

Informe Legal N° 389-2024-GRT

Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Consorcio Transmantaro S.A. contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD mediante la cual se fijó el Cargo Unitario de Liquidación para el período mayo 2024 – abril 2025

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

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por Consorcio Transmantaro S.A., recibido el 07.05.2024, - Registro 4495.
c) D. 070-2024-GRT

Fecha : 26 de mayo de 2024

Resumen

En el presente informe se analizan los aspectos de índole jurídico del recurso de reconsideración interpuesto por Consorcio Transmantaro S.A., contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD, mediante la cual se fijó el Cargo Unitario de Liquidación, producto de la Liquidación Anual de Ingresos y se modificaron las tarifas de transmisión, para el periodo del 01 de mayo de 2024 al 30 de abril de 2025.

La recurrente solicita la modificación de la resolución impugnada, de acuerdo con los siguientes extremos: (i) se revisen las desviaciones de montos facturados de las liquidaciones de los SCT; (ii) en el caso de los Retiros No Declarados, se explicita el cuadro de transferencias y se incluya en sus cálculos la aplicación de la tasa regulatoria, conforme al Procedimiento de Liquidación; y se incluya la declaración de los Suministradores en el SILPEST de los RND; (iii) se incorpore por separado el cálculo de los peajes de los contratos SCT SE Orcutuna y ST Friaspata – Mollepata, y LT Independencia – Ica SE Chincha Nueva y SE Nazca Nueva; (iv) se actualice con una periodicidad anual los Costos de Inversión y Costos de Operación y Mantenimiento de los SCT; Y (v) se revise la diferencia de la aplicación de factores de proporción anual en la liquidación y el derecho mensual de SE Chincha Nueva y SE Nazca Nueva.

En el presente informe se concluye que:

- Extremo (ii) del petitorio: La finalidad del presente proceso de liquidación es fijar el cargo unitario de liquidación de los SST y SCT, lo cual no implica determinar procedimientos o mandatos especiales o ejercer actividades de supervisión, aspectos que tienen un tratamiento en las normas sectoriales, conocido por los agentes. Los administrados pueden acceder permanente y activamente a la información de los procedimientos regulatorios, así esta no se encuentre publicada, o esté consignada en archivos Excel que se publican por separado de los informes.
- Extremo (iv) del petitorio: En la actualización de los costos de inversión y de operación y mantenimiento para las instalaciones provenientes de Contratos de Concesión SCT, se considera el propio texto contractual sobre el Índice de Actualización, por el cual se utiliza el último dato definitivo de la serie disponible en

la fecha que corresponde efectuar la regulación de las tarifas de transmisión. Dicha actualización se realiza cada cuatro años, pues la regulación de las tarifas de transmisión se efectúa con esa periodicidad, según el ordenamiento jurídico, y no con frecuencia anual. En consecuencia, se recomienda que este extremo sea declarado infundado.

- Corresponde al área técnica complementar y pronunciarse sobre todos los extremos del petitorio, incluyendo el extremo (ii), a efectos de determinar si éstos deben ser declarados fundados, fundados en parte o infundados, teniendo en cuenta lo analizado y concluido en el presente informe.

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° 389-2024-GRT
Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Consorcio Transmantaro S.A. contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD, mediante la cual se fijó el Cargo Unitario de Liquidación para el 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 sujetos a regulación de precios, los peajes y compensaciones de los sistemas de transmisión y distribución.
- 1.2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 62 de la LCE y en el artículo 27.2 de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (“Ley 28832”), las tarifas y compensaciones correspondientes a las instalaciones pertenecientes a los Sistemas Secundarios de Transmisión (“SST”) y Sistemas Complementarios de Transmisión (“SCT”), son fijadas por Osinergmin.
- 1.3. Los criterios para efectuar la regulación tarifaria y la liquidación de estas instalaciones de transmisión, fueron reglamentados mediante los artículos 128 y 139 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (“RLCE”), así como en la Norma “Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos por el Servicio de Transmisión Eléctrica del SST y SCT”, aprobada con Resolución N° 056-2020-OS/CD (“Procedimiento de Liquidación”).
- 1.4. Las tarifas de transmisión deben contener en su estructura, el monto que represente la recaudación del Costo Medio Anual (“CMA”) del año de cálculo, más el efecto del saldo del periodo anterior, lo que, de forma positiva o negativa afectará a los peajes del SST y SCT mediante un cargo unitario.
- 1.5. Con Resolución N° 070-2021-OS/CD publicada el 15 de abril de 2021, y para el período del 1 de mayo 2021 al 30 de abril, 2025, se fijaron, entre otros, los peajes y compensaciones de los SST y SCT; valores a los que se les agrega los resultados de la fijación anual del cargo unitario por liquidación.
- 1.6. Mediante Resolución N° 052-2024-OS/CD (“Resolución 052”) publicada el 15 de abril de 2024, se aprobó el Cargo Unitario de Liquidación para los SST y SCT, producto de la Liquidación Anual de los Ingresos y se modificaron las tarifas de transmisión, para el periodo mayo 2024 - abril 2025.
- 1.7. La empresa Consorcio Transmantaro S.A. (“Transmantaro”) mediante documento de la referencia a), interpuso su recurso de reconsideración contra la Resolución 052, 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 052 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 Transmantaro fue presentado dentro 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 Transmantaro.

