



San Isidro, 24 DIC. 2009.

CS-1031 - 2009

Señor Ingeniero  
**Jaime Guerra Montes de Oca**  
Director Ejecutivo (e)  
COES  
Ciudad.

**Asunto: Recurso de Apelación por las Valorizaciones de las Transferencias del mes de Noviembre 2009**

De nuestra consideración:

Mediante la presente, y de conformidad a lo previsto en el Artículo Décimo Primero del Estatuto del COES, interponemos formal Recurso de Apelación al Directorio contra las decisiones adoptadas por la Dirección Ejecutiva del COES respecto a la aprobación de las Valorizaciones de las Transferencias de Potencia y Energía correspondientes al mes de Noviembre 2009, en lo que respecta a: i) los factores de proporción empleados para asignación de retiros sin contrato para efectos de la aplicación de lo establecido en el Decreto de Urgencia N° 049-2008; y, ii) el cálculo de los factores de pérdida correspondientes al mes de noviembre de 2009, conforme lo establecido por Acuerdo del Directorio señalado en el numeral 3 de la O.D.1 de la Sesión de Directorio N° 330, del 23 de abril de 2009, según explicamos a continuación:

**1. Factores de proporción empleados para asignación de retiros sin contrato a DUKE ENERGY EGENOR conforme al D.U. 049-2008:**

Al respecto, consideramos que la Dirección Ejecutiva ha determinado Factores de Proporción para asignar los retiros sin contratos en contra de lo establecido por la normativa vigente y, en particular, de la Resolución OSINERGMIN N° 001-2009-OS/CD "Procedimiento para Compensación de los Costos Variables Adicionales y de los Retiros Sin Contratos".

En tal sentido, en el numeral 4.4 del artículo 4 del "Procedimiento para Compensación de los Costos Variables Adicionales y de los Retiros Sin Contratos" de la Resolución OSINERGMIN N° 001-2009-OS/CD, se indica textualmente: "4.4. Los Factores de Proporción se calcularán en el primer mes de cada año calendario, con la EFEA que resulta de cubrir la demanda prevista de energía anual con la EFA de las centrales generadoras existentes y aquellas cuya puesta en operación esté prevista de producirse hasta antes del 31 de diciembre de dicho año."

Así, considerando las centrales de generación existentes y aquellas que están previstas para entrar en operación hasta antes del 31 de diciembre de 2009, resulta evidente que el cálculo debe ser anual y por ende, comportar el empleo de un factor de aplicación también anual. Sin embargo, la Dirección Ejecutiva, en cumplimiento del Acuerdo de Directorio ha aplicado factores mensuales, en manifiesta contradicción con dicho dispositivo legal. Cabe indicar que, al igual que en el año 2008, la Dirección Ejecutiva determinó inicialmente los Factores de Proporción para el año 2009 y no valores mensuales.

Es por ello que, ante la decisión del Directorio del COES, en el acuerdo de la O.D.3 numeral 3 de su Sesión N°329 respecto a la determinación de los Factores de Proporción, DUKE ENERGY EGENOR ha propuesto al COES que se modifiquen algunas definiciones y otros aspectos de dicho Procedimiento para evitar mayores distorsiones e inequidades en lo aprobado por el Directorio de COES.

Así, se ha propuesto modificar la definición de “Energía Firme Eficiente Anual (EFEA)” del Procedimiento al siguiente texto: “1.16 Energía Firme Eficiente Anual (EFEA): Energía Firme Anual de cada Generador que resulta luego de ordenar las EFA de las centrales de generación en base a sus costos variables hasta cubrir la demanda anual si ello es factible, considerando como costo variable límite el costo variable al que se refiere el numeral 1.2 del DU-049-2008”.

Ello conlleva a que la demanda de los retiros sin contratos que falte cubrir sea prorrateada entre la EFEA determinada con la nueva definición.

Así, si la Energía Firme Eficiente Anual así definida no llegara a cubrir la demanda, los factores de proporción se calcularían haciendo que la demanda iguale la EFEA y estos factores se aplicarían a la demanda sin contratos.

Para ello también habrá que adecuar el numeral 7.1 del Procedimiento.

