

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 1

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

Lima, 07 de noviembre de 2017

VISTO:

El Expediente Nº 2013-261¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por LUZ DEL SUR S.A.A.², representada por el señor David Mendiola Flórez, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 2827-2015 del 18 de noviembre de 2015, a través de la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015 de fecha 26 de febrero de 2015, mediante la cual se sancionó por incumplir el “*Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento de la Normativa sobre Contribuciones Reembolsables en el Servicio Público de Electricidad*”, aprobado por Resolución Nº 283-2010-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), en el período de supervisión muestral correspondiente al año 2011³.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015 del 26 de febrero de 2015, se sancionó a LUZ DEL SUR S.A.A. con una multa de 50 (Cincuenta) UIT, por el incumplimiento del Procedimiento reflejado en el indicador DCR (Desviación del Reconocimiento de Contribuciones Reembolsables), previsto en el numeral 3.1 del Procedimiento.

Asimismo, se sancionó a LUZ DEL SUR S.A.A. con una multa en total de S/. 315 987,16 (Trescientos quince mil novecientos ochenta y siete y 16/100 Soles), por incumplimientos del Procedimiento reflejados en los indicadores DCE (Desviación del Cumplimiento de Ofrecer a Elección de los Usuarios o Interesados la Modalidad de la Contribución y la Forma de su Reembolso), DPO (Desviación del Monto a Reembolsar por las Obras Financiadas o Construidas por los Usuarios o Interesados), DPA (Desviación de los Plazos de Atención del Proceso de Contribuciones Reembolsables) y DMI (Desviación del Monto de Intereses), previstos en los numerales 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5 del Procedimiento, respectivamente.

¹ El expediente SIGED es el N° 201200191088.

² LUZ DEL SUR S.A.A. es una empresa de distribución de tipo 4 que tiene en su zona de concesión algunos distritos del sur-este de Lima.

³ Cabe precisar que la supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN se efectuó en noviembre y diciembre de 2012 y dicha supervisión comprendió todo el año 2011.

Las sanciones que comprenden la multa total anteriormente señalada se detallan en la siguiente tabla:

Infracción	Sanción
Desviación del indicador DCE	S/. 19 819,36
Desviación del indicador DPO	S/. 256 766,88
Desviación del indicador DPA	S/. 10 285,66
Desviación del indicador DMI	S/. 29 115,26

Cabe indicar que los incumplimientos imputados a LUZ DEL SUR S.A.A. se encuentran tipificados como infracciones administrativas en el literal c) del Título Cuarto del Procedimiento (Sanciones y Multas)⁴ y son sancionables conforme a los literales a), b), c), d) y e) del numeral III del Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, incorporado por Resolución N° 286-2009-OS/CD en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN.

2. A través del escrito de registro N° 201200191088 del 25 de marzo de 2015, complementado con escrito de registro N° 201200191088 del 27 de marzo de 2015, LUZ DEL SUR S.A.A. interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 398-2015, el cual fue declarado infundado mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2827-2015 de fecha 18 de noviembre de 2015.
3. Por escrito de registro N° 201200191088 del 15 de diciembre de 2015, complementado con escrito de registro N° 201200191088 del 18 de marzo de 20016, LUZ DEL SUR S.A.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2827-2015, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Corresponde el archivo de algunas sanciones al haber operado la retroactividad benigna en materia sancionadora:
 - El 24 de setiembre de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1221, que modificó, entre otras disposiciones, los artículos 83° y 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas.
 - Así, se modificó el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas estableciéndose que las modalidades de contribuciones reembolsables, que se encuentran facultadas a exigir las concesionarias, deberán ser determinadas previo acuerdo entre la concesionaria y el usuario. Por tanto, el usuario ya no puede elegir por sí solo la modalidad, no existiendo ya una obligación para la concesionaria de ofrecer las alternativas de modalidades de contribuciones reembolsables.
 - Además, se modificó el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, estipulándose que al momento de efectuarse la devolución de las contribuciones reembolsables, éstas serán actualizadas con los factores de reajuste de las tarifas,

⁴ Única.- Constituyen infracciones pasibles de sanción, los siguientes hechos:

(...)

- c) Cuando los indicadores determinados de acuerdo a lo previsto en este procedimiento, excedieran las tolerancias establecidas en el Anexo 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2009-OS/CD o la que la modifique."

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

es decir, con la fórmula establecida en el artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

- Los indicadores DCE y DMI están relacionados con el cumplimiento de lo establecido en los artículos 83° y 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, respectivamente; por lo que las modificaciones introducidas en los citados artículos hacen que los indicadores DCE y DMI modifiquen su tipo sancionador.
- En efecto, respecto del indicador DCE se la ha sancionado por no haber cumplido con proponer a los usuarios o interesados las modalidades de contribución reembolsable. En lo que se refiere al indicador DMI, se la ha sancionado por utilizar los factores de reajuste de las tarifas previstos en el artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas y no las fórmulas polinómicas establecidas por el artículo 2° de la Resolución N° 181-2009-OS/CD.
- Como queda evidenciado, con las modificaciones normativas señaladas, las conductas en las que habría incurrido LUZ DEL SUR S.A.A. ya dejaron de ser sancionables al desaparecer la obligación que da origen al tipo infractor. En tal sentido, corresponde dejar sin efecto las multas impuestas vinculadas con los indicadores DCE y DMI, en aplicación de la retroactividad benigna en materia sancionadora, ya que a la fecha las conductas sancionables son: i) que las contribuciones no sean determinadas previo acuerdo entre la concesionaria y el usuario (indicador DCE) y ii) que al momento de efectuar la devolución de las contribuciones reembolsables, éstas no sean actualizadas con los factores de reajuste de las tarifas (indicador DMI).
- La aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa en materia de sanciones se encuentra recogida en el numeral 5) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el numeral 30.2 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD.
- En el presente caso, se ha producido una modificación de las normas que complementan a la norma sancionadora y por ende también cabe su aplicación retroactiva, tal como fue establecido por el TASTEM en la Resolución N° 285-2010-OS/TASTEM.
- Por lo expuesto, solicita al TASTEM se sirva dejar sin efecto las sanciones impuestas por los indicadores DCE y DMI en aplicación del principio de retroactividad benigna en materia sancionadora. Asimismo, solicita que bajo este mismo principio se vuelva a revisar la sanción impuesta por el indicador DPO en los casos que corresponda considerar la modificación efectuada al artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas sobre los factores de reajuste de las tarifas.

b) La potestad sancionadora de OSINERGMIN para imponer sanciones ha prescrito:

- De acuerdo con el artículo 233° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en un plazo de cuatro años contados a partir de la fecha en que se cometió la infracción.
- Del mismo modo, el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN señala que la potestad sancionadora de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro años de cometida la infracción.

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

- En este sentido, y sin perjuicio de que deben dejarse sin efecto las multas por los indicadores DCE, DMI y DPO (en los casos que corresponda) en aplicación del principio de retroactividad benigna, las sanciones impuestas relacionadas con los indicadores DCR, DCE, DPO, DPA y DMI deben revocarse por cuanto la potestad de OSINERGMIN para imponer sanciones ya prescribió, al haber transcurrido un plazo mayor a 4 años entre el momento en que se cometieron las supuestas infracciones y el momento en que se ha impuesto la sanción.
- La Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, sin ningún fundamento y contraviniendo el principio de legalidad, en el análisis de cada indicador de la resolución apelada ha señalado que considerando que la evaluación de los indicadores se efectuó en los meses de noviembre y diciembre del año 2012, la infracción administrativa se configuró en dicho periodo, por lo cual la resolución sancionadora, de fecha 26 de febrero de 2015, fue emitida dentro del plazo establecido en el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, no habiéndose configurado la prescripción.
- La prescripción de las infracciones descansa sobre el principio de seguridad jurídica e interpretaciones sin fundamentación legal alguna como la utilizada por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN terminan rompiendo este principio y permitiendo que la administración pueda perseguir indefinidamente la comisión de supuestas infracciones.
- El informe legal que está adjuntando a su escrito del 18 de marzo de 2016 corrobora que existe una incorrecta interpretación por parte de OSINERGMIN al momento de efectuar el cómputo del plazo para que opere la prescripción de las infracciones administrativas relacionadas con el procedimiento de contribuciones reembolsables.
- De acuerdo con el mencionado informe legal, nuestro ordenamiento establece que el plazo de prescripción se empieza a contabilizar desde el momento en que se comete la infracción (no desde que la Administración determina la comisión de la infracción); sin embargo, dicho momento es difícil de establecer cuando nos encontramos frente a tipos infractores complejos, como sería el presente caso, donde la infracción se comete en función al exceso de un indicador (ratio) que se calcula sobre la base de información de distintos usuarios.
- Ante ello tendríamos que la infracción podría configurarse en dos momentos distintos: i) cuando OSINERGMIN detecta a través de un proceso de supervisión que se ha superado el indicador; o ii) cuando en la realidad la concesionaria supera el nivel de tolerancia del indicador pertinente.
- Según lo expuesto en el informe legal, la infracción se configura en el segundo supuesto, es decir, cuando la concesionaria supera en la realidad un determinado indicador, debido a que genera una situación concreta que implica haber excedido el nivel de tolerancia establecido por el ordenamiento.
- En atención a lo expuesto, es evidente que la infracción no se configura cuando OSINERGMIN concluye la supervisión efectuada, sino en la fecha que se generan los casos concretos que conllevan a superar el nivel de tolerancia de los distintos indicadores establecidos en el Procedimiento.
- En consecuencia, el plazo de prescripción de la infracción debe empezar a contabilizarse desde el momento en que se produce el caso que implica superar el nivel de tolerancia de cada indicador y no recién cuando OSINERGMIN concluye su proceso de supervisión.



