"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Informe Nº 466-2017-GRT
Informe legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba el Procedimiento Técnico del COES N° 46 "Garantías y Constitución de Fideicomisos para el Mercado Mayorista de Electricidad"

Para : **Severo Buenalaya Cangalaya**
Gerente (e)
División Generación y Transmisión Eléctrica

Referencia : D. 477-2016-GRT

Fecha : 12 de setiembre de 2017

Resumen

En la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 026-2016-EM se dispuso que el COES presente a Osinergmin los Procedimientos Técnicos, a que se refiere el artículo 13 de la Ley Nº 28832, necesarios para el funcionamiento del Mercado Mayorista de Electricidad ("MME"). En ese sentido, el COES ha presentado a Osinergmin su propuesta de Procedimiento Técnico N° 46 "Garantías y Constitución de Fideicomisos para el Mercado Mayorista de Electricidad", con la finalidad de establecer los términos y condiciones para la constitución de fideicomisos de administración de las garantías, conforme a lo dispuesto por el Reglamento del MME.

Este procedimiento plantea determinar las condiciones, y obligaciones que deben cumplir los integrantes a fin de participar en el MME, así como la metodología para el cálculo de las garantías, la periodicidad de su presentación, las condiciones de su constitución y sus tipos, los plazos de vigencia, las condiciones y términos de constitución del fideicomiso, y demás obligaciones a ser cumplidas por los Agentes, según lo establecido en el artículo 8 del Reglamento del MME. El proyecto fue publicado para recibir comentarios y sugerencias, conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 154-2017-OS/CD.

Del análisis de los comentarios con contenido legal, se concluye en el presente informe lo siguiente:

- No corresponde incorporar un periodo transitorio para las valorizaciones del mercado eléctrico actual, aplicando la metodología vigente del mercado spot; porque a partir del 02 de octubre de 2017 entrarán en vigencia los procedimientos técnicos vinculados al MME y quedará sin efecto el Decreto de Urgencia N° 049-2008, por ello, a partir de dicha fecha las valorizaciones en el MME, se deberán efectuar con las normas y esquema vigentes.

- La obligación de constituir garantías se efectúa, conforme a la Ley N° 28832, cuando sea necesario. El Reglamento del MME debe ser entendido como complemento y desarrollo de la Ley, y no en confrontación de dicha norma jerárquicamente superior; por ello, cuando el citado reglamento delega establecer las condiciones en los procedimientos técnicos, la interpretación sistemática de los dispositivos normativos permiten incluir razones objetivas de los casos en los

cuales será razonablemente necesario la constitución de garantías y aquellos en que no.

- De otro lado, aplicando los principios de neutralidad y no discriminación, no se pueden hacer diferencias de los generadores con los distribuidores y grandes usuarios, de modo que, será válido como criterio para exigir garantías, la condición de riesgo debidamente calificada por un organismo autorizado, independientemente del tipo de Participante.
- El vencimiento del plazo para reportar incumplimientos, a efectos de ejecutar la garantía, no caduca el derecho del acreedor a exigir el pago de la deuda en la respectiva vía legal.
- El COES no se encuentra exento de responsabilidad si incumple los procedimientos técnicos, en cuyo caso podría ser susceptible de sanción por parte de Osinergmin.
- No se considera necesario exigir firma legalizada en la solicitud de ejecución de garantías, pues ello crea una etapa innecesaria, cuando basta la acreditación de la identidad y poderes del representante legal; para lo cual, el COES debe dotarse de los elementos necesarios que permitan realizar una diligente verificación, como los soportes informáticos de el RENIEC o la SUNARP, entre otros mecanismos. La firma legalizada no superaría cabalmente algún eventual supuesto de fraude, ya que también podría ocurrir sobre las constancias de la legalización, aspectos que son susceptibles de sanción en la vía penal.
- La falta de pago no es causal de suspensión ni de desconexión del MME, pues conforme al Reglamento, la causal aplicable es no reponer la garantía ejecutada por falta de pago. Además, mientras dura el plazo de reposición de garantías no se puede restringir los retiros a los participantes.
- La participación de los agentes en la elaboración de los términos contractuales a suscribirse con la entidad fiduciaria es un aspecto que va más allá de las facultades de Osinergmin para aprobar el procedimiento, pues existen otras instancias, como la asamblea del COES, donde participan tales agentes.
- La remuneración de los Servicios Complementarios debe establecerse en los procedimientos COES que aprueba Osinergmin, conforme la competencia que se le confirió mediante Ley N° 28832, en concordancia con lo establecido en la NTOTR que data del año 2005.
- La entidad fiduciaria no puede repetir contra los deudores por montos que excedan las garantías, pues ello es competencia de los acreedores en las instancias legales que correspondan.
- No es necesario precisar que Osinergmin puede sancionar la remisión de información falsa o errónea, pues dicha competencia se deriva del Reglamento MME y de las facultades sancionadoras conferidas al Regulador, y tipificadas en la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin.
- No corresponde establecer la posibilidad de impugnar el cálculo del valor de la garantía que realiza el COES, pues es un aspecto operativo, producto de criterios previamente definidos; no obstante, para la corrección de eventuales errores se deberá dotar de la posibilidad de las empresas para remitir sus comentarios y observaciones.

En ese sentido, habida cuenta que se ha cumplido con todas las etapas previstas en la "Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos", en el presente informe se concluye que corresponde someter a la aprobación del Consejo Directivo, la resolución que aprueba el Procedimiento Técnico del COES N° 46 "Garantías y Constitución de Fideicomisos para el Mercado Mayorista de Electricidad".

Informe Nº 466-2017-GRT
Informe legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba el Procedimiento Técnico del COES N° 46 "Garantías y Constitución de Fideicomisos para el Mercado Mayorista de Electricidad"

1. Antecedentes y marco normativo aplicable

1.1. El literal b) del artículo 13 de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, establece que los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo ("Procedimientos Técnicos"), deben ser elaborados por el Comité de Operación Económica del Sistema (en adelante, "COES"), para su aprobación por Osinergmin. Cabe señalar que anteriormente a la citada ley, la función de aprobación de los Procedimientos Técnicos del COES se encontraba a cargo del Ministerio de Energía y Minas.

