

INFORME DEFENSORIAL N° 75

INFORME SOBRE LA APLICACIÓN DE INTERESES A LOS ADEUDOS DE USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

I. ANTECEDENTES Y ALCANCES DEL INFORME

Desde el inicio de sus actividades, la Defensoría del Pueblo ha recibido reiteradas consultas y quejas referidas a la aplicación de intereses a los adeudos de los usuarios del servicio público de electricidad. Los usuarios han cuestionado que las empresas concesionarias del servicio público de electricidad apliquen a sus adeudos, en forma simultánea, intereses compensatorios y moratorios calculados sobre la base de la Tasa Activa Promedio en Moneda Nacional (TAMN). Señalan que esta aplicación, además de ser contraria a lo dispuesto por el Código Civil, perjudica a los usuarios más pobres y hace más difícil la recuperación del servicio cortado por incumplimiento en el pago.

Pese a haberse producido dos modificaciones del texto del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas y un cambio de criterio resolutivo en la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), en la actualidad encontramos que los usuarios del servicio público de electricidad continúan cuestionando el cobro de intereses compensatorios conjuntamente con intereses moratorios o “recargos por mora”, así como el trato diferenciado más oneroso respecto de las deudas por la prestación de otros servicios, sujetos a las disposiciones del Código Civil.

El presente informe se propone analizar las normas que regulan la aplicación de intereses a las deudas de usuarios en el servicio público de electricidad, a efectos de evaluar su racionalidad y legalidad. El propósito que anima la intervención de la Defensoría del Pueblo, es formular recomendaciones para que se adopten las medidas necesarias destinadas a asegurar una adecuada protección de los derechos de los usuarios.

II. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El artículo 162° de la Constitución Política del Perú y el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, disponen que corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la población.

En cumplimiento de su mandato constitucional, y conforme a lo señalado en el artículo 26° de su Ley Orgánica, el Defensor del Pueblo puede, con ocasión de sus investigaciones, formular advertencias, recomendaciones y recordatorios de sus deberes

legales a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública. Asimismo, puede sugerir la adopción de nuevas medidas con relación a hechos que impliquen mal funcionamiento de la administración estatal, la inadecuada prestación de un servicio público y/o la violación de derechos constitucionales.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE

- Constitución Política del Perú.
- Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.
- Código Civil, artículos 1242° y siguientes, y 1324°.
- Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- Decreto Supremo N° 006-98-EM, que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos.
- Ley N° 26734, Ley de creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).
- Decreto Ley N° 25962, Ley Orgánica del Ministerio de Energía y Minas.
- Decreto Ley N° 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú.
- Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).
- Decreto Supremo N° 011-2003-EM, que modifica el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE, que precisa la aplicación del interés moratorio a que hace referencia el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- Circular N° 024-96-EF/90, tasas de interés en moneda nacional fijadas por el Banco Central de Reserva del Perú, vigentes a partir del 01 de agosto de 1996.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Obligación constitucional del Estado de proteger los intereses de los consumidores y usuarios

El artículo 58º de la Constitución establece que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En tal sentido, y en concordancia con lo establecido por los artículos 11º del Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada) y 2º del Decreto Legislativo N° 758 (Ley de Promoción de Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos), el Estado es titular de la prestación de los servicios públicos.

Asimismo, el artículo 65º de la Constitución establece que “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular por la salud y la seguridad de la población”. En consecuencia, el Estado se encuentra obligado a proteger los intereses de los consumidores y usuarios, con mayor razón en el caso de la prestación de los servicios públicos.

Naturaleza jurídica de la relación entre los usuarios y las empresas concesionarias

Como se menciona en la Resolución Defensorial N° 3-98/DP, la relación que se establece entre un usuario y una empresa concesionaria de un servicio público es una relación de derecho público, dado que la prestación de este servicio deriva del ejercicio de la función administrativa, apreciándose que la relación existente entre los usuarios y las empresas concesionarias tiene la misma naturaleza jurídica de la relación que la origina.

El criterio antes expuesto se sustenta también en que el derecho público constituye el marco más adecuado para otorgar una mejor y más efectiva protección a los derechos de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de la aplicación de algunas normas y principios del derecho privado, siempre que ello no desnaturalice la esencia del servicio público y favorezca además al usuario o consumidor.

Al tratarse de una relación de derecho público, la prestación de los servicios públicos a los usuarios debe regirse por principios básicos destinados a garantizar sus derechos e intereses. Entre estos principios básicos tenemos los siguientes:

- Igualdad en la prestación del servicio.- Los usuarios de un mismo servicio deben estar regidos por una misma tarifa;
- Causalidad.- Sólo procederá el cobro de la tarifa en la medida en que el usuario reciba en forma efectiva un servicio;
- Certeza.- Las tarifas deben estar previamente determinadas por una autoridad competente y deben ser conocidas por los usuarios;
- Irretroactividad.- La tarifa rige solamente para aquellos servicios que sean proporcionados con posterioridad a su entrada en vigencia;
- Razonabilidad en la determinación de tarifas.- Proporcionalidad entre el servicio que se presta y la tarifa que se establece.

El texto original del artículo 176° y la Resolución Defensorial N° 3-98/DP

El artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas se refiere a la aplicación de intereses a las acreencias de las empresas concesionarias en el servicio público de electricidad. El texto original de dicho artículo, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM, establecía lo siguiente:

“Los concesionarios están autorizados a aplicar a sus acreencias un interés compensatorio capitalizable y un recargo por mora.

El interés compensatorio será equivalente al promedio de la tasa activa en moneda nacional vigente en el sistema financiero al momento de su aplicación.

El recargo por mora será equivalente al 30% de dicho interés compensatorio.

La aplicación del interés compensatorio se efectuará a partir de la fecha de emisión de la factura que no haya sido oportunamente cancelada, hasta la fecha de su cancelación.

El recargo por mora se aplicará a partir de la fecha de vencimiento, consignada en la respectiva factura, hasta la fecha de su cancelación”.

El artículo citado consideraba la aplicación de dos tipos de intereses: los compensatorios, calculados sobre la base de la tasa activa en moneda nacional vigente, y los moratorios, llamados “recargo por mora”, que equivalían al 30% del interés compensatorio. Cabe señalar que la norma en mención permitía la aplicación simultánea de los intereses compensatorios y moratorios a los adeudos de los usuarios. Además, los intereses compensatorios eran capitalizables y se aplicaban desde la fecha de emisión de la factura impaga. Estos aspectos fueron cuestionados por los usuarios del servicio público de electricidad, quienes consideraban que tales disposiciones se oponían a lo establecido en el régimen civil.

La Defensoría del Pueblo recibió diversas quejas y consultas de usuarios del servicio público de electricidad respecto de la legalidad del cobro que realizaban las empresas concesionarias sobre la base del artículo antes citado y, principalmente, por la presunta infracción al principio de legalidad que se habría producido al contravenir los artículos 1249° y 1250° del Código Civil.

En atención a ello, se realizó un estudio sobre la aplicación de los intereses a las deudas de usuarios en el servicio público de electricidad, el mismo que se hizo público a través de la Resolución Defensorial N° 3-98/DP del 28 de enero de 1998. En ella, la Defensoría del Pueblo recomendó al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República la derogación del artículo 176° del Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, por afectar los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad y legalidad, indicándose que el citado artículo establecía “un trato diferenciado más oneroso a los consumidores de energía eléctrica que a quienes se encuentran sujetos a las normas civiles o que a los usuarios de los servicios de agua y telefonía fija”.