c) Respecto a los argumentos de fondo frente a las sanciones impuestas mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015 y confirmadas a través de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 2827-2015, solicita al TASTEM que efectúe el análisis correspondiente tomando en consideración los argumentos expuestos en su descargo al oficio de inicio del presente procedimiento sancionador, así como en su recurso de reconsideración.

d) Conforme a lo expuesto, ha acreditado que las Resoluciones de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015 y Nº 2827-2015 han vulnerado los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Debido Procedimiento en materia administrativa, generando también que no se encuentren debidamente motivadas; por lo que las citadas resoluciones han incurrido en las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

e) Solicita que se le otorgue el uso de la palabra a fin de que pueda sustentar los alcances del informe legal adjuntado a su escrito del 18 de marzo de 2016.

4. Mediante Memorándum Nº GFE-2015-1381, recibido el 22 de diciembre de 2015, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes.

5. En cuanto a lo alegado en el literal a) del numeral 3) de la presente resolución, debe señalarse que de conformidad con el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Con relación a este punto, resulta oportuno precisar que el citado Principio de Irretroactividad no resulta aplicable respecto de cualquier disposición normativa, sino solamente respecto de aquellas disposiciones de tipo sancionador, es decir, disposiciones relacionadas directamente con la tipificación de infracciones administrativas y el establecimiento de las sanciones correspondientes.

Inclusive la última modificación al citado numeral 5) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, efectuada mediante el Decreto Legislativo Nº 1272⁶, ha precisado que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en

⁵ "5. **Irretroactividad.**- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables."

Texto vigente al momento de imponerse las respectivas sanciones de multa a LUZ DEL SUR S.A.A. mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015 del 26 de febrero de 2015.

⁶ "5. **Irretroactividad.**- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables."

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición."

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

cuanto favorecen al presunto infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción.

Ahora bien, en el caso bajo análisis se ha sancionado a LUZ DEL SUR S.A.A. por el incumplimiento del Procedimiento en el período de supervisión correspondiente al año 2011, reflejado por la desviación de los indicadores DCE y DMI, entre otros indicadores.

Así, el indicador DCE⁷, contemplado en el numeral 3.2 del Procedimiento, determina el grado de incumplimiento de la concesionaria respecto a la obligación de ofrecer a elección de los usuarios o interesados las alternativas de las modalidades de contribución reembolsable, de acuerdo con el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas, con la debida información sobre financiar o construir. Asimismo, el mencionado indicador determina el grado de incumplimiento de la concesionaria respecto a la obligación de ofrecer a elección de los usuarios o interesados, las modalidades de reembolso de la

Texto modificado según el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1272.

7 "3.2 DCE: Desviación del cumplimiento de ofrecer a elección de los usuarios o interesados la modalidad de la Contribución y la forma de su reembolso

Con este indicador se determina el grado de desviación del cumplimiento de la concesionaria respecto a la obligación de ofrecer, de manera detallada y precisa, para elección de los usuarios o interesados, las alternativas entre construir o financiar las obras, de acuerdo con el artículo 83° de la LCE (literales b) y c)).

En caso de requerirse extensiones de la red secundaria para la atención de nuevos suministros y/o ampliaciones de potencia contratada, el usuario efectuará el aporte por kW previamente fijado por la concesionaria (literal a) del artículo 83° de la LCE y numeral 1.2 de la Directiva de CR).

Asimismo, determina el grado de desviación del cumplimiento de la concesionaria respecto a la obligación de ofrecer en forma detallada y preci

sa para elección de los usuarios o interesados, las formas de reembolso de la Contribución de acuerdo con lo establecido por el numeral 3.1 de la Directiva de CR.

$$DCE_i = (NCI_i / NCM_i) \times 100$$

Donde:

NCI = Número de casos de la muestra seleccionada, en los que la concesionaria no ofreció a elección del usuario o interesado las alternativas de las modalidades de aporte (i=1) y las formas de reembolso de la Contribución (i=2).

NCM = Número de casos de la muestra seleccionada, en los que corresponde evaluar si la concesionaria ofreció las alternativas de las modalidades de aporte (i=1) y la forma de reembolso de la Contribución (i=2).

y;

i = 1 Propuesta de la concesionaria a elección del usuario o interesado sobre las modalidades de Contribución, entre construir o financiar (artículo 83° de la LCE (literales b) y c)). En caso de requerirse extensiones de la red secundaria para la atención de nuevos suministros y/o ampliaciones de potencia contratada, la concesionaria deberá ofrecer el aporte por kW (literal a) del artículo 83° de la LCE y numeral 1.2 de la Directiva de CR).

Los casos de incumplimiento de ofrecer las alternativas de modalidades de Contribución, se determinarán de la evaluación de la documentación de los expedientes puestos a disposición del supervisor.

i = 2 Propuesta de la concesionaria a elección del usuario o interesado sobre las formas de reembolso de la Contribución según la Directiva de CR.

Los casos de incumplimiento de ofrecer las alternativas de las formas de reembolso se determinarán de la evaluación de la documentación de los expedientes puestos a disposición del supervisor.

El valor del indicador DCE es el promedio aritmético de los indicadores DCE de cada ítem (i) evaluado.

La información para la determinación del indicador se obtiene de la muestra de obras informadas en el **Anexos N° 3.**"

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

contribución, de acuerdo con lo establecido en la Directiva sobre Contribuciones Reembolsables.

Por su parte, a través del indicador DMI⁸, establecido en el numeral 3.5 del Procedimiento, se determina el grado de desviación del monto de los intereses calculado por la concesionaria, respecto del monto calculado por OSINERGMIN, de acuerdo a la normativa aplicable.

Conforme ha señalado la concesionaria, mediante el Decreto Legislativo N° 1221, denominado Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú, publicado el 24 de setiembre de 2015, se modificó el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas⁹, estableciéndose que las modalidades de contribuciones reembolsables, que se encuentran facultadas a exigir las concesionarias, deberán ser determinadas previo acuerdo entre la concesionaria y el usuario, a diferencia del texto anterior del mencionado artículo, en el que se estipulaba que correspondía al usuario elegir la modalidad de contribución reembolsable.

Así también, mediante el Decreto Legislativo N° 1221 se modificó el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas¹⁰, estipulándose que al momento de efectuar la devolución de



⁸ 3.5 DMI: Desviación del monto de intereses

Con este indicador se determina el grado de desviación del monto de los intereses (compensatorios y moratorios) determinado por la concesionaria, respecto del monto de intereses determinado por OSINERGMIN, de acuerdo a la normativa aplicable.

$$DMI = [(\sum MIC / \sum MIO) - 1] \times 100$$

Donde:

MIC = Monto total de intereses determinado por la concesionaria.
MIO = Monto total de intereses determinado por OSINERGMIN.

El monto principal que se considera para determinar los intereses, es el VNR de la contribución reembolsable en el caso de construcción de la obra o el monto aportado por el usuario o interesado para los casos de financiamiento.

