Informe Legal N° 449-2024-GRT
Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Ergon Perú S.A.C. contra la Resolución N° 065-2024-OS/CD mediante la cual se aprobó el Cargo RER Autónomo para las Áreas No Conectadas a Red, aplicable al periodo 01 de mayo 2024 – 30 de abril de 2025

Para	:	**Luis Enrique Grajeda Puelles** Gerente de la División Distribución Eléctrica
Referencia	:	a) Recurso de reconsideración interpuesto por Ergon Perú S.A.C., recibido el 21/05/2024, según registro de Osinergmin N° 202400118379 b) Expediente N° 526-2023-GRT
Fecha	:	03 de junio de 2024

Resumen

En el presente informe se analizan los aspectos jurídicos controvertidos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Ergon Perú S.A.C. contra la Resolución N° 065-2024-OS/CD mediante la cual se aprobó el Cargo RER Autónomo para las Áreas No Conectadas a Red, período 01 de mayo 2024 – 30 de abril de 2025, sobre los cuales esta Asesoría concluye:

i) **Sobre el requerimiento de corregir la Remuneración Anual del Inversionista considerada en la fijación del Cargo RER del periodo 2024-2025**: el cálculo para compensar la existencia del desfase entre el periodo tarifario y el periodo contractual se encuentra establecido en los Contratos de Inversión y en el Procedimiento de Liquidación, conforme a los cuales actúa Osinergmin. El hecho de que la recurrente no se encuentre conforme con la oportunidad en la que se aplica la fórmula de actualización no implica que la liquidación efectuada por Osinergmin sea incorrecta o que el conflicto sea legal. No obstante, le corresponde al área técnica ampliar el análisis respectivo sobre la compensación del desfase de 6 meses en los que Ergon afirma que percibe el pago de una Remuneración Anual sin actualización y de ese modo, determinar si este extremo del recurso debe ser declarado fundado en parte o infundado.

ii) Sobre el requerimiento de corregir las Remuneraciones Anuales del Inversionista consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025; y, corregir las liquidaciones consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025: las resoluciones de fijación del Cargo RER Autónomo de periodos previos a la fijación del Cargo RER 2024 – 2025, fueron objeto de recursos administrativos por parte de Ergon, los cuales fueron resueltos por Osinergmin en su oportunidad, habiéndose agotado la vía administrativa. En ese sentido, a la fecha, dichos actos tienen la calidad de actos firmes, por lo que los extremos referidos a la remuneración anual del inversionista y la liquidación de periodos anteriores a la fijación del Cargo RER 2024 – 2025, deben ser declarados improcedentes.

iii) **Sobre la actualización del componente OPEX**: El Ministerio de Energía y Minas desarrolló la fórmula de actualización anual, sobre la base de la propuesta de Ergon y en conformidad con los Contratos de Inversión, mediante Resolución Directoral N° 355-2021-MINEM/DGER. Se determinó que, para la Remuneración Anual correspondiente al OPEX, ésta debe aplicarse después de los dos primeros años del Plazo de Vigencia del Contrato (después del 31 de octubre de 2021). Por tanto, la aplicación de las fórmulas de actualización debe realizarse de acuerdo con lo estipulado en los Contratos de Inversión y la Resolución Directoral 355-2021-MINEM/DGER. Los cuestionamientos acerca de la implementación de la fórmula de actualización por parte de Osinergmin deben ser revisados por el área técnica, con el fin de determinar si este aspecto del recurso debe ser declarado fundado, fundado en parte o infundado.

iv) **Sobre el cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación de los ingresos del Inversionista considerando todas las IRA's puestas en operación comercial y no solo la Cantidad Mínima Requerida:** Según el Procedimiento de Liquidación y los Contratos de Inversión, el Costo Anual Unitario de Inversión se calcula a partir de la Remuneración Anual actualizada y la cantidad mínima requerida ponderada. Este procedimiento fue emitido bajo la función normativa de Osinergmin; por lo tanto, cualquier objeción a esta norma debe realizarse judicialmente y no como parte del recurso impugnativo contra la Resolución 065. Corresponde al área técnica analizar el cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación para determinar si este aspecto del recurso debe declararse fundado en parte o infundado.

El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 12 de junio de 2024.