La modificación del Decreto Supremo N° 006-98-EM

Atendiendo a las recomendaciones propuestas en la Resolución Defensorial N° 3-98/DP, el Poder Ejecutivo dispuso la modificación del texto original del Reglamento de

la Ley de Concesiones Eléctricas, mediante Decreto Supremo N° 006-98-EM, publicado el 18 de febrero de 1998. El texto del artículo 176° modificado fue el siguiente:

“Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias el interés compensatorio y moratorio que fije el Banco Central de Reserva del Perú.

La aplicación del interés compensatorio se efectuará a partir de la fecha de vencimiento de la factura que no haya sido cancelada oportunamente, hasta el noveno día calendario de ocurrido el vencimiento. A partir de ese momento se devengarán intereses moratorios.

El concesionario informará al usuario que lo solicite el tipo de interés y los plazos aplicados”.

De esta manera, se introdujeron los siguientes cambios:

- Se eliminó la mención a que el interés compensatorio, aplicable a las acreencias de las empresas concesionarias, tenía la condición de “capitalizable”.
- Se eliminó la mención a la aplicación de un “recargo por mora”. En la modificación se incluyó el interés moratorio.
- Se eliminó la mención a la aplicación como interés compensatorio, del “promedio de la tasa activa en moneda nacional vigente en el sistema financiero al momento de su aplicación”.
- Se estableció que procedía la aplicación sucesiva de las tasas de interés. Así, se dispuso la aplicación inicial del interés compensatorio, desde el vencimiento indicado hasta el noveno día calendario siguiente, y la aplicación posterior del interés moratorio, a partir del décimo día siguiente al vencimiento.
- Se dispuso que la aplicación del interés compensatorio no se efectúe “a partir de la fecha de emisión de la factura”, sino “a partir de la fecha de vencimiento de la factura”.
- El interés compensatorio pasaba a aplicarse a partir del vencimiento indicado en la factura impaga. El interés moratorio se aplicaría a partir del décimo día calendario siguiente al vencimiento indicado en la factura.

Es claro que la modificación aprobada por el Decreto Supremo N° 006-98-EM pretendía conciliar el tratamiento que el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas otorgaba al tema de la aplicación de intereses a los adeudos de usuarios, con la regulación sobre la materia contenida en el Código Civil.

Cabe resaltar que la modificación aprobada por el referido Decreto eliminaba la mención a la aplicación de la tasa activa en moneda nacional, que sí estaba contenida expresamente en el texto derogado. Es evidente que esta eliminación no era casual. Debía entenderse que el retiro de la mención a la tasa activa en moneda nacional

implicaba la intención de la norma de que dicha tasa no fuera aplicada en lo sucesivo a las acreencias de las empresas concesionarias.

Interpretación de las empresas concesionarias sobre la modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 006-98-EM

Las empresas concesionarias del servicio público de electricidad debieron acondicionar su accionar a las modificaciones dispuestas por el Decreto Supremo N° 006-98-EM. Sin embargo, la práctica demostró que estas empresas interpretaron la norma de manera errónea y favorable a sus intereses, sin tener en consideración la normativa de mayor jerarquía contenida en el Código Civil, en claro perjuicio del interés de los usuarios.

Pese al expreso mandato del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, modificado por el Decreto Supremo N° 006-98-EM, las empresas concesionarias del servicio público de electricidad decidieron aplicar el íntegro de la Tasa Activa Promedio en Moneda Nacional (TAMN), por nueve días, como interés compensatorio, y desde el décimo día siguiente, aplicar además el 15% adicional en calidad de interés moratorio.

Esta particular interpretación de las empresas concesionarias obligaba a definir los siguientes temas:

- Un primer asunto era la forma en que debía aplicarse los intereses compensatorios y moratorios. La interpretación literal del texto modificado del artículo 176° señalaba que ambos intereses se aplicarían EN FORMA SUCESIVA y NO SIMULTÁNEA O ACUMULATIVA. La interpretación de las empresas concesionarias pretendió que ambos intereses corrieran EN FORMA ACUMULATIVA y SIMULTÁNEA.
- Un segundo tema que debió tratarse es el referido a la tasa de interés aplicable, al haberse eliminado la expresa mención a la aplicación de la Tasa Activa en Moneda Nacional (TAMN). En este caso, las posiciones eran también diversas: Las empresas concesionarias interpretaron que se debía aplicar como interés compensatorio el tope fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, que correspondía a la TAMN y como interés moratorio, el equivalente al 15% de la TAMN, lo que luego de la aplicación acumulativa y simultánea, implicaba que a partir del décimo día se aplicaba el 115% de la TAMN a las acreencias de las empresas concesionarias. Otra interpretación señalaba que lo que debió aplicarse, a falta de pacto expreso, es el interés legal, de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil.

Aplicación simultánea o sucesiva de los intereses compensatorios y moratorios

El artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, modificado por el Decreto Supremo N° 006-98-EM, señalaba que el interés compensatorio corría sólo a partir del vencimiento indicado en la factura o recibo y hasta el noveno día calendario de ocurrido dicho vencimiento. El artículo no permitía interpretar o entender que con posterioridad al noveno día se pudiera seguir cobrando el interés compensatorio. En consecuencia, la interpretación jurídica del texto vigente a partir del D.S. N° 006-98-

EM nos permite afirmar que los intereses compensatorios y moratorios debieron aplicarse en forma sucesiva y no en forma simultánea y acumulativa.

Las empresas concesionarias, sin que hubiese ningún cuestionamiento por la administración de OSINERG de aquel momento, aplicaron exactamente lo opuesto a esta interpretación, entendiendo que habría un error y que la sola aplicación del interés moratorio (15% de la TAMN) sin el interés compensatorio, generaría una situación de injusticia que terminaría beneficiando a aquellos deudores que más se retrasaran.

Esto no es necesariamente cierto: Al 29 de mayo del 2003 la TAMN equivalía a 19.82% anual, mientras que el 15% de la TAMN (tasa del interés moratorio) equivalía al 2.97% anual. Esta tasa es cercana a la Tasa Legal Efectiva (3.35% anual, también al 29 de mayo de 2003) y resulta superior al índice de precios al consumidor. Así, mediante el interés legal no sólo se protege el valor real de la deuda, sino también se deja un margen para cubrir el costo de oportunidad del dinero.

En consecuencia, la interpretación de las empresas concesionarias y de la administración de OSINERG entonces vigente contravenía el expreso mandato del artículo 176° y perjudicaba el derecho de los usuarios del servicio.

Determinación de la tasa de interés a aplicar en la modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 006-98-EM

Con relación a la tasa de interés a aplicar, debe tenerse en consideración que la modificación del texto original del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, en mérito de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 006-98-EM, eliminó la referencia expresa a la aplicación de la Tasa Activa en Moneda Nacional a las deudas eléctricas. A partir de esta modificación se debió suspender la aplicación de la TAMN a las acreencias de las empresas concesionarias, dado que a partir de ese momento ya no había una norma que autorizara a las empresas a continuar aplicando la TAMN a los adeudos de los usuarios del servicio.