El cálculo del interés moratorio es aplicable cuando la concesionaria incumple los plazos máximos establecidos en el numeral 3.3.2 de la Directiva de CR o cuando la concesionaria no cumpla con amortizar una o más cuotas; teniendo en consideración para ello lo indicado en el artículo 176° del RLCE.

Todo pago parcial estará sujeto al interés compensatorio en favor del aportante.

La información para la determinación del indicador se obtiene de la muestra de las obras informadas en el **Anexo N° 3**."

⁹ "Artículo 83.- Para la dotación de nuevos suministros o ampliación de una potencia contratada, el concesionario podrá exigir una contribución, con carácter reembolsable, para el financiamiento de la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega y/o para la ampliación de la capacidad de distribución necesaria.

Estas contribuciones tendrán las siguientes modalidades, que deberán ser determinadas previo acuerdo entre el concesionario y el usuario.

- Aportes por kW, previamente fijado por el concesionario para los diferentes casos;
- Construcción de las obras de extensión por el solicitante, previa aprobación del proyecto por el concesionario, fijándose el valor nuevo de reemplazo de estas instalaciones en la oportunidad de aprobar el proyecto; y,
- Financiamiento por el solicitante para ejecutar las obras requeridas al valor determinado por el concesionario, obligándose éste a ejecutarlas en un plazo determinado."

Texto del artículo según modificación efectuada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1221, publicado el 24 de setiembre de 2015.

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

las contribuciones reembolsables, éstas serán actualizadas con los factores de reajuste de las tarifas.

Bajo este contexto, si bien mediante el Decreto Legislativo N° 1221 se modificaron los artículos 83° y 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, no se advierte que tales modificaciones legislativas constituyan una modificación de disposiciones sancionadoras y que, además, éstas resulten más favorables o benignas para la concesionaria, de tal manera que habiliten a su aplicación retroactiva.

En efecto, debe tenerse presente que conforme se ha expuesto, las infracciones imputadas y sancionadas en el presente procedimiento sancionador son la desviación de los indicadores DCE y DMI en el período de supervisión correspondiente al año 2011 y el aludido Decreto Legislativo N° 1221 no ha tenido incidencia alguna en la tipificación de la infracción, pues de conformidad con el literal c) del Título Cuarto del Procedimiento, continúa tipificado como una infracción administrativa sancionable que los indicadores determinados de acuerdo con lo previsto en el Procedimiento excedan las tolerancias establecidas en el Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN.

En adición a lo anterior, resulta oportuno resaltar que el artículo 103^{o11} de la Constitución Política del Perú establece que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. Además, debe

¹⁰ "Artículo 85°.- En los casos de solicitantes pertenecientes a zonas habitadas o agrupaciones de viviendas que cuenten con habilitación urbana, o en su defecto, cuenten con planos de lotización, trazado de vías, así como la constancia de posesión; estos aprobados y emitidos por la Municipalidad correspondiente; y que en ambos casos tengan un índice de ocupación predial – habitabilidad- mayor o igual a cuarenta por ciento (40%); corresponde al concesionario ejecutar, a su costo, todas las obras definitivas de la red primaria, red secundaria y alumbrado público que sean necesarias.

En los casos referidos en el párrafo anterior, cuando dicho índice de ocupación predial sea menor al cuarenta por ciento (40%), la ejecución de obras corresponde a los interesados, conforme al proyecto previamente aprobado y bajo la supervisión de la empresa concesionaria que atiende el área. En estos casos, las instalaciones serán recibidas por el concesionario, fijándose en tales oportunidades el monto de la contribución con carácter reembolsable correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR), para efectos de reembolsar al interesado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 84 de la presente Ley de Concesiones Eléctricas, correspondiendo efectuar la devolución de contribuciones reembolsables a partir de la fecha en que el índice de ocupación predial sea mayor o igual a cuarenta por ciento (40%).

En los casos de nuevas habilitaciones urbanas y electrificación de nuevas agrupaciones de vivienda, promovidas por el Estado o por inversionistas privados, corresponde a los interesados ejecutar las obras correspondientes a la red secundaria y alumbrado público, conforme al proyecto previamente aprobado y bajo la supervisión de la empresa concesionaria que atiende el área. En estos casos, las instalaciones serán recibidas por el concesionario fijándose en tal oportunidad el monto de la contribución con carácter reembolsable correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR), para efectos de reembolsar al interesado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 84 de la presente Ley, correspondiendo efectuar la devolución de contribuciones reembolsables a partir de la fecha en que el índice de ocupación predial sea mayor o igual a cuarenta por ciento (40%).

Al momento de efectuar la devolución de las contribuciones reembolsables, éstas serán actualizadas con los factores de reajuste de las tarifas."

Texto del artículo según modificación efectuada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1221, publicado el 24 de setiembre de 2015.

¹¹ "Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho."

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

agregarse que el artículo 109¹² de la Constitución Política también dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

A su vez, el artículo III¹³ del Título Preliminar del Código Civil estipula que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

En esta línea, se advierte que de acuerdo con nuestro marco normativo, la ley desde su entrada en vigencia es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, de modo tal que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ella, mientras que los hechos o efectos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por esta última.

En el caso bajo análisis, al tratarse de la supervisión muestral del año 2011, correspondía determinar los indicadores DCE y DMI, así como los demás indicadores previstos en el Procedimiento, de acuerdo con la normativa vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos materia de la supervisión. Las modificaciones a los artículos 83° y 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas efectuadas mediante el Decreto Legislativo N° 1221, resultan aplicables a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a hechos ocurridos con posterioridad al periodo supervisado.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

6. Sobre lo alegado en el literal b) del numeral 3) de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN¹⁴, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, norma vigente cuando se inició el presente procedimiento sancionador, establecía que la potestad sancionadora de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones, prescribía a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada¹⁵.

¹² "Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

¹³ "Aplicación de la ley en el tiempo

Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú."

¹⁴ "Artículo 32°.- Prescripción

La potestad sancionadora de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada. Dicho plazo corresponde al ámbito propio del ejercicio de la potestad sancionadora, la cual finaliza con la resolución sancionadora y la consiguiente notificación.

La prescripción ganada solo podrá ser alegada por los administrados en vía de defensa, para lo cual, la Administración resolverá sin más trámite que la mera constatación del plazo, debiéndose pronunciar de modo estimatorio o desestimatorio.

El cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de 25 (veinticinco) días hábiles, por causa no imputable al administrado. También se suspenderá el cómputo del plazo en aquellos casos que, por mandato judicial expreso o supuestos establecidos en la Ley que generen la suspensión, la Entidad se encuentre impedida de ejercer su función sancionadora."

¹⁵ Esta disposición normativa guardaba concordancia con el numeral 233.1 del artículo 233° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1029, el cual disponía lo siguiente:

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

Asimismo, dicha norma indicaba que el cómputo del plazo de prescripción se suspendía con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanudaba si el trámite del procedimiento sancionador se mantenía paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

En el caso bajo análisis, se ha sancionado a LUZ DEL SUR S.A.A. por el incumplimiento del Procedimiento en el período de supervisión correspondiente al año 2011, reflejado por la desviación de los indicadores DCR, DCE, DPO, DPA y DMI.

Debe señalarse que mediante el Procedimiento se supervisa que las empresas concesionarias cumplan permanentemente la normativa legal vigente referida al proceso de contribuciones reembolsables y su devolución a los usuarios o interesados del servicio público de electricidad. La gestión de la concesionaria sobre este tema es supervisada por OSINERGMIN por periodos anuales en función de cinco indicadores (DCR, DCE, DPO, DPA y DMI). Para ello, las empresas concesionarias deben proporcionar la información solicitada por OSINERGMIN, en la forma y plazos establecidos en el Procedimiento, pues en función de esta información se selecciona la muestra representativa sobre la base de la cual se realiza la supervisión al universo de casos reportados en el periodo de supervisión correspondiente, comprendiéndose dentro del proceso de supervisión las inspecciones de campo, a efectos de validar la información y/o documentación proporcionada por la concesionaria.

En esta línea, este Órgano Colegiado coincide con la primera instancia en el sentido de que bajo la metodología de una supervisión muestral, la evaluación de los indicadores establecidos en el Procedimiento y la consiguiente determinación de una posible desviación o transgresión de las tolerancias establecidas en el Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, se realiza después de concluida la supervisión muestral, luego de haberse evaluado integralmente la información proporcionada por la empresa respecto a su gestión anual en el proceso de contribuciones reembolsables. En el caso materia de análisis, la supervisión muestral se realizó del 2 de noviembre al 31 de diciembre de 2012.

