

Informe Técnico-Legal N° 357-2024-GRT

Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Samay I S.A.C. contra la Resolución N° 051-2024-OS/CD, mediante la cual se fijaron los Precios en Barra del período mayo 2024 – abril 2025

Para : Ing. Miguel Révolo Acevedo
Gerente de Regulación de Tarifas

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por Samay I S.A.C.,
recibido el 07.05.2024, según Registro N° 20524522871.
b) D. 480-2023-GRT

Fecha : 25 de mayo de 2024

Resumen

En el presente informe se analiza el recurso de reconsideración interpuesto por Samay I S.A.C. (“Samay”), contra la Resolución N° 051-2024-OS/CD (“Resolución 051”), mediante la cual se fijaron los Precios en Barra, entre otros cargos tarifarios, para el periodo del 01 de mayo de 2024 al 30 de abril de 2025.

Samay solicita la modificación de la Resolución 051, en el extremo que fija el Cargo Unitario por Capacidad de Generación Eléctrica (“CUCGE”) para la Central Térmica Puerto Bravo (“CT Puerto Bravo”), y la reforme, de modo que el cálculo del CUCGE considere únicamente los ingresos por Potencia Adjudicada conforme lo informado por el COES, en cumplimiento de la normativa vigente y el Contrato de Compromiso de Inversión “Nodo Energético del Sur” (“Contrato”).

En el presente informe se concluye que la recurrente no cuenta con facultades para modificar unilateralmente su Contrato ni modificar la condición sobre el ingreso que obtendría como parte de su Remuneración Garantizada; esto es, no le corresponde decidir que el primer ingreso que tenga por el despacho económico será un ingreso adicional y no a cuenta de la Remuneración Garantizada, producto de un contrato asumido por los usuarios para construir y operar 600 MW. Luego de cumplida la energía asociada a dicha capacidad, el ingreso que obtenga del mercado recién será adicional.

La pretendida modificación unilateral efectuada por Samay, implica que se afecte de modo incorrecto la condición de cómo ha sido considerada la Potencia Adjudicada y el cálculo del CUCGE materia de impugnación, sobre el cual, este Organismo tiene competencia y las potestades públicas, no así la empresa ni el COES.

Por tanto, se considera que el petitorio debe ser declarado infundado.

La resolución del Consejo Directivo con la que se resuelva el recurso de reconsideración deberá expedirse como máximo el 28 de mayo de 2024.

Informe Técnico-Legal N° 357-2024-GRT
Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Samay I S.A.C.
contra la Resolución N° 051-2024-OS/CD, mediante la cual se fijaron los Precios
en Barra del período mayo 2024 – abril 2025

1. Antecedentes, resolución impugnada y presentación del recurso

- 1.1.** Conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 43 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (“LCE”), se encuentran sujetas a regulación de precios, las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al servicio público de electricidad, excepto cuando se hayan efectuado licitaciones destinadas a atender dicho servicio, conforme a lo señalado en la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (“Ley 28832”).
- 1.2.** De acuerdo al artículo 46 de la LCE, los precios o tarifas en barra y sus respectivas fórmulas de ajuste deben ser establecidas con periodicidad anual y entrar en vigencia en el mes de mayo de cada año, según los criterios contenidos en los artículos del 47 al 57 de la LCE y en los artículos 123 al 131 de su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM (“RLCE”).
- 1.3.** Mediante Resolución N° 051-2024-OS/CD (“Resolución 051”), publicada en el diario oficial el 15 de abril de 2024, se fijaron los Precios en Barra y sus fórmulas de actualización, aplicables al periodo mayo 2024 - abril 2025, y se determinaron, entre otros:
 - Los factores nodales de energía y de pérdidas de potencia asociados.
 - Los valores del Peaje por Conexión y del Ingreso Tarifario Esperado para el Sistema Principal de Transmisión (“SPT”) y del Sistema Garantizado de Transmisión (“SGT”), el mismo que incluye los diversos cargos tarifarios ordenados por la normativa vigente.
 - Los precios en barra efectivos y las compensaciones anuales a ser asignadas a las empresas distribuidoras que suministran energía a usuarios regulados en los Sistemas Aislados.
 - Los cargos tarifarios, entre ellos, el Cargo por Capacidad de Generación.
 - La Remuneración Anual Garantizada y por Ampliaciones, que le corresponde percibir a Red de Energía del Perú S.A.
- 1.4.** La empresa Samay I S.A.C. (“Samay”) mediante documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 051 (“Recurso de Reconsideración”), cuya revisión es objeto del presente informe.
- 1.5.** De manera previa a la publicación de la Resolución 051 y a la presentación del respectivo recurso de reconsideración, Samay informó a través de la Carta N° SI-0062-24, de fecha 15 de marzo de 2024 al Ministerio de Energía y Minas (“MINEM”), sobre la actualización de la declaración de la composición de la Potencia Adjudicada y la potencia efectiva adicional.

