

### **Informe Legal N° 349-2024-GRT**

### **Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. 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. Severo Buenalaya Cangalaya**  
Gerente de la División de Generación y Transmisión Eléctrica

**Referencia** : a) Recurso interpuesto por Red de Energía del Perú S.A.,  
recibido el 07.05.2024 - Registro N° 202400106183.  
b) D. 480-2023-GRT

**Fecha** : 25 de mayo de 2024

---

#### **Resumen**

En el presente informe se analizan los aspectos de índole jurídico del recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. (“REP”), 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.

La recurrente solicita: (i) Se deje sin efecto el descuento efectuado en la presente regulación tarifaria a USD 812 956.40, derivado de los descuentos a los costos de operación y mantenimiento por bienes retirados; (ii) Se deje sin efecto el descuento aplicado a los costos de operación y mantenimiento referido a la Ampliación 19.1; (iii) Se consideren los recálculos asociados a la postergación de las tarifas correspondientes al periodo de liquidación mayo 2020 – abril 2020 y su inclusión en la presente regulación 2024 – 2025; (iv) Se declare la nulidad de la resolución impugnada por infringir el deber de motivación, al limitarse a señalar que no corresponde evaluar el fondo de los argumentos presentados por estar judicializados o en proceso arbitral; (v) Se modifique y corrija el cálculo de las RAG y la RAA para el período 2024 – 2025, debido al uso incorrecto del índice de actualización, debiendo emplear el valor publicado para el mes de noviembre de 2023; y, (vi) Se corrijan errores de cálculo en la determinación del Ingreso Tarifario SST (IT) del período 2024 – 2025.

En el presente informe se concluye:

- Sobre los extremos (i), (ii) y (iii) del petitorio referido a los descuentos en los costos de operación y mantenimiento por bienes retirados y en la Ampliación 19.1 y la postergación de la vigencia de las tarifas en el periodo 2020 – 2021: el Regulador carece de competencia para pronunciarse sobre materias pendientes de resolución judicial y/o arbitral, en tanto se atentaría contra el principio de legalidad, al contravenir lo establecido en la Constitución Política del Perú. Por tanto, estos extremos del petitorio deben ser declarados improcedentes.
- Sobre el extremo (iv) del petitorio referido a la declaratoria de nulidad de la resolución: no existe un defecto en la motivación del acto administrativo pues están sustentadas las razones que sirven de motivo de la decisión del Regulador; tampoco existe un vicio administrativo que acarree la nulidad de la resolución impugnada. Por tanto, se considera como no ha lugar la nulidad planteada.
- Sobre el extremo (v) del petitorio referido al uso incorrecto del índice de actualización en tanto el último dato de la serie WPSFD4131 de noviembre de

2023 fue publicado el día de emisión de la resolución: aunque no fuera adoptado por no contar con él al momento de hacer los cálculos, corresponde tomarlo en cuenta al no ser posterior a la aprobación de la resolución, en virtud del principio de verdad material. Por tanto, se considera que este extremo del petitorio debe ser declarado fundado.

- Sobre el extremo (vi) del petitorio referido a errores de cálculo en la determinación del Ingreso Tarifario SST (IT): involucra consideraciones técnicas, correspondiendo su análisis y pronunciamiento ser desarrollado por la División de Generación y Transmisión Eléctrica, debiendo tomar en cuenta que, de tratarse de un error material, la Autoridad se encuentra facultada en corregirlo en aplicación del TUO de la LPAG.

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 Legal N° 349-2024-GRT**  
**Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. 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.
- 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.
  - El costo de racionamiento para todos los sistemas eléctricos.
  - La Remuneración Anual Garantizada y por Ampliaciones, que le corresponde percibir a Red de Energía del Perú S.A.
- 1.4. La empresa Red de Energía del Perú S.A. (“REP”) mediante documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 051 (“Recurso de Reconsideración”), cuya revisión es objeto del presente informe.