El análisis efectuado permite apreciar que la TAMN no era aplicable a las deudas de usuarios del servicio público de electricidad, pero de allí no se desprende cuál debió haber sido la tasa aplicable. Al efecto, debe tenerse presente que el artículo 1245° del Código Civil vigente establece que en caso de no existir pacto expreso que determine la tasa de interés aplicable en forma convencional, se aplica el interés legal. Sin embargo, las empresas concesionarias aplicaron el íntegro de la TAMN como interés compensatorio, mientras que como interés moratorio más el compensatorio aplicaron la TAMN al 115%.

Para interpretar que el interés compensatorio debería ser equivalente a la TAMN, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERG procuró sustentar su opinión en un aviso publicado por el Banco Central de Reserva del Perú el 12 de marzo de 1991, en el cual se indicaba que la tasa de interés compensatorio era equivalente a la TAMN y la tasa de interés legal era similar a la TAMN¹. Sin embargo, desde hace tiempo esta equivalencia se había dejado de lado, y la tasa de interés legal ha venido siendo

¹ Informe Técnico N° GFE-2001-089 del 29 de noviembre 2001.

sustancialmente menor que la TAMN. De allí que resultara injusto y perjudicial para los usuarios que se les siguiera aplicando un criterio que había devenido obsoleto².

El artículo 1246° del Código Civil establece que “Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”. Lo previsto en esta norma concuerda con lo dispuesto por el artículo 1324° del mismo código, referido también a la aplicación del interés legal en caso de mora para las obligaciones de dar sumas de dinero.

En el servicio público de electricidad no existe pacto alguno entre las empresas concesionarias y los usuarios acerca de la tasa de interés que se aplicará a los adeudos que puedan generarse como producto del consumo. De conformidad con las normas antes citadas del Código Civil, en este supuesto debería aplicarse la tasa de interés legal que fije el Banco Central de Reserva del Perú. Adicionalmente, cabe precisar que conforme a lo dispuesto por el Código Civil no podría existir un pacto para el pago de intereses compensatorios a los adeudos de usuarios del servicio público de electricidad, dado que hacerlo implicaría desnaturalizar la institución civil del interés compensatorio. En tal sentido el Código Civil sólo contempla la aplicación de intereses compensatorios cuando se trata de operaciones de financiamiento. En nuestra opinión, la tasa de interés que siempre debió aplicarse a las deudas por la prestación del servicio público de electricidad es el interés legal³.

El cambio de criterio de interpretación de OSINERG

Luego de reiteradas gestiones y opiniones de congresistas, usuarios, consultores y de la propia Defensoría del Pueblo, en las que se cuestionaba la interpretación que las empresas concesionarias venían haciendo del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, durante la primera quincena de marzo de 2003, OSINERG corrigió esta equivocada interpretación, señalando que no resultaba procedente la aplicación simultánea de intereses compensatorios y moratorios.

Según lo informado por el Presidente del Consejo Directivo de OSINERG, ingeniero Alfredo Dammert Lira, “al 28 de febrero del año en curso, la JARU ha recibido 14 reclamos los cuales han sido debidamente atendidos entre el 11 y 20 de marzo del año en curso, estableciendo en tales casos: (i) que la aplicación de los intereses deberá efectuarse de manera sucesiva, por lo que el interés compensatorio solo correrá a partir del día del vencimiento de la factura y hasta el noveno día calendario de ocurrido dicho vencimiento, y a partir del décimo día sólo se devengará el interés moratorio, sin que éste sea acumulable al anterior y; (ii) que la tasa de interés aplicable es la TAMN. Consecuentemente, en los casos resueltos la JARU ha dispuesto la refacturación correspondiente considerando el criterio arriba indicado”.⁴

La Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) de OSINERG interpretó que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 176° no cabía la aplicación simultánea

² Adicionalmente, a la fecha de emisión del Informe Técnico N° GFE-2001-089 ya se encontraba en vigencia la Circular N° 024-96-EF/90, que rige desde el 01 de agosto de 1996.

³ La opinión antes mencionada coincide con la expresada por la Asesoría Legal de OSINERG, en el Memorándum N° AL-0364-2002 fechado el 29 de mayo del 2002.

⁴ Oficio N° 076-2003-OSINERG-PRES del 04 de abril del 2003.

de los intereses compensatorio y moratorio, por lo que a partir del décimo día debía aplicarse sólo el interés moratorio, equivalente al 15% de la TAMN. Adicionalmente, en declaraciones formuladas a los medios de comunicación, el Presidente de OSINERG señaló que los usuarios que se habían visto obligados a pagar intereses en exceso entre febrero de 1998 y marzo del 2003, tenían expedito su derecho a solicitar la devolución de los importes pagados en exceso.

En un aviso publicado en los medios de comunicación, OSINERG señaló que los criterios antes referidos “serán aplicados por la JARU en los procedimientos de reclamos que sobre la materia se le presenten y deberán ser acatados por las empresas concesionarias en sus procesos de facturación”⁵. En el mismo comunicado se precisa que “la JARU se encuentra avocada a revisar y unificar los criterios aplicables tanto por ella como por la Institución en sus labores de fiscalización”. De esta manera, los criterios aprobados deberán ser aplicados por las empresas concesionarias y el acatamiento de tales criterios puede ser fiscalizado por OSINERG, como parte de sus actividades ordinarias.

El Decreto Supremo N° 011-2003-EM

A poco más de una semana de haberse dado a conocer el cambio de criterio de interpretación de la JARU de OSINERG, respecto de la interpretación del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, mediante Decreto Supremo N° 011-2003-EM, publicado el 21 de marzo del 2003, se dispuso una tercera y nueva modificación del artículo en referencia, cuyo texto es el siguiente:

“Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias relacionadas con la prestación del Servicio Público de Electricidad un interés compensatorio y un recargo por mora.

El interés compensatorio será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación. A partir del décimo día se aplicará en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

La tasa máxima de interés compensatorio aplicable será el promedio aritmético entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.

El concesionario informará al cliente que lo solicite el tipo de interés y los plazos aplicados”.

Entre las principales modificaciones que contiene esta nueva redacción, podemos mencionar las siguientes:

- Se retorna a la denominación “recargo por mora”, eliminándose la referencia al interés moratorio. Este cambio tiene el propósito evidente de ratificar que este “recargo” se aplica en adición al interés compensatorio.
- Se define la aplicación del interés compensatorio sobre la base de un promedio, al establecer como interés compensatorio “el promedio aritmético

⁵ Aviso institucional de OSINERG fechado el 11 de marzo del 2003, aparecido entre otros medios, en la edición del Diario La República del 12 de marzo del 2003.

entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros”.

- Se dispone expresamente que la aplicación del recargo por mora se iniciará a partir del décimo día siguiente a la fecha de vencimiento indicado en la factura, y en adición al interés compensatorio, que seguirá aplicándose hasta la cancelación del importe facturado.
- Se establece expresamente que el recargo por mora será equivalente al 15% de la tasa de interés compensatorio.

El Decreto Supremo N° 011-2003-EM establece un régimen de aplicación de intereses menos favorable para los usuarios que el fijado a partir de los criterios considerados en las resoluciones de la JARU de OSINERG. Tampoco se corrigen graves errores conceptuales, como el cobro de intereses compensatorios en un servicio público.

