

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2460-2017**

Lima, 19 de diciembre del 2017

Exp. N° 2016-083

VISTO:

El expediente SIGED N° 201400005334, referido al procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante el Oficio N° 858-2016, complementado por el Oficio de Notificación de Cargo N° 2340-2016, a la empresa ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, EGPERÚ), identificada con RUC N° 20330791412.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el Informe Técnico N° GFE-UGSEIN-58-2016, se recomendó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a la empresa EGPERÚ por presuntamente incumplir con las normas vigentes sobre la implementación y ejecución del Fondo de Inclusión Social Energético (en adelante, FISE), correspondiente al período del primer semestre de 2014.
- 1.2 El referido informe recomendó el inicio del procedimiento administrativo sancionador por las infracciones detalladas a continuación:
 - a) No cumplir con incluir el rubro referido al recargo FISE en la factura de sus usuarios libres correspondiente a los meses de enero a junio del año 2014.
 - b) No cumplir con transferir oportunamente al administrador FISE los recargos facturados en los meses de marzo y abril del año 2014.
 - c) No cumplir con transferir el monto total del recargo FISE facturado en los meses de enero a junio del año 2014.
- 1.3 Mediante el Oficio N° 858-2016, notificado el 28 de abril de 2016, Osinergmin inició un procedimiento administrativo sancionador a EGPERÚ por los presuntos incumplimientos detallados en el párrafo anterior.
- 1.4 A través de la Carta S/N, notificada el 6 de mayo de 2016, EGPERÚ remitió a Osinergmin sus descargos al procedimiento administrativo sancionador, los que se detallan a continuación:

Respecto a que una eventual imposición de una sanción de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica como órgano sancionador sería nula por contravenir la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley N° 28964

- a) La empresa hace referencia a los documentos de notificación de cargos. Manifiesta que este documento precisa que las sanciones que eventualmente se impongan en el presente procedimiento administrativo serían impuestas por la Gerencia de Fiscalización

Eléctrica como primera instancia administrativa. Por tal motivo, considera que el mismo órgano realiza las funciones de órgano instructor y sancionador.

- b) Afirma que esta conducta resultaría ilegal por contravenir lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, que establece que, si bien el Consejo Directivo de Osinergmin puede establecer los órganos competentes para imponer sanciones, tiene una limitación explícita que es el respeto de los principios del procedimiento administrativo sancionador establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- c) En ese sentido, señala que el artículo 234 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que uno de los caracteres del procedimiento sancionador es la diferenciación entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción cuando la organización de la entidad lo permita.
- d) Al respecto, sostiene que la organización de Osinergmin permite que se distinga entre el órgano instructor y el sancionador. Indica que tal distinción se aplicaba normalmente antes de la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 642-2007-OS/CD, que establecía que el órgano instructor era la Gerencia de Fiscalización Eléctrica y el órgano sancionador era la Gerencia General de Osinergmin.
- e) En tal sentido, afirma que el artículo 23 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD (actualmente derogado), resulta ilegal pues contraviene una ley en la que se exige la separación de competencias. Agrega que desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1029, las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General constituyen una de las garantías mínimas para los administrados, que no pueden ser vulneradas por normas de rango inferior. Por ello, considera que cualquier sanción que sea emitida por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica habiendo actuado como órgano instructor y sancionador será nula.

Respecto a no haber cumplido con incluir el rubro referido al recargo FISE en la factura de sus usuarios libres correspondiente a los meses de enero a junio del año 2014

- a) El recargo FISE no se incluyó en las facturas de consumo de energía y potencia de los usuarios libres por dos razones: i) el recargo FISE no se encuentra gravado con el I.G.V., a diferencia del importe facturado por el concepto de consumo de energía y potencia; y, ii) la facturación por consumo de energía y potencia se efectúa en dólares americanos, en tanto que el importe correspondiente al recargo FISE se factura en soles.
- b) Por tales motivos, procedió con el cobro del recargo FISE de forma independiente al cobro del importe por consumo de energía y

potencia, sin que ello afectara la recaudación y posterior transferencia del importe al fondo FISE, de acuerdo con la normativa legal aplicable.