- 1.6.** Al respecto, mediante el Oficio N° 0813-2024-MINEM/DGE, notificado a Osinerghmin con fecha 23 de abril de 2024, el MINEM corre traslado a Osinerghmin de la comunicación efectuada por Samay, a efectos de que el Regulador realice la evaluación respectiva, e informe lo que corresponda en relación a la composición de la Potencia Adjudicada y la potencia efectiva adicional.

2. Plazo para interposición, admisibilidad del recurso y transparencia

- 2.1.** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 de la LCE y en el artículo 218.2 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"), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles perentorios. Considerando que la Resolución 051 fue publicada el 15 de abril de 2024, el plazo máximo de interposición venció el 07 de mayo del 2024, habiéndose verificado que el recurso de Samay fue presentado dentro de la fecha de vencimiento.
- 2.2.** El recurso resulta admisible al haberse cumplido con los requisitos formales previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.
- 2.3.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 193 del TUO de la LPAG, con fecha 14 de mayo de 2024 se llevó a cabo la Audiencia Pública de exposición de los recursos de reconsideración, de manera presencial y vía transmisión directa, constando el respectivo resumen en el Acta consignada en la página web institucional, así como la grabación de la señalada audiencia se encuentra disponible en la plataforma YouTube. Al respecto, la recurrente cumplió con su obligación de exponer sobre su impugnación en dicha audiencia.
- 2.4.** Según lo establecido en artículo 3.5 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas, Osinerghmin 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, según ha sido informado, no se recibieron comentarios respecto del recurso de Samay.

3. Petitorio

Samay solicita la modificación de la Resolución 051, en cuanto al extremo que fija el Cargo Unitario por Capacidad de Generación Eléctrica ("CUCGE") para la CT Puerto Bravo, y la reforme de modo que el cálculo del CUCGE considere únicamente los ingresos por Potencia Adjudicada conforme lo informado por el COES.

4. Argumentos del recurso

4.1. Sobre modificar el CUCGE conforme a los ingresos informados por el COES

Samay indica que Osinerghmin no solo ha calculado de forma equivocada el CUCGE, sino que lo ha hecho vulnerando el marco legal que regula dicho cálculo y su Contrato y que, por tanto, se ha excedido claramente en sus

competencias y aplicado su propio criterio de manera ilegal, lo cual es arbitrario y contrario a derecho.

Samay señala que, para el cálculo del CUCGE, Osinergrmin aprobó el Procedimiento “Cargo por Capacidad de Generación Eléctrica” (“Procedimiento”), en cuyo numeral 1 de su artículo 5 se precisa que el monto que se recolecta por dicho cargo, es el resultado de descontar a la Remuneración Garantizada los ingresos por potencia firme obtenidos en el mercado de corto plazo informado por el COES; es decir, los ingresos por Potencia Adjudicada.