Sustentamos nuestro pedido en que no resulta racional considerar unidades térmicas con altos costos variables dentro del cálculo de energía firme eficiente, estas unidades cumplen una importante función de reserva del sistema; considerarlas como unidades eficientes es un despropósito que también advirtió el OSINERGMIN cuando redactó el penúltimo párrafo del numeral 2.1.1 del Informe N° 0040-2008-GART “Procedimiento para la Asignación de los Retiros de Potencia y Energía sin Contratos para el Mercado Regulado ordenado por la Ley N° 29179”, y cuyo texto es el siguiente:

“El parque de generación de la mayoría de empresas generadoras está compuesto tanto por unidades de bajos costos variables como por unidades con altos costos variables que normalmente no operan, salvo condiciones especiales como indisponibilidades en unidades de bajos costos o congestiones del sistema de

transmisión; por esta razón, **no es adecuado utilizar la energía firme anual de las unidades con altos costos variables dentro de la estimación de la Energía Firme Eficiente Anual**".

[Nota: El subrayado y al letra negrita es nuestro].

A este efecto interesa fundamentalmente es el tema conceptual, aún cuando ello se refiere a la Ley 29179 -vigente durante el año 2008 para el mismo problemas de retiros sin contratos-, es la racionalidad técnica y económica; no se le puede asignar retiros a unidades de costos tan altos (mayores de 200 US\$/MWh) que sólo van a perjudicar a las empresas que tienen dichas unidades a pesar de que éstas pueden cumplir un rol de unidades de emergencia ante contingencias en el sistema.

Sin embargo, la EFEA de los generadores calculada con la demanda de energía anual ejecutada debe considerar la definición propuesta de la EFEA; es decir no se incluirá la energía anual ejecutada de aquellas unidades cuyos costos variables sean mayores que el valor límite indicado en la nueva definición.

De otro lado, los costos variables a considerar deben ser los de las correspondientes Fijaciones de Tarifas en Barra; una de enero a abril y otra de mayo a diciembre.

Cabe indicar asimismo, para mejor comprensión del tema, que en el Informe N° 0015-2009-GART del OSINERGMIN, en el numeral 2.1 "Asignación de Retiros Sin Contratos" se precisa que el DECRETO (refiriéndose la D.U. N° 049-2008) establece que los retiros de potencia y energía de las distribuidoras que no cuenten con contratos de suministro de energía que los respalden, serán asumidos por los generadores en proporción a la diferencia entre su EFEA y sus ventas de energía por contratos; "**siendo estos términos similares a lo establecido en la Ley N° 29179 para el año 2008**", pero agregándose una compensación para las centrales que operan para cubrir estos retiros sin contratos. Cabe recordar que en el 2008 COES calculó Factores de Proporción anual y que hubo un recálculo al final del año.

2. **El cálculo de los Factores de Pérdidas correspondientes al mes de noviembre de 2009, conforme lo ordenado por el Directorio mediante la Sesión de Directorio N°330;**

Conforme se indica en el informe de valorización correspondiente al mes de noviembre de 2009, la Dirección Ejecutiva, ha realizado los cálculos de los factores de pérdidas correspondientes al mes de noviembre de 2009, considerando lo dispuesto por el Directorio en su Sesión N°330, la misma en la que establecieron lo siguiente:

- i) En concordancia con lo dispuesto por el inciso 1 del Art 1 del Decreto de Urgencia N° 049-2008, para la expansión de los costos marginales de corto plazo calculados en la Barra de Referencia a otras barras del SEIN, se emplearán factores de pérdidas calculados considerando, en el modelamiento de la red eléctrica, las instalaciones de transmisión previstas en el Plan Transitorio de Transmisión o en el Plan de Transmisión que lo sustituya.
- ii) En caso aún se presentaran restricciones de transmisión, se considerará la adición de instalaciones de transmisión no previstas en el Plan Transitorio de Transmisión o Plan de Transmisión, según corresponda, que sean necesarias para eliminar la restricción.

Como se aprecia, la Dirección Ejecutiva ha aplicado una nueva fórmula para valorizar las transferencias, completamente distinta a la planteada en el Decreto de Urgencia N° 049-2008. En efecto, según las instrucciones del Directorio, para realizar el cálculo se han afectado dos factores: 1) las pérdidas del sistema; y 2) las restricciones del sistema, no obstante que el Decreto de Urgencia N° 049-2008 no regula, modifica ni suprime la actual fórmula de cálculo del factor “pérdidas del sistema” conforme las disposiciones vigentes, como explicaremos a continuación.