Como se señala en la Resolución Defensorial N° 3-98/DP, el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas “desnaturaliza la institución del interés compensatorio al disponer, por un lado, que se estará obligado al pago del interés compensatorio cuando no se pague el recibo en la fecha de vencimiento. De esta manera, la naturaleza del interés compensatorio está mutando a una de resarcimiento o sanción por el no pago oportuno”.

En lo que se refiere al interés moratorio, la Resolución Defensorial N° 3-98/DP, señala que “el recargo por mora, como lo denomina la norma, no es más que un interés moratorio. Este interés moratorio se comenzará a computar desde la fecha de vencimiento hasta la efectiva fecha de pago (...). La disposición resulta razonable, ya que esa es precisamente la finalidad del interés moratorio. Sin embargo, en este caso se presenta un problema pues en el mismo periodo (...) en que se devengan los intereses moratorios se estarían, además, devengando intereses compensatorios, lo que significaría una contravención a los principios que inspiran el artículo 1246° del Código Civil”.

La Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE

En la misma edición del Diario Oficial “El Peruano” en que se publicó el Decreto Supremo N° 011-2003-EM, se publicó también la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE, la misma que en su artículo único establece lo siguiente:

“El interés moratorio a que hace referencia el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, constituye un recargo al interés compensatorio establecido en el mencionado artículo. Dicho interés deberá ser aplicado adicionalmente al interés compensatorio, a partir del décimo día de vencimiento del comprobante de pago que no haya sido cancelado oportunamente hasta la fecha de su cancelación”

Evidentemente, esta Resolución tiene como referencia el cambio de criterio de interpretación de la JARU de OSINERG antes comentado. De esta manera, la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas pretende modificar el criterio

de interpretación adoptado por la JARU de OSINERG, para que se entienda que los intereses compensatorios y moratorios pueden ser aplicados de manera simultánea.

Mediante esta norma se pretende evitar que las empresas concesionarias se vean obligadas a devolver a los usuarios afectados el importe de los intereses cobrados en exceso, a partir de los nuevos criterios de interpretación establecidos por la JARU de OSINERG. Evidentemente, la Resolución Directoral pretende que sus disposiciones sean aplicadas a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su emisión.

En nuestra apreciación, es cuestionable que se pretenda aplicar lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE a situaciones ocurridas antes de su promulgación y vigencia. El artículo 103° de la Constitución establece que “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. Del mismo modo, el artículo 109° del mismo texto constitucional establece que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que postergase su vigencia en todo o en parte”.

El mandato constitucional es claro en el sentido de establecer que las normas legales rigen hacia delante y que ninguna ley puede regir situaciones previas a su entrada en vigencia, salvo que se trate del caso excepcional de la retroactividad benigna a favor del reo. Este precepto concuerda con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. En consecuencia, la pretensión de la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE de regir situaciones previas a su entrada en vigencia resulta contraria al mandato expreso del texto constitucional.

Además, la Resolución Directoral comentada, pretendiendo tener un carácter interpretativo, resulta alterando el sentido del Decreto Supremo N° 006-98-EM (que había modificado el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas), pese a tratarse de una norma de inferior jerarquía que el referido Decreto. Así, se vulnera el principio de jerarquía de las normas contenido en el artículo 51° de la Constitución⁶.

Finalmente, la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE cita el artículo 161° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas al indicar en su primer considerando que “el artículo 161° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM establece que las entidades dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica podrán cobrar por sus acreencias, la tasa de interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el artículo 176° del Reglamento”.

Al respecto, es pertinente tener en consideración que el texto original (Decreto Supremo N° 003-93-EM) del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas fue modificado mediante el Decreto Supremo N° 006-98-EM, para hacerlo concordante con lo que dispone el Código Civil. Mediante esta modificación se dispuso que los intereses compensatorios y moratorios no serían más acumulables y se eliminó la denominación de "recargo por mora", siendo sustituida por "interés moratorio". Este régimen establecido para el artículo 176° tiene necesariamente que afectar el precepto del artículo 161°.

⁶ “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

Cabe resaltar, además, que el artículo 3° del Decreto Supremo N° 006-98-EM dejaba sin efecto todas las disposiciones que se opusieran a lo establecido en el indicado Decreto Supremo. En consecuencia, y en caso de entenderse que existiese oposición entre ambos artículos, el texto original del artículo 161° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, que sirve de sustento para la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE, habría quedado sin efecto al oponerse al mandato expreso del artículo 3° del Decreto Supremo N° 006-98-EM.

En atención a lo expuesto, consideramos que la Resolución Directoral N° 002-2003 EM/DGE no puede ser aplicada en forma retroactiva, y que pretender hacerlo resulta inconstitucional, de conformidad con el mandato expreso de los artículos 51°, 103° y 109°.

V. TRATAMIENTO DE LOS INTERESES EN LOS DEMÁS SERVICIOS PÚBLICOS

La aplicación de intereses a los adeudos de usuarios del servicio público de electricidad puede ser comparada con el tratamiento que reciben los adeudos de usuarios de los servicios públicos de agua y saneamiento y telecomunicaciones.

La Resolución de Superintendencia N° 019-96-PRES-VMI-SUNASS establece en su artículo 8.10 que para el caso del servicio público de agua y saneamiento, “Los intereses moratorios que la EPS cargará al usuario por falta oportuna del pago de sus obligaciones contractuales, serán los que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las obligaciones en moneda nacional (TAMN)”.

La Resolución de Consejo Directivo de OSIPTEL N° 007-97-CD/OSIPTEL aprueba las Cláusulas Generales de Contratación del Servicio Público de Telefonía Fija. La norma 6.2 de las citadas cláusulas generales establece como obligación de los abonados “Pagar los recibos emitidos por Telefónica en la fecha de vencimiento del mismo. Sin perjuicio de lo antes dispuesto, los abonados del servicio dispondrán de un plazo adicional de ocho días calendario contados a partir de la fecha de vencimiento antes señalada, para la cancelación de sus obligaciones, sin cobro de intereses ni recargo de ninguna naturaleza ni suspensión del servicio telefónico. En caso sea pertinente el cobro de intereses, el abonado deberá pagar el interés moratorio con la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva del Perú para operaciones que realizan las personas ajenas al sistema financiero nacional, desde que el abonado incurre en mora”.

Conforme a estas normas, en los casos de los servicios públicos de agua y saneamiento y de telecomunicaciones, las empresas prestadoras de dichos servicios sólo están autorizadas a aplicar a sus acreencias un interés moratorio, pero no un interés compensatorio.

No advertimos razón alguna que justifique la situación privilegiada que implicaría el cobro de intereses compensatorios en los adeudos de usuarios del servicio de electricidad, mientras que en otros servicios públicos y otras deudas sólo se aplica un interés moratorio.

VI. TRATAMIENTO DE LOS INTERESES EN EL CÓDIGO CIVIL

Intereses Compensatorios e Intereses Moratorios

Un tema que merece atención es el referido a la legalidad de la aplicación de intereses compensatorios a las deudas de los usuarios de un servicio público. Como se ha podido apreciar en el presente informe, las distintas versiones del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, han contemplado siempre la aplicación de un interés compensatorio a los adeudos de los usuarios del servicio público de electricidad, por lo que resulta pertinente analizar el tratamiento que el Código Civil otorga a este tema:

- El artículo 1242° del Código Civil define al interés compensatorio como aquel que “constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien”. El interés moratorio es definido como aquel que “tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”.

