

Resolución de Consejo Directivo que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por Termochilca 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° 096-2024-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 07 de mayo de 2024, la empresa Termochilca S.A. (“Termochilca”), interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución 052; siendo materia del presente acto administrativo, el análisis y decisión del citado medio impugnativo;

Que, según lo establecido en artículo 3.5 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas, Osinergmin cumplió con publicar el recurso de reconsideración en su página web institucional, respecto del cual, los interesados tuvieron la oportunidad hasta el 16 de mayo de 2024 para presentar sus opiniones. Al respecto, sobre el recurso de Termochilca, se recibieron los comentarios de la empresa Red de Energía del Perú S.A. (“REP”) dentro del plazo establecido, el cual forma parte del pronunciamiento del Regulador.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, COMENTARIOS Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, Termochilca solicita la modificación de la Resolución 052, de tal modo que se revoque el extremo que regula los peajes SST y SCT para los clientes libres por los retiros no declarados (“RND”).

2.1 REGULACIÓN DE PEAJES DEL SST y SCT CORRESPONDIENTES A CLIENTES LIBRES POR LOS RETIROS NO DECLARADOS (RND)

2.1.1 SUSTENTO DEL PETITORIO Y COMENTARIOS DE REP

Que, Termochilca manifiesta que las disposiciones contenidas en la Ley de Concesiones Eléctricas (“LCE”), en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado con

Decreto Supremo N° 009-93-EM (“RLCE”), el Reglamento de Usuarios Libres, aprobado con Decreto Supremo N° 022-2009-EM (“Reglamento de Usuarios Libres”), la Ley 28832 y en 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”), no están diseñados para la recaudación de los peajes SST y SCT por RND, pues sólo se refieren a los cobros por consumos devenidos de contratos. De ese modo, no existe un marco legal que regule este tipo de retiros y en ninguna norma se establece que los generadores tengan la obligación del pago de estos peajes, ni sean responsables solidarios sobre dichos pagos;

Que, en ese sentido, Termochilca propone que la regulación sobre los RND se realice en el Procedimiento de Fijación de Peajes y Compensaciones para el periodo 2025 – 2029. Además, recomienda que se asigne la obligación de la facturación a los titulares de transmisión, ya que ellos se encuentran mejor posición para efectuar la facturación por el uso de SST y SCT por RND;

Que, a su entender, el criterio contenido en el artículo 8 de la Resolución 052 vulnera los principios de predictibilidad y confianza legítima, en tanto que en las liquidaciones de los periodos previos no se han incluido los pagos por peajes SST y SCT por RND;

Que, Termochilca manifiesta que no se está repartiendo equitativamente la responsabilidad asociada a los RND a los demás agentes de la cadena. Sobre el particular, informa que solo en el periodo 2023 viene acumulando una deuda por RND que supera los 16 millones de soles, a lo que añadiría 620 mil soles más. Agrega que dicha situación de incobrabilidad lo perjudicaría pues debe trasladar a la SUNAT el IGV correspondiente al valor de venta;

Que, finalmente, en sus comentarios, REP menciona que es incorrecto considerar que los titulares de transmisión sean los que facturen a los clientes por RND dado que este criterio vulnera la prohibición dispuesta por el artículo 7 del Reglamento de Usuarios Libres.

2.1.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, la aplicación efectuada por Osinergmin en la Resolución 052 (artículo 8), no parte de la literalidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento del 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 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”), 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 del MME 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 literal f) del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (RLCE), 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”. A su vez, en los numerales II) y V) del literal e) y en literal i) de dicho artículo 139, 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, como es de apreciar, 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 (RND) de acuerdo a lo informado 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 diferencia de lo indicado por la recurrente, la norma reglamentaria, base para el Procedimiento de Liquidación, contempla conforme se ha analizado considerar a los RND en la liquidación;

Que, a saber, en los artículos 2.4 y 9.3 del Reglamento del 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, todo retiro en el MME 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. A ello se refiere el artículo 8, cuando referencia los criterios del artículo 9.3 del Reglamento del MME;

Que, Osinergmin no está otorgándole una cualidad de Participante o de Integrante del COES a los usuarios con consumos no autorizados, únicamente reconoce en ellos, su deber normativo de pagar los cargos tarifarios por su consumo. Esta obligación no es diferente del que realiza un consumo autorizado;

Que, la otra alternativa de facturación podría haber recaído en el transmisor/distribuidor (titular de las redes), no obstante, 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. 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 la alternativa planteada 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; y
- 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. No se trata de un cambio de criterio, toda vez que 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, finalmente, no resulta necesario modificar el procedimiento para establecer recién la incorporación de los RND a la liquidación, cuando el RLCE ya lo dispone y Osinergmin en su aplicación regulatoria debe adoptar las acciones para que ésta cumpla su finalidad, como se ha hecho al considerar la asignación a los Generadores según el COES para los demás conceptos;

Que, la recurrente luego de sostener que, no existe posibilidad legal para adoptar la decisión que el Regulador tomó en la liquidación, propone que la problemática sea resuelta por Osinergmin en la fijación a realizarse el próximo año, es decir incluir los RND también, pero bajo sus reglas, y con ello se colige que, a criterio de la recurrente, el retrasarlo un año, habilita la posibilidad legal ahora cuestionada. Además de la evidente inconsistencia, no amerita suspender la actual aplicación porque ello representaría renuncia a la titularidad o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas, lo cual deviene en un acto nulo, según el artículo 74.1 del TUO de la LPAG;

Que, en conclusión, 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, con relación a los comentarios de REP, según ha sido desarrollado previamente, la decisión de Osinergmin se mantiene y no ha variado en función del recurso de Terochilca que pretendía la asignación de la responsabilidad directa de cobro a los titulares de transmisión, por lo que, tales comentarios se consideran atendidos dentro del proceso;

Que, por lo expuesto, este extremo del petitorio debe ser declarado infundado.

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Técnico [N° 386-2024-GRT](#) y el Informe Legal [N° 387-2024-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.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Termochilca 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 2.- Incorporar el Informe Técnico [N° 386-2024-GRT](#) y el Informe Legal [N° 387-2024-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 3.- Disponer la publicación en el diario oficial El Peruano de la presente resolución, y consignarla junto con los Informes [N° 386-2024-GRT](#) y [N° 387-2024-GRT](#), en el Portal Institucional de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2024.aspx>.

**Omar Chambergo Rodríguez
Presidente del Consejo Directivo**