

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”
“Año del Bicentenario de la consolidación de nuestra Independencia y de la
conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho”

Informe Legal N° 383-2024-GRT
Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Atria Energía S.A.C.
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 Atria Energía S.A.C. recibido el 07.05.2024 - Registro 202400106234.
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 Atria Energía S.A.C., 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 tal modo que se elimine la obligación del pago de los peajes por los retiros no declarados, siguiéndose el procedimiento regular.

En el presente informe se concluye que, Osinergmin no puede dejar de resolver por deficiencia de fuentes y, ante su obligación de considerar en la liquidación lo que se debió facturar en el periodo, le corresponde al Regulador incorporar los consumos de los usuarios libres que realizaron retiros no declarados, y sobre la base de la integración jurídica y del principio de razonabilidad, ha tomado el criterio de considerar al Generador asignado por el COES según el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad, de facturar, la potencia, la energía, los servicios complementarios, la transmisión principal y garantizada y cargos adicionales, para que incorpore en su facturación lo correspondiente a la transmisión secundaria y complementaria.

Por tanto, se recomienda que el recurso de reconsideración sea 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 Legal N° 383-2024-GRT
Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Atria Energía S.A.C.
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.
- 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 Atria Energía S.A.C. (“Atria”) 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 Atria 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, Osinergrmin 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 Atria.

3. Petitorio

Atria solicita la modificación de la Resolución 052, de tal modo que se elimine la obligación del pago de los peajes del SST y SCT por los retiros no declarados, siguiéndose el procedimiento regular.

4. Argumentos del recurso

Seguidamente se presenta el resumen de los argumentos de índole legal contenidos en el recurso, correspondiendo al área técnica abordar en su informe el respectivo desarrollo técnico.

Sobre el cobro de peajes SST y SCT a los clientes libres con RND

Atria indica que la decisión de Osinergrmin, referida a que los generadores facturen por los retiros no declarados (“RND”) en el mercado mayorista de electricidad (“MME”), no es acorde con lo establecido en el artículo 9 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad aprobado con Decreto Supremo N° 026-2016-EM (“Reglamento MME”).

La recurrente respalda su premisa aduciendo que no existe disposición que establezca que las generadoras se encuentran habilitadas para facturar a los usuarios libres que efectúen RND. Agrega que, cuando el Reglamento MME y el Glosario de Términos del COES hacen referencia al término “Retiros”, éstos no incluyen a los SST y SCT.

De acuerdo con la normativa sectorial, la facturación -que efectúan los suministradores- se limita para aquellos usuarios libres con los que mantenga un contrato de suministro.

5. Análisis del recurso

A continuación, se presenta el análisis de índole legal del petitorio, en el marco del artículo 183.2 del TUO de la LPAG, correspondiendo al área técnica abordar en su informe, el análisis técnico respectivo, de ser el caso.

Sobre el cobro de peajes SST y SCT a los clientes libres con RND

La aplicación efectuada por Osinergmin en la Resolución 052 (artículo 8), no parte de la literalidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad. En ningún extremo de los documentos de sustento de la decisión del Regulador se refiere a la existencia de un mandato expreso y específico, lo cual, de modo alguno significa la vulneración al principio de legalidad.

El principio de legalidad contenido en el TUO de la LPAG, prevé además del evidente respeto a las normas, la sujeción al derecho en las actuaciones de las autoridades administrativas. Así, Osinergmin ha reconocido la deficiencia de fuentes para el caso concreto, por lo que expresamente señaló en su Informe N° 217-2024-GRT (que integra a la Resolución 052), que adoptó como decisión “la más coherente y aquella que resulta en concordancia con el Reglamento del MME [Mercado Mayorista de Electricidad] y el Reglamento de Usuarios Libres aprobado con Decreto Supremo N° 022-2009-EM”.

En el artículo VIII del Título Preliminar el TUO de la LPAG se dispone que las autoridades no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Sobre el particular, la doctrina jurídica¹ ha precisado que, “(...) aun cuando las fuentes jurídicas del Derecho Administrativo presenten deficiencias en el tratamiento expreso a un caso planteado, la autoridad se mantiene sujeta al deber de resolver el asunto. Para el caso concreto, las deficiencias más usuales con las que se puede encontrar una autoridad son la imprecisión de la norma, las derogaciones implícitas, los conflictos de normas de distintas jerarquías o de competencias superpuestas, obsolescencia o inaplicabilidad de la norma a la realidad, el desuso, entre otras.”