La recurrente sostiene que, de acuerdo con el literal a) del numeral 5.1.1 de la Cláusula Quinta del Contrato, los ingresos por potencia firme son los ingresos por Potencia Adjudicada. Indica que al momento de calcular el CUCGE y, en concreto la variable de saldos pendientes, Osinergrmin debía descontar únicamente a los ingresos por Potencia Adjudicada en el mercado de corto plazo, motivo por el cual sostiene que de ninguna manera podría reducir también los ingresos por potencia efectiva adicional.

De acuerdo a lo señalado por Samay, Osinergrmin no desgregó sus ingresos por potencia para calcular el saldo mensual de los meses de enero y febrero de 2024. Agrega que el Regulador debió considerar únicamente el monto de S/ 1 026 113,36; y que sin embargo, consideró como ingresos por Potencia Adjudicada a la suma de todos los ingresos por potencia (incluyendo el ingreso por potencia efectiva adicional que no es por la Potencia Adjudicada), modificando la remuneración de potencia efectuada por el COES.

Menciona que, mediante Cartas N° COES-P-ALD-007-2024 y N° COES-P-ALD-016-2024, el COES acogió un criterio provisional para determinar la composición de la Potencia Adjudicada y la potencia efectiva adicional y; por ende, para calcular los ingresos de potencia que remuneran cada una de estas potencias.

Así, alega que Osinergrmin, irrogándose competencias que corresponden exclusivamente al COES, calculó los ingresos por potencia de la Potencia Adjudicada y la potencia efectiva adicional de la CT Puerto Bravo (utilizando además un criterio que es incorrecto). Por tanto, la recurrente indica que el cálculo realizado por el Osinergrmin excede las competencias que legalmente le corresponden, lo cual lo convierte en ilegal.

Agrega que se ha creado la ficción de que Samay ha recibido ingresos por Potencia Adjudicada superiores a los que en realidad recibió, lo que conllevó a que el CUCGE se reduzca ilegalmente de 2,621 a 2,584, impactando negativamente en la Remuneración Garantizada.

Refiere que lo señalado por el Regulador en la Resolución N° 137-2023-OS/CD con la que se aprobaron los factores de actualización p y FA a aplicar para determinar los cargos para el trimestre agosto-octubre 2023 (“Resolución 137”), y que cuya ilegalidad ha sido cuestionada en vía judicial; sirve de sustento a Samay para aseverar que tiene la potestad de determinar, para efectos tarifarios, qué ingresos son los que recibe Samay por poner a disposición la Potencia Adjudicada y cuáles no.

Sostiene que no existe legislación ni normativa que le otorgue a Osinerghmin, la potestad de definir cuáles son los ingresos que tendrán los generadores en el marco de sus transacciones en el mercado de corto plazo; en atención a ello, refiere que Osinerghmin debe considerar la información que, para tal efecto, establezca el COES en el marco de su competencia como coordinador, evidenciándose así una transgresión a las normas sectoriales que lo establecen.

Finalmente manifiesta que la decisión tomada por Osinerghmin transgrede también el artículo 3.3 del PR-27, que señala que la potencia por encima de la Potencia Adjudicada se rige por los procedimientos técnicos del COES aplicables a las demás unidades de generación, por lo que es ilegal y expropiatorio utilizar los ingresos de potencia correspondientes a dicha potencia efectiva adicional para reducir sus Ingresos Garantizados.

5. Análisis del recurso

5.1. Sobre modificar el CUCGE conforme a los ingresos informados por el COES

Para los efectos del análisis, corresponde delimitar la controversia del caso, descartando los aspectos que pueden llevar a confusión, a los cuales, Samay recurre para sostener su pretensión. En efecto, de acuerdo al Contrato y a las normas, Osinerghmin sólo puede considerar como parte de los ingresos a cuenta de la Remuneración Garantizada, a los ingresos asociados a la Potencia Adjudicada, ello no es debatible.