Actualmente, en el literal d) del numeral 31.1¹⁶ del artículo 31° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, emitido con ocasión de la publicación del Decreto Legislativo N° 1272¹⁷ y

"233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años".

¹⁶ "Artículo 31.- Prescripción y caducidad

31.1 La potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado. Asimismo, el inicio del plazo de prescripción considera lo siguiente:

(...)

- d) Tratándose de infracciones al cumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del periodo supervisado."

¹⁷ El Decreto Legislativo N° 1272 realizó diversas modificaciones e incorporó nuevas disposiciones a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del mencionado decreto legislativo que las entidades debían adecuar sus procedimientos especiales a lo previsto en esta norma.

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

vigente desde el 19 de marzo de 2017, se ha establecido que tratándose de infracciones por incumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del periodo supervisado.

Al respecto, la Primera Disposición Complementaria Transitoria¹⁸ del citado Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, establece que los procedimientos administrativos actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones de dicho Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción.

De lo señalado se desprende que a partir de la entrada en vigencia del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a Cargo de OSINERGMIN, norma aplicable al presente caso en virtud de su Primera Disposición Complementaria Transitoria, el cómputo del plazo de prescripción para infracciones relacionadas al incumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, se inicia desde la finalización del periodo supervisado.

Por tanto, dado que en el presente caso la supervisión muestral del proceso de contribuciones reembolsables comprendió todo el año 2011, el cómputo del plazo de prescripción se inicia el 1 de enero de 2012.

En este sentido, desde el 1 de enero de 2012, fecha en que se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta el 4 de marzo de 2015, fecha de notificación de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015 a LUZ DEL SUR S.A.A., se observa que no ha transcurrido el plazo de cuatro (4) años establecido en la normativa vigente, inclusive sin haber considerado el periodo de suspensión del procedimiento, producido con la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En consecuencia, no se ha configurado la prescripción de la potestad sancionadora de OSINERGMIN respecto de las infracciones administrativas objeto de análisis; por lo que se desestima lo alegado por la concesionaria en este extremo.

7. Acerca de lo alegado en el literal c) del numeral 3) de la presente resolución, corresponde señalar que de la revisión del expediente se observa que, en sus descargos al oficio de inicio del presente procedimiento sancionador, LUZ DEL SUR S.A.A. solo se refirió a la desviación de los indicadores DPO y DMI. En su recurso de reconsideración, dicha concesionaria presentó alegatos respecto de cada uno de los cinco indicadores por los que fue sancionada mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 398-2015. Por tanto, este Órgano Colegiado emitirá pronunciamiento sobre los argumentos de defensa presentados por LUZ DEL SUR S.A.A.

¹⁸ "Primera.- Los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente Reglamento. En este último caso, se aplicarán tales disposiciones previo informe del órgano que emitió el acto administrativo que dio fin al procedimiento administrativo sancionador, siendo dicha decisión inimpugnable."

7.1 Desviación del indicador DCR

El indicador DCR¹⁹, previsto el numeral 3.1 del Procedimiento, determina el grado de incumplimiento de la concesionaria en relación al reconocimiento de las contribuciones reembolsables realizadas por los usuarios o interesados para financiar o construir instalaciones eléctricas en vías públicas (reforzamiento o ampliación de redes de distribución, electrificación de zonas urbanas o agrupamiento de viviendas), con excepción de los costos regulados que correspondan a las conexiones eléctricas.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas²⁰, para la dotación de nuevos suministros o ampliación de una potencia contratada, la concesionaria puede exigir una contribución, con carácter reembolsable, para el financiamiento de la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega y/o para la ampliación de la capacidad de distribución necesaria. Dicha contribución puede ser principalmente: a) la construcción de obras, en cuyo caso los interesados realizan la

¹⁹ "3.1 DCR: Desviación del reconocimiento de contribuciones reembolsables

Con este indicador se determina el grado de incumplimiento de la concesionaria, en relación al reconocimiento de las contribuciones reembolsables realizadas por los usuarios o interesados para financiar o construir instalaciones eléctricas en vías públicas (reforzamiento o ampliación de redes de distribución, electrificación de zonas urbanas o agrupamiento de viviendas), con excepción de los costos regulados que correspondan a conexiones eléctricas.

$$DCR_i = \text{INR} / (\text{NIN} + \text{NCM})$$

Donde:

- INR** = Sumatoria de los importes, expresados en UIT, de las contribuciones reembolsables no reconocidas.
NIN = Número de casos de contribuciones reembolsables no reconocidas pertenecientes a la muestra.
NCM = Número de total de casos de la muestra.

y;

- i = 1** Casos de aportes por reforzamiento de redes o extensiones de red de distribución secundaria para la atención de nuevas conexiones o solicitudes de ampliación de potencia contratada, no reconocidos como reembolsables.
- i = 2** Casos de financiamiento o construcción de obras de extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega en media o alta tensión, no reconocidos como contribuciones reembolsables.
- i = 3** Casos de nuevas habilitaciones urbanas, electrificación de zonas urbanas o de agrupaciones de viviendas ubicadas dentro de la zona de responsabilidad de la concesionaria, no reconocidas como contribuciones reembolsables.
- i = 4** Otros casos en los que el usuario o interesado ha financiado o participado en la construcción de redes y/o ampliaciones para el suministro.

La información para la determinación del indicador se obtiene de la muestra de solicitudes y obras seleccionadas del total informado de acuerdo a los **Anexos N° 2 y 5.**"

²⁰ "Artículo 83°.- Para la dotación de nuevos suministros o ampliación de una potencia contratada, el concesionario podrá exigir una contribución, con carácter reembolsable, para el financiamiento de la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega y/o para la ampliación de la capacidad de distribución necesaria.

Estas contribuciones tendrán la siguiente modalidad, a elección del usuario:

- a) Aportes por kW, previamente fijado por el concesionario para los diferentes casos;
- b) Construcción de las obras de extensión por el solicitante, previa aprobación del proyecto por el concesionario, fijándose el valor nuevo de reemplazo de estas instalaciones en la oportunidad de aprobar el proyecto; y,
- c) Financiamiento por el solicitante para ejecutar las obras requeridas, al valor determinado por el concesionario, obligándose éste a ejecutarlas en un plazo determinado."

(Versión antes de la modificación efectuada mediante el Decreto Legislativo N° 1221, publicada el 24 de setiembre de 2015).

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

construcción de infraestructura eléctrica consistente en extensiones o refuerzos de la red de distribución; o b) el financiamiento de obras, modalidad en la cual la concesionaria es la encargada de ejecutar las obras, que son financiadas por el solicitante mediante un aporte dinerario.

Por su parte, el artículo 84^{o21} de la Ley de Concesiones Eléctricas, establece que el usuario tendrá derecho a que se le reconozcan las contribuciones que realice mediante la entrega de acciones de la empresa, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real.

De lo expuesto, se advierte que de acuerdo con la normativa el requerimiento de una contribución reembolsable a los interesados en la dotación de nuevos suministros es facultativo u opcional por parte de las empresas concesionarias, pues éstas pueden financiar y ejecutar directamente la extensión de sus instalaciones hasta el punto en que entregará la electricidad a los usuarios que requieren la instalación de suministros o reforzar las redes de distribución existentes, pues es su responsabilidad suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión. Sin embargo, en caso fuesen los interesados quienes construyeran o financiaran la infraestructura eléctrica necesaria para que la concesionaria los atienda, dicho aporte tiene carácter reembolsable.

En el presente procedimiento sancionador, se imputó a LUZ DEL SUR S.A.A. el incumplimiento del indicador DCR debido a que luego de la evaluación de la muestra seleccionada se determinó que no había cumplido con reconocer las contribuciones reembolsables correspondientes a dieciséis (16) obras de infraestructura eléctrica.

En particular, en el Informe de Supervisión N° 030/2010-2012-12-01 se señaló que las obras observadas consistieron en la instalación de redes para el subsistema de distribución subterránea en baja tensión para el servicio particular, en calibres que van desde 70 mm² hasta 500 mm², iniciándose desde las respectivas subestaciones de distribución hasta los bancos de medidores de los edificios construidos por los interesados (empresas constructoras), recorriendo dichas redes subterráneas la vía pública. Por tanto, se advirtió que en estos casos los interesados financiaron parte de los cables alimentadores de los bancos de medidores de los interesados; sin embargo, LUZ DEL SUR S.A.A. trató a las obras observadas como traslado de banco de medidores, indicándole a los interesados que debían asumir los respectivos costos de conformidad con el artículo 98° de la Ley de Concesiones Eléctricas, por lo que el aporte realizado no tendría carácter reembolsable.