**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 REP 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, 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, según ha sido informado, no se recibieron comentarios respecto del recurso de REP.

### 3. Petitorio

REP solicita la modificación de la Resolución 051, de acuerdo con los siguientes extremos:

- 3.1. Se deje sin efecto el descuento efectuado en la presente regulación tarifaria, el cual asciende a USD 812 956.40, derivado de los descuentos correspondiente por costos de operación y mantenimiento por bienes retirados, por vulnerar principios y disposiciones contractuales.
- 3.2. Dejar sin efecto el descuento aplicado correspondiente al Costo de Operación y Mantenimiento ("COyM") referido a la Ampliación 19.1 por ser contrario a las disposiciones contractuales y haber sido considerada indebidamente como un Bien Retirado (cuando no lo es).
- 3.3. Considerar los recálculos asociados a la postergación de tarifas correspondiente al periodo de liquidación mayo 2020 – abril 2021, y su inclusión en la presente regulación 2024 – 2025.
- 3.4. Declarar la nulidad de la Resolución 051-2024 por infringir el deber de motivación, al limitarse a señalar que no corresponde evaluar el fondo de los argumentos presentados por estar judicializados o en proceso arbitral.
- 3.5. Corregir el cálculo de la RAG y RAA para el periodo 2024 – 2025, debido al uso incorrecto del índice de actualización, debiendo emplear el valor publicado para el mes de noviembre 2023.
- 3.6. Corregir el ingreso tarifario SST (IT) del periodo 2024 – 2025.

### 4. Argumentos del recurso

Seguidamente se presenta el resumen de los argumentos de índole legal contenidos en el recurso, específicamente sobre los extremos (i), (ii), (iii), (iv) y (v)

del petitorio, correspondiendo al área técnica complementar en su informe el desarrollo respectivo, de ser el caso.

#### **4.1. Sobre la nulidad de la Resolución 051 y el descuento por COyM (Extremos 1, 2 y 4 del Petitorio)**

La recurrente sostiene que Osinermin ha efectuado recálculos y descuentos por COyM de forma retroactiva en el año 2021 por bienes retirados que se pagaron desde el año 2007; este recálculo atenta contra su Contrato de Concesión, configurándose un incumplimiento que impacta en la regulación tarifaria de los periodos 2021-2022, 2022-2023, 2023-2024 y el presente periodo regulatorio (2024 – 2025), generándose un perjuicio económico.

REP señala que el valor de la inversión de las Ampliaciones se fija de manera provisional según el valor referencial y quedará definitivo con el informe de auditoría correspondiente, no existiendo una deducción posterior, y que en el Contrato se establece que los montos de la remuneración se calcularán en una única oportunidad.

Indica que se descuentan los COyM de los bienes que sean retirados como parte del alcance de cada ampliación, no aplicándose los descuentos a instalaciones provisionales, mucho menos descuentos de forma retroactiva por bienes retirados que se pagaron desde el año 2007.

De acuerdo con REP, en el Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica del SPT, SGT y Contrato ETECEN-ETESUR, aprobado con Resolución N° 055-2020-OS/CD (“Procedimiento de Liquidación”) no se faculta a Osinermin a realizar recálculos retroactivos o reducir el monto de la tarifa, sólo le facultó al Regulador a pedir información sobre bienes retirados y Ampliaciones.

Agrega que en el caso de que se hayan pagado montos que no correspondían por bienes retirados, estos se debieron cobrar bajo las reglas del Código Civil.

En cuanto a los recálculos de las tarifas por la Ampliación 19.1, REP alega que la decisión de Osinermin vulnera principios y disposiciones contractuales. Menciona que se ha considerado como bienes retirados a los activos de la Ampliación 19, cuando en la realidad éstos no califican como bienes retirados. Señala que el Regulador ha decidido que no corresponde aplicar COyM pues solamente le corresponde remunerarlos, hasta la fecha de puesta en operación comercial de la Ampliación 19.2 (13 de mayo de 2019).