Informe Legal N° 449-2024-GRT
Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Ergon Perú S.A.C. contra la Resolución N° 065-2024-OS/CD mediante la cual se aprobó el Cargo RER Autónomo para las Áreas No Conectadas a Red, aplicable al periodo 01 de mayo 2024 – 30 de abril de 2025

1) Antecedentes, resolución impugnada y presentación del recurso

1.1. Mediante Resolución N° 065-2024-OS/CD, (en adelante "Resolución 065") el Consejo Directivo de Osinergmin aprobó el Cargo RER Autónomo aplicable al servicio de suministro de energía en Áreas No Conectadas a Red, la oportunidad y forma de su actualización, ajuste del Cargo RER Autónomo por Compensación Económica, los cargos de corte y reconexión para Sistemas Fotovoltaicos, condiciones de aplicación del Cargo RER Autónomo, condiciones de aplicación del Corte y Reconexión y costos de comercialización para el periodo 01 de mayo de 2024 al 30 de abril de 2025.

1.2. Con fecha 21 de mayo de 2024, la empresa Ergon Perú S.A.C. (en adelante "Ergon"), mediante documento de la referencia a), interpuso su recurso de reconsideración contra la Resolución 065, cuyo análisis es objeto del presente análisis.

1.3. El 30 de mayo de 2024, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas, se llevó a cabo la audiencia privada solicita por Ergon ante la División de Distribución Eléctrica solicitada en su recurso de reconsideración para exponer sus argumentos sobre dicho recurso. Respecto a la audiencia privada solicitada en el mismo recurso ante el Consejo Directivo esta fue llevada a cabo el 27 de mayo de 2024.

2) Plazo para interposición, admisibilidad del recurso y transparencia

2.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo el artículo 74 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en el artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante "TUO de la LPAG), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles perentorios.

2.2. Considerando que la Resolución 065 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de abril de 2024, el plazo máximo para la interposición de los recursos de reconsideración por los interesados venció el 21 de mayo del presente año. El recurso impugnatorio de Ergon, se presentó el 21 de mayo, por lo tanto, fue interpuesto dentro del término de Ley.

2.3. El recurso resulta admisible, al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.

2.4. En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, Osinergmin cumplió con publicar los recursos de reconsideración materia de análisis en su página Web, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas. Al respecto, los interesados tuvieron la oportunidad hasta el 05 de junio de 2024,

para presentar sus opiniones, no habiéndose recibido comentarios a la fecha del presente informe respecto del recurso de Ergon, según ha sido informado.[1]

2.5. Osinergmin convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo el día 30 de mayo de 2024, a fin que las empresas impugnantes sustenten y expongan sus recursos de reconsideración y respondan a las consultas de los asistentes a la audiencia, de conformidad con el artículo 193 del TUO de la LPAG.

3) Petitorio del recurso

La recurrente solicita que se declare fundado su recurso, y se corrija lo dispuesto en la Resolución 065, de acuerdo con los siguientes extremos:

3.1. Considerar que la Remuneración Anual del Inversionista tiene vigencia desde el 01 de noviembre al 31 de octubre de todos los años de vigencia de la Remuneración Anual.

a) Corregir la Remuneración Anual del Inversionista considerada en la fijación del Cargo RER del periodo 2024-2025
b) Corregir las Remuneraciones Anuales del Inversionista consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025

3.2. Corregir todas las liquidaciones efectuadas desde la Fecha de la Puesta en Operación Comercial considerando la tasa del 12% prevista en el artículo 79 de la LCE.

a) Corregir la liquidación considerada en la fijación del Cargo RER del periodo 2024-2025
b) Corregir las liquidaciones consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025

3.3. Corregir la actualización de la componente OPEX, considerando el valor del dinero en el tiempo.

3.4. Corregir en el extremo del cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación de los ingresos del inversionista tomando también en cuenta el total de IRA's puestas en operación comercial.

4) Argumentos del recurso y análisis legal

A continuación, se resumen y analizan los argumentos legales sobre asuntos controvertidos contenidos en el recurso de reconsideración presentados por Ergon.

Corresponde al área técnica el análisis de los aspectos técnicos de todos los extremos del recurso, a efectos de que, por la naturaleza de los mismos, determine si deben ser declarados fundados, fundados en parte o infundados.