El jurista Gastón Fernández Cruz considera conveniente denominar como “lucrativos”, en lugar de compensatorios, a los intereses, “cuando persigan un rendimiento por la aplicación de un capital a una relación jurídica determinada, a lo que comúnmente se ha llamado ‘la contraprestación por el uso de un capital’⁷”. Agrega seguidamente el mismo autor que “En los intereses lucrativos no se persigue resarcir ningún daño; y, menos aún, la prestación de intereses se comporta con características indemnizatorias que la permitan catalogar como una prestación sustituta, tal y cual sucede en la indemnización del daño compensatorio”⁸.

- En consecuencia, el cobro de intereses compensatorios no depende del incumplimiento o mora en el pago. La naturaleza del interés compensatorio depende de que exista “uso del dinero o de cualquier otro bien” de propiedad del acreedor, por parte del deudor⁹. Así, para el cobro de intereses compensatorios, no se establece como un requisito que el deudor incurra en mora. Según el Código Civil, el cobro de intereses moratorios sólo procede en caso el deudor incurra en mora en el pago, o lo que es lo mismo, incumpla con la obligación de pagar en la fecha que corresponde.
- Desde el punto de vista económico, el pago del interés compensatorio es equivalente al pago de un precio por cualquier bien o servicio. En este caso se trata de la prestación de un servicio de financiamiento que puede ocurrir dentro del sistema financiero o fuera de éste. Del mismo modo que el pago de un precio permite a cualquier productor de un bien o prestador de un

⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: “La naturaleza jurídica de los intereses: Punto de conexión entre derecho y economía”. En DERECHO, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 45, diciembre de 1991, página 186.

⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: Ob. Cit., página 188.

⁹ Fernández Cruz critica que el Código Civil considere al dinero como un bien, y a los intereses como “frutos civiles” del dinero, señalando que la principal función del dinero es servir como medida de valor adquisitivo de otros bienes y servicios, o lo que es lo mismo, como capital, y que la naturaleza jurídica de los intereses es constituir un rendimiento de un capital.

servicio, la cobertura de sus costos y la generación de una ganancia, el pago del interés compensatorio permite la cobertura de los costos de la prestación del servicio de financiamiento y la generación de una ganancia. Pero en el caso del servicio de electricidad, la cobertura de costos y generación de ganancia ya está contemplada en la tarifa que se paga por el servicio, de tal forma que sólo sería pertinente el pago de un interés moratorio que indemnice la mora en el pago. Precisamente esta indemnización es lo que se denomina "interés legal" y cuya determinación le corresponde al Banco Central de Reserva. En este sentido, se supone que el Banco Central ha determinado con criterios técnicos el nivel del interés legal, que es el que corresponde aplicar en todas las deudas que no se han producido como resultado de operaciones de financiamiento.

- Un tema distinto es si el nivel del interés legal fijado por el Banco Central de Reserva, que es el que conforme al marco normativo correspondería aplicar en este caso, constituye una indemnización adecuada por el costo que imponen los usuarios morosos a las empresas de electricidad. En principio, si la tasa de interés legal fuese equivalente a la tasa de inflación, la indemnización a las empresas permitiría que se mantenga el valor real de la deuda, o en otras palabras, el valor real de los costos del servicio y la ganancia respectiva incluidos en la tarifa. En este caso, desde el punto de vista de sus estados financieros, el cobro del interés legal no implicaría ni una ganancia ni una pérdida de la empresa. Empero, es razonable considerar que existe un costo de oportunidad en la empresa por no disponer del dinero en la fecha oportuna de pago, aunque este costo de oportunidad suele ser diferente de una empresa a otra, lo que dificultaría la fijación de un costo único para todas.
- Al respecto, si se asumiera que la morosidad obliga a las empresas a incrementar su endeudamiento, para determinar la compensación adecuada sería necesario conocer el costo del endeudamiento de dichas empresas. Sin embargo, es muy probable que este costo sea diferente para cada empresa, lo cual complicaría igualmente la elección de una determinada tasa. No obstante, podemos utilizar como un referente de este costo la tasa de interés en moneda nacional que en promedio se cobra a los mejores clientes del sistema financiero, categoría en la cual podemos presumir razonablemente se encuentran las empresas eléctricas. Según el Banco Central de Reserva¹⁰, la tasa de interés preferencial corporativa a 90 días para los clientes de menor riesgo, en la modalidad de avances en cuenta corriente fue 4.8% en promedio durante el año 2002, y se ha reducido a 4.7% en lo que va del presente año. Como podrá apreciarse esta tasa es muy cercana al nivel del interés legal, y por el contrario es muy inferior al nivel de aproximadamente 13% que correspondería aplicar, a partir del décimo día, según lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 011-2003-EM. En consecuencia, la tasa de interés legal constituye una compensación mucho más cercana al presumible costo del endeudamiento en que tendrían que incurrir las empresas si su morosidad aumentara, que el nivel

¹⁰ Nota Semanal N° 15, 25 de abril de 2003. Banco Central de Reserva.

establecido por la reciente norma emitida por el Ministerio de Energía y Minas.

- El cobro de intereses compensatorios en el servicio público de electricidad resulta cuestionable desde que la actividad de las empresas concesionarias no es prestar dinero o proporcionar servicios financieros, sino prestar un servicio público y, por tanto, no debería otorgarse a las empresas que prestan el servicio de electricidad una ventaja de la que carece cualquier otra empresa, incluyendo aquellas que prestan servicios similares, como son los de telefonía y agua.
- Por otra parte, cuando un usuario deja de pagar los recibos la empresa está autorizada a recurrir al corte del servicio, lo cual representa un medio de presión para obligar al pago de los recibos. Esto, que en sí mismo es una sanción al usuario moroso, determina que los usuarios sólo dejen de pagar este servicio básico en situaciones de seria dificultad económica, lo que previene la posibilidad de acciones de especulación financiera por más de un periodo mensual por parte de los mismos.
- Esto se evidencia en la baja morosidad del servicio público de electricidad en comparación, por ejemplo, al servicio de agua potable. Según declaraciones prestadas en marzo de 2003 por el vicepresidente de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE) “actualmente la tasa de morosidad en el cobro del consumo de energía eléctrica oscila entre 6% y 7% aproximadamente”¹¹. Esta declaración muestra que la situación de cobranza de las concesionarias eléctricas es similar o mejor que la de las empresas de telecomunicaciones, y sustancialmente mejor que la de las empresas prestadoras del servicio de agua y saneamiento, donde el índice de morosidad supera el 50% (cincuenta por ciento)¹².

Puede concluirse entonces que, en caso de incumplimiento en el pago oportuno de un servicio público, no corresponde entender que exista un “servicio financiero” o “uso del dinero”, sino solamente “mora en el pago”, lo que es indemnizable a través de la aplicación del interés moratorio. En tal sentido, en el caso de los adeudos de usuarios del servicio de electricidad no procede legalmente la aplicación de intereses compensatorios, sino únicamente de intereses moratorios.

Aplicación del Interés Legal

El artículo 1245° del Código Civil establece la aplicación por defecto del interés legal, al señalar que “Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal”. Este precepto concuerda con lo establecido en el artículo 1324° del mismo Código.