De ese modo, la controversia no versa respecto a que Osinerghmin estuviere cuestionando o inaplicando estas disposiciones, sino radica en lo que para Osinerghmin un determinado monto es un ingreso a cuenta de la Remuneración Garantizada y lo que para Samay no lo es, pero sí es dicho monto un ingreso adicional. Para la recurrente solo se debe considerar los ingresos asociados a la Potencia Adjudicada. Para Osinerghmin sí es un ingreso asociado a la Potencia Adjudicada, cumpliendo con ello con las reglas. Entonces, el asunto a abordar, es la calificación de ese ingreso, analizando a su vez, los argumentos de la recurrente que procura, en caso se acepten, la modificación de la Resolución 051.

Samay sostiene que el monto en cuestión es un ingreso adicional porque así lo ha informado el COES en base a su decisión contenida en las Cartas N° COES-P-ALD-007-2024 y N° COES-P-ALD-016-2024, y ello es una competencia otorgada en el Procedimiento del propio Osinerghmin. De las cartas COES mencionadas, conviene destacar dos aspectos: i) adoptó un criterio provisional; y ii) utilizó el criterio de Samay (carta N° SI-0200-2023) descartando “el mejor criterio técnico” que previamente adoptó la Dirección Ejecutiva del COES.

Al margen de que, Osinerghmin no puede declinar de su competencia regulatoria en otra entidad, en cuanto a la competencia de “valorizar” e “informar”, es de apreciar que, la decisión adoptada por el COES, respecto de la cual, remite información sobre los ingresos por potencia de Samay, no es una posición definitiva, no es criterio justificado con el debido sustento, por el contrario, en su pronunciamiento reconoce la posibilidad de diversas interpretaciones:

“... claramente se denota que, respecto a lo estipulado en el numeral 4.1 del Contrato, no hay una interpretación uniforme de sus alcances por parte de las partes contratantes. En tal sentido, hay una diversidad de interpretaciones respecto de los alcances del numeral 4.1 del Contrato, no solo tomando en cuenta a las partes contratantes sino también al OSINERGMIN, siendo claro que no corresponde al COES establecer cuál es la interpretación correcta”

Es de resaltar que mediante Oficio N° 2415-2023-MINEM/DGE, el MINEM emite una opinión donde “considera que la cláusula 4.1 del Contrato no estipula que Samay cuente con la potestad de modificar de forma unilateral la conformación de las unidades de su planta eléctrica a través de las cuales cumple su prestación de proveer la Potencia Adjudicada”.

También es de apreciar que el criterio provisional adoptado por el COES, es el criterio de Samay, pues expresamente señaló dicha entidad que: “se considere como provisional la composición de la Potencia Adjudicada y la potencia efectiva adicional de la CT Puerto Bravo de acuerdo con lo informado por Samay con la carta N° SI-0200-2023”

A decir de la recurrente, Osinergmin debe considerar lo informado por el COES -quien se calificó como no competente para definir el caso-, y el COES debe considerar lo informado por la propia Samay. Por consiguiente, nos encontraríamos con una concesionaria premunida de potestades públicas para decidir en buena cuenta, las tarifas del servicio público de electricidad a cargo de los usuarios. Este razonamiento no es admitido por el Regulador.

Bajo el propio desarrollo del COES, existen varias interpretaciones. Esta entidad a la que según Samay, se le debe aceptar sin más, la información que remite, adopta la posición de Samay provisionalmente, pues dentro de su ámbito, no resulta relevante dicha decisión ya que la carga económica a ser pagada en el mercado de corto plazo es igual sin importar la naturaleza de esa potencia. Pero, a diferencia de lo pretendido por la recurrente, a fin de que Osinergmin, dentro de las diversas interpretaciones existentes según el COES, elija la de Samay; es debido a que el Regulador, como autoridad competente para resolver sobre el cargo tarifario, adopta el criterio que ha desarrollado en la vía administrativa y la sostiene en la vía judicial, y que, además coincide con la opinión del MINEM, sobre que la empresa no posee la facultad de hacer un cambio unilateral a la configuración de potencia de sus unidades.