4.1. Sobre la Remuneración Anual del Inversionista

[1] En caso se recibieran comentarios con posterioridad a la emisión del presente informe, pero dentro del plazo establecido en el cronograma, se emitirá un informe complementario de ser necesario.

a) Sobre el requerimiento de corrección de la Remuneración Anual del Inversionista considerada en la fijación del Cargo RER del periodo 2024-2025

Argumentos de Ergon

Ergon señala que Osinergmin consideró de manera equivocada que la Remuneración Anual Actualizada del Inversionista tiene vigencia dentro del Periodo Tarifario (periodo de 12 meses que inicia en mayo de cada año) y no dentro del Periodo Contractual. Considera que la problemática nace de una inadecuada interpretación de los Contratos de Inversión y pese a que el Informe Legal N° 273-2024-GRT reconoce que existe un desfase entre los periodos contractuales, periodos tarifarios y periodos de liquidación.

Agrega que ni el literal f) del numeral 14.3, el numeral 14.8 ni el Anexo 3 del Contrato de Inversión, establecen que el derecho de Ergon a recibir una Remuneración Anual Actualizada esté limitada al inicio de cada Periodo Tarifario. De acuerdo a ello, indica que la posición de Osinergmin, de considerar que el derecho de Ergon a cobrar por la Remuneración Anual Actualizada nace recién cada 01 de mayo, no tiene sustento contractual, y que vulnera los derechos e intereses de Ergon, generándole daños y perjuicios que tendrán que ser reclamados en la vía arbitral de acuerdo a la Cláusula Décimo Novena de los Contratos de Inversión.

Ergon indica que Osinergmin le da un alcance adicional a la Cláusula 14.8 al considerar que regula el momento a partir del cual Ergon tiene derecho al pago de la Remuneración Anual Actualizada, cuando esto no es así.

Adicionalmente, plantea que Osinergmin viola la Cláusula 14.3 de los Contratos de Inversión, dado que el pago de la Cantidad Mínima Requerida inició el 31 de octubre de 2019, por lo que es desde dicho momento en que tal pago debe efectuarse según la Remuneración Anual Actualizada; es decir, afirma que el pago no se inicia con la aprobación del Cargo RER Autónomo como señala Osinergmin. En esa línea, menciona que los Contratos de Inversión no prevén una regla especial que faculte a Osinergmin a otorgar un tratamiento diferenciado a los meses comprendidos entre el 31 de octubre de 2022 y el 30 de abril de 2023, por lo tanto, indica que este periodo debió ser remunerado con la Remuneración Anual Actualizada.

La recurrente también señala que la posición de Osinergmin conlleva a un resultado incoherente con el esquema económico previsto en los Contratos de Inversión. Al respecto, cuestiona que, pese a que la Remuneración Anual ya ha sido actualizada a octubre del 2023, Osinergmin pospone su pago hasta el 01 de mayo de 2024, por lo que hay 6 meses en lo que Ergon percibe el pago de una Remuneración Anual sin actualización, infringiendo la Cláusula 14.3 que señala que Ergon siempre tiene derecho al pago de la Remuneración Anual Actualizada.

Adicionalmente, Ergon observa que la forma en la que Osinergmin aplica las fórmulas de actualización de la Remuneración Anual da como resultado una Remuneración Anual actualizada a octubre del año previo a la fijación tarifaria; sin embargo, Osinergmin pospone el pago hasta el 01 de mayo generando una incoherencia. Precisa que, si la

posición de Osinergmin fuera correcta, debería aplicar la fórmula de actualización del OPEX y del CAPEX de manera concordante con dicha posición; sin embargo, ello no es así, obteniéndose una Remuneración Anual Actualizada a octubre del año previo a la fijación posponiendo su pago sin reconocer ningún tipo de inflación hasta el 01 de mayo del año de fijación.

Por ello, solicita que Osinergmin reevalúe este criterio, o que en todo caso exponga claramente los argumentos por los que considera que el pago de la Remuneración Anual, pese a haber sido actualizado a octubre del año previo a la fijación, debe ser pospuesto hasta el 01 de mayo del año siguiente.

Análisis legal de Osinergmin

La interpretación de los alcances de fijación de la Remuneración Anual Actualizada y su concordancia con periodos tarifarios y contractuales son de naturaleza preponderantemente técnica, de modo que garantizar la Remuneración Anual y la aplicación del "Procedimiento de Liquidación Anual de los Ingresos de Ergon Perú S.A.C. Adjudicatario de la Buena Pro de la Primera Subasta para el Suministro de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables en Áreas No Conectadas a Red", aprobado por Osinergmin mediante la Resolución N° 177-2019-OS/CD (en adelante "Procedimiento de Liquidación"), que también tiene naturaleza técnica, es válido, derivado y concordante con los Contratos de Inversión, por lo que conforme al principio de legalidad Osinergmin tiene la facultad y obligación de fijar el Cargo RER considerando el contrato, el Procedimiento de Liquidación y las normas aplicables.

