

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2442-2017**

Lima, 19 de diciembre del 2017

Exp. 2015-099

VISTOS:

El expediente SIGED N° 201300040380, referido al procedimiento administrativo sancionador iniciado a través del Oficio N° 431-2015, complementado por el Oficio de Notificación de Cargo N° 2329-2016, a la EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. (en adelante, EGEMSA), identificada con R.U.C. N° 20218339167.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Informe Técnico N° GFE-UCO-215-2014, se recomendó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a la empresa EGEMSA por presuntamente incumplir con las normas vigentes sobre la implementación y ejecución del Fondo de Inclusión Social Energético (en adelante, FISE), correspondiente al primer semestre del año 2013.
- 1.2 El referido informe recomendó el inicio del procedimiento sancionador por las siguientes infracciones:
 - a) Incumplir con incluir explícitamente el rubro del recargo FISE en la facturación de consumo emitida a sus usuarios libres, correspondientes al primer semestre del año 2013.
 - b) Incumplir con facturar el monto correcto del recargo FISE a los usuarios libres Industrias Cachimayo S.A. (febrero, abril y junio de 2013) y GyM S.A. (febrero a junio de 2013).
 - c) Incumplir con transferir oportunamente al Administrador FISE los recargos facturados a su cliente GyM S.A. en el periodo de enero a marzo del año 2013.
 - d) Incumplir con efectuar la transferencia de los recargos facturados a su cliente GyM S.A. en el periodo de abril a junio del año 2013.
- 1.3 Mediante el Oficio N° 431-2015, notificado el 11 de marzo de 2015, Osinergmin inició un procedimiento administrativo sancionador contra EGEMSA, por los presuntos incumplimientos señalados en el Informe Técnico N° GFE-UCO-215-2014.
- 1.4 Mediante la Carta N° C-091-2015/EGEMSA, recibida el 1 de abril de 2015, EGEMSA remitió a Osinergmin sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, los que se fundamentan en los siguientes argumentos:

- a) El artículo 1 del Reglamento de Comprobantes de Pago de la SUNAT, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 007-99/SUNAT, establece que el comprobante de pago es un documento que acredita la transferencia de bienes, la entrega en uso o la prestación de servicios. El literal a) del numeral 1.1 de su artículo 4 establece que se emitirá una factura cuando la operación se realice con sujetos del I.G.V. que tengan crédito fiscal; y el literal d) del numeral 6.2 del artículo 4 del referido Reglamento establece como documentos autorizados como comprobantes de pago a los recibos, los mismos que son emitidos por los servicios públicos de suministro de energía eléctrica y agua, así como por los servicios públicos de telecomunicaciones.
- b) En ese sentido, resalta que viene recaudando de forma explícita el recargo FISE a través de recibos de ingreso, ya que dicho recargo no está sujeto al I.G.V., de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 021-2012-EM.
- c) Apela a los principios de razonabilidad y presunción de licitud, ya que por desconocimiento contable o tributario puede haber infringido alguna norma relacionada con el FISE, agregando que se puede observar su disposición permanente para cumplir con lo establecido en la normativa vigente.
- d) De la fórmula contenida en el numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo N° 021-2012-EM, se evidencia que la variable “E” se refiere a la energía activa facturada y debe ser expresada en kWh. Inicialmente consideró a la variable “G” como la facturación de potencia y energía activa a usuarios libres, ya que además el recargo unitario “rc” está expresado en ctm. S/ kWh; sin embargo, atendiendo las observaciones de Osinergmin, procedió a recalcular el recargo unitario considerando la facturación por exceso de energía reactiva a los usuarios libres; por lo que, a la fecha de presentación de sus descargos, había considerado en el recargo unitario (rc) todos los montos por facturación de energía reactiva que efectuó a sus clientes libres.
- e) Adjunta como anexos copia del Recibo de Ingreso N° 000289, que incluye el recálculo del periodo febrero 2013 – diciembre 2013, en el que considera las facturaciones por exceso de energía reactiva correspondientes a los meses de febrero, abril y junio de 2013. Asimismo, adjunta el Recibo de Ingreso N° 000290, que incluye el recálculo del periodo febrero 2013 – diciembre 2013, en el que también se considera las facturaciones por exceso de energía reactiva correspondientes a los meses de febrero, abril y junio de 2013.
- f) Solicita que se tenga en cuenta el principio de razonabilidad, dado que los recálculos correspondientes para incluir los montos facturados por energía reactiva se efectuaron inmediatamente, y que la potencia reactiva tiene una incidencia mínima en el recargo FISE.
- g) En los Contratos de Suministro de Electricidad, tanto con usuarios

libres como con regulados, los periodos de recaudación suelen abarcar el tiempo entre la culminación del mes de consumo y la fecha de vencimiento que se especifica en los comprobantes de venta correspondientes. Esta característica, sumada al inconveniente suscitado con GyM S.A., quien ha efectuado los depósitos de los meses de enero a junio de 2013 muy a destiempo, ha incrementado de manera considerable los periodos de recaudación por dicho concepto, motivo por el que EGEMSA ha efectuado las transferencias consecuentes en tiempos que pueden parecer considerables pero que escapan de su control.

- h) Sin perjuicio de lo anterior, ha cursado comunicaciones y ha propiciado reuniones con el objetivo de exhortar a GyM S.A. a regularizar los pagos pendientes.
- i) Solicita que se tenga en cuenta el principio de razonabilidad y el de causalidad, debido a que la responsabilidad debe recaer en el usuario libre, en su calidad de iniciador de la cadena de pago.
- j) Resalta que cumplió con transferir los montos recibidos de su cliente GyM S.A. correspondientes a los meses de enero a junio de 2013, con excepción del pago correspondiente al mes de junio de dicho año, en que la transferencia no fue ejecutada oportunamente por la identificación tardía del pago en su sistema contable.
- k) Apela al Principio de Licitud, ya que conforme se señala en el numeral 4.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-OS/CD, se entiende que las transferencias se deben realizar sobre el monto efectivamente recaudado y no sobre el monto facturado.

1.5 Mediante el Oficio N° 2329-2016, notificado el 13 de diciembre de 2016, Osinergmin comunicó la notificación de cargo a EGEMSA, toda vez que, de conformidad con la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2016-OS/CD¹, se determinaron los órganos que debían llevar a cabo los actos de instrucción y sanción en el sector energía, motivo por el cual, a fin de continuar con el trámite del procedimiento administrativo sancionador, se le otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a fin que presente descargos adicionales respecto de la imputación formulada.

1.6 Mediante Memorándum N° DSE-CT-346-2017, de fecha 30 de noviembre de 2017, el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica remitió el presente expediente al Gerente de Supervisión de Electricidad, para la emisión de la resolución correspondiente.

2. CUESTION PREVIA

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM², corresponde a la División de Supervisión de Electricidad supervisar el cumplimiento de la normativa

¹ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de junio de 2016.

² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de febrero de 2016.

sectorial por parte de los agentes que operan las actividades de generación y transmisión de electricidad.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, y a su Disposición Complementaria Derogatoria, que dejó sin efecto el artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2016-OS/CD, el Gerente de Supervisión de Electricidad actúa como órgano sancionador en los procedimientos sancionadores iniciados a los agentes que operan las actividades antes señaladas, correspondiéndole, por tanto, emitir pronunciamiento en el presente caso.

3. CUESTIONES EN EVALUACIÓN

- 3.1. Respecto a la normativa legal aplicable.
- 3.2. Respecto a que EGEMSA incumplió con incluir explícitamente el rubro del recargo FISE en la facturación de consumo emitida a sus usuarios libres, correspondiente al primer semestre del año 2013.
- 3.3. Respecto a que EGEMSA incumplió con facturar el monto correcto del recargo FISE a los usuarios libres Industrias Cachimayo S.A. (febrero, abril y junio de 2013) y GyM S.A. (febrero a junio de 2013).
- 3.4. Respecto a que EGEMSA incumplió con transferir oportunamente al Administrador FISE los recargos facturados a su cliente GyM S.A. en el periodo de enero a marzo del año 2013.
- 3.5. Respecto a que EGEMSA incumplió con efectuar la transferencia de los recargos facturados a su cliente GyM S.A. en el periodo de abril a junio del año 2013.

4. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

4.1. Respecto a la normativa legal aplicable

La Ley N° 29852, Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), dispuso la creación del FISE como un sistema de compensación energética, que permita brindar seguridad al sistema, así como de un esquema de compensación social y mecanismos de acceso universal a la energía. En lo que se refiere a los recursos que financian el FISE, el artículo 4 del referido dispositivo legal precisa, entre otros, que el FISE se financiará con el recargo en la facturación mensual para los usuarios libres de electricidad de los sistemas interconectados, a través de un cargo equivalente en energía aplicable a las tarifas de transmisión eléctrica.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 021-2012-EM, aprobó el Reglamento de la Ley N° 29852, con el objeto de establecer disposiciones reglamentarias necesarias para la adecuada aplicación de la Ley, siendo que, a través del numeral 7.1 del artículo 7 del referido reglamento, se establece que la aplicación del recargo FISE en la facturación mensual para usuarios libres de electricidad será igual a:

$$rc = (G+T+D)*(F-1)/E$$

donde:

rc = recargo unitario expresado en ctm S/.kWh

G = Facturación por compra de potencia y energía a precios libres

T = Facturación por peajes de transmisión regulados por OSINERGMIN.

D = Facturación por la tarifa de distribución regulados por OSINERGMIN.

E = Energía facturada al Usuario Libre.

F = Factor de Recargo del Fondo de Compensación Social Eléctrica aprobado por OSINERGMIN.

De igual modo, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-OS/CD, se aprobó el “Procedimiento, plazos, formatos y disposiciones aplicables para la implementación y ejecución del Fondo de Inclusión Social Energético (FISE) aplicable al descuento en la compra del balón de gas”. El numeral 4.1 del artículo 4 del referido dispositivo legal vigente entonces, disponía que los suministradores deben transferir los montos recaudados por aplicación del recargo mensual FISE dentro de los veinte (20) días calendario del mes siguiente del cierre de la facturación mensual por venta de energía.

Finalmente, la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2013-OS/CD, aprobó la Tipificación y Escala de Multas correspondiente a las infracciones referidas al incumplimiento de las normas aplicables para la implementación, ejecución y operatividad del FISE aplicable al descuento en la compra del balón de gas, incorporándose como Anexo N° 19 a la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad.

4.2. **Respecto a que EGEMSA incumplió con incluir explícitamente el rubro del recargo FISE en la facturación de consumo emitida a sus usuarios libres, correspondientes al primer semestre del año 2013**

Es necesario tener en cuenta que en un caso similar al que es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, la Sala 1 del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía en Minería – TASTEM, mediante la Resolución N° 203-2016-OS/TASTEM-S1, efectuó una evaluación de la infracción materia de análisis en el presente procedimiento administrativo sancionador.

En ese sentido, señaló que el artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 29852, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM no establece que los suministradores se encuentren obligados a incluir el recargo FISE en la misma factura que emiten a sus clientes libres por los conceptos de potencia y energía, sino que únicamente establece que el monto total correspondiente por recargo FISE deberá ser indicado explícitamente en el comprobante de venta emitido por el suministrador, no excluyendo la posibilidad de que se emita una factura específica e independiente por el concepto de recargo FISE.

De igual modo, el TASTEM señaló que en el literal b) del numeral II.5 del Anexo 19 de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2013-OS/CD se estableció que la infracción sancionable consiste en no identificar en la factura emitida, el importe del recargo FISE aplicado al usuario libre correspondiente, lo que no ocurre en el presente caso.

Por tal motivo, considerando lo determinado por el TASTEM, en el presente caso se concluye que EGEMSA cumplió con lo establecido en la normativa vigente, por lo que corresponde archivar este extremo del procedimiento administrativo sancionador.

4.3. **Respecto a que EGEMSA incumplió con facturar el monto correcto del recargo FISE a los usuarios libres Industrias Cachimayo S.A. (febrero, abril y junio de 2013) y GyM S.A. (febrero a junio de 2013)**

Es necesario mencionar que el numeral 1 del artículo 7 del Decreto Supremo N° 021-2012-EM, establece la metodología y las variables utilizadas en la determinación de la tarifa o recargo unitario FISE, para su aplicación de la empresa suministradora en la facturación del usuario libre.

Cabe precisar que, si bien durante la supervisión efectuada por el órgano regulador se verificó que EGEMSA no había considerado dentro de las variables utilizadas en la determinación de la tarifa o recargo unitario FISE la facturación de la energía reactiva, posteriormente se pudo verificar que dicha empresa, mediante reportes dirigidos a Osinergmin con fechas 15 y 20 de abril de 2014, realizó las transferencias por los recálculos de los montos observados, correspondientes a sus usuarios libres: Industrias Canchimayo S.A. y GyM S.A., respectivamente.