Respecto a no haber cumplido con transferir oportunamente al administrador FISE los recargos facturados en los meses de marzo y abril del año 2014

- a) No se transfirieron los montos facturados a sus clientes libres en marzo y abril de 2014, debido a que a la fecha de emisión del reporte que se envía a Osinergmin, los clientes no habían cumplido con pagar las facturas correspondientes, no habiéndose recaudado lo correspondiente a dicha facturación. Agrega que cumplió con transferir el monto recaudado una vez que los mencionados clientes efectuaron el pago.

Respecto a no haber cumplido con transferir el monto total del recargo FISE facturado en los meses de enero a junio del año 2014

- a) Los afectados con el recargo FISE son los usuarios libres de electricidad y este no se aplica sobre los ingresos de los generadores eléctricos, como es el caso de la concesionaria.
- b) Precisa que el artículo 7 del Reglamento FISE establece claramente que el Suministrador debe transferir los montos que recaude; es decir, los montos recibidos de parte de los usuarios libres. Agrega que el Suministrador no transfiere el Administrador FISE su propio dinero, sino aquellos montos que hubiere recaudado de los usuarios libres. Considera que ninguna de las disposiciones de la Ley del FISE o de su reglamento establece la obligación del Suministrador de pagar con su propio dinero aquello que el usuario libre no pagó por concepto de recargo FISE.
- c) En ese sentido, señala que numeral 4.1 de la Norma "Procedimiento, Plazos, Formatos y disposiciones aplicables para la implementación y ejecución del Fondo de Inclusión Social Energético aplicable al descuento en la compra del balón de gas", en concordancia con el Reglamento del FISE, establece la obligación de transferir los montos efectivamente recaudados. Agrega que lo mismo se desprende del Anexo 2 del Procedimiento antes mencionado, específicamente del Formato FISE-01: Formato de Transferencia de la Recaudación FISE de los Clientes Libres a ser Reportado por las Empresas Eléctricas.
- d) Precisa que el Informe Técnico Legal N° 242-2012-GART, que sustentó la aprobación del Procedimiento antes citado, también señala que se debe transferir el monto recaudado de los usuarios libres de electricidad.
- e) Por otro lado, señala que, conforme a la normativa vigente, tiene únicamente dos obligaciones a su cargo: i) facturar los montos que conforme a la Ley N° 29852 debe hacer por concepto de FISE a sus usuarios libres; y, ii) transferir exclusivamente los montos recibidos al Administrador del FISE. Con base en ello, afirma haber demostrado el cumplimiento de las normas FISE.

- f) Asevera que ha cumplido con requerir en todo momento el pago del recargo FISE a todos sus usuarios libres, incluyendo a Votorantim Metais Cajamarquilla S.A. Agrega que la situación de falta de pago en la que hasta la fecha se encuentra Cajamarquilla es conocida por la GART de Osinergmin, ya que en los reportes de información mensual que EGPERÚ envía sobre cobro y recaudación del FISE se incluye la información detallada respecto de los montos facturados y recaudados.
- g) Precisa que no está facultada para determinar y/o aceptar exclusiones en la aplicación de los cargos señalados por la Ley N° 29852, los que son de exigencia obligatoria a sus usuarios libres, incluido Votorantim Metais Cajamarquilla S.A.
- h) No cuenta con las herramientas legales que le permitan asegurar la recaudación del FISE en su totalidad, pues lo único que establece la normativa aplicable es que los generadores deben asumir la obligación de recaudar –mas no pagar– dicho importe.
- i) Por las razones antes expuestas, resalta que no es procedente imponer a la concesionara la supuesta obligación de pagar los montos facturados y no recaudados por falta de pago de los clientes libres. Agrega que conforme indica el Código Civil, la solidaridad solo se crea por ley o por el título de una obligación, y su existencia no se presume.
- j) El numeral 8 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General reconoce expresamente como un principio de la potestad sancionadora administrativa al de causalidad, según el cual la responsabilidad debe recaer sobre quien realiza la conducta constitutiva de infracción sancionable.

Respecto a la aplicación del principio de razonabilidad

- a) Solicita que, al momento de determinar la sanción a imponer por las infracciones supuestamente cometidas, Osinergmin debe tener en cuenta el principio de razonabilidad, a fin de que la sanción impuesta responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Por ello, considera que debe tenerse en cuenta que la empresa: i) no generó daño alguno al interés público y tampoco a algún bien jurídico protegido; ii) no obtuvo beneficio alguno como consecuencia de las supuestas infracciones; iii) no es reiterativa en la comisión de incumplimientos imputados; y, iv) no tuvo intención alguna de cometer los infracciones ya que no le generaría beneficio alguno.

1.5 Mediante el Oficio N° 2340-2016, notificado el 16 de diciembre de 2016, Osinergmin comunicó la notificación de cargo a EGPERÚ, 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)

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

días hábiles a fin que presente descargos adicionales respecto de la imputación formulada.

- 1.6 Mediante Carta S/N, recibida el 23 de diciembre de 2016, EGPERÚ se ratificó en los argumentos señalados en su anterior escrito de descargos.
- 1.7 A través del Memorándum N° DSE-CT-319-2017, del 23 de noviembre de 2017, el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica remitió al Gerente de Supervisión de Electricidad el Informe Final de Instrucción N° 134-2017-DSE, que recomendó archivar el presente procedimiento administrativo sancionador.

2. CUESTIÓN 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 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. Las obligaciones contenidas en la normativa vigente.
- 3.2. Los órganos instructor y sancionador en el presente procedimiento.
- 3.3. La imputación referida a no cumplir con incluir el rubro referido al recargo FISE en la factura de sus usuarios libres correspondiente a los meses de enero a junio del año 2014.
- 3.4. La imputación referida a no cumplir con transferir oportunamente al administrador FISE los recargos facturados en los meses de marzo y abril del año 2014.
- 3.5. La imputación referida a no cumplir con transferir el monto total del recargo FISE facturado en los meses de enero a junio del año 2014.
- 3.6. La aplicación del principio de razonabilidad.

4. ANÁLISIS

4.1. Respecto a las obligaciones contenidas en la normativa vigente

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

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 regulada por Osinergmin.

E = energía facturada al usuario libre.

F = factor de recargo al Fondo de Compensación Social Eléctrico aprobado por Osinergmin.

De igual modo, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-OS/CD³ 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 debían 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/CD⁴, aprobó la Tipificación y Escala de Multas correspondiente a las infracciones referidas al

³ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 29 de junio de 2012.

⁴ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 7 de marzo de 2013.

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 los órganos instructor y sancionador en el presente procedimiento

Es necesario destacar que con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, es obligatorio para todas las entidades de la Administración Pública que, para el ejercicio de su función sancionadora, se diferencie claramente el órgano instructor del órgano sancionador.

Esta es una situación que ya venía siendo reconocida por Osinergmin, tal como lo demuestra la Resolución de Consejo Directivo N° 265-2014-OS/CD, que estableció que el órgano instructor, para incumplimientos derivados de los agentes que operan instalaciones de generación, sería la Unidad de Generación del SEIN, en tanto que el órgano sancionador sería el Gerente de Fiscalización Eléctrica.

Asimismo, se debe tener en cuenta que si bien, inicialmente, el Oficio N° 858-2016 fue suscrito por el Gerente de Fiscalización Eléctrica, esta situación fue oportunamente superada con la notificación del Oficio N° 2340-2016 suscrito por el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica, órgano competente para hacer las veces de autoridad instructora, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2016-OS/CD, vigente al momento de su notificación.

Cabe precisar que dicho artículo fue posteriormente derogado por la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, que estableció que el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica sería el órgano instructor para todos los incumplimientos relacionados con agentes que operen actividades de generación y transmisión eléctrica. Dicho órgano es el que condujo la fase instructora en el presente procedimiento sancionador.

En ese sentido, tal como se puede apreciar, existe una clara diferencia entre el órgano instructor y el sancionador en el presente procedimiento, por lo que carecen de sustento los argumentos alegados por EGPERÚ en este extremo de sus descargos.

4.3. Respecto a no cumplir con incluir el rubro referido al recargo FISE en la factura de sus usuarios libres correspondiente a los meses de enero a junio del año 2014

En el presente caso, resulta necesario tener en cuenta que la Sala 1 del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temáticas de Energía en Minería – TASTEM, mediante la Resolución N° 203-2016-OS/TASTEM-S1, efectuó con anterioridad una evaluación de la infracción materia de análisis en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, 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 del recargo FISE.

De igual modo, señaló que en el ítem b) del numeral II.5 del Anexo N° 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 ha ocurrido en el caso bajo análisis.

En consecuencia, se ha verificado que la imputación materia de análisis no se subsume en la infracción prevista en el artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 29852, ni en el ítem 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. Por ello, corresponde disponer el archivamiento de la presente imputación.

4.4. Respecto a no cumplir con transferir oportunamente al administrador FISE los recargos facturados en los meses de marzo y abril del año 2014

Con respecto a esta imputación, es necesario precisar que, si bien EGPÉRÚ manifiesta que la tardía transferencia del recargo FISE al Administrador se debió a la demora de sus usuarios libres en efectuar el pago, la concesionaria no ha adjuntado medios probatorios que acrediten dicha afirmación.

No obstante, se ha verificado que las transferencias imputadas en el procedimiento administrativo sancionador bajo análisis fueron regularizadas con anterioridad al inicio del mismo. El detalle se puede apreciar en el siguiente cuadro:

| Usuario Libre | Código U. Libre | Concepto | Mes de facturación | |
|-------------------------------|-----------------|-------------------------------------|--------------------|------------|
| | | | mar-14 | abr-14 |
| Compañía Minera Antamina S.A. | CL0253 | Fecha de máxima transferencia...(1) | 20/05/2014 | |
| | | Fecha transferencia.....(2) | 16/06/2014 | |
| | | Exceso días.....(3) = (2) - (1) | 27 | |
| | CL0354 | Fecha de máxima transferencia...(1) | 20/05/2014 | |
| | | Fecha transferencia.....(2) | 16/06/2014 | |
| | | Exceso días.....(3) = (2) - (1) | 27 | |
| | CL0438 | Fecha de máxima transferencia...(1) | 20/05/2014 | |
| | | Fecha transferencia.....(2) | 16/06/2014 | |
| | | Exceso días.....(3) = (2) - (1) | 27 | |
| | CL0485 | Fecha de máxima transferencia...(1) | 20/05/2014 | |
| | | Fecha transferencia.....(2) | 16/06/2014 | |
| | | Exceso días.....(3) = (2) - (1) | 27 | |
| Minera Chinalco Perú S.A. | CL0582 | Fecha de máxima transferencia...(1) | 20/05/2014 | 20/06/2014 |
| | | Fecha transferencia.....(2) | 16/06/2014 | 18/07/2014 |
| | | Exceso días.....(3) = (2) - (1) | 27 | 28 |

En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 15.1 del artículo 15 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, en concordancia con lo dispuesto en el

literal f) del artículo 236-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, corresponde disponer el archivamiento de la imputación bajo análisis.

4.5. Respecto a no cumplir con transferir el monto total del recargo FISE facturado en los meses de enero a junio del año 2014

Como punto preliminar, es necesario indicar que el monto del recargo FISE no transferido por EGPERÚ corresponde al monto facturado a su usuario libre Votorantium Metais Cajamarquilla S.A. Asimismo, cabe precisar que, conforme a lo señalado por EGPERÚ, Osinergmin tiene conocimiento de la problemática en torno al usuario libre Votorantium Metais Cajamarquilla S.A. que ha venido omitiendo la transferencia de los recargos FISE facturados.

En este extremo, resulta oportuno tener en cuenta que tanto el numeral 7.1 del artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 29852, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM, como el numeral 4.1 de la norma Procedimientos, Plazos, Formatos y Disposiciones aplicables para la implementación del FISE, establecen la obligación de transferir únicamente montos recaudados.

Por tal motivo, debido a que EGPERÚ no ha recaudado el recargo FISE correspondiente a su usuario libre Votorantium Metais Cajamarquilla S.A., corresponde disponer el archivamiento de la imputación bajo análisis.

Finalmente, de acuerdo a los motivos expuestos de forma precedente, carece de objeto continuar analizando los descargos presentados por EGPERÚ.

4.6. Respecto a la aplicación del principio de razonabilidad

Al respecto, debe indicarse que, habiéndose dispuesto el archivamiento de las infracciones imputadas a la empresa en el presente procedimiento sancionador, carece de objeto pronunciarse sobre este extremo de sus descargos.

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 ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. a través de los Oficios Nos. 858-2016 y 2340-2016 respecto a las imputaciones consignadas en los literales a), b) y c) del numeral 1.2 de la presente resolución, correspondiente al período del primer semestre de 2014.

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad (e)