De acuerdo a ello, Osinergmin en el numeral 1.2 del Anexo 2 del Informe Técnico 278-2024-GRT con el que se sustenta la Resolución 065, indica que si bien existe un desfase entre la Remuneración del Inversionista (noviembre del año x-2 a octubre del año x-1), el Proceso Tarifario (mayo del año x a abril del año x+1) y la aplicación del Procedimiento de Liquidación (enero a diciembre del año x-1), el cálculo para compensar estos desfases está establecido en los Contratos de Inversión (Cláusula 14.8 y el Anexo 3) y los dispositivos técnicos-legales que nacieron a raíz del Contrato con el fin que el Inversionista perciba la Remuneración Anual actualizada a la que tiene derecho.

En esa línea, tal como fue analizado en el Informe Legal N° 273-2024-GRT con el que se sustenta la Resolución 065, Osinergmin estableció el Procedimiento de Liquidación de los ingresos del Inversionista a fin de garantizar la Remuneración Anual, conforme con el numeral 17.4 del Reglamento para la Promoción de la Inversión Eléctrica en Áreas No Conectadas a Red, aprobado con Decreto Supremo N° 020-2013-EM**.** Adicionalmente, en el literal f) de la cláusula 14.3 del Contrato de Inversión se precisa que, la liquidación de los ingresos del inversionista se determina y aplica de acuerdo con el Procedimiento de Liquidación. Por lo tanto, para calcular la liquidación, Osinergmin debe adherirse a las disposiciones aprobadas en dicho procedimiento, el cual se elaboró en virtud de las condiciones establecidas en el Contrato de Inversión.

La recurrente asume que por la sola existencia del desfase entre el periodo tarifario y el periodo contractual no se garantiza la Remuneración Anual Actualizada; no obstante,

reiteramos que, conforme a lo señalado por el área técnica, el cálculo para compensar estos desfases deriva de lo establecido en los Contratos de Inversión y en el Procedimiento de Liquidación, conforme a los cuales actúa Osinergmin.

Resulta extraño que la recurrente cuestione que la naturaleza de lo que considera una problemática en la actualización de la remuneración anual sea preponderantemente técnica, que considere que los cálculos están bien hechos hasta cierto punto, que el problema sea la vigencia que le da Osinergmin a la Remuneración Anual Actualizada y que al entender de Ergon el conflicto nacería porque Osinergmin está efectuando una inadecuada interpretación de los contratos de inversión. Es así que Ergon, intenta darle un matiz preponderantemente legal a lo que tiene contenido sustantivo técnico, pues los cálculos finales terminan siendo el resultado de la aplicación del contrato y las normas pertinentes cuyos detalles técnicos están incorporados en los conceptos utilizados en la aplicación de las actualizaciones necesarias. Tal como se ha indicado existe cláusula específica para determinar cómo compensar desfases establecidos en los Contratos de Inversión (Cláusula 14.8 sobre la oportunidad de aplicación de fórmulas de actualización y el Anexo 3 sobre la fórmula de actualización) y los dispositivos técnicos-legales que nacieron a raíz del Contrato, como lo es el Procedimiento de Liquidación, con el fin que el Inversionista perciba la Remuneración Anual actualizada a la que tiene derecho.

En ese sentido, no debería existir discusión respecto al hecho de que la fórmula de actualización se aplica al final de cada periodo tarifario siempre que el factor se incremente o disminuya en más de 5% respecto al valor del mismo factor empleado en la última actualización. El hecho de que la recurrente no se encuentre conforme con la oportunidad en la que se aplica la fórmula de actualización no implica que la liquidación efectuada por Osinergmin sea incorrecta o que el conflicto sea legal, pues reiteramos que la naturaleza del mismo evidencia que es técnico ya que lo importante es determinar si los montos finalmente reconocidos en la liquidación y en el Cargo RER propiamente dicho recogen los dispositivos legales y contractuales aplicables para determinar la remuneración anual actualizada.

