

“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Informe N° 0002-2010-GART

Informe legal de los comentarios de la empresa Electro Oriente sobre el proyecto de Resolución que modifica las Compensaciones Anuales del Mecanismo de Compensación para los Sistemas Aislados y los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados y procedencia de su aprobación

Para : **Jaime Mendoza Gacón**
Gerente de la División de Generación y Transmisión

Referencia : Expediente N° 467-2009-GART

Fecha : 07 de enero de 2010

Se solicita a esta asesoría un análisis de los aspectos legales de los comentarios y sugerencias de la empresa Electro Oriente S.A., sobre el proyecto de Resolución que modifica las Compensaciones Anuales del Mecanismo de Compensación para los Sistemas Aislados y los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados, aprobados mediante Resolución OSINERGMIN N° 053-2009-OS/CD, modificada mediante la Resolución OSINERGMIN N° 098-2009-OS/CD; así como la procedencia de su aprobación y publicación final.

A continuación absolvemos lo solicitado

1) Antecedentes

- 1.1.** Mediante Resolución N° 281-2009-OS/CD, publicada el 19 de diciembre de 2009, se publicó el proyecto de Resolución que modifica las Compensaciones Anuales del Mecanismo de Compensación para los Sistemas Aislados y los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados, aprobados mediante Resolución OSINERGMIN N° 053-2009-OS/CD, modificada mediante la Resolución OSINERGMIN N° 098-2009-OS/CD, (en adelante el PROYECTO), concediendo un plazo de 09 días hábiles para la remisión de opiniones y sugerencias por parte de los interesados.
- 1.2.** Con fecha 31 de diciembre de 2009, dentro del plazo mencionado, la empresa Electro Oriente S.A. (en adelante ELOR) presentó sus comentarios y sugerencias al PROYECTO, mediante correo electrónico remitido a la dirección electrónica consignada en el Artículo 4° de la Resolución N° 281-2009-OS/CD.

2) **Análisis de los comentarios de ELOR al PROYECTO**

La empresa ELOR realiza los comentarios y sugerencias que se indican a continuación, siendo pertinente indicar que en el presente informe se analizan únicamente los aspectos legales de los referidos comentarios y sugerencias.

2.1. **No se ha ajustado los costos medios por empresa (Precio Medio SEA) para el recálculo del monto de compensación y precios en barra efectivos.**

ELOR solicita que OSINERGMIN recalculé el ajuste del monto de compensación y/o las tarifas efectivas para ELOR, donde se considere la variación que se produce en el costo medio de generación por empresa (Precio Medio SEA), producto de que se debe considerar los costos propios de generación de la nueva energía que se han tenido en cuenta en el PROYECTO.

ELOR señala que en el procedimiento de cálculo del mecanismo de compensación de sistemas aislados, materia del PROYECTO, los desfases en las fechas de interconexión de los sistemas aislados al SEIN implican cambios en el costo medio de generación de la empresa a la que pertenecen dichos sistemas; de tal forma, que si no se varía este costo medio (Precio Medio SEA) dentro del mecanismo de compensación, se obtendría que las empresas, cuyos sistemas aislados que sufrieron atrasos en su interconexión al SEIN, tengan costos medios superiores al resto de sus otros sistemas.

Asimismo, ELOR sostiene que en los ajustes de la tarifa y el monto de compensación presentados por OSINERGMIN en el PROYECTO, se han mantenido los mismos costos medios utilizados en los cálculos efectuados en la Resolución OSINERGMIN N° 098-2009-OS/CD que modificó la Resolución OSINERGMIN N° 053-2009-OS/CD, así, no se han realizado los ajustes a los costos medios de generación por empresa, que es lo que corresponde, según ELOR.

En tal sentido, ELOR afirma que mantener el costo medio (su Precio Medio SEA) en los cálculos efectuados en el PROYECTO le acarrea un perjuicio económico valorizado en S/. 1.97 millones de soles tal como lo afirma en un cuadro que presenta en su escrito.

Análisis Legal

En este extremo, el comentario de ELOR se basa en aspectos técnicos, sobre los cuales no corresponde a esta asesoría pronunciarse.

2.2. **No se logra minimizar el impacto de las variaciones de tarifas en los usuarios**

Sobre este punto, ELOR manifiesta su conformidad con el establecimiento de un Factor de Compensación Tarifaria, señalado en el PROYECTO, el cual tiene por finalidad evitar el impacto brusco en las

tarifas de los usuarios, ocasionado por la no interconexión del sistema San Martín al SEIN.