En ese orden, la necesidad de resolver el asunto a cargo de Osinergmin, se origina en el propio objetivo del procedimiento de liquidación, por cuanto en el literal f) del artículo 139 del RLCE, se establece: “para las instalaciones que son remuneradas por la demanda se deberán incorporar, mediante liquidaciones anuales, las diferencias entre los Ingresos Esperados Anuales para el año anterior [lo autorizado regulatoriamente] y lo que correspondió facturar en dicho período”.

¹ Morón Urbina, Juan Carlos (2019) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Tomo I. LIMA, Gaceta Jurídica.

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 Constitucional² “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.

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 sistemas complementarios, la transmisión principal y garantizada y cargos adicionales, resultando razonable y proporcional, agregar en la labor que ya efectúan por mandato normativo, lo correspondiente a la transmisión secundaria y complementaria que representa una porción menor respecto de lo que ya se factura, y sobre la base de ese mismo retiro.

Osinerghmin no está otorgándole una cualidad de Participante o de Integrante del COES a los usuarios con consumos no autorizados, únicamente reconoce en él, su deber normativo de pagar los cargos tarifarios por su consumo. Esta obligación no es diferente del que realiza un consumo autorizado. A su vez, Atria confunde la referencia al término “Retiro” previsto en el numeral 9.3 del Reglamento del MME

² Sentencia recaída en el Expediente N° 0006-2003-AVTC. F.J. 9.

sobre el que se aplica el costo marginal por un factor de incentivo; debido a que justamente el contexto claro del texto normativo es que se trata de un Retiro No Declarado (consumo no cubierto), por lo que no es viable equiparlo a un Retiro soportado en un contrato.

La otra alternativa de facturación podría haber recaído en el transmisor / distribuidor (titular de las redes), no obstante, según se señaló en el Informe N° 217-2024-GRT (que integra a la Resolución 052), “no es la primera opción autorizada por el marco normativo vigente, la facturación directa del transmisor [distribuidor] al usuario libre”; ello a partir de lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de Usuarios Libres, el cual, como regla general no los faculta. No existe distinción expresa sobre la aplicación de dicha disposición únicamente para cuando existen contratos; máxime si sólo se ha previsto dos excepciones, para contratos anteriores y los que se celebren a razón del artículo 27.2.c de la Ley N° 28832.

Atria sostiene que no le resulta claro el artículo 8 de la Resolución 052, no obstante, tal como lo ha entendido la recurrente y múltiples agentes, esa regla regulatoria es clara en definir que el Generador asignado será el responsable de la facturación de los SCT y SST, por tal motivo lo han impugnado.

La presunta coincidencia de los diferentes tipos de agentes sobre el caso, no representa fuerza vinculante para influir en las decisiones autónomas de Osinerghmin, independientemente de que, en realidad no es tal la coincidencia, toda vez que, los transmisores, si bien buscan se les garantice su pago, han manifestado su postura en contra de facturar directamente a los usuarios, y no todos los generadores ni todos los distribuidores del mercado han impugnado con el fin de la asignación de la facturación recaiga en los transmisores/distribuidores.

El punto de encuentro es la existencia masiva de retiros no declarados por la resolución de contratos de suministro de clientes libres con los generadores, ante la subida de los costos marginales en el año 2023. Ello representa una situación que se aparta del desenvolvimiento normal del mercado, aspecto que no ha sido ocasionado por ninguna decisión del Regulador.

En conclusión, queda demostrado que Osinerghmin se ha sujetado al principio de legalidad, al de verdad material, al de predictibilidad, al de razonabilidad, al de neutralidad, sometiéndose al derecho y sustentando sus decisiones.

Por tanto, se recomienda declarar infundado el petitorio de la recurrente.

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 Atria 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 Osinerghmin, 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 Osinerghmin, aprobado con Decreto Supremo N° 010-2016-PCM y en el literal k) del artículo 52 del Reglamento General de Osinerghmin, 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 Atria Energía S.A.C. contra la Resolución N° 052-2024-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, esta Asesoría es de la opinión que debe declararse infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Atria Energía S.A.C.
- 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