En tal sentido, Osinergmin no valida que (con el cambio unilateral) se considere a las turbinas menos eficientes para la composición de la Potencia Adjudicada y, a la turbina más eficiente, para la composición de la potencia efectiva adicional, lo que representa que la unidad que es llamada a despachar primero tendrá un ingreso adicional directo para la concesionaria, y los 600 MW que solventaron los usuarios de forma garantizada se convierte en el excedente, y por tanto, no se consideran como ingresos a cuenta del Contrato. El Regulador ha motivado las razones de mantener el criterio en la composición original y fuera aplicado sin cuestionamiento hasta el 2023, según se desarrolla a continuación.

El objeto del Contrato suscrito en el año 2014 entre Samay y 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 el Anexo 1 del Contrato.

En el referido Anexo 1 se estableció, de forma expresa, que la configuración del proyecto (ubicado en la costa sur del Perú) tendría una potencia requerida de 500 MW con una variación de $\pm 20\%$ y que la potencia comprometida está a disposición durante el plazo contractual, conforme lo establecido en el referido Contrato y en el Reglamento de Capacidad. Es decir, la Potencia Adjudicada corresponde a los 500 MW (con la variación del $\pm 20\%$).

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 de generación construidas para tal fin. Resultaría 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 Interconectado Nacional (SEIN); también lo es que la puesta en disposición de su compromiso recaiga en arbitrio de la deudora.

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 Nodo Energético del Sur.

Por su parte, es cierto que en el Contrato no se delimita de forma expresa cómo debe ser la composición de la Potencia Adjudicada y de la que no lo es -Osinerghmin no ha señalado algo distinto-, 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 $\pm 20\%$), es decir, lo mínimo que Samay pudo poner a disposición fue 400 MW y lo máximo fue de 600 MW, y bajo ese compromiso remunerado de forma garantizada debe girar la interpretación y ejecución del Contrato.

Samay consideró dentro del régimen contractual a 600 MW, mediante unidades de generación que en suma no cubren de modo exacto tal capacidad, sino completan una capacidad superior, por lo que, aun cuando no había una regla expresa, sí existió una regla técnica aplicada desde el año 2016, esto es, a partir de su puesta en operación comercial, la que considera dentro del Contrato, los primeros 600 MW, lo que implica que, cuando reciban ingresos por potencia del Mercado de Corto Plazo serán un pago a cuenta de la Remuneración Garantizada, por los primeros 600 MW.

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 (cuyo 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 ha a la fecha no ha ocurrido, ni se cuenta con una modificación contractual al amparo de la Cláusula 10.4 del Contrato. 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.

En el Contrato no existe ninguna potestad de Samay para modificar las disposiciones esenciales contractuales (como lo es, poner a disposición los 600 MW remunerados) o cambiar una condición de operación consentida por las partes.

El entendimiento de Samay, respecto a que la Cláusula 4.1 lo habilitaría, es incorrecto y sólo busca asegurarse de que las unidades de generación menos eficientes de la Planta construida por el Contrato, elegidas convenientemente ahora, reciban en segundo lugar la Remuneración Garantizada de los usuarios, mientras 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 actual desde el año 2016.

Carecerá 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 de generación 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.

Se recalca que en una decisión anterior, Osinerghmin ante un caso semejante sobre el compromiso contractual de entrega de energía con recursos renovables, se 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”.

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 de Generación Eléctrica, procurando su incremento de forma artificial.

La cláusula 4.1 del Contrato establece que Samay: “tendrá plena libertad para determinar los terrenos que ocupará bajo la modalidad contractual o legal de su elección, definir la configuración, capacidad y demás características del proyecto, así como para financiar, organizar y ejecutar su construcción, operación y mantenimiento, en la forma que mejor estime conveniente a sus intereses”.

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 para cumplir el 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.