Señala REP que en el único supuesto en que se ha regulado descuentos por COyM se da cuando una Ampliación hubiera implicado el retiro de bienes de la concesión, supuesto que no aplicaría para la Ampliación 19.1.

Manifiesta que debe corregirse la vulneración a los principios del derecho y el vicio de motivación que conlleva a la nulidad de la Resolución 051. Alega una transgresión del principio de verdad material, presunción de veracidad, razonabilidad y debido procedimiento.

La recurrente indica que la Resolución 051 no tiene una debida motivación dado que el Regulador sólo se ha limitado a señalar que los extremos (i) y (ii) del petitorio están judicializados. Opina que, en virtud del artículo 452 del Código Procesal Civil, sólo existe litispendencia cuando se configura la identidad de procesos, en partes, petitorio y fundamentos, lo que no se configura en este caso, por lo siguiente:

- (i) Sostiene que en el proceso arbitral las partes solamente están compuestas por REP y el Minem, no Osinergmin.
- (ii) En el arbitraje, REP solicita que se declare que el Minem ha incumplido obligaciones contractuales e indemnice a REP. En el presente recurso, la administrada solicita la nulidad de la Resolución 051 y los recálculos del periodo. Por su parte, en las demandas judiciales, cuestiona la validez de las Resoluciones N° 128-2021-OS/CD y N° 121-2022-OS/CD.
- (iii) Finalmente, el arbitraje se sustenta en que existe un incumplimiento por parte del Minem del Contrato. Los fundamentos de los procesos judiciales cuestionan el acto emitido por Osinergmin.

#### **4.2. Sobre la vigencia de las tarifas del periodo mayo 2020 – junio 2020 (Extremo 3 del Petitorio)**

REP indica que, Osinergmin debe efectuar un recálculo de la liquidación del periodo mayo 2020 - abril 2021 y dicho saldo a su favor ser incluido en el presente periodo, debiendo reconocer, la integridad de la remuneración para la liquidación anual de ingresos, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la LCE.

Agrega que, para los meses de mayo, junio y primeros días de julio de 2020, el Regulador habría creado tarifa artificial contraviniendo el principio de legalidad.

#### **4.3. Sobre la utilización del IPP definitivo de noviembre 2023 (Extremo 5 del Petitorio)**

REP señala que Osinergmin ha empleado en los cálculos de actualización de RAG y RAA, el IPP 249.122 correspondiente al mes octubre de 2023; y que, sin embargo, en la oportunidad de actualización de las tarifas, el IPP publicado como definitivo era el correspondiente a noviembre 2023 (publicado el 11 de abril, el día de aprobación de la resolución), el cual, señala, debe ser empleado para estos fines conforme lo establece el Procedimiento de Liquidación.

### **5. Análisis del recurso**

A continuación, se presenta el análisis de los extremos del petitorio de índole legal, en el marco del artículo 183.2 del TUO de la LPAG, específicamente sobre el extremo (i), (ii), (iii), (iv) y (v) del petitorio, correspondiendo al área técnica complementar en su informe el análisis técnico respectivo, de ser el caso.

#### **5.1. Sobre la nulidad de la Resolución 051 y el descuento por COyM – (Extremos 1, 2 y 4 del Petitorio)**

## Sobre el proceso arbitral y los procesos judiciales existentes (Extremos 1 y 2)

Las pretensiones de REP vinculadas a los cuestionamientos a los descuentos del COyM por los bienes retirados son recurrentes, siendo parte de un análisis de fondo en el procedimiento regulatorio del año 2021. REP, a diferencia de lo que señala, conoce los fundamentos de Osinergmin que sirvieron de motivo a su decisión, pudiendo remitirse, por ejemplo, a la Resolución N° 128-2021-OS/CD, que le fuera notificada con Oficio N° 629-2021-GRT del 21 de junio de 2021. En dicha resolución se desarrolla el amparo legal y contractual aplicado, por el cual se procuró que REP devuelva los ingresos que obtuvo por operar y mantener instalaciones eléctricas inexistentes -y no incurrió en costos por ello- y deje de percibirlos hasta el final de su concesión.