Mediante el Decreto de Urgencia N° 049-2008, el Ejecutivo dictó las medidas necesarias para solucionar las externalidades negativas derivadas de las restricciones del transporte de gas natural y la congestión de las líneas de transmisión. Una de ellas consistió en proponer una fórmula nueva para calcular el costo marginal y evitar así la distorsión del sistema, modificando la fórmula clásica para determinar el costo de la energía prevista en la Ecuación de Lagrange, la cual como es de su conocimiento, presenta tres factores fundamentales:

- i) el **Costo Marginal de la barra de referencia;**
- ii) las **pérdidas** del sistema de transmisión en el que se realiza el cálculo; y,
- iii) las **restricciones** del sistema

Precisamente el cambio introducido por el Decreto de Urgencia N° 049-2008, se encuentra en el artículo 1.1 de la norma en mención:

*“Artículo 1.- Costos Marginales de Corto Plazo*

*Para efectos del despacho económico a que se refiere el marco regulatorio de electricidad, se seguirán los siguientes criterios:*

*1.1 Los costos marginales de corto plazo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), se determinarán **considerando que no***

*existe restricción de producción o transporte de gas natural ni de transmisión de electricidad.*

(...)” [Énfasis agregado]

Como se advierte de la lectura del artículo 1.1, la modificación establecida por el Ejecutivo para resolver los problemas antes descritos consistió en retirar de la operación matemática antes descrita uno de los factores, a saber, el factor consistente en la restricción del sistema, dejando a salvo los otros factores para realizar el cálculo, pues, como se advierte de la lectura de la misma, no hay pronunciamiento alguno sobre ellos.

Es decir, a partir del 1 de enero de 2009 (fecha de entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 049-2008) y hasta el 31 de diciembre de 2011, la Ecuación de Lagrange que debe emplearse para calcular el costo de la energía sólo tendrá en consideración dos factores:

- i) el Costo Marginal de la barra de referencia; y,
- ii) las pérdidas del sistema.

Lo antes señalado, ha sido corroborado por el “Peritaje Técnico sobre la Aplicación del DU 049-2008 respecto de los Factores de Pérdida Marginales, realizado por la Universidad de San Juan, Argentina”, cuya copia se les hizo llegar con recurso anterior. Como resulta del citado documento, no existe otra manera de entender cuál es el ámbito de la modificación introducida por el Decreto de Urgencia –que a éste efecto no identifica ningún referente en forma expresa- que entendiendo que la misma afecta, precisamente, la ecuación que se utiliza para determinar, justamente, cuál es el costo de la energía. Dicho con otros términos, que la citada ecuación no sea mencionada por la norma en cuestión en nada altera el hecho de que esa ecuación sea la que se utiliza para calcular los costos de la energía y, por lo tanto, que el Decreto de Urgencia N° 049-2009 deba necesariamente operar sobre uno de sus términos.

A pesar de la correcta interpretación técnica del Decreto de Urgencia N° 049 planteada en el mencionado Peritaje Técnico las valorizaciones de las transferencias correspondientes al mes de noviembre de 2009, han aplicado de forma extensiva una norma de excepción, como lo es el Decreto de Urgencia N° 049-2008, tal como se indica en forma explícita en el numeral 2.4 del Informe COES/DO/STR-231-2009 “Valorización de las Transferencias de Energía Activa de Noviembre de 2009”, transgrediendo lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, por lo que tal informe deviene en un acto totalmente nulo.

En efecto, según el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú<sup>1</sup>, se encuentra proscrita la aplicación por analogía de una norma que restringe derechos. Al respecto, el reconocido jurista Marcial Rubio, al analizar los métodos de integración jurídica (es decir, cuando se aplica una norma a un supuesto de hecho no previsto en ella, que es lo que sucedió en la valorización impugnada), señala que existen ciertos límites que impiden el empleo del método de integración analógico. Uno de ellos es el que señala que no es posible utilizar la analogía a partir de **normas excepcionales o especiales**, pues son normas “*cuyo ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva*”<sup>2</sup>.

Ciertamente, un Decreto de Urgencia es una norma **extraordinaria y excepcional** con fuerza de ley, dictada por el Poder Ejecutivo en materia económica y financiera, cuando así lo demanda el interés general<sup>3</sup>. Atendiendo a que se trata de una norma con rango de ley dictada por el Ejecutivo, a efectos de asegurar el sistema clásico de división de poderes, en el cual es el Poder Legislativo quien tiene como función la emisión de leyes, esta potestad dada al Ejecutivo en la Constitución se encuentra severamente restringida, estando habilitado únicamente a emitir normas cuando se presenten las condiciones de urgencia exigidas para ello<sup>4</sup>, siendo dichas normas solamente aplicables a los supuestos de hecho expresamente previstos en ellas.

Claro está que una norma emitida por el Ejecutivo, que tiene supuestos de hecho limitados, vigencia en el tiempo limitada, y obligación de dar cuenta al Congreso,

<sup>1</sup> “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia  
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
(...)  
9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos  
(...)”.