No es viable jurídicamente considerar que “la plena libertad en la forma más conveniente a sus intereses” 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 sobre la libre elección de terrenos y similares, en la Cláusula 4.8, se utilizan 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 que la concesionaria tiene amplias libertades.

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.

El criterio aplicado por Osinergrmin, guarda razonabilidad ya que, al tratarse de un excedente contractual, la potencia adicional es aquella contenida en la unidad de generación que despache al final, es decir, la de menor eficiencia térmica. Osinergrmin es el órgano competente conforme se estableció, de forma expresa, en el Reglamento de Capacidad y el Contrato al señalarse que el Regulador 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.

En ese sentido, Osinergrmin vía los ingresos por el Cargo por Capacidad de Generación Eléctrica asegura la Remuneración Garantizada, lo que no solo significa aumentar este cargo cuando los ingresos no cubran la remuneración, sino también disminuirlo cuando existan pagos a cuenta de dicha remuneración. Osinergrmin 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 frente al 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 el documento que contiene el acto administrativo tarifario vinculante. El COES cuyas actividades de operación y reporte de información son un insumo en la competencia de otras entidades, ello no le da competencia para, por ejemplo, adoptar decisiones que impactan en los usuarios, por lo que su decisión “provisional” no es vinculante al Regulador.

Osinerghmin 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.

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.

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 (el criterio técnico asumido desde el 2016), tal cual ocurrió ante la existencia del caso 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 para el ingreso exclusivo de la Concesionaria. 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, no implica que exista un trato arbitrario por parte de Osinerghmin, ni tampoco una afectación al 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.

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 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.

En conclusión, Osinerghmin ha actuado sujetándose al Contrato, a las normas citadas por Samay en su recurso de reconsideración y al derecho (sujeción a los principios y las reglas de interpretación), dentro de sus facultades atribuidas y de acuerdo a los fines para los que le fueron conferidas. A su vez, conforme ha sido analizado, el acto administrativo impugnado no contiene ningún vicio administrativo ni se cumplen las

condiciones normativas para su revocación y, por tanto, no se presenta ninguna actuación ilegal, solo la adopción de un criterio sustentado y el ejercicio de una competencia legal.

Por lo expuesto, se recomienda declarar infundado este extremo del petitorio.

5.2. Sobre el proceso judicial iniciado por Samay en el año 2023

El pretendido cambio unilateral de Samay y sin ninguna facultad válida, no fue aceptado por Osinerghmin conforme a lo señalado en las Resoluciones 137 y N° 167-2023-OS/CD (“Resolución 167”), por lo que Samay sometió a revisión del Poder Judicial los referidos actos emitidos por Osinerghmin a través de una acción contenciosa administrativa, recaída en el Expediente N° 16565-2023-0-1801-JR-CA-14, tramitado ante el Décimo Cuarto Juzgado Permanente Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En la respectiva demanda contencioso administrativa interpuesta por Samay, además de solicitar la nulidad total de la Resolución 167, mediante la cual se declaró infundado su recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 137, solicitó un pronunciamiento de plena jurisdicción y con ello que el Juzgado declare que el factor “p” del CUCGE sea calculado considerando la información que Samay provee al COES respecto de la composición de la Potencia Adjudicada de su CT Puerto Bravo.

Conforme a lo anterior, en el artículo 72 del TUO de la LPAG se establece expresamente: i) es nulo todo acto administrativo que contemple la renuncia de titularidad o del ejercicio de las atribuciones conferidas; ii) solo por ley o mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer una atribución administrativa de su competencia; iii) la demora o no ejercicio de la competencia, constituye falta administrativa; y iv) la Autoridad no puede dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos; todo acto en contra, es nulo de pleno derecho.