En tal sentido, es posible observar que, si bien es verdad EGEMSA no consideró dentro de las variables utilizadas en la determinación de la tarifa o recargo unitario FISE la facturación de la energía reactiva; también es verdad que cumplió con realizar las transferencias por los recálculos de los montos observados, correspondientes a sus usuarios libres: Industrias Canchimayo S.A. y GyM S.A. antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, constituyendo una causal eximente de responsabilidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272, que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Siendo esto así, conforme al análisis realizado, la infracción imputada en contra de EGEMSA debe ser archivada en este extremo.

4.4. **Respecto a que EGEMSA incumplió con transferir oportunamente al Administrador FISE los recargos facturados a su cliente GyM S.A. en el periodo de enero a marzo del año 2013**

Conforme al numeral 4.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-OS/CD, las empresas concesionarias del sub sector electricidad deben

transferir, al Administrador del FISE, los montos que han recaudado por aplicación del recargo FISE a los usuarios libres de electricidad, dentro de los 20 días calendarios del mes siguiente del cierre de la facturación mensual por venta de energía.

De esta forma, durante la supervisión se observó que las transferencias de los recargos FISE facturados por EGEMSA a su usuario libre GyM S.A. (CL0475), correspondientes a los meses de enero a marzo del año 2013, fueron realizadas extemporáneamente.

Es decir, EGEMSA manifestó que había cumplido con transferir los montos recaudados, una vez que los usuarios libres efectuaron el pago del recargo FISE, indicando las fechas de recaudación de los comprobantes emitidos a su usuario libre CL0475: 18 de marzo de 2013, 31 de mayo de 2013 y 31 de mayo de 2013 en los meses de enero, febrero y marzo del año 2013, respectivamente.

Sin embargo, los recargos FISE recaudados fueron transferidos por EGEMSA al Administrador del FISE con fechas 19 de abril de 2013, 19 de junio de 2013 y 20 de junio de 2013, respectivamente.

En consecuencia, si bien es verdad EGEMSA tuvo un retraso en la transferencia de los montos al Administrador FISE referidos precedentemente; también es verdad que cumplió con hacer efectiva dichas transferencias antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, constituyendo una causal eximente de responsabilidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272, que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Siendo esto así, conforme al análisis realizado, la infracción imputada en contra de EGEMSA debe ser archivada en este extremo.

4.5. Respecto a que EGEMSA incumplió con efectuar la transferencia de los recargos facturados a su cliente GyM S.A. en el periodo de abril a junio del año 2013

Conforme al numeral 4.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-OS/CD, las empresas concesionarias del sub sector electricidad deben transferir, al Administrador del FISE, los montos que han recaudado por aplicación del recargo FISE a los usuarios libres de electricidad, dentro de los 20 días calendarios del mes siguiente del cierre de la facturación mensual por venta de energía.

En sus descargos, EGEMSA señaló que cumplió con realizar las transferencias al Administrador del FISE oportunamente; sin embargo, no evidenció las fechas de transferencia de los importes observados.

Posteriormente, mediante reportes efectuados por EGEMSA al organismo regulador, se verificó que transfirió los recargos FISE facturados a su usuario libre GyM S.A. durante los meses de abril, mayo y junio del año 2013, con

**RESOLUCIÓN DE DIVISION DE SUPERVISION DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2442-2017**

fechas 20 de octubre de 2014, 20 de octubre de 2014 y 15 de mayo de 2014, respectivamente.

En consecuencia, si bien es verdad EGEMSA tuvo un retraso en la transferencia de los montos al Administrador FISE referidos precedentemente; también es verdad que cumplió con hacer efectiva dichas transferencias antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, constituyendo una causal eximente de responsabilidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272, que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Siendo esto así, conforme al análisis realizado, la infracción imputada en contra de EGEMSA debe ser archivada en este extremo.

De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 9 de la Ley N° 26734, Ley de Osinergmin, el literal a) del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, y lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y las disposiciones legales que anteceden;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. a través del Oficio N° 431-2015, en razón de los fundamentos precedentes.

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad (e)