Finalmente, corresponde al área técnica ampliar el análisis respectivo sobre la vigencia de la Remuneración Anual del Inversionista, específicamente sobre la compensación del desfase de 6 meses en los que Ergon afirma que percibe el pago de una Remuneración Anual sin actualización; y de ese modo, determinar si este extremo del recurso debe ser declarado fundado en parte o infundado.

b) Sobre el requerimiento de corrección de las Remuneraciones Anuales del Inversionista consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025

Argumentos de Ergon

Con base a sus argumentos referidos a que Osinergmin consideró de manera equivocada que la Remuneración Anual Actualizada del Inversionista tiene vigencia dentro del Periodo Tarifario (periodo de 12 meses que inicia en mayo de cada año) y no dentro del Periodo

Contractual; Ergon solicita que Osinergmin corrija las liquidaciones efectuadas en los años anteriores.

Análisis legal de Osinergmin

Hasta la fecha, Osinergmin ha fijado el Cargo RER Autónomo para las Áreas No Conectadas a Red, así como la liquidación de los ingresos del Inversionista en los siguientes periodos:

- Para el periodo de mayo 2020 a abril del 2021: Resolución N° 084-2020-OS/CD. Contra dicha resolución, el recurso de reconsideración interpuesto por Ergon fue resuelto mediante Resolución N° 148-2020-OS/CD.
- Para el periodo de mayo 2021 a abril del 2022: Resolución N° 075-2021-OS/CD. Contra dicha resolución, el recurso de reconsideración interpuesto por Ergon fue resuelto mediante Resolución N° 147-2021-OS/CD.
- Para el periodo de mayo 2022 a abril del 2023: Resolución N° 071-2022-OS/CD. Contra dicha resolución, el recurso de reconsideración interpuesto por Ergon fue resuelto mediante Resolución N° 139-2022-OS/CD.
- Para el periodo de mayo 2023 a abril del 2024: Resolución N° 061-2023-OS/CD. Contra dicha resolución, el recurso de reconsideración interpuesto por Ergon fue resuelto mediante Resolución N° 118-2023-OS/CD.

Todas las resoluciones citadas en el párrafo precedente han sido emitidas por Osinergmin y en su oportunidad fueron objeto de recursos de reconsideración por parte de Ergon, que fueron debidamente analizados y concluyeron con una decisión del Consejo Directivo de Osinergmin en los plazos de ley. Es decir, las resoluciones que resolvieron los recursos de reconsideración de Ergon, son actos administrativos que tiene carácter de firme y con los cuales se agotó la vía administrativa; por lo que, su impugnación deviene en improcedente.

En ese sentido, la inacción oportuna y posterior al agotamiento de la vía administrativa ha dejado transcurrir un plazo que es de caducidad, es decir, un plazo que no solo extingue la posibilidad de realizar cualquier reclamo, sino que además extingue el derecho que se quiere reclamar. Es decir, dichas resoluciones tienen la calidad de un acto firme, que son los que, ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos para ejercer el derecho de contradicción[2].

Además, a la fecha no existe un mandato con carácter jurisdiccional que obligue a la administración a modificar alguna resolución que aprobó el Cargo RER Autónomo para las Áreas No Conectadas a Red, así como la liquidación de los ingresos del Inversionista en los periodos previos.

Por lo expuesto, este extremo del recurso debe ser declarado improcedente.

[2] Fundamento 4 de la Sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00494-2020-PA/TC, publicado en el siguiente enlace: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00494-2020-AA%20Interlocutoria.htm

4.2. Sobre el requerimiento de corrección de las liquidaciones consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025

Argumentos de Ergon

La recurrente señala que al existir un desfase entre el momento que se realiza el cálculo de la actualización de los CUT1 (octubre) y el momento de la aplicación efectiva del pago (mayo del siguiente año), de acuerdo al Contrato de Concesión, no se está considerando correctamente la actualización de los CUT1. En ese sentido, sostiene que la falta de actualización de los CUT1 es recurrente en todos los periodos de liquidación anteriores, por lo que solicita corregir los cálculos efectuados por Osinergmin;

Análisis legal de Osinergmin

Sobre la solicitud que se corrija los cálculos efectuados por Osinergmin en todos los periodos de liquidación anteriores corresponde reiterar el análisis señalado en el apartado b) numeral 4.1 del presente informe.

Por lo expuesto, este extremo del recurso debe ser declarado improcedente.

