

Informe Legal N° 023-2024-GRT

Informe sobre el recurso interpuesto por San Gabán S.A. contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD, mediante la cual se aprobó el Factor de Incentivo a que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad

Para : **Severo Buenalaya Cangalaya**
Gerente de la División de Generación y Transmisión Eléctrica

Referencia : a) Recurso interpuesto por San Gabán S.A. recibido el 22.12.23, según Registro Osinergrmin N° 202300319148
b) D. 501-2023-GRT

Fecha : 15 de enero de 2024

Resumen

En el presente informe se analizan los aspectos jurídicos del recurso administrativo interpuesto por San Gabán S.A. contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD, mediante la cual se aprobó el Factor de Incentivo a que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad.

El recurso ha sido planteado como uno de apelación, correspondiendo ser encauzado como uno de reconsideración, al tratarse de la impugnación sobre una resolución del Consejo Directivo que constituye instancia única y máxima en la entidad.

La recurrente solicita la nulidad de la resolución a fin de emitir una nueva, cumpliendo las formalidades cuestionadas y atendiendo los pedidos de aclaración. En adición al análisis de la División de Generación y Transmisión Eléctrica, sobre las pretensiones y argumentos técnicos del recurso de reconsideración, se concluye:

- Sobre la falta de prepublicación. El ordenamiento jurídico exige la prepublicación respecto de las disposiciones normativas y de los actos administrativos que contengan tarifas reguladas. El factor de incentivo no cumple ninguna de las condiciones previstas.

El principio de transparencia se cumple al haberse seguido la secuencia procesal contenida en los criterios previamente establecidos; al publicarse el acto administrativo y los documentos de sustento que lo integran, y al permitir el acceso de cualquier información vinculada, a solicitud. 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, y el ejercicio del derecho de contradicción de cualquier administrado, para la revisión y modificación de ser el caso, de la resolución emitida. Con ello, se evidencia el cumplimiento del principio de legalidad. Por lo expuesto, esta pretensión debe ser declarada infundada.

- Sobre la falta de pronunciamiento resolutivo respecto del procedimiento de facturación. La motivación de la resolución lo constituye los fundamentos que sustentan el acto a emitirse, en este caso el factor de incentivo. Los argumentos asociados o complementarios que se deriven de lo previsto en citas normativas no tienen que ser materia de decisión en un acto que tiene otro objeto y es aprobado

en ejercicio de una facultad específica. Las reglas para un procedimiento de facturación no forman parte del proceso administrativo iniciado. 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 lo expuesto, esta pretensión debe ser declarada improcedente.

- Sobre la falta de pronunciamiento resolutivo respecto de las reglas sobre los mandatos de desconexión del COES. La motivación materia de cuestionamiento justificó la inclusión de un artículo resolutivo. 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 no se ha cumplido con el Reglamento en el que se 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 en el MCP”*. Por lo expuesto, esta pretensión debe ser declarada infundada.
- Sobre la falta de precisión de la vigencia y aplicación del factor de incentivo. 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. Esto es, 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, para las cuales debe aplicarse el factor de incentivo previo. Por lo expuesto, esta pretensión debe ser declarada infundada.
- Sobre la falta de precisión en cuanto a la sumatoria de los retiros para la determinación del factor. Dada la naturaleza técnica, esta pretensión debe ser analizada por la División de Generación y Transmisión Eléctrica, a efectos de determinar si este extremo del recurso debe declararse fundado o fundado en parte, y como consecuencia se modifique la resolución impugnada; caso contrario deberá ser declarado infundado, según el análisis motivado que se presente.

En función del análisis efectuado, se concluye que no se han infringido los principios del procedimiento administrativo, ni los deberes de la Administración, ni se advierte un vicio administrativo, por lo que corresponderá declarar No Ha Lugar la nulidad planteada.

La resolución del Consejo Directivo con la que se resuelva el recurso de reconsideración, deberá expedirse como máximo el 18 de enero de 2024.