LUZ DEL SUR S.A.A. alegó que los casos observados en la supervisión muestral no se encuentran comprendidos en alguno de los supuestos del artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas (financiamiento de la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega o ampliación de la capacidad de distribución necesaria).

La concesionaria precisó que al amparo de la *“Norma de Procedimientos para la Elaboración de Proyectos y Ejecución de Obras en Sistemas de Distribución y Sistemas de Utilización en*

²¹ **Artículo 84°.**- El usuario tendrá derecho a que se le reconozca las contribuciones que realice mediante la entrega de acciones de la Empresa, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real. La actualización de las contribuciones, a efectos de garantizar su recuperación real, se efectuará teniendo en cuenta los factores de reajuste establecidos en el Reglamento.

La elección de la forma de devolución corresponderá al usuario. La Empresa concesionaria, por ningún motivo, podrá cobrar gastos y/o comisiones por conceptos de esta devolución.”

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

Media Tensión en Zonas de Concesión de Distribución", aprobada por Resolución Directoral N° 018-2002-EM/DGE, fijó el punto de entrega a partir del cual se debía iniciar el proyecto del sistema de distribución. No obstante, luego de efectuada la construcción de los proyectos inmobiliarios, fueron las empresas constructoras quienes variaron el punto de entrega fijado inicialmente, a fin de reubicar los bancos de medidores. Por tanto, en dichos casos no se trató de una ampliación de instalaciones que tengan como origen la prestación del servicio público de electricidad, dado que LUZ DEL SUR S.A.A. ya había fijado el punto de entrega, sino que se trató de una reubicación de medidores porque el constructor, debido a un tema de estética (que afectaría el precio de sus departamentos), decidió mover el punto de entrega.

Sin embargo, la Regla G1.B.6 del Código Nacional de Electricidad-Utilización señala que toda acometida subterránea deberá tener una longitud no mayor de 4 (cuatro) metros. En tal sentido, se desprende que el punto de entrega debe estar a una distancia no mayor de 4 (cuatro) metros de la infraestructura eléctrica más cercana, dado que es la longitud máxima que prevé la normativa para una acometida subterránea.

Por tanto, este Órgano Colegiado considera que en la medida que LUZ DEL SUR S.A.A. accedió a la modificación del punto de entrega solicitada por los interesados y que tal modificación en cada uno de los casos observados implicaba la extensión de sus redes de distribución secundaria a fin de suministrar energía eléctrica a los bancos de medidores de los edificios construidos por los interesados, el aporte realizado por estos últimos para el financiamiento de las mencionadas instalaciones sí tenía carácter reembolsable.

7.2 Desviación del indicador DCE

LUZ DEL SUR S.A.A. alegó que la potestad sancionadora de OSINERGMIN para imponer una sanción por la desviación del indicador DCE había prescrito. Por tanto, respecto a dicho argumento de defensa, este Órgano Colegiado se remite a los fundamentos expuestos en el numeral 6) de la presente resolución, esto es, que no se ha configurado la prescripción de la potestad sancionadora de OSINERGMIN, como incorrectamente alega la concesionaria.

7.3 Desviación del indicador DPO

El indicador DPO²², establecido en el numeral 3.3 del Procedimiento, determina el grado de desviación de los presupuestos o valorización de las obras financiadas o construidas por los

²² "3.3 DPO: Desviación de los presupuestos o valorización de las obras financiadas o construidas por los usuarios o interesados

Con este indicador se determina el grado de desviación de los presupuestos o valorización de las obras financiadas o construidas por los usuarios o interesados, determinado por la concesionaria respecto al presupuesto o valorización calculado por OSINERGMIN en función al CEIDE.

$$DPO_i = [(\Sigma IDC /) \Sigma IDO) - 1] \times 100$$

Donde:

IDC = Importe determinado por la concesionaria

IDO = Importe calculado por OSINERGMIN (S/.)

y;

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

usuarios o interesados, establecido por la concesionaria respecto al presupuesto o valorización calculado por OSINERGMIN en función al CEIDE²³.

En el presente procedimiento, se ha sancionado a LUZ DEL SUR S.A.A. por la desviación reflejada por el indicador DPO debido a que no determinó correctamente el Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante, VNR) de 43 (cuarenta y tres) obras de infraestructura eléctrica.

En sus descargos al oficio de inicio del presente procedimiento sancionador, LUZ DEL SUR S.A.A. señaló que en lo referido a las obras de los ítems N° 6, N° 7, N° 14, N° 15, N° 16, N° 20, N° 21, N° 23, N° 25, N° 26, N° 27, N° 29, N° 30, N° 31, N° 32, N° 33, N° 40, N° 45, N° 47, N° 50, N° 53, N° 55, N° 56, N° 57, N° 59 y N° 60 (es decir, 26 de las 43 obras observadas), valorizó las obras civiles de las subestaciones según la estructura de costos establecida en el SICODI. Luego, en su recurso de reconsideración, LUZ DEL SUR S.A.A. precisó que no se encontraba de acuerdo con la multa impuesta porque no guardaba proporción con la supuesta conducta infractora.

Al respecto, el artículo 76° de la Ley de Concesiones Eléctricas²⁴ define el VNR como el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes. Además, el artículo 77°²⁵ de la misma ley establece que OSINERGMIN

- i = 1 Presupuestos de acuerdo a la modalidad de aportes por kW (literal a) del artículo 83° de la LCE).
- i = 2 Valorización de las obras en la modalidad de construcción de extensiones de redes por el usuario o interesado, cuyo importe fue determinado en función al VNR.
- i = 3 Presupuestos calculados en la modalidad de financiamiento por el solicitante, cuyo importe fue determinado en función al VNR.
- i = 4 Valorización de las obras en los casos de habilitación de zonas urbanas o de agrupamiento de viviendas, cuyo importe fue determinado en función al VNR.

OSINERGMIN evaluará:

- a) Los presupuestos calculados en base al costo unitario por kW fijado anticipadamente por la concesionaria, informado a OSINERGMIN y publicado conjuntamente con los pliegos tarifarios, según lo establecido por la DCR.
- b) La valorización de las obras calculadas en base al CEIDE, que forma parte del presente procedimiento; asimismo, verificará según corresponda, la actualización de los importes de acuerdo a la normatividad establecida para el caso.

La información para la determinación de este indicador se obtiene de la muestra de suministros seleccionados del total informado de acuerdo a los **Anexos N° 2 y 3.**"

²³ El numeral 1.1 del "Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento de la Normatividad sobre Contribuciones Reembolsables en el Servicio Público de Electricidad" señala que para efectos de dicho procedimiento el término CEIDE significa "Costo Estándar de Instalaciones de Distribución Eléctrica", que es la información base para la determinación de presupuestos o valorización de obras en función del VNR, establecido por OSINERGMIN.

²⁴ "Artículo 76°.- El Valor Nuevo de Reemplazo, para fines de la presente Ley, representa el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes, considerando además:

- a) Los gastos financieros durante el periodo de la construcción, calculados con una tasa de interés que no podrá ser superior a la Tasa de Actualización, fijada en el artículo 79° de la presente Ley;
- b) Los gastos y compensaciones por el establecimiento de las servidumbres utilizadas; y,
- c) Los gastos por concepto de estudios y supervisión.

Para la fijación del Valor Nuevo de Reemplazo, los concesionarios presentarán la información sustentatoria, pudiendo la Comisión de Tarifas de Energía rechazar fundadamente la incorporación de bienes innecesarios."

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

procederá a actualizar cada cuatro (4) años el VNR de las instalaciones de distribución eléctrica con la información presentada por las concesionarias.

En tal sentido, mediante Resolución N° 329-2004-OS/CD, se aprobó la “*Guía de Elaboración del Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica*”, en la cual se establecen los criterios y procedimientos que deben emplear las empresas concesionarias para la elaboración y presentación de la información del VNR de las instalaciones de distribución eléctrica. Además, se estipula que la valorización de las instalaciones debe realizarse con los costos estándar de inversión de las instalaciones de distribución eléctrica establecidos en la última fijación del VNR.