Osinerghmin tiene la competencia y la obligación de efectuar su regulación dentro del procedimiento tarifario iniciado, conforme a las etapas desarrolladas, y se encuentra impedido jurídicamente de suspender o abstenerse de regular, tal como lo solicita la recurrente en su petitorio. Un acto en sentido contrario, sería nulo. Cabe precisar que, en el presente caso no existe la triple identidad (entre el proceso judicial y el administrativo), que prohibiría al Regulador pronunciarse en los aspectos de fondo.

Lo que impediría válidamente al Regulador no ejercer con la atribución administrativa de su competencia, sería el mandato de una ley o de una orden de carácter judicial, que no existe a la fecha y no existió al momento de emitir la decisión tarifaria.

5.3. Sobre la comunicación de Samay dirigida al MINEM y su traslado

La problemática respecto de la cual el MINEM solicita a Osinerghmin la respectiva evaluación, se encuentra dentro de las competencias del Regulador, en tanto este último, vía los ingresos por el Cargo de Capacidad de Generación Eléctrica, se encarga de asegurar la Remuneración Garantizada establecida en el Contrato.

Tomando como base dicha premisa, si bien se advierte que la carta cursada por Samay al MINEM reviste una finalidad informativa, las expresiones allí utilizadas no se ajustan a la controversia acontecida.

Resulta cuando menos cuestionable que Samay, a pesar del pronunciamiento conocido de Osinergrmin, haya acudido al MINEM para obtener una respuesta favorable sin evidenciar los aspectos discutidos; y que, a su vez, en el pie de página del recurso de reconsideración haya señalado que, respecto a dicha comunicación, el MINEM no ha presentado “ninguna duda ni objeción al respecto”.

En base a ello, corresponde atender de manera efectiva la carta cursada al MINEM y trasladada a Osinergrmin respecto a la Potencia Adjudicada y la potencia adicional de la CT Puerto Bravo, a pesar del “carácter declarativo”.

En el literal e) del artículo 31 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergrmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM (“ROF Osinergrmin”), señala que es función de la Gerencia de Regulación de Tarifas:

“(...) e) Evaluar los pedidos que, sobre asuntos tarifarios, presenten los agentes o el COES, elevándolas con su respectivo informe, para decisión y pronunciamiento por parte del Consejo Directivo.”

En base a dicho precepto normativo, en la medida de que nos encontramos ante un caso que involucra aspectos de regulación económica y dentro de un proceso de revisión de un recurso de reconsideración a ser resuelto por el Consejo Directivo, corresponde poner a su consideración también, la remisión de la evaluación efectuada como atención a la comunicación del MINEM, con copia al COES.

Por tanto, el criterio asumido en última y máxima instancia por el Consejo Directivo -y competente exclusivo en la función reguladora- debe ser considerado como el criterio institucional de Osinergrmin sobre la materia, correspondiendo su notificación para su inmediata aplicación y demás fines que considere pertinentes.

6. Plazos y procedimiento a seguir con el recurso

- 6.1.** De conformidad con el artículo único de la Ley N° 31603, con el que se modificó el artículo 207 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 6.2.** Teniendo en cuenta que Samay interpuso su recurso de reconsideración el 07 de mayo de 2024, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración es el 28 de mayo de 2024.
- 6.3.** Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante resolución del Consejo Directivo de Osinergrmin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del TUO de la LPAG, en el literal b) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergrmin, aprobado con Decreto Supremo N° 010-2016-PCM y en el literal k) del artículo 52 del Reglamento General de Osinergrmin.

7. Conclusiones

- 7.1.** Por las razones expuestas en el numeral 2 del presente Informe, el recurso de reconsideración interpuesto por Samay I S.A.C. contra la Resolución N° 051-2024-OS/CD cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 7.2.** Por los fundamentos expuestos en el numeral 5 del presente informe, debe declararse infundado el petitorio del recurso.
- 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 28 de mayo de 2024, publicarse posteriormente en el diario oficial y notificarse adicionalmente al MINEM y al COES.

[mcastillo]

[sbuenalaya]

[nleon]

[pchang]

/ect