Los extremos (i) y (ii) del petitorio de REP se encuentran relacionados con las pretensiones de un proceso arbitral y demanda contencioso administrativas interpuestas por la misma recurrente, al no estar de acuerdo con los descuentos por COyM que se efectuaron por bienes retirados.

No se trata de que Osinergmin se ampare en procesos en curso para no ahondar en sus fundamentos -que ya los desarrolló y los sustenta en los procesos en curso-, sino que está impedido de hacerlo, teniendo en cuenta además que, no es una decisión adoptada en este proceso regulatorio, sino en el año 2021.

De ese modo, al observarse el vínculo entre estos extremos del petitorio de REP y los contenidos en el proceso arbitral y judicial, corresponde indicar que Osinergmin carece de competencia para pronunciarse sobre este requerimiento en tanto se atentaría contra el principio de legalidad, contraviniendo lo establecido en el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, los cuales disponen que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

A saber, a la fecha, se encuentra pendiente de laudo por parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la demanda interpuesta por REP contra el Estado Peruano sobre los recálculos realizados por bienes retirados; según el expediente: ICC 26535/JPA. También se encuentra pendiente una demanda judicial interpuesta en el año 2021, la misma que se encuentra en trámite ante el Noveno Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, recaído en el Expediente N° 6355-2021-0-1801-JR-CA-09<sup>1</sup>.

Dentro del presente recurso de reconsideración, REP, en esencia, plantea que el Consejo Directivo de Osinergmin deje sin efecto los descuentos aplicados por COyM por bienes retirados, decisión que esta empresa ha impugnado en el fuero arbitral y en el judicial, conforme se muestra a continuación:

---

<sup>1</sup> REP interpuso otra demanda, recaída en el Expediente N° 7365-2022-0-1801-JR-CA-08 del Octavo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, respecto del proceso regulatorio 2022-2023.

Recurso de Reconsideración	Proceso Arbitral CCI	Proceso Judicial 6355-2021
<b>Partes</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Impugnante: REP</li> <li>• Acto impugnado: Resolución emitida por Osinergrmin</li> </ul>	<b>Partes</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Demandante: REP</li> <li>• Demandado: Estado Peruano (Osinergrmin participa en el proceso arbitral, siendo sus decisiones las cuestionadas).</li> </ul>	<b>Partes</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Demandante: REP</li> <li>• Demandado: Osinergrmin</li> </ul>
<b>Petitorio</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se deje sin efecto los descuentos aplicados por COyM por bienes retirados para el presente periodo.</li> <li>• Se deje sin efecto el descuento por COyM de la Ampliación 19.1 por haber sido considerada como un bien retirado cuando no lo es.</li> </ul>	<b>Petitorio</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se declare que el Estado ha incumplido el Contrato <u>al recalcular unilateralmente la remuneración definitiva de las Ampliaciones e imponer descuentos indebidos.</u></li> <li>• Se declare que, <u>a futuro, el Estado no puede recalcular de manera unilateral, y en cualquier momento, la remuneración definitiva de las Ampliaciones ni aplicar descuentos en virtud de recálculos, ni puede desconocer la remuneración por OyM de las instalaciones provisionales.</u></li> <li>• Se indemnice a REP (en lo equivalente a los descuentos aplicados más intereses).</li> </ul>	<b>Petitorio</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se revoque la Resolución N° 128-2021-OS/CD, en el extremo de su artículo 1 que convalidó la <u>aplicación retroactiva e ilegal de recálculos y descuentos por concepto de COyM de bienes supuestamente retirados</u> como consecuencia de la ejecución de Ampliaciones que han sido descontados de la remuneración anual que corresponde al periodo mayo 2021 -abril 2022, <u>y se deje sin efecto la totalidad de los recálculos y descuentos aplicados.</u></li> </ul>
<b>Fundamentación - Temas</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Incumplimiento de Contrato.</li> <li>• Informe de Auditoría determina el valor definitivo.</li> <li>• Aplicación Retroactiva.</li> <li>• Prescripción civil en caso de pagos indebidos.</li> </ul>	<b>Fundamentación - Temas</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Incumplimiento de Contrato.</li> <li>• Informe de Auditoría determina el valor definitivo.</li> <li>• Aplicación Retroactiva.</li> <li>• Prescripción civil en caso de pagos indebidos.</li> </ul>	<b>Fundamentación - Temas</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Incumplimiento de Contrato.</li> <li>• Informe de Auditoría determina el valor definitivo.</li> <li>• Aplicación Retroactiva.</li> <li>• Prescripción civil en caso de pagos indebidos.</li> </ul>