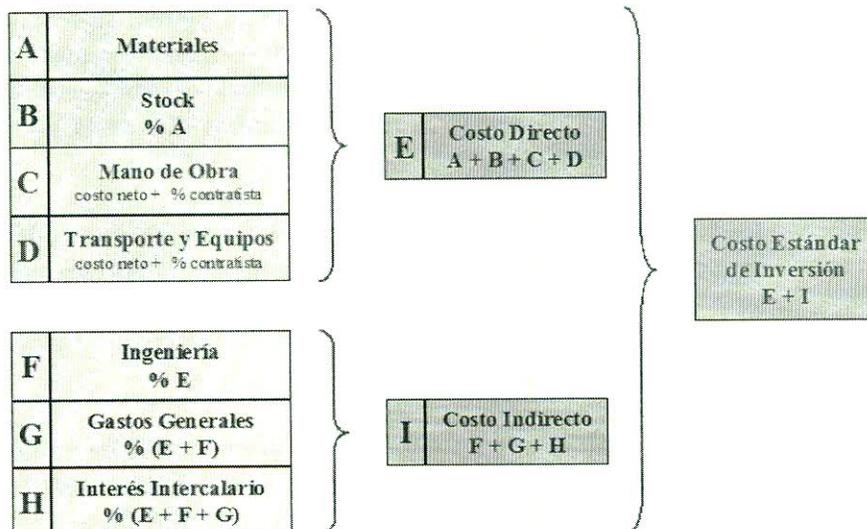
En este punto, resulta oportuno precisar que los costos estándar de inversión de las instalaciones de distribución eléctrica consideran armados de construcción típicos, los cuales contemplan diseños óptimos de las instalaciones²⁶. Asimismo, dichos costos se determinan por kilómetro para las redes y por unidad para los equipos de protección y seccionamiento, subestaciones de distribución en media y baja tensión, y equipos de alumbrado público. Además, los costos estándar de inversión consideran los costos indirectos de la empresa de distribución eléctrica, como costos de ingeniería, gastos generales e interés intercalario.

En efecto, en el Anexo N° 5 (Costos Estándar de Inversión de las Instalaciones de Distribución Eléctrica – Año 2008) del Informe Técnico N° 0435-2009-GART, que sustentó la Resolución N 180-2009-OS/CD, mediante la cual se fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica, con metrados adaptado al 30 de junio de 2008, se señala que en la estructura de los costos estándar de inversión de las instalaciones de distribución eléctrica se consideran costos directos (materiales, stock, mano de obra, transporte y equipos) y costos indirectos (ingeniería, gastos generales e interés intercalario), conforme se indica a continuación:

²⁵ “**Artículo 77°.**.- Cada cuatro años, la Comisión de Tarifas de Energía procederá a actualizar el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución, con la información presentado por los concesionarias.

En el caso de obras nuevas o retiros, la Comisión de Tarifas de Energía incorporará o deducirá su respectivos Valor Nuevo de Reemplazo.”

²⁶ Con dicho fin, el Anexo N° 6 de la “*Guía de Elaboración del Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica*” establece los criterios técnicos de adaptación de las instalaciones de distribución eléctrica por sector típico.



Si bien LUZ DEL SUR S.A.A. alega que valorizó las obras civiles de las subestaciones según la estructura de costos establecida en el SICODI, cabe señalar que en la valorización realizada dicha concesionaria omitió considerar, en lo que corresponde al costo directo, el costo de stock²⁷ (rubro B), así como también omitió considerar todos los costos indirectos, es decir, los costos de ingeniería²⁸ (rubro F), los gastos generales²⁹ (rubro G) y el interés intercalario³⁰ (rubro H).



Además, en el caso de las obras de los ítems N° 6, N° 14, N° 15, N° 21, N° 23, N° 25, N° 27, N° 53 y N° 59, LUZ DEL SUR S.A.A. no presentó argumentos de defensa en cuanto a los presupuestos adicionales que fueron cancelados por los interesados y que no fueron incluidos en las valorizaciones.

De otro lado, respecto a lo alegado por LUZ DEL SUR S.A.A. en el sentido que la multa impuesta no guardaba proporción con la supuesta conducta infractora, corresponde indicar que según el Principio de Razonabilidad que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública, recogido en el numeral 3) del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

²⁷ Equivalente al 6,81 % del costo de los materiales (rubro A).

²⁸ Equivalente al 11,17% del costo directo (rubro E).

²⁹ Equivalente al 6% de la sumatoria del costo directo y los costos de ingeniería (rubros E y F).

³⁰ Equivalente al 2,5% de la sumatoria del costo directo, los costos de ingeniería y los gastos generales (rubros E, F y G). El interés intercalario cubre los costos financieros durante el tiempo de ejecución del proyecto.

Cabe precisar que similares porcentajes se consideraron para determinar los costos estándar de inversión de las instalaciones de distribución eléctrica del año 2004.

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

Así, debe tomarse en consideración que las sanciones tienen una finalidad disuasiva, buscando desincentivar todo accionar u omisión de las concesionarias que atente contra el derecho de los usuarios del servicio público de electricidad. Por tanto, al momento de establecer los importes de las multas se debe considerar que éstas también logren un efecto disuasivo de tales conductas.

En tal sentido, para la determinación de las sanciones que corresponde imponer a las concesionarias por el incumplimiento del Procedimiento deben seguirse los criterios expresamente establecidos en el Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, los cuales guardan concordancia con el aludido Principio de Razonabilidad.

Cabe señalar que para establecer (en el Anexo N° 15) el importe de las multas derivadas del mencionado Procedimiento, en el estudio técnico especializado efectuado por la Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN se han tomado en cuenta diferentes aspectos, tales como la facturación promedio de las concesionarias en el periodo supervisado y el VNR de las instalaciones de las obras objeto de contribuciones reembolsables, sobre la base de las cuales se calcula el beneficio económico que obtienen las concesionarias al incumplir con algunas de las normas vigentes en el periodo que comprende la supervisión.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la supervisión de este aspecto de la gestión comercial de las concesionarias de distribución se realiza de manera muestral, esto es, sobre la base de muestras aleatorias y representativas del universo analizado, a partir de las cuales se infiere el nivel de incumplimiento de la normativa en todo el ámbito de responsabilidad de la concesionaria, lo cual también influye en el cálculo de las multas.

En esta línea, la multa impuesta a LUZ DEL SUR S.A.A. a través de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 398-2015 fue calculada conforme al literal c) del numeral III del Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN.

7.4 Desviación del indicador DPA

El indicador DPA³¹, establecido en el numeral 3.4 del Procedimiento, determina el grado de desviación respecto a los plazos máximos previstos por la normativa vigente para: i) la

³¹ "3.4 DPA: Desviación de los plazos de atención sobre aportes y devolución de las contribuciones reembolsables

Con este indicador se determina el grado de desviación superior de la atención sobre aportes y devolución de las contribuciones reembolsables realizada por la concesionaria respecto a los plazos máximos establecidos por la normatividad vigente sobre contribuciones reembolsables y su devolución a los usuarios o interesados.

$$DPA_i = (NCE / NCM) \times 100$$

Donde:

NCE = Número de casos de la muestra con exceso, respecto al plazo máximo establecido en la DCR

NCM = Número total de casos de la muestra

y;

i = 1 Plazo para la determinación de la contribución reembolsable

RESOLUCIÓN Nº 151-2017-OS/TASTEM-S1

determinación de la contribución reembolsable; ii) concretar la modalidad y fecha de entrega del reembolso; y iii) la entrega del reembolso.

De la revisión de los actuados se observa que se ha sancionado a LUZ DEL SUR S.A.A. por la desviación reflejada por el indicador DPA debido a que de la muestra evaluada se detectó que en siete (7) obras se excedió en el plazo para la determinación de la contribución reembolsable.

En su recurso de reconsideración, LUZ DEL SUR S.A.A. se ha limitado a señalar que resultaba un imposible fáctico que se fijara la fecha del reembolso si es que el usuario no había elegido previamente la modalidad del reembolso, de conformidad con el artículo 167° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Por ello, resultaba necesario contar previamente con la solicitud de devolución del cliente, a través de la cual éste fija la modalidad de devolución, para luego poder fijar la fecha y efectuar el reembolso o devolución.

Sin embargo, tal argumento de defensa no guarda relación con el incumplimiento que han sido imputado en el presente procedimiento, esto es, excederse en el plazo para la determinación de la contribución reembolsable, sino más bien estaría destinado a deslindar la responsabilidad de la concesionaria en un supuesto exceso en el plazo para concretar la modalidad y fecha de entrega del reembolso, uno de los aspectos que también se evalúa a través del indicador DPA, pero que no ha sido materia de sanción en el presente caso.