¹¹ Declaraciones del señor Mile Cacic, vicepresidente de la SNMPE aparecidas en el Diario “Gestión”, edición del 20 de marzo del 2003, página 15, en el recuadro “Morosidad en tarifas eléctricas llega a 7%”.

¹² Según la Memoria Anual 2001 de EDELNOR, página 21, “Con la puesta en marcha del módulo GESDEC desarrollado en EDELNOR, se logró una mayor eficiencia en el tratamiento de la deuda gestionable, logrando que el Indicador de Cobrabilidad anual llegue a 100.8%”.

Como ya se ha indicado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1246° del Código Civil, la aplicación de los intereses compensatorios y moratorios debe ser convencional, o lo que es lo mismo, debe fundarse en el acuerdo de las partes. De no haberse pactado la tasa del interés moratorio a aplicar, únicamente se pagará, en caso de mora, el interés legal. En el servicio público de electricidad no existe ni una norma de jerarquía equivalente al Código Civil, ni pacto alguno entre los usuarios y las empresas concesionarias acerca de la tasa de interés que debe aplicarse a los eventuales adeudos. Atendiendo a lo indicado, en caso de mora en los servicios públicos sólo es aplicable la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Aplicación simultánea de los intereses compensatorios y moratorios

Como se señala en la Resolución Defensorial N° 3-98/DP “los intereses constituyen una suma debida al acreedor a título de compensación por el goce de una suma de dinero, o a título de resarcimiento, por el daño causado a este último por el retardo en el cumplimiento de una obligación pecuniaria”. (...). Los intereses compensatorios y moratorios tienen una finalidad distinta, y su forma de determinación no permite que se devenguen de manera paralela. Es decir, en un determinado período se devengarán intereses moratorios o compensatorios, pero no ambos a la vez, salvo en el caso excepcional en el cual tratándose de una deuda se hubieran pactado conjuntamente intereses compensatorios y moratorios”.

El criterio antes citado se sustenta en lo establecido por el artículo 1246° del Código Civil, según el cual “Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”. Este precepto concuerda con lo establecido en el artículo 1324° del mismo Código Civil, el cual dispone que “Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios”. Como podrá apreciarse, los artículos en mención están referidos a operaciones de crédito en las que existe una contraprestación por el uso del dinero.

Los supuestos contemplados en ambos artículos son los siguientes: (i) que se haya pactado la tasa de interés compensatorio pero no la del moratorio, y (ii) que no se haya pactado la tasa del interés compensatorio ni la del moratorio. En el primer caso, a partir de la constitución en mora, la tasa de interés compensatorio pactada se aplicará en calidad de interés moratorio, con lo que resulta evidente que no cabe la aplicación simultánea de los intereses compensatorio y moratorio. En el segundo supuesto, será de aplicación el interés legal en calidad de interés moratorio.

En consecuencia, los intereses compensatorios y moratorios no son aplicables en forma simultánea, de conformidad con lo establecido por los artículos 1246° y 1324° del Código Civil. Evidentemente, en el caso del servicio público de electricidad y de los servicios públicos en general, no cabe la aplicación de intereses compensatorios, y menos aún la aplicación simultánea de los intereses compensatorios y moratorios a las deudas de los usuarios de estos servicios.

Aplicación supletoria del Código Civil a otros regímenes

De conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, las disposiciones de dicho Código se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. En consecuencia, las normas referidas al pago con intereses establecidas en los artículos 1242° y siguientes del Código Civil, son aplicables a los casos de pago con intereses en el servicio público de electricidad, y en general a todos los servicios públicos.

De esta manera, no se puede pretender modificar o desconocer los efectos y disposiciones establecidos en el citado Código, mediante un Decreto Supremo que constituye una norma de inferior jerarquía que el Código Civil. En tal sentido, las diversas modificaciones del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas han debido guardar concordancia con lo establecido en el Código Civil sobre la materia.

El hecho de no guardar la debida coherencia con las normas jerárquicamente superiores, constituye una flagrante inobservancia del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 51° de la Constitución.

Fijación de las tasas máximas de interés por el Ministerio de Energía y Minas

Mediante Decreto Supremo N° 011-2003-EM, se ha determinado que “la tasa máxima de interés compensatorio aplicable” a las deudas de usuarios del servicio público de electricidad será el promedio aritmético de las tasas TAMN y TIPMN, que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros. Para el caso del interés moratorio o “recargo por mora”, el mismo Decreto señala que será “equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio”.

Corresponde analizar si es legalmente factible que el Ministerio de Energía y Minas fije las tasas máximas de interés compensatorio y moratorio, o si esta facultad corresponde exclusivamente al Banco Central de Reserva del Perú. Al efecto, es pertinente analizar las facultades legales que asisten tanto al Ministerio como al Banco.

El artículo 51° del Decreto Ley N° 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, señala que “El Banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al Sistema Financiero”. El literal “g” del artículo 21° de la misma Ley, señala como atribución del Directorio del Banco, “Fijar las tasas de interés y el Índice de Reajuste de Deuda señalados en el Código Civil para operaciones efectuadas por los agentes económicos, con exclusión de las entidades del Sistema Financiero”.

Es claro que el legislador ha optado por otorgar al Banco Central de Reserva del Perú la facultad de fijar las tasas de interés para las operaciones de financiamiento de entidades que no pertenecen al sistema financiero, en la seguridad de que esta decisión es legítima, dado que resulta pertinente que un organismo del Estado tenga la facultad de resolver con criterio técnico un asunto que comprende diversos intereses y posiciones de los actores económicos.

La competencia del Banco Central de Reserva para fijar las tasas máximas de interés compensatorio y moratorio es extensiva “para todas las operaciones ajenas al Sistema Financiero”. Lógicamente, esta disposición comprende a la prestación de los servicios públicos.

El establecimiento de un régimen de aplicación de intereses distinto al del Código Civil y a la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, requeriría de una ley expresa. Pero ni la Ley de Concesiones Eléctricas, ni la Ley Orgánica del Ministerio de Energía y Minas, Decreto Ley N° 25962, contienen disposiciones que permitan a este ministerio crear un régimen de aplicación de tasas de interés para las deudas del servicio público de electricidad.

Al no existir norma con rango de ley que faculte al Ministerio de Energía y Minas a establecer un régimen de intereses distinto al civil, la creación de un régimen paralelo para el servicio público de electricidad, a través de una norma de carácter reglamentario, constituye un acto ilegal que puede ser cuestionado o contestado mediante acción popular, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 200°, inciso 5° de la Constitución y por la Ley N° 24968.

VII. AFECTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, RAZONABILIDAD E IGUALDAD POR EL ARTÍCULO 176° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS

Como se señaló en la Resolución Defensorial N° 3-98/DP, los principios básicos de legalidad, razonabilidad e igualdad son aplicables a los precios o tarifas de los servicios públicos, debiendo también regir para el pago de intereses en dichos servicios, dado que si los referidos principios básicos son aplicables a la prestación principal, deben también aplicarse a los intereses, que constituyen una prestación accesoria.

En lo referente al principio de igualdad, reconocido por el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución y por el artículo 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos, no existe fundamento razonable que pueda justificar que los usuarios del servicio público de electricidad se encuentren sujetos a un régimen menos favorable que los usuarios de los servicios públicos de agua y saneamiento y telecomunicaciones, o que las personas que están sujetas al régimen de intereses establecido en el Código Civil.