Sin embargo, señala que al publicarse las tarifas en barra en el mes de enero, los ajustes en las tarifas en barra de los usuarios, cuya vigencia es a partir del 20 de noviembre de 2009 (día en que entró en vigencia la Resolución Ministerial N° 487-2009-MEM/DM), se reflejarán en las factura del mes de enero, las misma que contendrá, el ajuste de dicho mes más el del mes de diciembre y los diez últimos días de noviembre, lo cual tendrá un impacto de alrededor del 12% (según ELOR) sobre las tarifas de los usuarios, no pudiéndose cumplir en la práctica el objetivo de OSINERGMIN de minimizar este impacto.

En tal sentido, recomienda que el ajuste de los precios de las tarifas en barra de los usuarios se haga efectivo a partir del consumo de enero, ajuste que debe contener el monto que se hubiera recaudado por el ajuste de tarifas que corresponde al período del 20.11.09 hasta el 31.12.09 y prorrateado en un período de doce meses.

Adicionalmente a lo anterior, ELOR menciona que el ajuste de tarifas debe considerar el valor del dinero en el tiempo, debido a que va a recibir sus fondos con posterioridad a lo que le correspondía recibirlos, es decir entre el 20.11.09 hasta el 30.04.2010.

Análisis Legal

En el presente caso, ELOR solicita, en sus observaciones enviadas sobre el PROYECTO, que se valore el dinero en el tiempo en el ajuste tarifario que OSINERGMIN realizará. Este ajuste consiste en la modificación de los valores de las Compensaciones Anuales del mecanismo de Compensación para los sistemas Aislados, la modificación de los precios en Barra Efectivos a partir del 20 de noviembre de 2009 y la modificación de las fórmulas de actualización (7) y (8) del Artículo 2° de la Resolución OSINERGMIN N° 053-2009-OS/CD. Asimismo, se aprueba el Factor de Compensación Tarifaria, el mismo que regirá por doce meses, y su finalidad será la de minimizar el impacto en los Precios en Barra Efectivos producto del retraso de las interconexiones de los Sistemas Aislados Bagua-Jaén y San Martín ya que compensará los montos que debieron transferirse entre diciembre y abril como resultado del retraso de la interconexión de San Martín.

El Factor de Compensación Tarifaria, según propone OSINERGMIN, se aplicará por un plazo de doce meses, de tal forma que ELOR estaría recibiendo el monto total que le corresponde en un tiempo posterior al periodo de mayo 2009-abril 2010, puesto que pretender que todo este monto sea entregado en lo restante de dicho periodo (teniendo en cuenta que la Resolución Ministerial que autoriza el incremento entró en vigencia el 20 de noviembre de 2009) significaría perjudicar al usuario con un fuerte impacto en sus tarifas.

Respecto al comentario de ELOR sobre el PROYECTO, referente a que en el ajuste de tarifas se debe considerar el valor del dinero en el tiempo,

debido a que va a recibir sus fondos con posterioridad a lo que le correspondía recibirlos, es decir después de finalizado el mes de abril del presente año, esta Asesoría procede a analizar la legalidad de considerar los intereses en el ajuste realizado por OSINERGMIN.

En principio se descarta la aplicación del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, debido a que dicha norma resulta aplicable para aquellos casos en que se ha producido el vencimiento del plazo que tiene el deudor para el respectivo pago, lo cual no es el caso del Factor de Compensación Tarifaria, en el que los usuarios, a la fecha, no tienen conocimiento de la obligación de pago, por lo que resulta aplicable, de manera supletoria, el Código Civil.

El artículo 1242° del Código Civil que trata sobre los intereses, señala dos tipos: el interés compensatorio y el interés moratorio. Este artículo señala que el primero es tal cuando constituye una contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien, mientras que el segundo tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Según Mauricio Olaya, citado por Osterling y Castillo, “el interés compensatorio sólo podrá ser exigido al deudor en caso de que se haya pactado su aplicación dentro del contrato¹”, por lo colegimos que la regla general es que los intereses compensatorios deben ser pactados, es decir su fuente es de carácter convencional, producto del acuerdo de las partes, y sólo por excepción los intereses compensatorios son de fuente legal, debiendo estar señalados en una norma.

Esta conclusión es extraída de lo dispuesto en el artículo 1243° del Código Civil, concordado con el artículo 1246°, el cual no establece salidas para casos que no se haya pactado interés compensatorio y es allí en que, por contrario sensu, llegamos a la conclusión que dicho interés, requiere pacto expreso. Asimismo, en el artículo 1324° del Código Civil sólo se reconoce intereses desde que el deudor incurre en mora, es decir, no se reconocen intereses compensatorios automáticos.

En tal sentido, al no ser aplicable el artículo 176° del Reglamento por no existir deudas vencidas y por otro lado, al haberse pactado los intereses compensatorios, éstos no pueden ser exigidos por ELOR, por faltar un requisito establecido en la Ley. Por ello, esta Asesoría es de la opinión que no corresponde fijar intereses compensatorios para ELOR por el monto de dinero que vaya a recibir en los meses posteriores a los indicados en su solicitud (abril de 2010).

En lo relativo a los intereses moratorios, cabe mencionar a Osterling y Castillo, quienes señalan que son “aquellos que cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.”². En este sentido, el artículo 1246° del Código Civil dice que cuando no se ha

¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO Freyre, Mario; Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 1996. p.319

² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO Freyre, Mario, Op. cit. p. 322.

convenido el interés moratorio, el deudor debe pagar únicamente y por causa de mora el interés compensatorio, o en su defecto, el interés legal. Concordando este último artículo con el artículo 1324º llegamos a la conclusión que el interés legal se devenga desde el día que el deudor incurre en mora, sin ser necesario que el acreedor demuestre haber sufrido daño alguno.

Sin embargo, en el presente caso, el deudor, que es el usuario final del suministro eléctrico, no incurre en mora debido a que desconoce que tiene una obligación de pago respecto a ELOR, en consecuencia, no corresponde el pago de intereses moratorios al no encontrarse vencida ninguna obligación, por no estar advertido el usuario respecto de la obligación de pago, lo cual determina que el usuario no incurra en mora.

Por otro lado, en lo referente a la propuesta efectuada por ELOR, de prorratear el monto recaudado por el ajuste de tarifas en un plazo de doce meses contado desde enero de 2010, cabe mencionar que la Resolución Ministerial N° 457-2009-MEM/DM, que autoriza a OSINERGMIN adecuar la aplicación del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados, no menciona la forma cómo realizar tal adecuación como resultado del retraso de la interconexión de San Martín. En tal sentido, corresponde al área técnica proponer el mecanismo que considere más adecuado para hacer efectivo lo dispuesto por la mencionada Resolución Ministerial sin perjudicar a los usuarios del suministro eléctrico; teniendo en cuenta, además, que no corresponde reconocer ningún tipo de intereses en el comentado Factor de Compensación Tarifaria.

3) Procedencia de la Publicación de la Resolución Definitiva

- 3.1** Teniendo en consideración que se trata de una modificación de tarifas, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por los Artículos 4º y 7º de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, relacionados a la publicación del proyecto de resolución y a la convocatoria a audiencia pública respectivamente, la misma que se realizó con fecha 23 de diciembre de 2009 en la ciudades de Lima y Arequipa.
- 3.2** De acuerdo a lo manifestado en el numeral 1.1 del presente informe, con Resolución N° 281-2009-OS/CD, se publicó el PROYECTO y se otorgó un plazo para la recepción de opiniones y sugerencias. Los aspectos legales de los comentarios y sugerencias recibidos, por parte de ELOR, han sido analizados en el numeral 2) del presente informe; habiendo analizado, la División de Generación y Transmisión Eléctrica de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, en su informe respectivo, los aspectos técnicos – económicos, acogiendo aquellas sugerencias que contribuyen al logro de los objetivos de la resolución.
- 3.3** Conforme a lo descrito en los numerales anteriores del presente informe, se puede corroborar que se ha cumplido con los requisitos legales necesarios para someter a aprobación del Consejo Directivo, la

Resolución que modifica las Compensaciones Anuales del Mecanismo de Compensación para los Sistemas Aislados y los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados.

4) Conclusiones

- 4.1.** Por las razones expuestas en el numeral 2.2 del presente informe, esta Asesoría concluye que no corresponde reconocer ningún tipo de intereses en el Factor de Compensación Tarifaria.

Por otro lado, corresponde al área técnica resolver la observación realizada por Electro Oriente, la cual ha sido señalada en el numeral 2.1 del presente informe. Asimismo, le corresponde determinar el criterio técnico para hacer efectivo lo estipulado en el artículo 2º de la Resolución Ministerial N° 487-2009-EM.

- 4.2.** Por las razones expuestas en los numerales 2 y 3 del presente informe, esta Asesoría es de la opinión que, se someta al Consejo Directivo de OSINERGMIN, la aprobación y publicación de la Resolución que modifica las Compensaciones Anuales del Mecanismo de Compensación para los Sistemas Aislados y los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados, aprobados mediante Resolución OSINERGMIN N° 053-2009-OS/CD, modificada mediante la Resolución OSINERGMIN N° 098-2009-OS/CD.



Jacqueline Amez Díaz
Jefa de Asesoría Legal (e)
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria
OSINERGMIN