4.3. Sobre la actualización del componente OPEX

Argumentos de Ergon

Ergon señala que Osinergmin debe tener en cuenta que las fórmulas de actualización tienen por objetivo asegurar que la Remuneración Anual ofertada no perderá su valor en el tiempo. En cuanto al OPEX, indica que en el Anexo 3 de los Contratos de Inversión se establece que durante los dos primeros años luego de la Fecha de Puesta en Operación Comercial (31 de octubre de 2019), el OPEX será actualizado con la fórmula prevista para el CAPEX. Por tanto, indica que, hasta el 31 de octubre de 2021, el OPEX debía ser actualizado según la fórmula empleada para el CAPEX. Agrega que en dicho Anexo se señala que, transcurrido dicho plazo de 2 años, el OPEX se actualizará según la fórmula que apruebe el Administrador del Contrato.

Al respecto, indica que mediante Resolución Directoral N° 355-2021-MINEM/DGER, se aprobó la fórmula de actualización para el OPEX que debe ser empleada para garantizar el pago de la RA que se origine desde el 01 de noviembre de 2021 en adelante, y que toma como valores base los correspondientes a octubre de 2021. Ahora bien, ya que la utilidad de las fórmulas es mantener el valor de la oferta formulada por Ergon en el tiempo, manifiesta que para hacer ello posible se debe considerar que la oferta de Ergon fue referida al mes de octubre de 2019, por lo que su actualización debe considerar tal hecho. Sin embargo, indica que esto no ocurre para el OPEX donde Osinergmin no habría considerado la actualización de dicho componente durante los 2 primeros años de vigencia de la RA, como si la oferta de Ergon hubiera estado referida a octubre de 2021.

Es así que, Ergon propone un procedimiento para la correcta aplicación de la fórmula de actualización y solicita que Osinergmin realice la actualización del OPEX considerando los dos primeros años de vigencia de la Remuneración Anual.

Análisis legal de Osinergmin

Conforme se encuentra establecido en el Anexo 3 de los Contratos de Inversión, la fórmula de actualización anual fue elaborada por el Ministerio de Energía y Minas sobre la base de la propuesta de Ergon y se aplica al final de cada Periodo Tarifario, cuando el factor se incremente o disminuya en más de 5% respecto al mismo valor empleado en la última actualización. En lo referente al OPEX, durante los dos primeros años luego de la fecha de la puesta en operación comercial, la remuneración anual se actualiza con la fórmula del CAPEX prevista en el mismo Contrato. Asimismo, luego de dichos dos años, según el propio Contrato la fórmula de actualización de la Remuneración Anual correspondiente al costo de operación y mantenimiento (OPEX) será determinada por el Ministerio de Energía y Minas.

Para dichos efectos la Dirección General de Electrificación Rural del referido Ministerio (Administrador del Contrato, de acuerdo con el numeral 5 del Anexo 7 del Contrato) expidió la Resolución Directoral N° 355-2021-MINEM/DGER, que aprueba la Fórmula de actualización para la Remuneración Anual correspondiente al costo de operación y mantenimiento (OPEX), transcurrido los dos primeros años del Plazo de Vigencia del Contrato, estableciéndose expresamente en el artículo 1 y en el numeral 5.2 del artículo 5 lo siguiente:

> "*Artículo 1. Objeto*
> *La presente* ***Fórmula de Actualización para la remuneración Anual (RA) correspondiente al costo de operación y mantenimiento (OPEX) será utilizada*** *luego de transcurrido los dos primeros años luego de la Fecha de Puesta en Operación Comercial, es decir,* ***luego del 31 de octubre de 2021***".
>
> "*Artículo 5. Anotaciones finales*
> *(…)*
> *5.2. La actualización de la Remuneración Anual correspondiente al CAPEX y al OPEX deberá realizarse* ***conforme a lo establecido en el numeral 14.8*** *de los Contratos de Inversión*".

Es así que la fórmula de actualización aprobada por Resolución Directoral N° 355-2021-MINEM/DGER, para la Remuneración Anual correspondiente al OPEX, debe aplicarse transcurrido los dos primeros años del Plazo de Vigencia del Contrato (luego del 31 de octubre de 2021) y de acuerdo a lo establecido en el citado numeral 14.8 del mismo, es decir, aplicando dicha fórmula anualmente al final de cada Periodo Tarifario, cuando el factor se incremente o disminuya en más de 5% respecto al valor del mismo factor empleado en la última actualización.

En consecuencia, para la aplicación de las fórmulas de actualización, debe procederse conforme a lo dispuesto en los Contratos de Inversión y en la Resolución Directoral 355-2021-MINEM/DGER.