1.2. Conforme a los numerales 5.1 y 5.2 del artículo 5 del Reglamento del COES, aprobado por Decreto Supremo Nº 027-2008-EM y modificatorias, el COES, a través de su Dirección Ejecutiva, elabora las propuestas de procedimientos a presentarse a Osinergmin para su aprobación, acompañados de los respectivos estudios detallados que sustenten la propuesta. Asimismo, se establece que el COES debe contar con una "Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos", elaborada y aprobada por Osinergmin, la cual incluirá como mínimo, los objetivos, plazos, condiciones, metodología, forma, responsables, niveles de aprobación parciales, documentación y estudios de sustento.

1.3. De esta manera, la "Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos", aprobada con Resolución N° 476-2008-OS/CD y modificatorias ("Guía"); dispone en su artículo 5 que, la elaboración de un procedimiento técnico puede realizarse por iniciativa propia del COES o a solicitud del Osinergmin. El artículo 6.1 de dicha Guía señala que la propuesta de procedimiento técnico debe estar dirigida a Osinergmin adjuntando los respectivos estudios económicos, técnicos y legales que sustenten su necesidad.

1.4. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 026-2016-EM se aprobó el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad ("Reglamento del MME"), se dejó sin efecto al Reglamento que se aprobó mediante Decreto Supremo N° 027-2011-EM, y se dispuso que en un plazo de 6 meses a partir de su publicación, el COES debía presentar a Osinergmin los Procedimientos Técnicos a que se refiere el artículo 13 de la Ley Nº 28832 que resulten necesarios para el funcionamiento del MME, luego de lo cual entrará en vigencia el Reglamento del MME. En función de ello, corresponde establecer una única fecha para la entrada en vigencia de los Procedimientos Técnicos relativos al citado Reglamento.

1.5. Luego de la publicación del Reglamento del MME, el COES ha considerado necesario elaborar una propuesta de Procedimiento Técnico N° 46 " Garantías y Constitución de Fideicomisos para el Mercado Mayorista de Electricidad " (PR-46) con la finalidad de establecer los mecanismos de la

garantías que se exigen para participar en el Mercado Mayorista de Electricidad (MME).

1.6. Dando cumplimiento a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 026-2016-EM, con fecha 24 de enero de 2017, según Registro GRT N° 890, el COES remitió a Osinergmin la comunicación COES/D-093-2017, mediante la cual presentó su propuesta de un procedimiento sobre condiciones de participación en el Mercado Mayorista de Electricidad.

1.7. En el artículo 2 del Reglamento MME se establecen las disposiciones generales para la participación en el Mercado Mayorista de Electricidad, estipulándose en el literal numeral 2.1.c que una de las condiciones aplicables para ser Participante es haber constituido las garantías u otro mecanismo de aseguramiento de pago, de conformidad con lo señalado en los procedimientos que emita el COES para tal efecto.

1.8. Este procedimiento plantea determinar las condiciones, y obligaciones que deben cumplir los integrantes a fin de participar en el MME, así como la metodología para el cálculo de las garantías, la periodicidad de su presentación, las condiciones de su constitución y sus tipos, los plazos de vigencia, las condiciones y términos de constitución del fideicomiso, y demás obligaciones a ser cumplidas por los Agentes, según lo establecido en el artículo 8 del Reglamento del MME.

1.9. Conforme a lo informado, la propuesta contiene los siguientes aspectos:

- Se determinan los conceptos y metodología para el cálculo de las garantías, y los responsables de constituirlas. Se establece una metodología de evaluación mensual del monto de las garantías para que, en caso se supere un máximo, se requiera la actualización de las mismas.
- Se dispone la constitución de un fideicomiso de administración de garantías.
- Se determina el procedimiento para la realización de garantías ante el reporte de un incumplimiento.
- Se establecen las responsabilidades de los Participantes y el COES y se desarrolla la exoneración de responsabilidad del COES prevista en el Reglamento MME, por las consecuencias de la aplicación del procedimiento sobre los Participantes o terceros.

1.10. Luego de la revisión efectuada por Osinergmin, mediante oficio Nº 385-2017-GRT, de fecha 03 de abril de 2017, se remitieron al COES las observaciones de fondo a su propuesta, otorgándole un plazo de veinte (20) días hábiles para absolverlas.

1.11. Con fecha 04 de mayo de 2017, según trámite GRT Nº 4390, el COES remitió la comunicación COES/D-488-2017, la cual contiene su respuesta y subsanación a las observaciones formuladas.

1.12. Mediante Resolución N° 147-2017-OS/CD, se dispuso la publicación del proyecto de resolución que aprueba el nuevo PR-46, otorgando un plazo de

quince (15) días calendario a fin de que los interesados remitan sus comentarios y sugerencias.

1.13. Continuando con el procedimiento, se recibieron los comentarios y sugerencias de los siguientes interesados dentro del plazo otorgado:

- Enel Distribución Perú S.A.A. (Enel), remitidos mediante Carta SGMEC-413-2017 de fecha 31/07/2017 según Registro N° 7261.
- Engie Energía Perú S.A. (Engie), remitidos mediante Carta ENG/590-2017, presentada con correo electrónico de fecha 26/07/2017 a horas 16:54.
- Statkraft S.A. (Statkraft), remitidos mediante correo electrónico de fecha 30/07/2017 a horas 17:39.
- Orazul Energy y Termoselva S.R.L. (Orazul), remitidos mediante correo electrónico de fecha 31/07/2017 a horas 16:31.
- Fénix Power Perú S.A. (Fénix), remitidos mediante correo electrónico de fecha 27/07/2017 a horas 19:30.
- COES, remitidos mediante correo electrónico de fecha 31/07/2017 a horas 17:46.
- Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (SMCV), remitidos mediante correo electrónico de fecha 31/07/2017 a horas 17:45.
- Kallpa Generación S.A. (Kallpa), remitidos mediante correo electrónico de fecha 31/07/2017 a horas 17:31.
- Electroperú S.A. (Electroperú), remitidos mediante correo electrónico de fecha 26/07/2017 a horas 20:06.
- Thalía Simich, remitidos mediante correo electrónico de fecha 31/07/2017 a horas 17:19.
- Empresa de Generación Huallaga, remitidos mediante Carta EGH-100-2017 de fecha 31/07/2017 según Registro 7278.