3. Petitorio

Transmantaro solicita la modificación de la Resolución 052, de acuerdo con los siguientes extremos:

- 3.1. Se revisen las desviaciones de montos facturados de las liquidaciones de los SCT de Transmantaro con los cálculos de la liquidación de Osinergmin.
- 3.2. En el caso de los Retiros No Declarados (RND), se coloque de manera expresa el cuadro de transferencias, la obligación de pago y se incluya en los cálculos la aplicación de la tasa regulatoria, conforme al Procedimiento de Liquidación. Asimismo, se vele por la inclusión en la declaración de los suministradores en el SILIPEST a los titulares de los RND.
- 3.3. Se incorpore por separado el cálculo de los peajes de los contratos SCT SE Orcutuna y ST Friaspata – Mollepata, y LT Independencia – Ica SE Chincha Nueva y SE Nazca Nueva.
- 3.4. Se actualice con una periodicidad anual los Costos de Inversión y Costos de Operación y Mantenimiento (COyM) de los contratos de concesión de Transmantaro pertenecientes a los SCT.

- 3.5.** Se revise la diferencia de la aplicación de factores de proporción anual en la liquidación y el derecho mensual de SE Chincha Nueva y SE Nazca Nueva.

4. Argumentos del recurso

Seguidamente se presenta el resumen de los argumentos de índole legal contenidos en el recurso, específicamente sobre los extremos 2 y 4 del petitorio, correspondiendo al área técnica abordar en su informe el respectivo desarrollo técnico de todos los extremos del petitorio, según sea el caso.

4.1. Sobre los Retiros No Declarados (RND) (Extremo 2 del petitorio)

Transmantaro sostiene que debe precisarse la obligatoriedad de los agentes asignados de la transferencia y pago de los saldos de liquidación y no solo comentar que se facturarán dichos saldos. Asimismo, se debe señalar que el reconocimiento estará sujeto a los sustentos y archivos que forman parte del presente proceso de liquidación. En esa línea, también refiere que debe precisarse que la evasión de pago de tales asignaciones estará sujeta a procedimientos de supervisión y fiscalización por parte de Osinerghmin, sumado a las posibles acciones judiciales que tome el titular de transmisión por vulnerar su derecho de recaudación.

Solicita, en aplicación del Procedimiento de Liquidación, que se incluya en los cálculos la tasa regulatoria, debido a que estos montos sí son considerados y afectados con la tasa en la liquidación de los titulares, y no hacerlo implicaría un detrimento en sus ingresos. También solicita que se supervise la correcta y oportuna declaración en el Silipest de la información de los suministradores sobre RND.

Por tanto, solicita que no solo se mencione al archivo "Transferencias_SST_SCT_Retiros_No_Declarados.xlsx" sino se coloque el cuadro de la hoja "Cuadro_RND_2023" del mismo archivo, con el objetivo de que se pueda entender y hacer responsables a los agentes de las respectivas transferencias.

4.2. Sobre la actualización anual de costos de los SCT de Transmantaro (Extremo 4 del Petitorio)

Transmantaro sostiene que debe cumplirse con lo establecido en los siguientes contratos de concesión: LT 220 kV Independencia – Ica, LT 220 kV La Planicie – Industriales, LT 220 kV Friaspata – Mollepata, y SE Orcotuna, en lo concerniente a la actualización con periodicidad anual de los costos de inversión y el COyM asociados al CMA.

Sustenta su pedido indicando que Osinerghmin realiza una interpretación parcial del numeral 8.2 de los Contratos SCT, dado que solo considera el término de regulación de las tarifas de transmisión y no lo vincula con lo establecido al artículo 139 del RLCE, la cual establece una periodicidad anual para la actualización de dichos contratos.