Por otra parte, el principio de legalidad resulta afectado desde que se pretende desnaturalizar la institución del interés compensatorio, claramente definida en el artículo 1242° del Código Civil, para otorgarle un negado carácter indemnizatorio o sancionador, ante el incumplimiento en el pago oportuno. Como se ha indicado, el interés compensatorio no tiene carácter indemnizatorio ni depende del incumplimiento en la oportunidad del pago, siendo una contraprestación por el uso del dinero. Pretender otorgarle otro carácter equivale a desnaturalizar esta institución, crear un imposible jurídico, y atentar contra el principio de legalidad reconocido en el artículo 51° del texto constitucional vigente.

Finalmente, los principios de razonabilidad y proporcionalidad se ven afectados cuando el cobro de intereses no guarda una debida proporcionalidad con el servicio que se presta, a efectos de que haya una justa y adecuada retribución entre los importes que se cobran y el servicio público que se brinda. Esto no ocurre cuando los usuarios del servicio público de electricidad se encuentran obligados a pagar intereses mayores que los establecidos en la normativa civil, de manera que el servicio se encarece en forma injustificada e innecesaria, dificultando o, en ocasiones, impidiendo a los usuarios más pobres la recuperación del servicio. El establecimiento de estas ventajas económicas, que favorecen a las empresas concesionarias del servicio público de electricidad, atenta contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en perjuicio de los derechos de los usuarios del servicio.

VIII. EL CORTE DEL SERVICIO COMO HERRAMIENTA DE COBRANZA DE LAS EMPRESAS CONCESIONARIAS

El artículo 90° literal a) de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, establece que “Los concesionarios podrán efectuar el corte inmediato del servicio, sin necesidad de aviso previo al usuario ni intervención de las autoridades competentes “(...) a) Cuando estén pendientes de pago facturaciones y/o cuotas, debidamente notificadas, de dos o más meses derivados de la prestación del Servicio Público de Electricidad...”.

El artículo 179° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que el servicio sólo será reconectado cuando se hayan “superado las causas que motivaron la suspensión y el usuario haya abonado al concesionario los consumos y cargos mínimos atrasados, más los intereses compensatorios y recargos por mora a que hubiera lugar, así como los correspondientes derechos de corte y reconexión”. Las normas que regulan los servicios públicos de telecomunicaciones y de agua y saneamiento contienen disposiciones similares a las referidas para el servicio público de electricidad.

De esta manera, las empresas concesionarias cuentan en el corte del servicio con una poderosa herramienta para poner en práctica una efectiva gestión de cobranza. La privación del servicio constituye el más poderoso estímulo para que un usuario que ha incurrido en mora procure subsanar esta deficiencia y se ponga al día en sus pagos. Debe advertirse que la empresa cuenta con la facultad de prolongar la situación de corte hasta que el usuario cumpla con el pago total adeudado, pudiendo incluso resolver el contrato y retirar la conexión si la situación de corte se prolonga por más de seis meses, de conformidad con lo establecido en el artículo 178° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Es evidente que para cualquier usuario, sea persona natural o jurídica, la privación del servicio por efecto del corte del mismo representa un deterioro en sus posibilidades de actuación y desarrollo, que será mayor mientras mayor sea el uso de la electricidad. En este sentido, existiendo la posibilidad de corte del servicio por incumplimiento en los pagos de los consumos facturados, es poco razonable suponer que un usuario racional deje de pagar el servicio teniendo posibilidades económicas para hacerlo, por cuanto el perjuicio que sufriría al verse privado del servicio es mucho mayor al beneficio que podría obtener destinando el dinero a otro fin. De allí que pueda

presumirse razonablemente que la demora en el pago oportuno por algunos usuarios responde a una dificultad temporal por la carencia de recursos suficientes, y no a un cálculo financiero ni a una falta de diligencia personal.

El corte del servicio es un incentivo más poderoso que el cobro de altas tasas de interés para evitar la morosidad en el servicio público de electricidad. Es más probable que un usuario que haya incumplido con el pago oportuno de los importes facturados se preocupe más en cumplir con el pago si la empresa está próxima a cortar el servicio, que si pretende cobrarle altos intereses.

Sin embargo, tanto los derechos de corte y reconexión como los intereses deben ser cancelados por el usuario como requisito para recuperar el servicio cortado. Es claro que aún cuando se trata de cobros amparados en las normas vigentes, la cobranza de estos conceptos dificulta la recuperación del servicio cortado, principalmente a aquellos usuarios en situación de pobreza. Es por ello que el cobro de los conceptos de corte y reconexión e intereses no debe constituirse en un negocio adicional de las empresas concesionarias, debiendo ser fijados con justicia, y sin que, vía la mayor dificultad para recuperar el servicio, afecten la calidad de vida de los usuarios, y por ende sus derechos fundamentales.

Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 180° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que “Los derechos de corte y reconexión deberán cubrir los costos directos incurridos en su ejecución, tales como mano de obra, uso de equipo, materiales e insumos, movilidad, así como un cargo máximo de hasta el 15% de éstos para cubrir los gastos generales”, agregando que “Los concesionarios deberán alcanzar a OSINERG informes sustentatorios referidos a los montos y reajustes efectuados sobre dichos derechos”.

En consecuencia, el cobro del concepto corte y reconexión constituye el reembolso de un gasto. En tal sentido, las empresas concesionarias del servicio público de electricidad deberían cobrar a los usuarios el importe exacto que les representó efectuar los gastos mencionados en el artículo 180° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. A este respecto, llaman la atención las considerables diferencias entre los importes cobrados por las distintas empresas concesionarias a sus usuarios, hecho que hace recomendable la modificación del artículo 180° bajo comentario, en el sentido de disponer que sea OSINERG quien fije los importes máximos a cobrar por concepto de corte y reconexión, recurriendo para tal efecto a la información contable de la empresa concesionaria de los últimos años, o lo que es lo mismo, tomando como base los costos que realmente pagan a las empresas de servicios que efectúan los cortes y las reconexiones.

Finalmente, debe también tenerse en consideración que para aquellos usuarios residenciales que sufren el corte del servicio, los importes que se les cobran por concepto de corte y reconexión, son por lo general sustancialmente mayores a los cobrados como intereses compensatorios y moratorios. En consecuencia, para estos usuarios, el cobro del concepto corte y reconexión constituye una barrera aún más grande que los mismos intereses, para lograr la restitución del servicio. Por lo expuesto, resulta sumamente importante que OSINERG establezca con justicia los importes a cobrar por este concepto, razón por la cual, debe modificarse el artículo 180° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

IX. CONCLUSIONES

1.- Tasas de interés aplicables a los servicios públicos

No existe justificación económica ni jurídica para que se apliquen altas tasas de interés a las deudas originadas en la falta de pago oportuno de un servicio público esencial. Las empresas prestadoras de los servicios públicos no tienen como objeto social la intermediación financiera. Esto no implica que las empresas concesionarias no deban o puedan cobrar intereses por sus adeudos, sino que dichos intereses no deben ser excesivos.

Dado que se trata de la prestación de un servicio público bajo características de monopolio, las tasas de interés aplicables deberían ser reguladas y no dejarse al libre mercado.

Debe también tenerse en consideración que quienes resultan más perjudicados son los usuarios más pobres, quienes precisamente por la difícil situación económica que atraviesan, están más propensos a incurrir en adeudos y a sufrir cortes del servicio. En estos casos, la aplicación indebida de altas tasas de interés se convierte en un obstáculo muy difícil de superar para recuperar el servicio.

2.- Aplicación del régimen de intereses del Código Civil

No existe ninguna razón o fundamento que sustente la aplicación de un régimen de intereses distinto al del Código Civil, para las deudas de usuarios del servicio público de electricidad. Menos aún si este régimen privativo lejos de favorecer al usuario le impone condiciones más onerosas que el régimen civil ordinario.

3.- Cobro de intereses compensatorios en el servicio público de electricidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1242° del Código Civil, el interés compensatorio "constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien". La naturaleza del interés compensatorio depende de que exista "uso del dinero o de cualquier otro bien" de propiedad del acreedor, por parte del deudor, no siendo un requisito para su cobro que el deudor incurra en mora. Por lo expuesto, el cobro de intereses compensatorios en el servicio público de electricidad resulta ilegal por contravenir al Código Civil, desde que la actividad de las empresas concesionarias no es prestar dinero o proporcionar servicios financieros, sino prestar un servicio público en el cual la cobertura de costos y generación de utilidades se incluye en las tarifas.

4.- Aplicación de la Tasa de Interés Legal como interés moratorio

Los artículos 1245° y 1324° del Código Civil establecen la aplicación por defecto del interés legal, para aquellos casos en que deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa correspondiente. El artículo 1246° del Código Civil obliga a que la aplicación de los intereses compensatorios y moratorios se sustente

en el acuerdo de las partes. En el servicio público de electricidad no existe pacto alguno entre usuarios y empresas concesionarias acerca de la tasa de interés que se aplicará a los eventuales adeudos. Por ello, en caso de mora en los servicios públicos sólo debe aplicarse la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

5.- Fijación de las tasas de interés por el Ministerio de Energía y Minas

El Decreto Ley N° 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, establece la facultad de esta institución para fijar las tasas de interés que se cobran en operaciones de financiamiento fuera del sistema financiero. En contraste, ni la Ley de Concesiones Eléctricas ni su Ley Orgánica, le otorgan al Ministerio de Energía y Minas la facultad de fijar las tasas de interés que deben cobrarse por los adeudos en el servicio público de electricidad.

6.- Régimen de intereses común para los Servicios Públicos Domiciliarios

No encontramos razón que pueda justificar la existencia de un régimen de aplicación de intereses a los adeudos de los usuarios del servicio público de electricidad, distinto al régimen que corresponde a los demás servicios públicos, como agua y saneamiento y telecomunicaciones. Por el contrario, una razón de elemental consistencia indicaría que para obligaciones y derechos similares, corresponden regulaciones también similares.

7.- Aplicación del Decreto Supremo N° 011-2003-EM

El Decreto Supremo N° 011-2003-EM establece un régimen de aplicación de intereses menos favorable para los usuarios que el establecido a partir de los criterios considerados en las resoluciones de la JARU de OSINERG. Adicionalmente, el Decreto en mención no corrige importantes errores conceptuales, como el cobro de intereses compensatorios en un servicio público o el cobro simultáneo de intereses compensatorios y moratorios.

8.- Imposibilidad de aplicar retroactivamente la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE

La Resolución Directoral N° 002-2003 EM/DGE procura modificar el criterio de interpretación adoptado por la JARU de OSINERG, de manera que los intereses compensatorios y moratorios pueden ser aplicados simultáneamente, y así evitar la devolución de los importes de intereses cobrados en exceso que tendrían que realizar las empresas concesionarias a los usuarios afectados, a partir de los nuevos criterios de interpretación establecidos por la JARU de OSINERG. Esta Resolución no puede ser aplicada en forma retroactiva, y pretender hacerlo resulta inconstitucional, de conformidad con el mandato expreso de los artículos 51°, 103° y 109° de la Constitución.

9.- Necesidad de regular los cobros por corte y reconexión

Los cobros que efectúan las empresas concesionarias por concepto de “corte y reconexión” difieren considerablemente entre una u otra empresa. Sin embargo, para los usuarios residenciales o domésticos, el cobro de este concepto, por su magnitud, se convierte en una barrera aún mayor que el propio cobro de intereses para lograr la restitución del servicio. Por tal razón debe modificarse el artículo 180° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, disponiendo que OSINERG fije estos conceptos sobre la base de la información contable de costos de las empresas. Similar regulación corresponde que se aplique en el caso de los servicios públicos de agua y saneamiento y telecomunicaciones.

10.- Necesidad de modificar el régimen vigente

En atención a lo expuesto, se considera necesario modificar el régimen de los intereses aplicables a las deudas de usuarios de los servicios públicos de electricidad, de agua y saneamiento, así como de telecomunicaciones, estableciendo el derecho de las empresas prestadoras del servicio de aplicar a sus acreencias un interés que no podrá ser mayor a la tasa de interés legal que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.

X. RECOMENDACIONES

Por lo expuesto, la Defensoría del Pueblo considera necesario formular las siguientes recomendaciones y sugerencias:

RECOMENDAR al Congreso de la República la emisión de una Ley con el objeto de que:

- a) Se regule de manera uniforme el tratamiento de los intereses aplicables a los adeudos de los usuarios por consumos de los servicios públicos de electricidad, agua y saneamiento y telecomunicaciones, debiendo precisarse que las empresas prestadoras de los referidos servicios públicos sólo podrán aplicar a sus acreencias un interés moratorio que no deberá ser mayor a la tasa de interés legal que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.
- b) Se regulen los cobros por concepto de corte y reconexión en los servicios públicos de electricidad, agua y saneamiento y telecomunicaciones, disponiendo que los organismos reguladores de cada servicio se encarguen de fijar los importes máximos que las empresas prestadoras de los servicios públicos podrán cobrar por dichos conceptos, sobre la base de la información contable de costos proporcionada por las empresas concesionarias.

RECOMENDAR al señor Ministro de Energía y Minas la derogación del Decreto Supremo N° 011-2003-EM, por autorizar indebidamente la aplicación de intereses compensatorios a los adeudos del servicio público de electricidad, favoreciendo a las empresas concesionarias de dicho servicio público, en detrimento de los derechos de los usuarios.

RECOMENDAR al señor Ministro de Energía y Minas disponer que se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 002-2003-EM/DGE, por contravenir el mandato de los artículos 51°, 103° y 109° de la Constitución Política del Perú.

SUGERIR a las empresas prestadoras de los servicios públicos de electricidad, agua y saneamiento y telecomunicaciones, que se abstengan de hacer uso de las autorizaciones que les otorgan sus normas sectoriales, para aplicar a sus acreencias intereses distintos al moratorio y en tasas superiores al interés legal que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.

ENCARGAR a la Adjuntía para los Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo el seguimiento de lo dispuesto en el presente Informe.

XI. DESTINATARIOS DEL INFORME

El presente informe será remitido a las siguientes autoridades y funcionarios:

1. Señor Presidente del Congreso de la República
2. Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos del Congreso de la República
3. Señor Ministro de Energía y Minas
4. Señor Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).