Informe Legal N° 023-2024-GRT

Informe sobre el recurso interpuesto por San Gabán S.A. contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD, mediante la cual se aprobó el Factor de Incentivo a que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad

1. Marco legal aplicable sobre el Factor de Incentivo

- 1.1.** Mediante el artículo 11 de la Ley N° 28832 se crea el Mercado de Corto Plazo (“MCP”), definiéndose a sus participantes y a la contraprestación por la compra y venta de energía, equivalente a los Costos Marginales de corto plazo (“CMGs”). Conforme al artículo 14 de la citada ley, el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (“COES”), tiene como función, la administración del MCP, el cálculo de los CMGs y la valorización de las transferencias de potencia y energía.
- 1.2.** Con Decreto Supremo N° 026-2016-EM se aprobó el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad (“Reglamento del MME”), en el cual se establecieron los mecanismos para: el funcionamiento del MCP, la liquidación de transferencias, la asignación de servicios complementarios, inflexibilidades operativas, los otros pagos para la correcta operatividad del SEIN y el tratamiento de los Retiros No Declarados -sin contrato-.
- 1.3.** En el numeral 9.3 del Reglamento del MME se establecen que:
 - a. El COES dispondrá que los titulares de las redes efectúen la desconexión de los usuarios libres que realicen retiros no autorizados.
 - b. Los distribuidores y usuarios no deben consumir una potencia mayor a la autorizada ni fuera de los límites contratados.
 - c. Los consumos no cubiertos serán asignados a los generadores de acuerdo a factores de proporción y luego facturados según los CMGs ajustados por un factor de incentivo fijado por Osinermin a los respectivos distribuidores y/o usuarios libres, independientemente de las consecuencias y responsabilidades normativas que hubiere lugar.
- 1.4.** Con fecha 01 de junio de 2019, se publicó la Resolución N° 090-2019-OS/CD (“Resolución 090”), mediante la cual se fijó el Factor de Incentivo y se estableció que dicho factor será evaluado y modificado de ser el caso, por Osinermin, en el mes de noviembre cada dos (2) años a solicitud de los interesados presentada en el mes de setiembre previo.
- 1.5.** El 28 de setiembre de 2023, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (“San Gabán”), dentro del plazo, solicitó a Osinermin la revisión del Factor de Incentivo vigente.
- 1.6.** Con fecha 08 de noviembre de 2023, mediante Carta N° COES/D-1023-2023, el COES remitió su opinión técnica sobre la modificación del Factor de Incentivo, según fuera solicitado con Oficio N° 1906-2023-GRT.
- 1.7.** Mediante 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 MME.
- 1.8.** Con fecha 22 de diciembre de 2023, mediante el documento de la referencia a), San Gabán interpuso recurso impugnativo (“Recurso de Reconsideración”) contra la Resolución 212, cuyos aspectos legales son analizados en el presente informe.

2. Calificación, plazo para interposición y admisibilidad del recurso

- 2.1.** El recurso administrativo ha sido interpuesto como uno de apelación, no obstante, corresponde a la administración encauzarlo como uno de reconsideración, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 86.3 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”).
- 2.2.** Dicho encauzamiento se efectúa debido a que se trata de una impugnación sobre una resolución del Consejo Directivo, que constituye instancia única, máxima y exclusiva en materia regulatoria, en aplicación del artículo 2 del Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, los artículos 27 y 52.k del Reglamento General de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y el artículo 200 del TUO de la LPAG.
- 2.3.** El plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 218.2 del TUO de la LPAG.
- 2.4.** Considerando que la Resolución 212 fue publicada el 30 de noviembre de 2023, el plazo máximo para la interposición de los recursos administrativos por los interesados venció el pasado 28 de diciembre del presente año, habiéndose verificado que el recurso de San Gabán ha sido presentado dentro del plazo, el 22 de diciembre de 2023.
- 2.5.** El recurso resulta admisible, al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.

3. Petitorio y evaluación del recurso

La recurrente solicita la nulidad de la resolución y se emita una nueva, cumpliendo las formalidades cuestionadas y atendiendo los pedidos de aclaración, de acuerdo a las siguientes pretensiones:

- 3.1.** Se ha omitido la prepublicación de la resolución.
- 3.2.** Se ha omitido el pronunciamiento resolutivo respecto del procedimiento de facturación.
- 3.3.** Se ha omitido el pronunciamiento resolutivo respecto de las reglas sobre los mandatos de desconexión del COES.
- 3.4.** Se ha omitido la precisión de la vigencia y aplicación del factor de incentivo.
- 3.5.** Se ha omitido la precisión en cuanto a la sumatoria de los retiros para la determinación del factor.

4. Argumentos del Recurso de Reconsideración

En el presente informe se presenta el resumen de los argumentos legales contenidos en el recurso respecto de las pretensiones contenidas en los numerales 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4, correspondiendo al área técnica complementar en su informe el desarrollo de estas pretensiones, de ser el caso; y desarrollar lo referido a la pretensión contenida en el numeral 3.5.

4.1. Sobre la falta de prepublicación.

La recurrente refiere que Osinerghmin 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.

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

San Gabán manifiesta que Osinerghmin no habría desarrollado, en la parte resolutive, lo expuesto en la parte considerativa: *“Que, el factor mencionado se aplica a los CMgs con el objeto de cubrir el costo de producción de corto plazo por la energía consumida. Este costo de producción debe ser asumido por aquel que realiza un retiro autorizado o no autorizado, además de los peajes (como los de SST y SCT, entre otros) y cargos regulatorios previstos en la legislación vigente, sin excepción”.*

Requiere que se desarrolle en la parte resolutive los siguientes aspectos: 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 Osinerghmin.

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

La recurrente señala que Osinerghmin no ha desarrollado en la parte resolutive lo establecido en la parte considerativa: *“La otra señal normativa que debe ser aplicada para evitar los retiros no autorizados es la desconexión dispuesta por el COES”.* 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.

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

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 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.

5. Análisis legal del recurso de reconsideración

A continuación, se presenta el análisis de los extremos del recurso de índole jurídico, en el marco del artículo 183.2 del TUO de la LPAG, correspondiendo al área técnica complementar de ser el caso, en su informe el análisis técnico sobre los aspectos de naturaleza técnica, incluyendo la pretensión contenida en el numeral 3.5.

5.1. Sobre la falta de prepublicación.

El ordenamiento jurídico exige la prepublicación respecto de las disposiciones normativas de acuerdo con 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.

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. Evidentemente tampoco se trata de una disposición normativa.

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.

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 cualquier administrado, para la revisión y modificación de ser el caso, de la resolución emitida. Con ello, se evidencia el cumplimiento del principio de legalidad.

Por tanto, esta Asesoría es de la opinión que esta pretensión debe ser declarada infundada.

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

La motivación de la resolución está constituida de fundamentos que sustentan el acto a emitirse, en este caso el factor de incentivo, que representa el producto para cumplir el encargo del artículo 9.3 del Reglamento del MME. Los argumentos asociados o complementarios que se deriven de lo previsto en citas normativas no tienen que ser materia de decisión en un acto que tiene otro objeto y es aprobado en ejercicio de una facultad específica.

Así, 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, por ende, aquel usuario que realice un retiro no autorizado no está exonerado de dicho pagos, y también debe asumirlos, y a éste incluso se le añade un factor de incentivo.

Las reglas para la identificación de un responsable, un procedimiento de facturación o definición sobre reglas referidas al FOSE no forman parte 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, con los criterios previstos en la normativa vigente.

Por tanto, esta Asesoría es de la opinión que esta pretensión debe ser declarada improcedente.

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

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 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.

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 en el MCP”. En ese sentido, no resulta necesaria una mayor precisión al respecto.

Por tanto, esta Asesoría considera que la pretensión debe ser declarada infundada.

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

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.

Esto es, 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, para las cuales debe aplicarse el factor de incentivo previo.

Por tanto, esta Asesoría considera que la pretensión debe ser declarada infundada.

5.5. Sobre la solicitud de nulidad de la Resolución 212

Conforme al 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; 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.

Como se analiza en el presente informe y en el respectivo informe técnico, se advierte que no existe vicio alguno en la Resolución 212 que amerite la declaratoria de nulidad de este 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 Osinerghmin.

En ese sentido, al haber actuado Osinerghmin, 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.

Por lo expuesto, esta Asesoría considera que debe declararse no ha lugar la nulidad de la Resolución 212 solicitada por San Gabán.

6. Plazos y procedimiento a seguir con el recurso

- 6.1.** De conformidad con el artículo único de la Ley N° 31603, publicada el 5 noviembre 2022, que modificó el artículo 207 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles contados a partir de su interposición.
- 6.2.** Teniendo en cuenta que San Gabán interpuso el Recurso de Reconsideración el 22 de diciembre de 2023, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración es el día 18 de enero de 2024.
- 6.3.** Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante resolución del Consejo Directivo de Osinerghmin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del TUO de la LPAG y el literal k) del artículo 52 del Reglamento General de Osinerghmin.

7. Conclusiones

- 7.1.** Por las razones expuestas en el numeral 2 del presente Informe, el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 212-2023-OS/CD cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 7.2.** Por las consideraciones expuestas en el numeral 5 del presente informe y lo indicado en el informe técnico, corresponde declarar No ha Lugar la solicitud de nulidad de la Resolución N° 212-2023-OS/CD planteada por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A., infundados las pretensiones contenidas en los numerales 3.1, 3.3, 3.4 y 3.5 e improcedente la pretensión contenida en el numeral 3.2.
- 7.3.** La resolución del Consejo Directivo con la que se resuelva el recurso de reconsideración materia del presente informe, deberá expedirse como máximo el 18 de enero de 2024 y publicarse posteriormente en el diario oficial El Peruano.

[mcastillo]

[nleon]

/edv