1.14. Con fecha 17 de agosto de 2017, fuera de plazo para la recepción de comentarios y sugerencias, la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía remitió la carta CSE-C-025-17 en donde indica que, dada la sobre oferta de generación que existe en el corto plazo, Osinergmin debería evaluar la conveniencia de promover la implementación del MME. Además, en cuanto al PR-46, manifestó que las garantías no deberían ser exigidas a los generadores.

1.15. Cabe indicar que el proceso de aprobación de procedimientos técnicos vinculados al MME se efectúa conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Transitoria, por lo que Osinergmin no puede abstenerse o dejar de cumplir la obligación conferida de aprobar procedimientos técnicos propuestos por el COES. En cuanto a la no exigencia de garantías a los generadores, ello será analizado debido a que otras empresas lo han comentado dentro el plazo para recibir sugerencias.

1.16. Conforme lo dispone el numeral 8.4 de la Guía, mediante Oficio N° 836-2017-GRT, Osinergmin remitió al COES los comentarios y sugerencias, solicitando su opinión sobre los mismos, cuyo plazo fue ampliado hasta el 23 de agosto, a solicitud del COES presentada mediante Carta COES/D-1139-2017 de fecha 10/08/2017, y comunicado mediante Oficio N° 859-2017-GRT.

1.17. Mediante comunicación COES/D-1179-2017 recibida el 23 de agosto de 2017, el COES presentó a Osinergmin su opinión a los comentarios recibidos.

2. Análisis de los comentarios de naturaleza legal

A continuación, se analizan los comentarios, así como la opinión del COES, con contenido legal, materia de consulta, siendo que aquellos que cuestionen aspectos de índole técnica, serán analizados y/o complementados por el área técnica en su respectivo informe.

2.1. Incorporar periodo transitorio para las valorizaciones

Enel sugiere establecer un periodo transitorio de 3 meses para que las valorizaciones del mercado eléctrico actual se mantengan conforme al esquema actual y, sólo a manera de prueba, se calculen las liquidaciones que debieron resultar bajo el nuevo esquema, con el objeto de evaluar los cambios y subsanar los problemas que se presenten con la nueva metodología.

Opinión del COES

El COES señala que no debe considerarse la sugerencia, debido a que se encuentra fuera del alcance de los procedimientos vinculados al MME. En efecto, indica, no es posible establecer un periodo que considere las liquidaciones bajo el esquema vigente y paralelamente un periodo de prueba con el nuevo esquema, puesto que el Decreto de Urgencia Nº 049-2008 tendrá vigencia solamente hasta el 1 de octubre de 2017.

Análisis

Los procedimientos técnicos vinculados con el MME, cuya propuesta debía ser presentada en enero de 2017, han tenido un proceso de aprobación que permite su entrada en vigencia el 2 de octubre de 2017 (08 meses después), fecha a partir de la cual, entrará en vigencia el MME, creado el 2006 (11 años antes) por la Ley N° 28832.

Esta vigencia, atiende a que según lo establecido en el artículo 6 de la Ley N° 30513, la vigencia del Decreto de Urgencia N° 049-2008 culminará el 01 de octubre de 2017; para lo cual, a partir del día siguiente el mercado eléctrico debe estar preparado para el funcionamiento del MME.

En consecuencia, se sugiere no acoger la sugerencia.

2.2. Obligación de constituir garantías

Enel sostiene que el procedimiento debe ser aplicado solamente a los nuevos participantes en el MME: los distribuidores y grandes usuarios, ya que estos participarán en el mercado sin tener compromisos contractuales que los respalden, lo cual genera inseguridad en los pagos. En cambio,

sostiene, los generadores sí tienen compromisos que los respalden y pueden garantizar sus pagos a través de sus activos de generación. Añade que en las liquidaciones que se hacen en el mercado spot entre los generadores, nunca se han necesitado de garantías.

Por su parte, Electroperú manifiesta que debe excluirse de la obligación de constituir garantías a los generadores o, en su defecto, solo exigirlas a los generadores que tengan alto riesgo de incumplir con sus obligaciones de pago, es decir, quienes tengan baja calificación de riesgo emitida por clasificadoras de riesgo debidamente autorizadas por el organismo competente. Indica que exigir tal obligación a los generadores incrementa sus costos para participar en el MME.

Del mismo modo, Orazul sugiere aplicar las garantías para los distribuidores y grandes usuarios, debido a que sus transacciones no son las más significativas de su negocio, máxime cuando el no pago ya se encuentra contemplado normativamente como causal de suspensión y/o exclusión.

Se agrega que en caso Osinergmin insista con la obligación de los generadores de constituir garantías, podría aplicarse un mecanismo similar que el previsto en las Licitaciones de Largo Plazo. SMCV indica, por su lado, que si Osinergmin insiste con la solicitud de garantías, debería establecerse un monto razonable según las características de cada participante

Asimismo, Kallpa indica que debe eliminarse la presentación del Monto de la Garantía. Similares argumentos como los expuestos, también son mencionados por Statkraft, Empresa de Generación Huallaga, COES y Engie; y por las empresas en la oportunidad de publicación del proyecto de resolución que aprobó el PR-02 y que citados en el numeral 2.1 del Informe Legal N° 437-2017-GRT.

Opinión del COES

Sugiere aceptar la sugerencia, puesto que su propuesta inicial consideró únicamente a los usuarios libres y distribuidores participantes como los obligados a constituir garantías. Añade que sus argumentos se encuentran en el informe que sustenta la propuesta de PR-46 y en la respuesta a las observaciones de Osinergmin.

Análisis

Sobre las garantías que se pretende exigir a los Integrantes del COES, como condición para participar en el MME, es necesario determinar las características propias de las obligaciones garantizadas, para evidenciar cuáles son los límites de la potestad reglamentaria respecto a su constitución y condiciones de ejecución.

Si bien el MME se encuentra normado en la Ley 28832, las relaciones en dicho mercado se dan entre privados, respecto a bienes y servicios privados, que si bien pueden estar relacionados con el servicio público no tienen tal naturaleza de conformidad con la LCE, y con obligaciones que afectan, en principio, la esfera privada de los participantes.

En tal sentido, las transacciones en dicho mercado deberían regirse por la libertad de contratar, y las obligaciones asociadas deberían proceder de la voluntad de las partes. Sin embargo, como es sabido, el MME influye en el interés general, debido a que de su correcto funcionamiento depende el abastecimiento oportuno de electricidad.

Así, según la exposición de motivos del proyecto de la Ley 28832, uno de los problemas que justificó la intervención del Estado en dicho mercado fue la *"Falta de oportunidad de la demanda para modificar su consumo en respuesta a la señales de escasez o abundancia contenida en los precios, carencia que requiere la adopción de medidas que incluyen el acceso de los distribuidores y clientes libres al mercado spot de tiempo real a fin de poder liquidar sus compromisos de compra de potencia y energía"*; por lo que, uno de los objetivos al promulgar la Ley fue *"Eliminar barreras de entrada al mercado, a fin de alcanzar un mercado competitivo"*.

Por ello, la regulación aplicable a las transacciones del mercado mayorista de electricidad fue aprobada por la Ley N° 28832, a través de la cual se impone una serie de límites y obligaciones a los privados que quieran participar en dicho mercado, entre las que se encuentran, según el numeral 11.4 de la Ley 28832: "*los Generadores, Distribuidores y Grandes Usuarios Libres, en caso de que fuera necesario, deberán constituir fideicomisos u otras garantías de realización inmediata como respaldo de los retiros de capacidad y energía que efectúen del Mercado de Corto Plazo, de tal manera que se garantice el pago oportuno en dicho mercado"*.

Del texto citado, se puede observar que la obligación de presentar garantías ha sido impuesta por Ley, a todos los posibles participantes, pero limitada sólo a aquellos casos en que "fuera necesario". Tomando en cuenta que, a través de dicha obligación se condiciona la libertad de contratar por el cumplimiento de un requisito, sólo debería exigirse dicha garantía a aquellos casos en que "fuera necesario", lo que impide que se aplique dicha obligación de manera generalizada, sin identificar la necesidad.

Ahora bien, la Ley 28832 ha delegado en el Reglamento la aprobación de *"Los términos y condiciones para la constitución de garantías y las penalidades por su incumplimiento"*, según lo señalado en el inciso d), del numeral 11.5.

Evidentemente, dicho reglamento debe respetar el límite legal superior dispuesto en la ley, respecto a aplicar la garantía sólo aquellos casos en que "fuera necesario", porque de lo contrario, se estaría transgrediendo lo dispuesto en la ley, lo cual se encuentra constitucionalmente prohibido conforme al numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.

En tal sentido, el inciso c), del numeral 2.1., del artículo 2 del Reglamento del MME dispone que las condiciones generales para ser Participante son: *"Haber constituido las garantías u otro mecanismo de aseguramiento de pago, de conformidad con lo señalado en el Artículo 8 del presente Reglamento y los Procedimientos que emita el COES para tal efecto"*, y cuando el citado artículo 8 señala: *"que los Participantes deberán contar con*

garantías que aseguren el pago de sus obligaciones en el MME, conforme al Procedimiento respectivo"; debe interpretarse de manera concordada y en armonía con lo dispuesto por la Ley N° 28832, de lo contrario se estaría vulnerando los límites impuestos a la potestad reglamentaria del Estado.

De acuerdo a ello, la lectura debe sujetarse a que, para ser participante del MME, la normativa exige la constitución de garantías sólo en aquellos casos en que "fuera necesario", trasladando la determinación de dichos casos a los Procedimientos del COES, condición que debe ser respetada por Osinergmin al momento de aprobar tales procedimientos técnicos.

Sobre la necesidad de constituir o no garantías, consideramos que esta no puede encontrarse determinada en función de un tipo de participante, como pretendió hacerlo el Decreto Supremo N° 027-2011-EM, al exigir la constitución de garantías sólo a los Usuarios Libres y Distribuidoras.

Ello se debido que, la misma Ley 28832 impuso dicha obligación a todos los posibles participantes del MME, sin restringir sólo a un tipo, y a que, además, uno de los objetivos de dicha ley, según lo señalado en su exposición de motivos era garantizar el acceso en condiciones no discriminatorias al mercado y a la operación del sistema, instalaciones y recursos que resultan esenciales para un mercado plenamente competitivo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Guía, la elaboración y aprobación de los procedimientos técnicos debe tener en cuenta los principios establecidos en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Entre tales principios, cabe mencionar los de neutralidad y no discriminación. De acuerdo con el principio de neutralidad, Osinergmin debe velar por la neutralidad de la operación de las actividades de las entidades, cuidando que no utilicen su condición de tales para obtener ventajas en el mercado frente a otras personas naturales o jurídicas. Asimismo, Osinergmin debe cuidar que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, innovación, o precios.

En aplicación del principio de neutralidad, no correspondería exonerar a los generadores de constituir garantías y obligar a los distribuidores y grandes usuarios a constituirlas, ya que ello colocaría en una posición privilegiada a un grupo de participantes, y crearía una ventaja competitiva de los primeros frente a los últimos. Es más, el argumento de que los generadores pueden garantizar sus pagos con sus activos carece de fundamento para crear diferenciaciones que vulneren la neutralidad del procedimiento, ya que los demás participantes cuentan también con activos que podrían respaldar sus deudas.

Asimismo, también es aplicable el principio de no discriminación, por el cual las decisiones y acciones de Osinergmin se orientarán a garantizar que las entidades no sean discriminadas, de manera que se coloque a unas, en ventaja competitiva e injustificada frente a otras. Este principio debe concordarse con el mandato de la Ley N° 28832 de establecer garantías cuando sea necesario. Así, el argumento de que no se exija garantías

porque su constitución genera costos para participar en el MME, no puede emplearse a favor de un determinado grupo de participantes, a quienes no se les exigiría costos de participación en desmedro de los otros a los que si se les exigiría asumir tales costos, con lo cual se les estaría discriminando sin una justificación técnica ni económica.

En consecuencia, el área técnica deberá tomar en cuenta condiciones objetivas: técnicas o económicas que sí permitan diferenciar a los participantes por condiciones diferentes que ostenten respecto de su riesgo de pago, pues nos estamos refiriendo a obligaciones de pago. Así por ejemplo, establecer la posibilidad de no constituir garantías a los participantes, con bajo riesgo crediticio, calificado de manera objetiva por un organismo debidamente autorizado por la autoridad competente, sí podría ser un aspecto a tomarse en cuenta para diferenciar a los participantes; así también aquellos que incumplan sus obligaciones en el MME, independientemente de su bajo riesgo, deberán efectuar la constitución de garantías.

Dicha diferenciación por características diferentes, cumpliría con lo establecido en la Ley N° 28832, puesto que las garantías se exigirían a los participantes con riesgo de no pagar sus deudas, lo cual, desde una perspectiva económica, sí hace necesario el requerimiento de garantías.

Por lo expuesto, el área técnica deberá adecuar el procedimiento, en función de los casos en que sea necesaria la constitución de garantías.

2.3. Vencimiento de plazo para ejecutar garantías

En cuanto al numeral 11.2.2, Orazul señala que por vencimiento de plazo para reportar situaciones de incumplimiento de pago no debería perder su derecho de ejecutar la garantía, sino que debería perder la prioridad de la ejecución de la misma.

Por su lado, Kallpa indica que debe precisarse que, si bien se puede perder el derecho de ejecutar la garantía, no se pierde el derecho de cobro de la deuda por la vía legal que corresponda.

Además, SMCV señala que el artículo 2004 del Código Civil señala que solo por ley se pueden establecer plazos de caducidad y no por normas de menor jerarquía como un reglamento. Cualquier regulación que no sea efectuada por ley infringiría expresamente el principio de competencia. En ese sentido, dado que el numeral 11.2.2 incorpora un supuesto de caducidad, dicha disposición es contraria al Código Civil.

Engie opina en los mismos términos que lo indicado por Orazul y Kallpa.

Opinión del COES

El COES indica que no se debe aceptar la propuesta, pues el esquema de garantías contemplado en el proyecto de procedimiento tiene por finalidad salvaguardar los derechos de cobro de los generadores acreedores, sin embargo, dicho esquema no reemplaza ni sustituye los métodos de

cobranza convencionales que la legislación otorga a los acreedores, siendo tal esquema un camino adicional al ya existente. Por tanto, se requiere de una participación diligente por parte de los participantes acreedores, ya que caso contrario, se podrían cobrar acreencias antiguas, poniendo en riesgo la eficacia del esquema de garantías y afectando la liquidez del MME.

Análisis

Cabe indicar que la propuesta está orientada a requerir una actitud diligente a los acreedores cuando exista un incumplimiento de pago de parte de un participante. El hecho que se pierda el derecho de solicitar la ejecución de la garantía no elimina el derecho de cobro de la acreencia por parte de los generadores. En ese sentido, la propuesta no establece plazo de caducidad alguno, en los términos del artículo 2004 del Código Civil, sino el término del ejercicio de un derecho otorgado únicamente en el MME como un mecanismo para garantizar pagos.

El derecho de acreencia, esto es a cobrar la deuda, se mantiene incólume y puede ser accionado por la vía legal correspondiente. En ese sentido, dado que la caducidad elimina la acción y el derecho, lo dispuesto en el numeral 11.2.2 no constituye una causal de caducidad, por lo que resulta, desde la perspectiva legal, plenamente válido que el procedimiento técnico establezca plazos para solicitar la ejecución de las garantías.

Por lo expuesto, se recomienda no acoger la sugerencia.

2.4. Exención de responsabilidad del COES

Kallpa refiere que en el numeral 5.2.3 se establece que los Participantes deberán mantener indemne y exento de toda responsabilidad al COES por la ejecución de las garantías y sus consecuencias directas y/o indirectas. Señala que dicho numeral debe ser eliminado, pues el COES no puede eximirse de responsabilidad si eventualmente ejecuta una garantía de manera contraria a lo dispuesto en el procedimiento o Reglamento MME. Del mismo modo, señala que se elimine el numeral 11.2.10, respecto del cual SMCV también señala que los errores del COES en la aplicación de los procedimientos deben generar responsabilidad, ya que vía procedimiento técnico no se puede eliminar la responsabilidad prevista en el artículo 1969 del Código Civil.

Sobre el numeral 5.2.3 Engie sugiere modificarlo para especificar que la eximente de responsabilidad se da siempre que el COES actúe con la debida diligencia y cumpla con todas las disposiciones consignadas en la normativa aplicable.

Opinión del COES

El COES señala que el eximente de responsabilidad que le corresponde tiene su base legal en lo dispuesto por el numeral 8.4 del Reglamento MME.

Análisis

Los numerales 5.2.3 y 11.2.10 comentados no tienen por objeto excluir al COES en caso de incumplimiento de los procedimientos técnicos. Tanto el COES como los Participantes se encuentran obligados a cumplir con los procedimientos que, en virtud de su competencia normativa, emite Osinergmin.

En caso de incumplimiento del procedimiento o el reglamento, Osinergmin se encuentra facultado legalmente según sus funciones para sancionar, de conformidad con lo establecido en el numeral 9.1 del Reglamento del MME, en el artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y demás normativa aplicable.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 72 del TUO de la LPAG las competencias de la Administración son irrenunciables, por lo que lo dispuesto en los numerales 5.2.3 y 11.2.10 no implica, bajo ninguna circunstancia, la renuncia a las competencias sancionadoras de Osinergmin, en caso el COES incumpla el procedimiento.

Ahora bien, la finalidad de este dispositivo es eximir de responsabilidades al COES en caso, en su calidad de administrador del MME, aplique correctamente el procedimiento y, como consecuencia directa o indirecta de ello, un Participante resulte perjudicado, como en los casos de ejecución de garantías o cortes, según lo establece el mismo Reglamento del MME. Como se aprecia, el COES estará exonerado de responsabilidad cuando actúe cumpliendo el procedimiento y no cuando lo incumpla.

Por lo expuesto, se harán las precisiones al texto final.

2.5. Participación de los representantes legales

Kallpa y Engie mencionan que el numeral 11.1 obliga a los participantes afectados por un incumplimiento de pago a informar al COES y requerir la ejecución de la garantía, mediante carta física y con firma legalizada del representante. Agregan que debe obviarse el requisito de firma legalizada del representante legal, bastando que los representantes se encuentren debidamente registrados en el COES, por lo que el numeral 11.1 debe ser modificado en ese sentido.

Opinión del COES

Indica que debido a las consecuencias jurídicas y económicas que implica la comunicación de un incumplimiento al COES, considera imprescindible que dicha comunicación sea suscrita por un representante legal y, como medio de seguridad, que la firma sea legalizada, a efectos de tener certeza sobre la persona que suscribe la carta.

En consecuencia, indica que debe aceptarse parcialmente la sugerencia, permitiendo que o el gerente legal o algún representante legal suscriba la

carta y, en caso de ser este último, adjunte la vigencia de poder. Sugiere mantener la exigencia de firma legalizada.

Análisis

El sustento de la exigencia no supera los fines de seguridad que persigue, por lo que se considera innecesario exigir la firma legalizada para solicitar la ejecución de garantías. Es decir, la firma legalizada no superaría cabalmente algún eventual supuesto de fraude, ya que también podría ocurrir sobre las constancias de la legalización, aspectos que en general son susceptibles de sanción en la vía penal, y constituyen de por sí, desincentivos a la conducta infractora.

En ese sentido, el COES debe dotarse de los elementos necesarios que permitan realizar una diligente verificación, como los soportes informáticos del RENIEC o de la SUNARP, entre otros mecanismos; y podrá cuestionar los casos en que observe una duda razonable. De otro lado, para el cobro de la garantía ejecutada, aspecto sustancial y diferente a la solicitud de ejecución, ello debe contar con los resguardos correspondientes, sobre la identificación, propios del sistema financiero.

En consecuencia, el numeral 11.1 deberá ser precisado, eliminando el requisito de la firma legalizada.

2.6. Causal de desconexión por falta de pago

Kallpa sugiere que, además de lo indicado en el numeral 11.2.7 que dispone el devengo de intereses, la falta de pago sea sancionada con la desconexión del deudor, a efectos de desincentivar el incumplimiento de pago.

En cuanto al numeral 11.2.8, Engie indica que mientras dure el plazo para que el participante reponga su garantía ejecutada, no podrá efectuar retiros en el MME.

Opinión del COES

Indica que el Reglamento MME no prevé la desconexión en caso de incumplir obligaciones de pago, ya que la suspensión se prevé para el caso que el deudor no reponga la garantía, que se le ha ejecutado por su incumplimiento, en el plazo previsto en el procedimiento.

Análisis

En el Reglamento MME no se ha previsto como causal de desconexión el no pago de una deuda, ya que en el artículo 9 lo que se ha establecido como causal de suspensión por 3 meses, y posterior exclusión por reincidencia, es el no reponer las garantías una vez que estas hayan sido ejecutadas. Por lo expuesto, no se puede acoger la sugerencia de incorporar en el procedimiento una causal de suspensión o exclusión no prevista en el Reglamento MME.

Del mismo modo, tampoco se ha previsto como causal de suspensión el plazo otorgado al participante para reponer su garantía, por lo que no puede limitársele el derecho a participar en el MME.

2.7. Opiniones sobre el borrador del contrato de fideicomiso

Engie refiere que se debe modificar el numeral 10.2.1 a fin de precisar que el COES ponga a disposición de los participantes el borrador del contrato de fideicomiso, incluyendo las demás condiciones relacionadas, a fin de que aquellos puedan emitir sus comentarios; y finalmente se publiquen los documentos finales. Sostiene que ello se fundamenta en que los participantes estarán sujetos a las condiciones, que se establezcan en el contrato de fideicomiso que suscriba el COES, por lo que debería participar en su formulación.

Opinión del COES

El COES sostiene que no debe acogerse la sugerencia, pues dado el corto plazo que se tiene para la vigencia del MME, se requiere estructurar el fideicomiso en el menor plazo posible, por lo que establecer una etapa de comentarios podría implicar demoras en la implementación del MME. Añade que publicará en su página web toda la documentación del concurso para la elección de la empresa fiduciaria y que asumirá los costos de estructuración del fideicomiso.

Análisis

El numeral 8.3 del Reglamento MME establece que el procedimiento técnico deberá contener los términos y condiciones para la constitución del fideicomiso de administración de las garantías. Sobre la base de este dispositivo, se ha redactado el numeral 10.2.1 del procedimiento.

Las condiciones relacionadas con la publicidad del contrato de fideicomiso son aspectos que debe sujetarse al funcionamiento interno del COES.

Por lo expuesto, no se debe acoger la sugerencia.

2.8. Remuneración de los Servicios Complementarios

En cuanto al cálculo del monto por los Servicios Complementarios contenido en el numeral 7.2.4, SMCV señala que Osinergmin no tiene competencias para aprobar disposiciones sobre la remuneración de los Servicios Complementarios, toda vez que dicha competencia le corresponde al Ministerio de Energía y Minas.

Opinión del COES

El COES señala que el numeral 4.2 del Reglamento MME establece que la definición de los Servicios Complementarios, así como su remuneración por parte de los Participantes, se efectúa de acuerdo con la NTOTR, y que en el numeral 6.1.2 de esta última norma técnica se señala que el COES propondrá los procedimientos técnicos referidos a la prestación de Servicios

Complementario, incluyendo el mecanismo de compensación correspondiente. De lo indicado, el COES concluye que el mecanismo de compensación de los Servicios Complementarios se efectuará en los procedimientos técnicos que aprueba Osinergmin.

Análisis legal

En cuanto a la remuneración de los Servicios Complementarios, en efecto dicha remuneración ha sido derivada a la sujeción de lo previsto en la NTOTR conforme a lo dispuesto en el numeral 4.2 del Reglamento MME.

De ese modo, en el numeral 6.1.2 de la NTOTR ya se encuentra estipulado que el COES proponga los procedimientos técnicos vinculados a los Servicios Complementarios, donde se incluya las disposiciones sobre el reconocimiento de costos eficientes y el mecanismo de compensación. Esta propuesta debe seguir las reglas previstas en la Ley N° 28832, el Reglamento del COES, la Guía del COES, para su aprobación por Osinergmin, siendo éste el marco normativo el que le da competencia al Regulador para dichos efectos.

Es claro que el sentido del Reglamento MME es ceñirse a la regla vigente del NTOTR. Por ello, se estableció expresamente la necesidad de contar con los procedimientos técnicos del COES para el funcionamiento del MME, y no se dispuso una adecuación de la NTOTR.

En ese sentido, corresponde a Osinergmin aprobar los Procedimientos Técnicos donde se incorporen cláusulas relacionadas con la remuneración de los Servicios Complementarios, siendo un instrumento válido para definir dichas condiciones.

De lo antes señalado se desprende que la NTOTR establece el mecanismo de compensación correspondiente a los Servicios Complementarios, que incluyen la Regulación de Frecuencia.

Se debe precisar que en el Reglamento del MME se dispone que la definición de los Servicios Complementarios y su remuneración por parte de los participantes, se efectúa de acuerdo con lo establecido en la NTOTR, y no que en esta norma técnica se encontraría esta asignación.

En suma, el texto del Reglamento del MME, no significa que la competencia para definir estas remuneraciones recaiga en el Ministerio de Energía y Minas, puesto que de acuerdo a la propia NTOTR, esta función se realizará mediante un Procedimiento Técnico propuesto por el COES y aprobado por Osinergmin.

Asimismo, de conformidad con lo señalado en el Reglamento del MME, los Grandes Usuarios y Distribuidores también podrán comprar energía eléctrica en el MME, pues hasta la fecha la participación ha sido exclusiva de los Generadores. La premisa consiste en que para el suministro de electricidad que tenga respaldo contractual, el precio del respectivo contrato pagará por el producto con condiciones de calidad, lo que incluye la regulación de frecuencia, a cargo de los generadores. No obstante, si el Participante en el

MME (que como Demanda su participación es voluntaria) retira electricidad de este mercado sin un documento contractual, deberá asumir todos los costos, lo que incluye en general a los Servicios Complementarios, y en particular, a la RSF.

Ello no significa que se traslade los costos de la regulación de frecuencia a toda la demanda, sino que solo se traslada a la demanda participante que no lo está asumiendo en un contrato.

En consecuencia, se recomienda no aceptar la sugerencia.

2.9. Montos no cubiertos por las garantías

SMCV sugiere incorporar en el numeral 11.2.6 el supuesto de que ante un incumplimiento de pago la deuda no resulte cubierta por las garantías presentadas, la entidad fiduciaria se dirija contra el participante deudor en la vía judicial o por cualquier otro medio en nombre y representación de los demás participantes.

Opinión del COES

El COES refiere que las obligaciones de la empresa fiduciaria se restringen a la administración de las garantías que se transfieran al fideicomiso, por lo que una vez agotados los fondos no tiene obligación de dirigirse contra los participantes deudores. Añade que las garantías tienen por finalidad salvaguardar derechos de cobro de los generadores acreedores, pero no reemplazan ni sustituyen los métodos de cobranza convencionales que la legislación peruana otorga a los acreedores.

Análisis

El numeral 8.3 del Reglamento MME establece que el fideicomiso tiene por función administrar las garantías, de acuerdo con los términos y condiciones que se establezcan en el procedimiento técnico respectivo.

En ese sentido, no existe base legal para incorporar a la fiduciaria otras obligaciones no previstas en la legislación vigente. En todo caso, quienes se encuentren afectados por incumplimientos de pago, pueden recurrir a los métodos de cobranza previstos normativamente, conforme se viene pactando en la actualidad.

Por lo expuesto, no se debe acoger la sugerencia.

2.10. Sanciones por remisión de información incorrecta

SMCV también señala que se deben establecer sanciones a los participantes que remitan información errónea o falsa, por lo que el COES debe informar de estos sucesos a Osinergmin.

Opinión del COES

El COES indica que independientemente de lo que disponga el procedimiento técnico, Osinergmin tiene facultades para sancionar a los participantes que remitan información errónea o falsa.

Análisis

En caso de incumplimiento del procedimiento o el reglamento al momento de ejecutar una garantía, Osinergmin se encuentra facultado legalmente según sus funciones para sancionar, de conformidad con lo establecido en el numeral 9.1 del Reglamento del MME, concordado con el Capítulo IV del Título V del Reglamento General de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y lo previsto en el artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Por lo expuesto, no se debe acoger la sugerencia.

2.11. Facultad de impugnación al cálculo de la garantía y su ejecución

SMCV señala que el numeral 11.2.11 establece la imposibilidad de impugnar, mediante recursos y acciones previstos en el Estatuto del COES, al cálculo de la garantía y su ejecución.

Añade que conforme al artículo 14 inciso k) de la Ley N° 28832, el COES tiene como función operativa, la de resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la Ley, del Reglamento, de las normas técnicas, de los procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como de los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones. En esa misma línea, agrega que el artículo 37 del Reglamento COES establece que podrán ser impugnadas las decisiones emitidas por la Asamblea, el Directorio y el Director Ejecutivo del COES que están destinadas a producir efectos sobre los intereses, obligaciones o derechos de cualquier Agente dentro de una situación concreta.

En el caso concreto, SMCV considera que tanto la determinación del monto de la garantía como su ejecución producen efectos concretos sobre los intereses, obligaciones y derechos de los Participantes, siendo contrario al principio de jerarquía normativa que un procedimiento técnico acote los alcances de la Ley N° 28832 y el Reglamento COES. Así, señala que, en el caso del cálculo de la garantía, el COES puede establecer un monto equivocado que genere la imposibilidad de participar en el MME, ya que el Participante válidamente puede negarse a constituirla por considerar erróneo el monto calculado por el COES. Mientras que, en el caso de la ejecución de la garantía, el COES puede incurrir en error al aplicar las condiciones para la ejecución de la garantía, con lo cual, es claro que el error generará un perjuicio económico en el Participante que debe ser revertido.

De acuerdo a ello, refiere que frente a los casos de error en la aplicación del Procedimiento Técnico por parte del COES, resulta plenamente válido que los Agentes utilicen los recursos de reconsideración y apelación previstos por la Ley N° 28832 y el Reglamento COES.

Por otra parte, señala SMCV que, dado que el numeral 11.1 del Estatuto del COES establece que únicamente las Decisiones de la Dirección Ejecutiva pasibles de impugnación son las emitidas directamente por ésta o a través de la Dirección de Operaciones o de la Dirección de Planificación de Transmisión, sugerimos establecer expresamente que el Director Ejecutivo como principal órgano de gerencia y administración del COES, debe asumir directamente la responsabilidad de calcular los montos de las garantías y los de su ejecución, con la finalidad de evitar que al interior del COES una vez aprobado el procedimiento, se delegue a unidades orgánicas cuyas decisiones no sean posibles impugnar por parte de los afectados.

Sin perjuicio de lo expuesto, sugiere que Osinergmin incorpore un dispositivo en el cual se prevea la aplicación de los derechos contemplados en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Opinión del COES

El COES señala que el monto de las garantías se obtiene de la suma de ocho ítems, cada uno de los cuales consistirá en aplicar fórmulas, siendo ello una aplicación objetiva donde existe nulo margen de error, aunque existe una etapa para que los participantes hagan llegar sus observaciones al COES.

Además, refiere que, incluso permitiendo la impugnación de la determinación del monto, ello tardaría unos 45 días hábiles, mientras que las garantías se determinan mensualmente, por lo que la impugnación se resolvería cuando el monto ya no se encuentre vigente.

Por otro lado, respecto a la ejecución de las garantías, el COES indica que no se pueden revertir decisiones que ya han sido ejecutadas.

Análisis

No corresponde establecer la posibilidad de impugnar el cálculo del valor de la garantía que realiza el COES, pues es un aspecto operativo, producto de criterios previamente definidos y sometidos a la intervención de los agentes; no obstante, para la corrección de eventuales errores se deberá dotar de la posibilidad de las empresas para remitir sus comentarios y observaciones.

El proceso para ejecución de garantías debe tener características de inmediatez, por la propia naturaleza del instrumento, en tanto concurran las causales objetivas previstas en la normativa y el procedimiento técnico. Ante un retiro (aspecto objetivo) existirá una obligación de pago (aspecto objetivo) que debe ser saldada, para ello, todo el funcionamiento del MME está dotado de una serie de criterios y metodologías que controlan el ejercicio de

arbitrariedad, lo que halla su amparo en el Reglamento del MME y la Ley N° 28832, en lo relativo a la constitución de garantías.

Una garantía no podría estar sujeta a todo un proceso de impugnación en las diferentes instancias o vías posibles de acción, ya que ello representaría el mismo camino a seguir cuando no existe este instrumento líquido y de ejecución inmediata, según las características que señala el Reglamento del MME.

Cuando no existe garantía, será el acreedor que, ante incumplimientos, deberá accionar legalmente para cobrar la deuda. En el otro lado, cuando existen garantías, en el supuesto que se presentara una ejecución incorrecta a favor del acreedor, la otra parte no pierde el derecho de exigir la devolución por un pago indebido, activando todos los medios legales que tutelan su derecho. El esquema de establecimiento de garantías, se ha puesto en este último supuesto.

En cuanto a la aplicación del TUO de la LPAG dentro del accionar del COES, conforme se ha desarrollado en el análisis de comentarios de la SMCV de otros procedimientos, el COES no está supeditado a las disposiciones administrativas del Estado, según la normativa sectorial; sin perjuicio de que, en su estructura interna y los procedimientos que aprueba Osinergmin, se respetan los principios generales del derecho, entre los cuales, pueden encontrarse algunos principios y derechos contenidos en el TUO de la LPAG.

Por lo tanto, no corresponde aceptar la sugerencia.

3. Procedencia de publicar el nuevo Procedimiento Técnico

3.1. Habiéndose cumplido todas las etapas previstas en la Guía, esta Asesoría considera procedente someter al Consejo Directivo la resolución que aprueba el PR-46.

3.2. Se advierte que la propuesta presentada por el COES y la respuesta a las observaciones efectuadas a la misma, así como el análisis de los comentarios y sugerencias, cuentan con la debida aprobación del Directorio del COES, cumpliéndose de ese modo lo establecido en el numeral 5.1 de la Guía.

3.3. La resolución que dispone la aprobación del PR-46 ha sido elaborada por el área técnica, en colaboración de esta Asesoría, y se encuentra apto para ser sometido al análisis y aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin, a fin de disponer su publicación en el diario oficial El Peruano.

3.4. La propuesta del PR-46, así como los comentarios al proyecto en sus aspectos técnicos, esta Asesoría Legal no se pronunciará, correspondiendo al área técnica realizar el respectivo análisis, conforme consta en su informe respectivo.

3.5. Luego de su publicación, el PR-46 deberá entrar en vigencia el 2 de octubre de 2017.

4. Conclusión

Por las razones expuestas en el presente Informe, esta Asesoría considera procedente someter a la aprobación del Consejo Directivo la resolución que aprueba el Procedimiento Técnico del COES N° 46 “Garantías y Constitución de Fideicomiso para el Mercado Mayorista de Electricidad”.

Firmado por: CASTILLO SILVA Maria Del Rosario (FAU20376082114)
Oficina: GRT - San Borja
Cargo: Asesora Legal de la GRT
Fecha: 2017.09.12 20:59:01

Firmado por: LEON MILLA Neyel Alden (FAU20376082114)
Oficina: GRT - San Borja
Cargo: Especialista Legal Gerencia de Regulación de Tarifas
Fecha: 2017.09.12 21:00:49

/edv