La recurrente sostiene que el hecho de no considerar una actualización anual del CI y COyM, se configura un trato discriminatorio, vulnerándose el derecho a la igualdad y el principio de imparcialidad.

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 los extremos (ii) y (iv) del petitorio, correspondiendo al área técnica abordar en su informe, el análisis técnico respectivo de todos los extremos del petitorio, según sea el caso.

5.1. Sobre los Retiros No Declarados (RND) (Extremo 2 del petitorio)

En el literal f) del artículo 139 del RLCE, se establece que: “para las instalaciones que son remuneradas por la demanda se deberán incorporar, mediante liquidaciones anuales, las diferencias entre los Ingresos Esperados Anuales para el año anterior [lo autorizado regulatoriamente] y lo que correspondió facturar en dicho período”.

A su vez, en los numerales II) y V) del literal e) y en literal i) del artículo 139 del RLCE, se ordena que la demanda de una determinada área atendida por los SST y SCT se le asigna el 100% de pago de dichas instalaciones, a través de los peajes.

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

Aplicando las reglas sobre la integración jurídica, así como el principio de razonabilidad que conforme lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional¹ “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”, el Regulador consideró a los generadores asignados por el COES como los responsables de incluir en esa facturación, los peajes del SST y SCT.

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

¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 0006-2003-AVTC. F.J. 9.

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

En una norma reglamentaria sobre la materia en cuestión, esto es, respecto de los retiros del mercado sin respaldo contractual, se considera a los generadores como responsables de facturarle a los usuarios que realizaron el consumo, conceptos como la potencia, la energía, los servicios complementarios, la transmisión principal y garantizada y cargos adicionales.

Por tanto, resulta razonable y proporcional, incorporar en la labor que ya efectúan por mandato normativo los generadores asignados, lo correspondiente a la transmisión secundaria y complementaria que representa una porción menor respecto de lo que ya se factura, y sobre la base de ese mismo retiro, con las consecuencias normativas que implica efectuar las transferencias de todos los conceptos a los respectivos titulares; no mereciendo la disposición de un mandato específico que escapa del objeto de la resolución impugnada.

Así, en cuanto a establecer la obligatoriedad de los pagos y transferencias de los RND, así como de supervisar y velar por la inclusión de información sobre RND en el Silipest, debe tenerse en cuenta que la finalidad del presente proceso de liquidación es fijar el cargo unitario de liquidación de los SST y SCT, lo cual no implica determinar procedimientos o mandatos especiales o ejercer actividades de supervisión en este acto administrativo, aspectos que tienen un tratamiento en las normas sectoriales, conocido por los agentes que incluso han venido ejecutando, pues caso contrario, incurrirán en un incumplimiento sancionable.

Las decisiones regulatorias de Osinermin, son válidas y eficaces, de obligatorio cumplimiento al tratarse de actos administrativos emitidos por la Autoridad que generan derechos y obligaciones en los administrados. Por ejemplo, no resulta necesario que Osinermin redunde indicando que los cuadros de transferencias que publica sean de obligatorio cumplimiento. Así también, podrá la administrada efectuar las denuncias respectivas u otros recursos en caso identifique incumplimientos, así como, de requerirlo acceder a la información en aplicación del principio de acceso permanente previsto en el Título Preliminar del TUO de la LPAG.

Por lo expuesto, en complemento con el análisis del área técnica, esta Asesoría recomienda no considerar la pretensión para establecer de forma expresa la obligatoriedad de pago ni reglas sobre supervisión, correspondiéndole a la División de Generación y Transmisión Eléctrica concluir, luego de su análisis motivado que incluya los aspectos sobre la tasa y la publicación del archivo solicitado, si este extremo del recurso de reconsideración resulta fundado, fundado en parte o infundado.

5.2. Sobre la actualización anual de costos de los SCT de Transmantaro (Extremo 4 del Petitorio)

En los numerales 4.18 y 5.2.e del Procedimiento de Liquidación se establece que, para efectos de la determinación del periodo de revisión, prevalecerá aquello que haya sido estipulado en cada Contrato. En ese sentido, si en el Contrato SCT de Transmantaro establece algo diferente a las normas sectoriales prevalece lo pactado por las partes.