La identidad de lo planteado en dos instancias no condiciona a que el texto coincida literalmente, ya que, en este caso, el punto de encuentro radica en que REP busca anular la decisión de Osinergrmin y retrotraer los efectos al momento previo a dicha decisión.

Esto es, si en cualquier instancia el Regulador revocara su decisión, el Tribunal Arbitral estimara sus pretensiones, o si el Poder Judicial considerara dejar sin efecto la totalidad de los recálculos y descuentos aplicados; la materia controvertida en las otras instancias se sustrae, así como el interés para obrar pues ya no habría controversia vigente, lo que demuestra la vinculación excluyente entre las pretensiones en los diferentes procesos. En ese sentido, resulta incongruente la alegación de REP sobre la inexistencia de la triple identidad y relación entre los procesos y su contenido.

El hecho de que REP demande todos los años esta misma materia, dejaría en evidencia que estaría utilizando como una vía paralela, el proceso arbitral o los procesos judiciales que ha interpuesto (ambos con cualidad jurisdiccional), así, en el caso de que uno de ellos se resolviera a su favor, podría desistirse del proceso que quedaría pendiente.

Para que no ocurra ello, en cuanto a vías paralelas, correspondería seguir el criterio del Tribunal Constitucional<sup>2</sup> cuando analizó el artículo 139.2 de la Constitución, en el cual indicó que el mandato constitucional:

*“(...) contiene dos normas prohibitivas. Por un lado, la proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial.*

*El referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, “consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial (...)”.*

Sin perjuicio de lo indicado, en cuanto a la Ampliación 19.1, es menester acotar que en el proceso tarifario del periodo 2021 - 2022, en el marco del propio documento contractual, se analizaron los argumentos de fondo y se indicó, a modo de conclusión, que el hito 19.1 tenía una naturaleza provisional y que debido a ello, sólo corresponde el COyM hasta la implementación del hito 19.2, que consistía en la solución definitiva. Esta instalación únicamente tenía el propósito de permanecer en operación hasta la puesta en operación del hito 19.2.

En consecuencia, las afectaciones alegadas al Contrato a la normativa o a los principios administrativos no cuentan con mayor asidero puesto que se verifica que Osinergmin ha actuado conforme al Contrato de Concesión y al ordenamiento jurídico sectorial aplicable, sustentando en todo momento, sus decisiones.

Por tanto, se recomienda declarar improcedentes los extremos (i) y (ii) del petitorio.

#### Sobre la solicitud de nulidad de la Resolución 051 (Extremo 4)

Respecto de la solicitud de nulidad solicitada por la recurrente, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 10 del TUO de la LPAG, las causales de nulidad de los actos administrativos son 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, éste sea lícito, preciso, posible física y jurídicamente; finalidad pública; sustentado con la debida motivación; y haber sido emitido cumpliendo el procedimiento regular.
- Los actos expresos 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

<sup>2</sup> Fundamentos 4 y 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 04952-2011-PA/TC.

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.

De acuerdo con el análisis efectuado en el presente informe sobre los extremos (i) y (ii) del petitorio, se colige que no existe vicio alguno en la Resolución 051 que acarree la declaratoria de nulidad de este acto administrativo, ni tampoco existe un defecto de motivación en el acto administrativo impugnado. Osinerghmin ha sustentado fáctica y legalmente su decisión tanto cuando correspondió analizar el fondo, como cuando está impedido de pronunciarse. El hecho que la recurrente no encuentre conforme a los argumentos y la decisión del Regulador no hace que ello no se hubiera motivado.

Por el contrario, se aprecia la aplicación de las normas sectoriales que corresponden a un caso dado, en estricto cumplimiento de las competencias que le han sido conferidas por el Contrato y por ley a Osinerghmin, así como el sustento de su pronunciamiento.

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, se recomienda declarar no ha lugar la nulidad planteada por REP.

## **5.2. Sobre la postergación de la vigencia de las tarifas – Extremo 3 del Petitorio**

La pretensión de REP sobre la vigencia de las tarifas en el año 2020 es recurrente, pues así lo ha cuestionado administrativamente para los procesos regulatorios de los periodos 2020-2021, 2021-2022, 2022-2023 y 2023-2024.

Inclusive, ha presentado una demanda contencioso administrativa, recaída en el Expediente N° 6355-2021-0-1801-JR-CA-09 del Noveno Juzgado Permanente Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando la nulidad de la Resolución N° 067-2021-OS/CD, a efectos de recalcular la liquidación del año 2020 fundamentándose en que existe una afectación económica relacionada con la postergación de las tarifas entre mayo 2020 y los primeros días de julio 2020.

De ese modo, al igual que en el numeral anterior, al observarse el vínculo entre este extremo del petitorio de REP y el proceso judicial, Osinerghmin carece de competencia para pronunciarse sobre este requerimiento en tanto se atentaría contra el principio de legalidad, contraviniendo lo establecido en el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del TUO de la LOPJ, los cuales disponen que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

Sin perjuicio de lo indicado, los argumentos de fondo fueron atendidos por el Regulador en los procesos tarifarios anteriores (2020 y 2021), sustentando

entre otros que, Osinergmin no ha aplicado ninguna tarifa artificial, pues su actuación, referida a extender las tarifas aprobadas por la Resolución N° 061-2019-OS/CD en los meses de mayo, junio y primeros días de julio de 2020 se sustentó en los artículos 54 y 75 de la Ley de Concesiones Eléctricas y en el artículo 156 de su Reglamento.

La recurrente no se quedó en ningún momento sin tarifas aplicables que remuneren sus inversiones. El inicio de la vigencia de la aplicación tarifaria desde el 4 de julio de 2020 responde al cumplimiento de los dispositivos normativos de rango legal emitidos en la coyuntura de pandemia declarada - fuera del ámbito de decisión de Osinergmin-, particularmente sobre la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos dispuestos mediante Decreto de Urgencia N° 029-2020, Decreto de Urgencia N° 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM.

Por lo expuesto, se recomienda declarar improcedente este extremo del petitorio del recurso de reconsideración.

### **5.3. Sobre la utilización del IPP definitivo de noviembre 2023 (Extremo 5 del Petitorio)**

De conformidad con el marco normativo sectorial, el Procedimiento de Liquidación establece en su literal a) del artículo 5.2. que, en cada periodo de revisión, el VNR y el CI de la Base Tarifaria son ajustados con los índices de actualización correspondientes; aplicable asimismo para los costos de operación y mantenimiento, según corresponda.

Asimismo, en el literal d) del referido artículo se dispone que: *“El valor del Índice WPSFD4131 a utilizarse en cada revisión del VNR o del CI de la Base Tarifaria es definido en el respectivo Contrato y corresponde al último dato de la serie publicado como definitivo, disponible en la fecha que corresponde efectuar la regulación de las tarifas de transmisión”.*

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 46 y 61 de la LCE, las tarifas deben entrar en vigencia el 1 de mayo de cada año. Por su parte, en el artículo 152 del RLCE se establece el deber de cumplir con los 15 días calendario que debe existir entre la publicación y la entrada en vigencia de la resolución, siguiendo a su vez, lo previsto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, y en la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados”, mediante Resolución N° 080-2012-OS/CD, en cuyo Anexo A.1., se establecen las etapas que se deben seguir para llevar a cabo el presente proceso regulatorio.

Para cumplir con los plazos y etapas de las normas sectoriales, el Consejo Directivo de Osinergmin debe aprobar las tarifas del periodo que corresponda, teniendo en consideración que la publicación de la resolución será el 15 de abril de cada año.

Para tales efectos, en coordinación con el órgano de línea y la disponibilidad de los directores, la sesión de Consejo Directivo fue programada con antelación para el 11 de abril de 2024, teniendo en consideración, que la remisión de los archivos de sustento y cálculo son con días de anticipación para la evaluación correspondiente, y además, las actividades post sesión,

sobre la toma de firmas, la preparación y envío al diario oficial de los archivos correspondientes previo al día de publicación.

Por el principio administrativo de verdad material contenido en el TUO de la LPAG, la autoridad competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley. En definitiva, la ley no se refiere a hechos posteriores ocurridos luego de la emisión del acto administrativo, máxime cuando la norma sectorial ha establecido adoptar un dato disponible en el instrumento que materializa la regulación, esto es, la resolución tarifaria.

En ese orden, si bien los informes de sustento y cálculos se realizan con la información disponible que cumpla con las normas al momento de efectuarlos, el área técnica ha verificado que el dato solicitado del mes de noviembre de 2023 (249.122) por la recurrente fue publicado el día de la aprobación de la resolución tarifaria no siendo un dato posterior, correspondiendo, por tanto, adoptarlo.

Por tanto, en complemento con el área técnica, se recomienda declarar fundado este extremo del petitorio.

#### **5.4. Sobre el alegado error en el Ingreso Tarifario SST (IT) para el período 2024 – 2025 – Extremos 6 del Petitorio**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 212 del TUO de la LPAG, los errores materiales en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

Por tanto, en caso que el área técnica verifique que los valores considerados en el Ingreso Tarifario SST contienen errores materiales, éstos deberán rectificarse, correspondiendo que, el recurso sea declarado 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.

### **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 REP 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 Osinergmin, 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 Osinergmin, aprobado

con Decreto Supremo N° 010-2016-PCM y en el literal k) del artículo 52 del Reglamento General de Osinergmin.

## 7. Conclusiones

- 7.1. Por las razones expuestas en el numeral 2 del presente Informe, el recurso de reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. 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 5.1 (segundo apartado) del presente informe, esta Asesoría es de la opinión que debe declararse no ha lugar la solicitud de nulidad de la Resolución N° 051-2024-OS/CD contenida en el extremo (iv) del petitorio, al no encontrarse ningún vicio de nulidad en el mencionado acto.
- 7.3. Por los fundamentos expuestos en los numerales 5.1 (primer apartado) y 5.2 del presente informe, esta Asesoría es de la opinión que deben declararse improcedentes los extremos (i), (ii) y (iii) del petitorio referido a los recálculos de la tarifa por bienes retirados y a la vigencia de las tarifas del periodo 2020 - 2021.
- 7.4. Por los fundamentos expuestos en el numeral 5.3 del presente informe, esta Asesoría en complemento con el área técnica, es de la opinión que debe declararse fundado el extremo (v) del petitorio, referido a la aplicación del IPP de noviembre de 2023.
- 7.5. Debido a la naturaleza técnica del extremo (vi) del petitorio y sus argumentos, referido a correcciones en el Ingreso Tarifario SST (IT), le corresponde a la División de Generación y Transmisión Eléctrica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración resulta fundado, fundado en parte o infundado.
- 7.6. 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 y publicarse posteriormente en el diario oficial.

[mcastillo]

[nleon]

/ect