Los cuestionamientos sobre cómo ha venido aplicando Osinergmin la fórmula de actualización y lo contenido en las cláusulas contractuales sobre fórmulas de

actualización, inciden en detalles que corresponde verificar al área técnica, a efectos de concluir si, conforme a los dispositivos legales y contractuales citados, y los alcances de la Resolución Directoral N° 355-2021-MINEM/DGER, este extremo del petitorio del recurso debe declararse fundado, fundado en parte o infundado.

4.4. Sobre el cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación de los ingresos del inversionista

Argumentos de Ergon

Ergon señala que el numeral 5.8 del Procedimiento de Liquidación únicamente señala que el Saldo de Liquidación se convierte en un cargo unitario siguiendo los mismos criterios de fijación del Cargo RER Autónomo, y que según Osinergmin el cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación considera únicamente la Cantidad Mínima Requerida.

Al respecto, sostiene que no existe ninguna disposición legal o contractual que señale que el Cargo Unitario del Saldo de Liquidación se debe calcular considerando únicamente la Cantidad Mínima Requerida, por lo que Osinergmin hace una inadecuada interpretación de dicho numeral, lo que va en contra de los Contratos de Inversión.

Por ello, solicita que Osinergmin calcule el Cargo Unitario del Saldo de Liquidación considerando a todas las IRA's puestas en operación comercial por Ergon y no únicamente la Cantidad Mínima Requerida.

Análisis legal de Osinergmin

Osinergmin en el numeral 1.8 del Anexo 2 del Informe Técnico 278-2024-GRT, en cuanto al cálculo del cargo unitario del saldo de liquidación, sustenta cómo, la base referencial para el cálculo del Cargo RER es la cantidad mínima requerida, según el Procedimiento de Liquidación y los Contratos de Inversión, específicamente el numeral 14.5, en el que se establece que el cálculo del Costo Anual Unitario de Inversión, con el cual se remuneran las Instalaciones RER Autónomas que están operando adecuadamente, se obtiene a partir de la Remuneración Anual actualizada y la cantidad mínima requerida ponderada.

Asimismo, en el numeral 14.3 de los Contratos de Inversión se estableció que al final de cada periodo tarifario se realizará la liquidación de los ingresos del Ergon señalados en los ítems a), b) y c) de dicha cláusula, es decir, calculado y aplicado según el procedimiento aprobado por Osinergmin. Dicha remuneración, de conformidad con la definición 68 del Anexo 7 de los Contratos de Inversión corresponde al importe contenido en la Oferta del Adjudicatario en USD/año por la correspondiente Área No Conectada a Red y su respectiva Cantidad Mínima Requerida.

Los argumentos de Ergon están referidos a que Osinergmin hace una inadecuada interpretación del numeral 5.8 del Procedimiento de Liquidación, el cual fue emitido en el marco del ejercicio de la función normativa de Osinergmin cumpliendo con las disposiciones relativas a la publicidad previstas en el Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 001- 2009-JUS, y conforme con las disposiciones contenidas en los Contratos de Inversión. De ese modo, cualquier cuestionamiento a dicha norma solo puede ser

realizada en la vía judicial y no como parte de su recurso impugnativo contra la Resolución 065, cuyo objetivo no es establecer o modificar disposiciones de carácter normativo.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde al área técnica ampliar el análisis respectivo sobre el cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación a efectos de determinar si este extremo del petitorio debe declararse fundado en parte o infundado, siendo pertinente indicar que, desde el punto de vista legal, no es materia del procedimiento de fijación del Cargo RER, vía un acto administrativo, cuestionar lo dispuesto en la Norma de Procedimiento de Liquidación.

5) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso

5.1. De conformidad con el artículo único de la Ley N° 31603, publicada el 5 noviembre del 2022, 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 quince (15) días hábiles contados a partir de su interposición

5.2. Teniendo en cuenta que Ergon interpuso su recurso de reconsideración el 21 de mayo de 2024, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración es el 12 de junio de 2024.

5.3. 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 el literal k) del artículo 52 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

6) Conclusiones

6.1. Por las razones expuestas en el numeral 4) del presente Informe, el recurso interpuesto por la empresa Ergon Perú S.A.C. contra la Resolución N° 065-2024-OS/CD cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.

6.2. Respecto al extremo del petitorio señalado en literal a) del numeral 3.1 relacionado al requerimiento de corregir la Remuneración Anual del Inversionista considerada en la fijación del Cargo RER del periodo 2024-2025, por los fundamentos expuestos en el literal a) del numeral 4.1 del presente informe, se debe precisar que el cálculo para compensar la existencia del desfase entre el periodo tarifario y el periodo contractual se encuentra establecido en los Contratos de Inversión y en el Procedimiento de Liquidación, conforme a los cuales actúa Osinergmin. El hecho de que la recurrente no se encuentre conforme con la oportunidad en la que se aplica la fórmula de actualización no implica que la liquidación efectuada por Osinergmin sea incorrecta o que el conflicto sea legal. No obstante, le corresponde al área técnica ampliar el análisis respectivo sobre la compensación del desfase de 6 meses en los que Ergon afirma que percibe el pago de una Remuneración Anual sin actualización y de ese modo, determinar si este extremo del recurso debe ser declarado fundado en parte o infundado.

6.3. Respecto a los extremos del petitorio señalados en el literal b) de los numerales 3.1 y 3.2 relacionado al requerimiento de corregir las Remuneraciones Anuales del Inversionista consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025; y corregir las liquidaciones consideradas en las fijaciones del Cargo RER de los periodos anteriores al 2024-2025, por los fundamentos expuestos en el literal b) de los numerales 4.1 y 4.2 del presente informe; las resoluciones de fijación del Cargo RER Autónomo de periodos previos a la fijación del Cargo RER 2024 – 2025, fueron objeto de recursos administrativos por parte de Ergon, los cuales fueron resueltos por Osinergmin en su oportunidad, habiéndose agotado la vía administrativa. En ese sentido, a la fecha, dichos actos tienen la calidad de actos firmes, por lo que los extremos referidos a la remuneración anual del inversionista y la liquidación de periodos anteriores a la fijación del Cargo RER 2024 – 2025, deben ser declarados improcedentes.

6.4. Respecto al extremo del petitorio señalado en el numeral 3.3 referido al tema de la actualización del componente OPEX, por los fundamentos expuestos en el numeral 4.3 del presente informe; el Ministerio de Energía y Minas desarrolló la fórmula de actualización anual, sobre la base de la propuesta de Ergon, en conformidad con los Contratos de Inversión, mediante la Resolución Directoral N° 355-2021-MINEM/DGER. Se determinó que para la Remuneración Anual correspondiente al OPEX, esta debe aplicarse después de los dos primeros años del Plazo de Vigencia del Contrato (después del 31 de octubre de 2021). Por lo tanto, la aplicación de las fórmulas de actualización debe realizarse de acuerdo con lo estipulado en los Contratos de Inversión y la Resolución Directoral 355-2021-MINEM/DGER. Los cuestionamientos acerca de la implementación de la fórmula de actualización por parte de Osinergmin deben ser revisados por el área técnica, con el fin de determinar si este aspecto del recurso debe ser declarado fundado, fundado en parte o infundado.

6.5. Respecto al extremo del petitorio señalado en el numeral 3.4 referido al tema del cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación de los ingresos del inversionista, por los fundamentos expuestos en el numeral 4.4 del presente informe; cabe indicar que, según el Procedimiento de Liquidación y los Contratos de Inversión, el Costo Anual Unitario de Inversión se calcula a partir de la Remuneración Anual actualizada y la cantidad mínima requerida ponderada. Este procedimiento fue emitido bajo la función normativa de Osinergmin; por lo tanto, cualquier objeción a esta norma debe realizarse judicialmente y no como parte del recurso impugnativo contra la Resolución 065. Sin embargo, es responsabilidad del área técnica analizar el cálculo del Cargo Unitario del Saldo de Liquidación para determinar si este aspecto del recurso debe declararse fundado en parte o infundado.

6.6. La resolución del Consejo Directivo con la que se resuelva el recurso de reconsideración materia del presente informe, deberá expedirse a más tardar el 12 de junio de 2024 y publicarse posteriormente en el diario oficial El Peruano.

Firmado Digitalmente por:
CASTILLO SILVA Maria Del Rosario FAU 20376082114 soft
Oficina: GRT
Cargo: Asesora Legal
Fecha: 03/06/2024 20:05:57

Firmado Digitalmente por:
AMEZ DIAZ Maria Jacqueline FAU 20376082114 soft
Oficina: GRT
Cargo: Especialista Legal Senior
Fecha: 03/06/2024 20:03:13

/schg-apm