7.5 Desviación del indicador DMI

En lo que concierne al indicador DMI, en sus descargos LUZ DEL SUR S.A.A. alegó que en el informe que sustentó el inicio del procedimiento sancionador, se indica que para el cálculo de los intereses compensatorios en el primer tramo (desde la fecha de determinación de la contribución reembolsable) hasta el 3 de enero de 2008, se aplica la tasa capitalizable del interés compensatorio, y que para el tramo siguiente corresponde aplicar el interés compensatorio con una tasa nominal simple. Sin embargo, argumenta que OSINERGMIN no había considerado que mediante la Ley N° 29178 se había precisado que no procedía capitalización alguna en los intereses aplicables a las relaciones que se generen por la prestación del servicio público de electricidad. Además, posteriormente las contribuciones reembolsables habían sido actualizadas de conformidad con el artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas, tomando en cuenta los factores de reajuste establecidos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Luego, en su recurso de reconsideración, LUZ DEL SUR S.A.A. argumentó que en el informe que sustentó el inicio del procedimiento sancionador, se señala que los factores de actualización utilizados no reflejan la naturaleza del VNR de las contribuciones reembolsables, lo cual considera incorrecto por cuanto el cálculo de intereses de las

i = 2 Plazo para concretar la modalidad y fecha de entrega del reembolso

i = 3 Plazo para la entrega del reembolso

La información para la determinación del indicador se obtiene de la muestra de suministros seleccionados del total informado de acuerdo a los Anexos N° 2, 3 y 4."

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

contribuciones reembolsables se ha realizado tomando en consideración el artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual dispone que se deben aplicar los factores de reajuste establecidos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

De lo anterior, se advierte que los alegatos de LUZ DEL SUR S.A.A. están dirigidos únicamente a cuestionar la observación planteada en la supervisión muestral con relación a la obra del ítem N° 24 del Informe de Supervisión N° 030/2010-2012-12-01.

Sobre el particular, debe reiterarse lo señalado por este Órgano Colegiado en un caso similar al presente³², en el cual se resolvió confirmar la sanción de multa impuesta a la concesionaria Edecañete S.A. por la desviación del indicador DMI en el periodo de supervisión muestral correspondiente al año 2009.

En efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 83° y 84°³³ de la Ley de Concesiones Eléctricas, a fin de ser abastecidos con el servicio eléctrico, los interesados pueden ejecutar o financiar obras de infraestructura eléctrica, consistentes en la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega o la ampliación de la capacidad de distribución necesaria, garantizándoseles para tal efecto la recuperación real de la contribución efectuada.

Las modalidades de contribuciones de aporte por kW y financiamiento consisten en un aporte del interesado a la concesionaria de distribución eléctrica para que sea ésta quien ejecute las instalaciones eléctricas. En cambio, en la modalidad de construcción de obras es el propio interesado quien ejecuta las obras de infraestructura eléctrica, conforme al proyecto previamente aprobado por la empresa concesionaria.

Así, la recuperación real de las contribuciones de aporte por kW y financiamiento, al consistir en aportes dinerarios, solo puede efectuarse mediante el reembolso de tales aportes y su actualización con intereses compensatorios, de conformidad con el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas³⁴, no siendo posible en estos casos la aplicación de los factores de reajuste³⁵ establecidos en dicho Reglamento.

³² Resolución N° 271-2014-OS/TASTEM-S1 del 22 de agosto de 2014.

³³ "Artículo 84°.- El usuario tendrá derecho a que se le reconozca las contribuciones que realice mediante la entrega de acciones de la Empresa, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real. La actualización de las contribuciones, a efectos de garantizar su recuperación real, se efectuará teniendo en cuenta los factores de reajuste establecidos en el Reglamento.

La elección de la forma de devolución corresponderá al usuario. La Empresa concesionaria, por ningún motivo, podrá cobrar gastos y/o comisiones por conceptos de esta devolución."

Texto del artículo según modificación efectuada por el Artículo Único de la Ley N° 29178, publicada el 3 de enero de 2008.

³⁴ "Artículo 176°.- 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 de 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."

³⁵ El artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas es el único artículo del Reglamento que establece factores de reajuste para efectos tarifarios.

"Artículo 154°.- Los factores a considerar para el reajuste de todas las tarifas podrán ser:

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

Cuando la contribución se realiza mediante la construcción de obras, corresponde que la actualización de la contribución se realice teniendo en cuenta los factores de reajuste establecidos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, pero solo para el periodo de tiempo que transcurre entre la aprobación del proyecto y la recepción de la obra, luego de lo cual, a fin de garantizar la recuperación real de la contribución, también resultan de aplicación los intereses compensatorios.

Debe tenerse presente que cuando los interesados son quienes ejecutan la obra, al no existir un aporte dinerario, la valorización se produce en dos momentos: primero, cuando la concesionaria aprueba el proyecto presentado por el interesado y fija el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de estas instalaciones, de conformidad con el literal b) del aludido artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas; y segundo, cuando la concesionaria recibe la obra ejecutada y determina el importe a devolver.

En esta línea, cuando en el segundo enunciado del artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas, modificado por la Ley 29178³⁶, se establece que la recuperación real debe considerar los factores de reajuste previstos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, solo cabe interpretar que se refiere a la modalidad de construcción de obras, cuyo VNR en el periodo de tiempo que transcurre desde la aprobación del proyecto (fecha en que se fija el VNR) y hasta la recepción de la obra, debe actualizarse mediante los factores de reajuste establecidos en el Reglamento.

Si se interpretara que la modificación al artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas implica que para efectos del reembolso de las contribuciones se está reemplazando los intereses compensatorios por la aplicación de factores de reajuste, como postula LUZ DEL SUR S.A.A., se perdería el objetivo de garantizar la recuperación real de la contribución establecido por el primer enunciado del artículo 84° de la Ley, pues para el caso de los aportes dinerarios sería inaplicable y para el caso de la modalidad de construcción de obras con el transcurso del tiempo el VNR podría incluso ajustarse en perjuicio del aportante.

También debe tenerse en cuenta que lo expuesto en los párrafos precedentes coincide con lo previsto en la Directiva N° 001-96-EM/DGE, "*Directiva sobre Contribuciones Reembolsables y su Devolución a Usuarios de Energía Eléctrica*", vigente en el momento en que se realizó la supervisión muestral, en cuyo numeral 1.4³⁷ disponía respetar el carácter financiero de la contribución reembolsable, garantizando la recuperación real de la

- a) Índice de precios al por mayor;
- b) Promedio General de Sueldos y Salarios;
- c) Precio de combustible;
- d) Derechos arancelarios;
- e) Precio internacional del cobre y/o del aluminio; y,
- f) Tipo de cambio."

³⁶ Publicada el 3 de enero de 2008.

³⁷ "**1.4 Recuperación real de la contribución reembolsable.**- Las modalidades de reembolso de las contribuciones, respetarán en todos los casos el carácter financiero de las mismas, garantizando la recuperación real de la contribución, aplicándose a los reembolsos de los usuarios un interés compensatorio que será equivalente al promedio de los promedios ponderados de las tasas activas y pasivas vigentes en el sistema financiero al momento de su aplicación, publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Todo pago parcial estará sujeto al interés compensatorio en favor del aportante.

Quedan exceptuados por su naturaleza, la aplicación de intereses a las modalidades de reembolso mediante acciones o energía."

contribución, aplicándose a los reembolsos el interés compensatorio a que se refiere el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Asimismo, los literales a) y c) del numeral 2.4.1³⁸ de la citada Directiva, establecían como obligaciones de la concesionaria para los casos en que los interesados realizaran contribuciones consistentes en la ejecución de instalaciones eléctricas en nuevas habilitaciones urbanas o nuevas agrupaciones de vivienda, dentro de la zona de concesión, que en el documento de aprobación del proyecto de la obra se debía consignar el VNR referencial con fórmula de reajuste, utilizando los factores establecidos en el artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas y que, para efectos del reembolso, al recibir las obras ejecutadas debía determinar el VNR de dichas instalaciones, el cual no podía diferir en más del 10% del VNR referencial reajustado.