De la revisión del Contrato "Línea de Transmisión 220 kv La Planicie - Industriales y Subestaciones Asociadas", en el Contrato de Concesión de SCT "Línea de Transmisión 220 kv Friaspata - Mollepata" y en el Contrato de Concesión de SCT "Subestación Orcotuna 220/60 kv)", se verifica lo siguiente:

"8.2 La actualización del Costo de Inversión y Costos de OyM se realizará multiplicando el valor que resulte del proceso de licitación por el siguiente factor:

$$Fa=IPPn/IPPO$$

Donde:

Fa: Factor de Actualización

IPPn: Índice de Actualización se utilizará el último dato definitivo de la serie indicada, disponible en la fecha que corresponda efectuar la regulación de las tarifas de transmisión según el artículo 139 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. (...)" (Énfasis agregado).

En base a ello, los contratos SCT de Transmantaro previamente citados, establecen que, entre otros factores, para la actualización del costo de inversión y COyM, el Índice de Actualización corresponde al último dato definitivo de la serie indicada disponible en la fecha que corresponda efectuar la regulación de las tarifas de transmisión según el artículo 139 del RLCE.

Al respecto, en el numeral III) del literal d) del artículo 139 se establece que la fijación de compensaciones y peajes (regulación de las tarifas de transmisión) se realiza cada cuatro años.

Por su parte, en el artículo 4.19 del Procedimiento de Liquidación al amparo del artículo 139 del RLCE, se dispone que el período tarifario es el aquel de vigencia de la fijación de tarifas de transmisión, correspondiente al período de cuatro años y cuyo cómputo inicia el 1 de mayo del año de fijación de tarifas de los SST y SCT.

Conforme a lo anterior, la actualización del costo de inversión y COyM de dichos Contrato SCT, deben ser realizadas cada cuatro años y no como alega la recurrente en periodos anuales. Así, no puede alegarse que existe un trato discriminatorio, en tanto cada contrato debe interpretarse conforme a sus particularidades y no como si se tratara de una regla general que se debe aplicar a todos los casos.

Ahora bien, respecto del Contrato de Concesión de SCT de la Línea de Transmisión Independencia – Ica, cabe indicar que, si bien la cláusula 8.2 ya no hace la misma referencia que los otros tres Contratos SCT. Al efectuar una revisión y análisis conjunto de las cláusulas 8.1 y 8.2 (ambas modificadas por la Adenda 2), se observa que también existe una referencia expresa a la oportunidad de la regulación de tarifas de transmisión, específicamente en la cláusula 8.1, por lo que corresponde la misma aplicación.

Por consiguiente, como lo viene reiterando en los procesos de liquidación de años anteriores, Osinergmin está respetando los Contratos SCT suscritos por la recurrente, no encontrándose el Regulador facultado para modificarlos, por tanto, su actuación se ha sujetado al principio de legalidad, lo que, descarta la afectación alegada por la recurrente al principio de igualdad, no discriminación y principio de imparcialidad.

Por tanto, se recomienda declarar infundado este extremo del petitorio.

5.3. Sobre la revisión del cálculo de la energía (Extremo 1, 3 y 5 del petitorio)

De la revisión de los extremos 1, 3 y 5 del petitorio, referido a desviaciones de montos, cálculos y factores de proporción, éstos involucran consideraciones eminentemente técnicas, correspondiendo su análisis y pronunciamiento ser desarrollado por la División de Generación y Transmisión Eléctrica, a efectos de 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.

En el caso de verificar la existencia de errores materiales, corresponderá su corrección, en ejercicio de la potestad rectificatoria contenida en el artículo 212 del TUO de la LPAG, al poder ser corregidos en cualquier momento, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni su sentido.

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 Transmantaro interpuso su recurso de reconsideración el 7 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, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

7. Conclusiones

- 7.1.** Por las razones expuestas en el numeral 2 del presente informe, el recurso de reconsideración interpuesto por Consorcio Transmantaro S.A. contra la Resolución N° 052-2024-OS/CD cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 7.1.** Debido a la naturaleza técnica de los extremos 1, 2 (complemento), 3 y 5 del petitorio y sus argumentos, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración resulta fundado, fundado en parte o infundado, considerando el análisis contenido en el numeral 5.1.
- 7.2.** Por los fundamentos expuestos en el numeral 5.2 del presente informe, esta Asesoría es de la opinión que debe declararse infundado el petitorio del recurso de reconsideración en el extremo referido a actualizar anualmente los costos de los SCT de Transmantaro.
- 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 y publicarse posteriormente en el diario oficial.

[mcastillo]

[nleon]

/edv