a la Resolución 052), se indicó: *“esta regla [referida a los Participantes] no exonera la responsabilidad de pago a ningún usuario y no podría otorgar una ventaja a aquellos usuarios que incluso no cuentan con respaldo contractual y ocasionan los RND. En ese sentido, en el MME, todo retiro debe pagar las tarifas de transmisión secundaria y complementaria (y demás cargos), siendo el generador asignado, el obligado a considerarlo dentro de las facturaciones y pagos que efectúa, como sobre la potencia, la energía, la transmisión principal y garantizada”;*

Que, en una norma reglamentaria sobre la materia en cuestión, esto es, respecto de los retiros del mercado sin respaldo contractual, se considera a los generadores como responsables de facturarle a los usuarios que realizaron el consumo, conceptos como la potencia, la energía, los servicios complementarios, la transmisión principal y garantizada y cargos adicionales, resultando razonable y proporcional, agregar en la labor que ya efectúan por mandato normativo, lo correspondiente a la transmisión secundaria y complementaria que representa una porción menor respecto de lo que ya se factura, y sobre la base de ese mismo retiro;

Que, Osinergmin no está otorgándole una cualidad de Participante o de Integrante del COES a los usuarios con consumos no autorizados. Únicamente reconoce en él, su deber normativo de pagar los cargos tarifarios por su consumo. Esta obligación no es diferente del que realiza un consumo autorizado. A su vez, la referencia al término “Retiro” previsto en el numeral 9.3 del Reglamento MME sobre el que se aplica el costo marginal por un factor de incentivo; justamente tiene un contexto claro del texto normativo referido a un Retiro No Declarado (consumo no cubierto), por lo que no es viable equipararlo a un Retiro soportado en un contrato;

Que, la otra alternativa de facturación podría haber recaído en el transmisor / distribuidor (titular de las redes). Sin embargo, según se señaló, en el Informe N° 217-2024-GRT (que integra a la Resolución 052), “no es la primera opción autorizada por el marco normativo vigente, la facturación directa del transmisor [distribuidor] al usuario libre”. Ello a partir de lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de Usuarios Libres, el cual, como regla general no los faculta. No existe distinción expresa sobre la aplicación de dicha disposición únicamente para cuando existen contratos; máxime si sólo se ha previsto dos excepciones, para contratos anteriores y los que se celebren a razón del artículo 27.2.c de la Ley N° 28832;

Que, se alega que, con la regla asumida por Osinergmin, se generan problemas de facturación y de atención al cliente. No obstante, no se desarrolla cómo su alternativa soluciona tales problemas, es decir:

- i) El desfase en la emisión de los informes del COES que contenga los RND, no varía cambiando de responsable de la facturación;
- ii) La morosidad o incobrabilidad, que pertenece a la esfera de responsabilidad del cliente, no varía dependiendo del agente que facture, siendo que éste cuenta con mecanismos legales para la gestión de cobranza de ser el caso;
- iii) Los problemas de atención al cliente, notificaciones o modificaciones de facturación, ocurren al margen de quien emita la factura. Al Generador no le es ajena la actividad comercial de interactuar con los clientes y con la información disponible son trazables los montos a facturar;
- iv) El corte del servicio para los RND tiene su sustento normativo en el artículo 9.3 del Reglamento del MME, y surge a partir de la disposición del COES a los titulares de las redes para que efectúen la respectiva desconexión, lo cual también es independiente del agente que factura;
- v) La eventual eficiencia para retirar un intermediario en la relación, titular de redes y usuario, requiere de la inaplicación de una regla reglamentaria, que Osinergmin no puede realizar en función de lo analizado;

Que, la presunta coincidencia de los diferentes tipos de agentes sobre el caso, no representa fuerza vinculante para influir en las decisiones autónomas de Osinergmin, independientemente de que, en realidad no es tal la coincidencia, toda vez que, los transmisores, si bien buscan se les garantice su pago, han manifestado su postura en contra de facturar directamente a los usuarios, y no todos los generadores ni todos los distribuidores del mercado han impugnado con el fin de la asignación de la facturación recaiga en los transmisores/distribuidores;

Que, el punto de encuentro es la existencia masiva de retiros no declarados por la resolución de contratos de suministro de clientes libres con los generadores, ante la subida de los costos marginales en el año 2023. Ello representa una situación que se aparta del desenvolvimiento normal del mercado, aspecto que no ha sido ocasionado por ninguna decisión del Regulador, pero lo obliga a tomar acción por la repercusión tarifaria sobreviniente;

Que, no se trata de un cambio de criterio, pues previo a este año en ningún caso se hizo un análisis en donde se resolviera concretamente que los RND no formarían parte de la

liquidación. Incluso si hubiera sido un cambio de criterio, éste se encuentra habilitado por lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del TUO de la LPAG;

Que, queda demostrado que Osinergmin se ha sujetado al principio de legalidad, al de verdad material, al de predictibilidad, al de razonabilidad, al de neutralidad, sometiéndose al derecho y sustentando sus decisiones;

Que, finalmente, corresponde señalar que no es objeto del procedimiento de liquidación anual que se materializa en un acto administrativo, plantear actos reglamentarios referidos a procedimientos especiales de facturación. La finalidad del presente proceso de liquidación es fijar el cargo unitario de liquidación de los SST y SCT, lo cual no implica determinar procedimientos o mandatos especiales o ejercer actividades de supervisión, aspectos que tienen un tratamiento en las normas sectoriales, conocido por los agentes; caso contrario de incurrir en incumplimientos, corresponderá la respectiva evaluación para la respectiva sanción;

Que, en el acto administrativo, no se configuran las causales previstas en el artículo 10 del TUO de la LPAG, en tanto ha sido emitida cumpliendo con cada uno de los requisitos de validez: emitida por el órgano competente; con objeto o contenido inequívoco; persigue una finalidad pública; debidamente motivado; y se ha cumplido el procedimiento previsto para su generación y conforme al marco jurídico vigente; ello incluso es independiente de que, pueda resultar un extremo fundado que modifique la resolución, sea por ejemplo por un error material, error de cálculo, la actualización de fuente de información y/o la aplicación de un mejor criterio.

Que, en ese sentido, al haber actuado Osinergmin, en el marco de sus competencias dando cumplimiento a las disposiciones normativas vigentes, el acto administrativo que ha emitido no adolece de un vicio de nulidad;

Que, por lo expuesto, se debe declarar No Ha Lugar la nulidad solicitada e infundados los extremos del petitorio relacionados a la modificación del artículo 8 de la Resolución 052 y a la aprobación de un procedimiento especial de facturación.

Que, finalmente, se han expedido el Informe Técnico [N° 390-2024-GRT](#) y el Informe Legal [N° 391-2024-GRT](#) de la División de Generación y Transmisión Eléctrica y de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, respectivamente, los mismos que complementan 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, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica; en el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 010-2016-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 normas modificatorias y complementarias;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 18-2024, de fecha 27 de mayo de 2024.

RESUELVE:

Artículo 1°. - Disponer la acumulación de los procedimientos administrativos iniciados como consecuencia de los recursos de reconsideración, presentados por Chinango S.A.C., Enel Generación Piura S.A. y Fenix Power Perú S.A. contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD.

Artículo 2.- Declarar No Ha Lugar la solicitud de nulidad presentada por Chinango S.A.C., Enel Generación Piura S.A. y Fenix Power Perú S.A. e infundado el extremo del petitorio sobre la modificación del artículo 8 de la Resolución N° 052-2024-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 2.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- Declarar infundado el segundo extremo del petitorio del recurso de reconsideración interpuesto por Fenix Power Perú S.A. contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 2.1.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4.- Incorporar el Informe Técnico [N° 390-2024-GRT](#) y el Informe Legal [N° 391-2024-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 5.- Disponer la publicación en el diario oficial El Peruano de la presente resolución, y consignarla junto con los Informes [N° 390-2024-GRT](#) y [N° 391-2024-GRT](#), en el Portal Institucional de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2024.aspx>.

Omar Chambergó Rodríguez
Presidente del Consejo Directivo
Osinergmin