<sup>2</sup> **RUBIO, Marcial.** *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.* Novena Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 252.

<sup>3</sup> “Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República  
Corresponde al Presidente de la República:  
(...)  
19 Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.  
(...)”

<sup>4</sup> Marcial Rubio, al analizar la extraordinariedad del decreto de urgencia, señala que la prerrogativa dada al Poder Ejecutivo para legislar en materia económica y financiera se encuentra, además, en la urgencia de encontrar una solución que satisfaga el interés nacional. Es por este motivo que no es posible esperar a que sea el Poder Legislativo quien analice los hechos y, tras realizar por todo el trámite exigido por la Constitución, emita la ley necesaria, pues la urgencia de la situación lo impide. Ver: **RUBIO, Marcial.** *Para conocer la Constitución de 1993.* Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 206.

es una norma que no puede extenderse a otros supuestos de hecho no regulados por ella, pues su *ratio legis* es ser una norma de excepción.

La Dirección Ejecutiva, para la determinación de los costos marginales de corto plazo en el mes de mayo, no sólo ha considerado la inexistencia de restricciones en el sistema de transmisión sino **que también ha considerado por analogía, las pérdidas de dicho sistema ideal, aún cuando esta consideración jamás fue dispuesta en el Decreto de Urgencia N° 049-2008.**

Asimismo, para los factores de pérdida, la Dirección Ejecutiva ha aplicado una fórmula nueva, no prevista en nuestro ordenamiento legal, considerando en el modelamiento de la red eléctrica, las instalaciones de transmisión previstas en el Plan Transitorio de Transmisión o en el Plan de Transmisión que lo sustituya; y aún en caso aún se presentaran restricciones de transmisión, considerando la adición de instalaciones de transmisión no previstas en el Plan Transitorio de Transmisión o Plan de Transmisión, según corresponda, que sean necesarias para eliminar la restricción.

Dicha nueva fórmula resulta abiertamente contraria a la Resolución OSINERGMIN N° 001-2009-OS/CD que aprueba los "Procedimientos para Compensación de los Costos Variables Adicionales y de los Retiros Sin Contrato", de fecha 09.01.2009, que establece en el literal a) del numeral 5.3 que: *"Cada día se determinará el Costo Marginal.....utilizando la misma información y consideraciones utilizadas en la elaboración del último Programa de Operación Diario...."*.

A pesar de lo establecido en la citada Resolución OSINERGMIN N° 001-2009-OS/CD, lejos de utilizar la información y consideraciones del último Programa de Operación Diario, la Dirección Ejecutiva ha considerado instalaciones de transmisión que aún se encuentran en proceso de construcción, así como de líneas que todavía no han llegado a ser licitadas por Proinversión.

En el supuesto negado que el Decreto de Urgencia N° 049-2008 hubiese dispuesto o de cualquier manera hubiera permitido modificar los factores de pérdidas marginales, la única opción compatible con la Resolución OSINERGMIN N° 001-2009-OS/CD, que establece que para determinar el costo marginal debe utilizarse la misma información y consideraciones utilizadas en la elaboración del último Programa de Operación Diario, es la de incrementar la capacidad de transmisión de las líneas congestionadas.

Finalmente, debemos señalar que en las actas del Directorio que sustentan la valorización objeto de la presente apelación, se argumenta que el COES ha determinado los factores de nodo considerando restricciones de transmisión, lo cual es contradictorio con los propios reportes del COES (horas de operación), puesto que en la operación real no ha habido congestión excepto en un par de períodos cortos de tiempo, y lo mismo debe de evidenciarse en las simulaciones

teóricas. El sistema tiene pérdidas altas debido a la falta de oferta en el norte y no a un problema de congestión.

Por los motivos antes expuestos, es evidente que la interpretación aplicada por la Dirección Ejecutiva para los factores de pérdida, es contraria al Decreto de Urgencia N° 049-2008, a la Constitución, respecto a la ampliación de una excepción, y a la Resolución OSINERGMIN N° 001-2009-OS/CD.

Por tanto, solicitamos a la Dirección Ejecutiva del COES dar el trámite debido a nuestro Recurso de Apelación contra las decisiones de su despacho comunicadas con cartas COES/D-2015-2009, COES/D-2016-2009 y COES/D-2017-2009, del 10 de diciembre pasado, de tal manera que dicho Recurso de Apelación sea elevado al Directorio y, posteriormente, resuelto por éste.

Atentamente,



JULIO VELASQUEZ  
Subgerente Comercial  
DUKE ENERGY EGENOR S. EN C. POR A.