En igual sentido, la vigente Norma de Contribuciones Reembolsables, aprobada por Resolución Ministerial N° 231-2012-MEM/DM³⁹, expedida con posterioridad a la modificación del artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas efectuada mediante la Ley N° 29178, reitera en su numeral 8⁴⁰ el carácter financiero de la contribución, así como la aplicación de los intereses compensatorios establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, precisando que para la modalidad de construcción de obras, dicho carácter financiero se respetará considerando los factores de ajuste vigentes usados para la elaboración del VNR, aprobados por OSINERGMIN. La misma norma agrega que los intereses compensatorios se aplican durante el periodo comprendido desde la fecha de determinación del importe de la contribución (fecha de recepción de obra) hasta la fecha en que se efectúe la devolución. Además, en los literales a) y d) del numeral 6.2⁴¹

³⁸ "2.4.1 Son obligaciones del Concesionario de Distribución:

- a) Notificar la aprobación del proyecto dentro de los 30 días calendario de presentada la solicitud de aprobación, aplicándose en casos de observaciones, subsanaciones o falta de pronunciamiento del concesionario, los mismos criterios establecidos en los dos primeros párrafos del literal a) del numeral 2.2.1 de la presente Directiva.

En el documento de aprobación de proyecto, el concesionario consignará el Valor Nuevo de Reemplazo referencial con fórmula de reajuste utilizando los factores establecidos en el Artículo 154° del Reglamento. Asimismo, adjuntará información referencial vinculada a modalidades, plazos y demás condiciones de reembolso de la contribución.

(...)

- c. Para efecto del reembolso, fijar en el momento de recibir las obras ejecutadas por el interesado el Valor Nuevo de Reemplazo de estas instalaciones, el mismo que no podrá diferir en más del 10% del Valor Nuevo de Reemplazo referencial reajustado a que se refiere el inciso a) precedente. El documento de recepción de obras en el que se fije el Valor Nuevo de Reemplazo, será notificado al usuario, debiendo el concesionario adjuntar en esa oportunidad, la información definitiva vinculada a modalidades, plazos y demás condiciones de reembolso de la contribución."

³⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de mayo de 2012.

⁴⁰ "8. Importe de la Devolución

Se respetará el carácter financiero de la Contribución, para este fin se considerará los intereses compensatorios establecidos en el artículo 176° del RLCE. Para el caso de la modalidad de Ejecución de Obras, dicho carácter financiero se respetará considerando los factores de ajuste vigentes usados para la elaboración del VNR, aprobados por OSINERGMIN.

Los intereses compensatorios se aplican durante el periodo comprendido desde la fecha de determinación del Importe de la Contribución, hasta la fecha en que se efectúe la Devolución.

Los intereses moratorios se aplican desde la fecha en que venció el plazo que tenía la Concesionaria para efectuar la Devolución, hasta la fecha en que se haga efectiva la Devolución.

Quedan exceptuados de la aplicación de intereses, por su naturaleza, las modalidades de devolución mediante energía o acciones, siempre que el Distribuidor haya cumplido con respetar el valor financiero de la contribución según los criterios anteriormente señalados en este numeral."

⁴¹ "6.2 Obligaciones del Distribuidor:

- a) Aprobar el proyecto siguiendo el procedimiento establecido en la NPO vigente a la fecha de su solicitud. Al documento de autorización o aprobación, el Distribuidor adjuntará la valorización preliminar de las correspondientes instalaciones en función a su VNR, la información referente a modalidades, condiciones y plazos de devolución de la Contribución.

(...)

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

se establece como obligación de la concesionaria de distribución, para el caso de la contribución en la modalidad de construcción de obras, que al documento de aprobación del proyecto de la obra se le adjunte la valorización preliminar de las instalaciones en función a su VNR y que al recibir las obras mediante resolución, se fije el VNR definitivo.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que para el caso de contribuciones reembolsables efectuadas bajo la modalidad de construcción de obras, el VNR fijado al aprobarse el proyecto debía actualizarse con los factores de reajuste hasta la recepción de la obra, luego de lo cual, a fin de garantizar la recuperación real de la contribución, debían aplicarse los intereses compensatorios hasta la fecha en que se efectuara la devolución⁴².

De otro lado, en lo que se refiere a la capitalización de los intereses, debe tenerse presente que el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que el reintegro a los usuarios se debe efectuar considerando las mismas tasas de interés y mora que tiene autorizadas la concesionaria para el caso de las deudas por consumos de energía, las cuales se encuentran previstas en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

En efecto, la versión original del artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas estipulaba que las concesionarias estaban autorizadas a aplicar a sus acreencias un interés compensatorio capitalizable y un recargo por mora. Precisaba también que el interés compensatorio era equivalente al promedio de la tasa activa en moneda nacional vigente en el sistema financiero al momento de su aplicación y que el recargo por mora era equivalente al 30% de dicho interés compensatorio.

Posteriormente, el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, según la modificación establecida mediante el Decreto Supremo N° 006-98-EM, publicado el 18 de febrero de 1998, señalaba que las concesionarias debían aplicar a sus acreencias el interés compensatorio y moratorio que fijara el Banco Central de Reserva del Perú.

Luego, mediante el Decreto Supremo N° 011-2003-EM, publicado el 21 de marzo de 2003, se modificó nuevamente el citado artículo, precisándose que la tasa máxima de interés compensatorio aplicable sería 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. Además, estableció que el interés moratorio era equivalente al 15% de la tasa del interés compensatorio.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la aplicación de las tasas de interés, a efectos de obtener el importe de los intereses compensatorios, dada su propia naturaleza de cálculo son tasas efectivas, por lo que correspondían ser acumuladas a través de su multiplicación, mediante la utilización de factores diarios.

- d) Recibir las obras mediante resolución, en la cual se fijará el VNR definitivo, dentro del plazo establecido en el numeral 12.4.2 b) de la NPO. De no producirse la recepción dentro de dicho plazo, se tendrá como fecha de determinación del VNR, la fecha de presentación de la solicitud de Recepción de Obra conforme al numeral 12.4.1 de la NPO.”

⁴² Esta interpretación resulta concordante con lo indicado por la Gerencia Legal de OSINERGMIN en el Memorandum N° GL-842-2014 de fecha 31 de julio de 2014.

RESOLUCIÓN N° 151-2017-OS/TASTEM-S1

No obstante, cabe señalar que, conforme ha señalado este Órgano Colegiado en anteriores pronunciamientos⁴³, recién mediante Ley N° 29178, publicada el 3 de enero de 2008, se modificó el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas, estableciéndose que los intereses aplicables a las relaciones que se generen por la prestación del servicio público de electricidad, en cualquier aspecto, se efectuará a una tasa nominal y simple, no procediendo capitalización alguna.

En consecuencia, dado que la Ley N° 29178 es aplicable desde el día siguiente de su publicación, para los intereses que se hayan generado hasta el 3 de enero de 2008, correspondía considerar tasas diarias acumuladas por su multiplicación, y recién a partir del 4 de enero de 2008 deben aplicarse tasas nominales y simples.

Atendiendo a lo señalado en los párrafos precedentes, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar las alegaciones formuladas por la concesionaria en estos extremos.

8. Con relación a lo alegado en el literal d) del numeral 3) de la presente resolución, debe indicarse que conforme a los fundamentos expuestos en los numerales 5), 6) y 7) precedentes, este Órgano Colegiado no considera que las Resoluciones de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 398-2015 y N° 2827-2015 hayan incurrido en las causales de nulidad invocadas por la concesionaria.
9. En cuanto a la solicitud de uso de la palabra mencionada en el literal e) del numeral 3) de la presente resolución, corresponde señalar que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen suficientes elementos de juicio para que esta Sala emita pronunciamiento sobre la materia controvertida que ha sido puesta en su conocimiento, habiéndose evaluado los argumentos de la recurrente expresados en su recurso de apelación y en su escrito complementario del 18 de marzo de 2016.

Por lo expuesto, los Vocales que integran este Órgano Colegiado consideran que no es necesario acceder a la solicitud de informe oral formulada por la concesionaria a efecto de resolver su recurso de apelación.

De conformidad con el artículo 19° numeral 1) del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y modificado por la Resolución N° 075-2015-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por LUZ DEL SUR S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2827-2015 del 18 de noviembre de 2015 y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

⁴³ Tales como las Resoluciones N° 227-2014-OS/TASTEM-S1 del 8 de julio de 2014 y N° 043-2013-OS/TASTEM-S1 del 5 de febrero de 2013.



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo.

**LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE**