

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 49-2022-OS/TASTEM-S1

Lima, 11 de febrero del 2022

VISTO:

El Expediente N° 202100034614 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 21 de enero de 2022 por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL), representada por el señor Jean Roger Renato Mendoza Cárdenas, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA del 2 de diciembre de 2021, que declaró fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° 3-2021-OS/OMR IV de fecha 24 de junio de 2021, mediante la cual se dictaron medidas correctivas por no cumplir con las disposiciones normativas respecto a la facturación del servicio público de electricidad, en el marco de lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 035-2020 y sus modificatorias, así como la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° 3-2021-OS/OMR IV del 24 de junio de 2021, se ordenó a SEAL, como medidas correctivas, que cumpla con lo siguiente:
 - a) En los 70 suministros cuyo consumo histórico, consumo real, consumo liquidado y/o consumo real de octubre de 2020 reportados por SEAL que diferían de lo determinado por la supervisión y que, además, registraban consumos liquidados mayores a los determinados por la supervisión, SEAL debía aplicar la liquidación de consumos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 035-2020 y su modificatoria, así como lo establecido en la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD.
 - b) En las 183 facturaciones en las que los suministros pasaron de estar sujetos al “*Recargo FOSE*” a estar sujetos al “*Descuento FOSE*”, como consecuencia de las liquidaciones de consumos efectuadas en la facturación de octubre de 2020, determinadas por la supervisión, SEAL debía evidenciar el recálculo, la revalorización y la refacturación por cada caso.

El cumplimiento de las medidas correctivas anteriormente detalladas debía realizarse dentro de los 30 (treinta) días hábiles siguientes contados después del cierre de la próxima facturación de SEAL. Además, vencido el plazo de cumplimiento, se otorgó un plazo máximo de 20 (veinte) días hábiles para que SEAL presentara una base de datos en formato Excel que contenga,

además de la descripción de lo actuado en cada suministro observado, el detalle de los cargos facturados y refacturados que dependieran de la energía. Asimismo, debía adjuntar un informe documentado por cada suministro, donde evidenciara las acciones correctivas que hubiera ejecutado para el cumplimiento de las medidas anteriormente descritas.

Cabe señalar que lo ordenado por la Oficina Regional Arequipa se sustentó en que, luego de la supervisión especial de la liquidación de consumos efectuada por SEAL en las facturaciones de octubre de 2020, se determinó que dichas liquidaciones contravinieron lo dispuesto en el numeral 3.2 del artículo 3° y en el literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, el numeral 3.3 del Decreto de Urgencia N° 062-2020, el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD y el numeral 6.9 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD, al haberse acreditado lo siguiente:

- En 138 suministros, el consumo histórico, el consumo real, el consumo liquidado y/o el consumo real de octubre de 2020, reportados por SEAL, diferían de lo determinado por la supervisión. Dentro de este grupo se encuentran 99 casos en los que SEAL efectuó la liquidación de consumos en una sola cuota y 70 suministros con consumos liquidados mayores a los determinados por la supervisión.
 - 183 facturaciones de suministros, emitidas en el periodo de marzo a octubre de 2020 sobre la base de estimaciones, pasaron de estar sujetas al “*Recargo FOSE*” a estar sujetas al “*Descuento FOSE*”, como consecuencia de las liquidaciones de consumos efectuadas en la facturación de octubre de 2020, determinadas por la supervisión.
2. Con Carta N° P.AL-0694-2021/SEAL del 16 de julio de 2021, SEAL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° N° 3-2021-OS/OMR IV, el cual fue declarado fundado en parte mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA del 2 de diciembre de 2021.

Como consecuencia de ello, se modificó la medida correctiva descrita en el numeral 1) de la presente resolución, ordenándose lo siguiente:

- a) En los 70 suministros cuyo consumo histórico, consumo real, consumo liquidado y/o consumo real de octubre de 2020 reportados por SEAL diferían de lo determinado por la supervisión y que, además, registraban consumos liquidados mayores a los determinados por la supervisión, SEAL debía aplicar la liquidación de consumos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 035-2020 y su modificatoria, así como lo establecido en la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD.

- b) En las 132 facturaciones, detalladas en el Anexo N° 2 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA, en las que los suministros pasaron de estar sujetos al “*Recargo FOSE*” a estar sujetos al “*Descuento FOSE*”, como consecuencia de las liquidaciones de consumos efectuadas en la facturación de octubre de 2020, determinadas por la supervisión, SEAL debía evidenciar el recálculo, la revalorización y la refacturación por cada caso.
3. A través de la Carta N° P.AL.00543-2021-SEAL presentada el 21 de enero de 2022, SEAL interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA, en atención a los siguientes argumentos:
- a) Con relación a la medida correctiva señalada en el literal a) del numeral 2) de la presente resolución, señaló que:
- No se ha tomado en cuenta que SEAL ha realizado sus actividades siguiendo los decretos de urgencia y las directivas que al respecto ha emitido Osinergmin. Entonces, si se pretende imputarle un incumplimiento a la normativa, se le debe eximir de responsabilidad, al amparo de lo dispuesto en el literal e) del numeral 1 del artículo 257° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
 - El hecho más evidente de este aspecto es que el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD establece que en caso las empresas de distribución eléctrica mantengan las medidas de índole comercial reguladas en el literal e) del artículo 11° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, con la lectura real obtenida debe realizar la correspondiente liquidación entre los montos facturados con el consumo histórico y el consumo real, según los alcances establecidos en la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 047-2009-OS/CD. Sin embargo, en su análisis, la primera instancia indica que esta norma estaba derogada y se incurrió en un error material, es decir, asume el error cometido, pero no sus consecuencias, y pretende hacer responsable a SEAL por seguir lo dispuesto en la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD, que en ningún momento ha tenido una corrección de error material por norma de igual rango, ni se ha comunicado por ningún otro medio el error y su enmienda.
 - Asimismo, la primera instancia se excede y contradice en su análisis, pues pretende interpretar las normas dándoles conceptos que no están descritos en estas, como es el de facturaciones y consumos. Por consumo se debe entender únicamente la energía, pero la facturación puede incluir otros conceptos, tales como cargo fijo, alumbrado público, entre otros, por lo cual no puede entenderse y utilizarse ambos conceptos como sinónimos. Del mismo modo, confunde los conceptos contenidos en la diversa normativa emitida durante el estado de emergencia por el COVID-19, haciendo interpretaciones erróneas y con ellos encontrando incumplimientos que no tienen base

legal, con lo cual se contraviene el Principio de Legalidad y el artículo 6° del TUO de la LPAG.

- No se encuentra de acuerdo con la interpretación normativa por parte de Osinergmin y la imputación del incumplimiento del numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 035-2020 y el numeral 3.3 del Decreto de Urgencia N° 062-2020, debido a que la calificación de Población Vulnerable y Usuario Adicional solo se realiza para efectos del fraccionamiento de los recibos pendientes de pago que la concesionaria está facultada (no obligada) a realizar. Ello también se confirma con lo establecido en el artículo 5° de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 071-2020-OS/CD. Por tanto, en los casos de suministros en los que no se fraccionan los recibos, no resultan aplicables.
- Por tanto, debe desestimarse el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en su contra, como se señala en los numerales 1.6 y 2.7 de la Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° 3-2021-OS/OMR IV, debido a que no existe incumplimiento del numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 035-2020 ni del numeral 3.3 del Decreto de Urgencia N° 062-2020.
- Para determinar la modalidad de “*liquidación de consumos*” que se debe aplicar, se debe tener en cuenta que el literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, cuyo incumplimiento le ha sido imputado, indica que se debe realizar la liquidación entre el consumo histórico y el consumo real, debiéndose notar que se refiere a una liquidación de consumos y no a la liquidación de montos facturados que señala el numeral 6.9 de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 071-2020-OS/CD, evidenciándose que se comete un error al interpretar consumo y facturación como sinónimos.
- Conforme ha acreditado, SEAL en todos los casos efectuó la liquidación entre el consumo histórico y el consumo real en cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020. Así, los suministros en los que no se realizó el fraccionamiento de las deudas, fueron liquidados aplicando la metodología establecida en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas; mientras que la otra parte, esto es, en aquellos casos en que sí se realizó el fraccionamiento de las deudas, para la liquidación se aplicó la definición de Facturación Real Mensual prevista en el numeral 4.7 de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 071-2020-OS/CD. Por tanto, se evidenció que no existe incumplimiento del literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020.
- El artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD establece que la liquidación entre los montos facturados con el consumo histórico y el consumo real se debe realizar según los alcances de Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 047-2009-OS/CD y las normas que forman parte de la base legal de dicha resolución, indicadas en el numeral III, son la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 172° del Reglamento de la Ley de

Concesiones Eléctricas, en los casos que se hubieran producido consumos mayores a los facturados, estos deberán ser pagados por los usuarios a las concesionarias a la tarifa vigente a la fecha de la liquidación, en una sola cuota, lo cual sería aplicable en los casos de suministros que no califican para el fraccionamiento de recibos pendientes de pago del servicio de energía eléctrica, establecido en los Decretos de Urgencia N° 035-2020 y N° 062-2020, o que sea un beneficiario del Bono Electricidad, en cuyo caso las diferencias de la liquidación de los montos facturados serían descontadas de dicho subsidio, conforme a lo estipulado en el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD.

- En la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD no se establece expresamente que para la liquidación de los montos facturados se deba aplicar las definiciones de *"Facturación Estimada Mensual"* y *"Facturación Real Mensual"*, previstas en los numerales 4.6 y 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD, que es la que la supervisión de Osinergmin viene aplicando para todos los casos, incluyendo aquellos en los que no se fraccionó los recibos pendientes de pago.
- En ese sentido, considera que las liquidaciones de consumos y de montos facturados efectuada en aplicación del artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas para los recibos que no han sido fraccionados (liquidación en una sola cuota) no deben ser observados porque se realizaron conforme a lo establecido en el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD y la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 047-2009-OS/CD.
- Respecto a lo alegado por Osinergmin en el sentido que la facturación empleando un sistema de promedios, así como la liquidación de consumos reales, contemplada en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, se encuentra referida a casos en los que el equipo de medición no se encuentra accesible a la empresa de distribución eléctrica para efectos de la toma de lecturas, es decir, que en dicho supuesto la toma de lectura no se realiza por una causa que no resulta imputable a la empresa de distribución eléctrica, debe tenerse presente que la accesibilidad a los equipos de medida para la toma de lecturas que está regulado en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas también se da por situaciones de fuerza mayor (que no resultan imputables a las empresas de distribución eléctrica), tales como los fenómenos naturales, y en el presente caso también por las medidas de inmovilización social obligatoria del Estado de Emergencia Nacional impuestas por el Estado mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.
- La metodología para la liquidación de consumos indicada por Osinergmin no ha sido establecida expresamente en la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD, pues como se puede advertir en el numeral 7.15 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD, el fraccionamiento se puede efectuar sobre la base de una facturación estimada mensual, es decir, sin haber realizado previamente la liquidación de consumos, lo cual es concordante con el numeral 6.9, de la Resolución del Consejo

Directivo N° 071-2020-OS/CD, que prevé que las diferencias resultantes de la liquidación son incorporadas mediante el ajuste respectivo de las cuotas sujetas a fraccionamiento.

- Si bien en la resolución apelada se señala que la liquidación de consumos aplicada por Osinergmin obedece a lo dispuesto en la normativa vigente en el marco del Estado de Emergencia Nacional, cuya naturaleza es reducir el impacto en la economía nacional, se debe tener en cuenta que no todos los usuarios del servicio público de electricidad pudieron tener acceso al fraccionamiento de los recibos pendientes de pago y al bono de electricidad porque se debían cumplir con determinados requisitos; por tanto, dicha normativa no le resulta aplicable a todos los usuarios.
- La Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD, *“Disposiciones Complementarias para la Liquidación y Fraccionamiento de deudas derivadas de las facturaciones de electricidad de consumos hasta el 30 de junio de 2020”*, comprende disposiciones tanto para la liquidación de consumos como para el fraccionamiento de los recibos pendientes de pago; por tanto, podría incorporar definiciones y directivas para su aplicación en cualquiera de las dos situaciones.

b) Respecto a la medida correctiva señalada en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución, argumentó que:

- Las 132 facturaciones a las que hace referencia la medida correctiva corresponden a 106 suministros.
- En cuanto a 11 facturaciones, que corresponden a 5 suministros, en los que se ha establecido que los montos de reembolso de las diferencias de consumos determinados por SEAL son menores a los indicados por Osinergmin y/o en los que se observó no haber considerado los intereses respectivos a aquellos usuarios que realizaron el pago de sus recibos, corresponde precisar que en el caso de 5 facturaciones, pertenecientes a 4 suministros, se ha revisado los datos utilizados por SEAL y por Osinergmin para recalcular los montos y se ha observado que ambos han considerado los mismos datos, por lo cual las diferencias encontradas se deben a posibles redondeos aplicados por el sistema comercial.
- Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se ha efectuado la devolución de las diferencias indicadas por Osinergmin mediante la emisión de notas de crédito.
- Respecto a 6 facturaciones (1 suministro) en los cuales Osinergmin indica que no fue posible evaluar la nota contable, está adjuntando los recibos del suministro observado a efectos de que se evalúe las 6 notas contables.
- En lo que se refiere a 3 facturaciones (3 suministros), Osinergmin indicó que aplicó lo dispuesto en el numeral 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD con la lectura de julio 2020, entendiéndose que al haberse liquidado en un mes distinto al evaluado (octubre 2020) no debería ser materia de observación. Sin embargo, a

pesar de que en el numeral 4.5 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA se consigna: “(...) SEAL logró sustentar la inaplicación de la medida correctiva en tres registros, al corresponder estos casos a otros procesos de liquidación de consumos”, está manteniendo la observación para estos casos, lo cual es contradictorio con lo indicado en dicho numeral.

- En el caso de 118 facturaciones (29 suministros), SEAL aplicó la liquidación de consumos de conformidad con lo establecido en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Por tanto, conforme ha señalado en el literal a) del numeral 3) de la presente resolución, SEAL no ha incumplido el literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, el artículo 7° de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD, ni el numeral 6.9 de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 071-2020-OS/CD.

4. Mediante Memorándum N° 20-2022-OS/OR AREQUIPA, recibido el 24 de enero de 2022, la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin remitió al TASTEM el recurso de apelación, por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
5. Respecto de lo alegado por SEAL en su recurso de apelación, previamente debe señalarse que de acuerdo con el artículo 35¹ 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 el marco de la supervisión o del procedimiento administrativo sancionador, se pueden emitir medidas administrativas, tales como mandatos, medidas cautelares, medidas correctivas y medidas de seguridad².

Además, el artículo 38³ del mencionado Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de

¹ REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN
“Artículo 35.- Medidas administrativas

35.1 En el marco de la supervisión o del procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor y el órgano sancionador, según corresponda, pueden emitir las medidas administrativas correspondientes.

35.2 Son medidas administrativas los mandatos, medidas cautelares, medidas correctivas y medidas de seguridad.
(...)”

² Si bien el 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, estuvo vigente hasta el 12 de junio de 2021, la Única Disposición Complementaria Transitoria del “Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin”, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS/CD, que lo reemplazó, establece lo siguiente:

“Única.- Aplicación inmediata de normas procedimentales

Las actividades de fiscalización y los procedimientos administrativos actualmente en trámite se rigen, a partir de la siguiente etapa en que se encuentren, por las disposiciones procedimentales aprobadas en la presente resolución, sin perjuicio de la validez de las anteriores actuaciones realizadas al amparo de la normativa entonces vigente.”

³ REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN
“Artículo 38.- Medidas correctivas

las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, establece que las medidas correctivas se emiten dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, a fin de restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior.

En el caso bajo análisis, si bien mediante la Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° 3-2021-OS/OMR IV del 24 de junio de 2021, se ordenaron a SEAL 2 (dos) medidas correctivas, luego de la interposición de su recurso de reconsideración, el cual fue declarado fundado en parte mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA del 2 de diciembre de 2021, la primera instancia modificó las medidas correctivas descritas en el numeral 1) de la presente resolución.

En este sentido, en el trámite del presente procedimiento administrativo, corresponde que este Órgano Colegiado únicamente emita pronunciamiento sobre el recurso de apelación de SEAL respecto de las medidas correctivas que han quedado subsistentes, en atención a lo resuelto mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA del 2 de diciembre de 2021.

6. Sobre lo alegado en el literal a) del numeral 3), corresponde indicar que, a través de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA de fecha 2 de diciembre de 2021, la primera instancia ordenó que en los 70 suministros cuyos consumos liquidados por SEAL resultaban mayores a la liquidación de consumos determinada por la supervisión, correspondía que la mencionada concesionaria aplicara la liquidación de consumos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 035-2020 y su modificatoria, así como con lo establecido en la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD.

En su recurso de apelación SEAL argumenta, de manera general, que en todos los casos efectuó la liquidación entre el consumo histórico y el consumo real en cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020. Así, los suministros en los que no se realizó el fraccionamiento de las deudas, fueron liquidados aplicando la metodología establecida en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas; mientras que la otra parte, esto es, en aquellos casos en que sí se realizó el fraccionamiento de las deudas, para la liquidación se aplicó la definición de “*Facturación Real Mensual*” prevista en el numeral 4.7 de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 071-2020-OS/CD. Por tanto, se evidenció que no existe incumplimiento del literal d) del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 035-2020.

Asimismo, de la revisión del expediente se observa que, en su recurso de reconsideración, SEAL precisó que, en el caso de los 70 suministros materia de la medida correctiva bajo análisis, para

Se emiten, dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, a fin de restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior.”

la liquidación de consumos aplicó la metodología establecida en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, mientras que Osinergmin aplicó la metodología prevista en el numeral 4.7 de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 071-2020-OS/CD para fraccionamiento de deudas.

Al respecto, corresponde indicar que mediante el Decreto de Urgencia N° 035-2020, publicado el 3 de abril de 2020, modificado por los Decretos de Urgencia N° 062-2020 y N° 074-2020, publicados el 28 de mayo y 27 de junio de 2020, respectivamente, se establecieron medidas complementarias para reducir el impacto en la economía nacional, del aislamiento e inmovilización social obligatorio dispuesto en la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, así como para reforzar sistemas de prevención y respuesta sanitaria, como consecuencia del COVID-19. Entre estas medidas se encuentran las siguientes:

“Artículo 3.- Fraccionamiento de recibos pendientes de pago de los servicios de energía eléctrica, y de gas natural por red de ductos de la población vulnerable

3.1. Los recibos pendientes de pago de los servicios de energía eléctrica y de gas natural de la población vulnerable que se hayan emitido en el mes de marzo del 2020 o que comprendan algún consumo realizado hasta el 30 de junio de 2020, podrán ser fraccionados por las empresas de distribución eléctrica y por las empresas de distribución de gas natural por ductos hasta en veinticuatro (24) meses.

3.2 Para efectos de lo establecido en el numeral precedente, se considera como población vulnerable a los siguientes usuarios:

a) Usuarios residenciales del servicio de electricidad con consumos de hasta 100 kWh mensuales.

(...)

3.3 Adicionalmente, el fraccionamiento a que se refiere el numeral 3.1, podrá ser aplicado a los Usuarios residenciales del servicio de electricidad con consumos de hasta 300 kWh mensuales, cuyos recibos se hayan emitido en el mes de mayo de 2020 o que comprendan algún consumo hasta el 30 de junio de 2020.”

Artículo 4. Reglas para el fraccionamiento de recibos pendientes de pago de los servicios de electricidad y de gas natural

4.1 Para el fraccionamiento de los recibos referidos en el artículo 3, las empresas prestadoras de servicios de distribución de electricidad y distribución de gas natural por red de ductos, consideran lo siguiente:

a) Los recibos fraccionados no se consideran vencidos para la aplicación del artículo 90 del Decreto Ley N° 25884, Ley de Concesiones Eléctricas, y el artículo 75 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM.

(...)

d) *En caso de que las empresas apliquen las medidas de índole comercial reguladas en el literal e) del artículo 11, realizan la liquidación entre el consumo histórico y el consumo real. Las diferencias resultantes de la liquidación, son incorporadas mediante el ajuste respectivo de las cuotas sujetas a fraccionamiento.*

(...)

Artículo 11. Desarrollo de las actividades de comercialización de los servicios públicos de electricidad, gas natural y telecomunicaciones

Durante el plazo de vigencia del Estado de Emergencia Nacional establecido mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus prórrogas, las empresas proveedoras de los servicios públicos de electricidad, gas natural y telecomunicaciones pueden implementar las siguientes medidas de índole comercial:

(...)

c) *Suspensión de la lectura de los consumos de electricidad y gas natural de los usuarios finales.*

(...)

e) *Autorización para la emisión de los recibos o facturas por consumo al usuario final de electricidad y gas natural que tienen la categoría de residencial, incluyendo, los de los sistemas eléctricos rurales no convencionales abastecidos con suministro fotovoltaico autónomo, utilizando métodos de cálculo que se ajusten a su perfil de consumo de los últimos seis (6) meses previos al mes a facturar, a partir de lecturas reales. Para el caso de los recibos o facturas por consumo al usuario final de electricidad y gas natural no residenciales, se autoriza la utilización de métodos de cálculo, tales como la lectura remota u otros métodos de lectura que se ajusten a su perfil de consumo.”*

De lo anterior se verifica que, como consecuencia del Covid-19 se emitió el Decreto de Urgencia N° 035-2020, que facultó a las empresas concesionarias a aplicar diversas medidas de índole comercial, entre las que se encuentran: el fraccionamiento de los recibos pendientes de pago de los servicios de energía eléctrica, la suspensión de la toma de las lecturas mensuales y la emisión de recibos o facturas por consumo al usuario final de electricidad utilizando métodos de cálculo que se ajusten a su perfil de consumo de los últimos seis (6) meses previos al mes a facturar, esto último a condición de que la liquidación se realice entre el consumo histórico y el consumo real, para la emisión de los recibos por consumo al usuario final de electricidad y gas natural.

A fin de supervisar el cumplimiento de las medidas comerciales citadas precedentemente, Osinergmin emitió la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD, publicada el 20 de junio de 2020, mediante la cual se aprobó la Norma “*Procedimiento de liquidación de intereses compensatorios a ser cubiertos por el Fondo de Inclusión Social Energético en el marco de lo dispuesto por los artículos 3 y 4 del Decreto de Urgencia 035-2020 modificado por el Decreto de*

Urgencia 062-2020". Dicha norma regula cómo debe realizarse el cálculo de la liquidación de los consumos:

- El numeral 4.6 define que la *"Facturación Estimada Mensual"* es la facturación por consumo a usuario final de electricidad y gas natural que tienen la categoría de residencial, incluyendo los sistemas eléctricos rurales no convencionales abastecidos con suministro fotovoltaico autónomo, utilizando métodos de cálculo que se ajusten a su perfil de consumo de los últimos seis (6) meses previos al mes a facturar, a partir de lecturas reales.
- El numeral 4.7 define que la *"Facturación Real Mensual"* es la facturación del consumo que resulta de la diferencia entre una lectura real registrada durante el Estado de Emergencia Nacional o al término del mismo, y la última lectura registrada antes del inicio del Estado de Emergencia Nacional; dividido por la cantidad total de días transcurridos entre dichas lecturas, multiplicado por los días que correspondan a cada ciclo de facturación.
- El numeral 6.9 de la Resolución N° 071-2020-OS/CD establece que la liquidación corresponde a las diferencias entre los montos facturados con el consumo histórico (estimados) y el consumo real.

Además, mediante la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD, publicada el 16 de julio de 2020, se aprobaron *"Disposiciones Complementarias para la Liquidación y Fraccionamiento de deudas derivadas de electricidad de consumos hasta el 30 de junio de 2020"*. En el artículo 7°⁴ de la citada resolución, se estableció que, en caso las empresas de distribución eléctrica mantengan las medidas de índole comercial reguladas en el literal e) del artículo 11° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, con la lectura real obtenida debía realizar la correspondiente liquidación entre los montos facturados con el consumo histórico y el consumo real, según los alcances establecidos en la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2009-OS/CD.

SEAL alega que los 70 suministros en los cuales realizó la liquidación de consumos mediante la metodología establecida en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (liquidaciones en una sola cuota), no debieron ser observados por la supervisión de Osinergmin porque las liquidaciones de consumos se realizaron conforme a lo establecido en el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD y la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2009-OS/CD.

⁴ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO OSINERGMIN N° 083-2020-OS/CD

"Artículo 7.- De la Liquidación de Consumos"

En caso las EDE mantengan las medidas de índole comercial reguladas en el literal e) del artículo 11° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, con la lectura real obtenida debe realizar la correspondiente liquidación entre los montos facturados con el consumo histórico y el consumo real, según los alcances establecidos en la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2009-OS/CD.

(...).

Sobre el particular, conforme ya ha señalado este Órgano Colegiado en anteriores pronunciamientos⁵, debe reiterarse que si bien en el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD se ha señalado que, en caso las empresas de distribución eléctrica mantengan las medidas de índole comercial reguladas en el literal e) del artículo 11° del Decreto de Urgencia N° 035-2020, con la lectura real obtenida debía realizar la correspondiente liquidación entre los montos facturados con el consumo histórico y el consumo real, según los alcances establecidos en la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2009-OS/CD, se desprende que ello resulta un error material, por los fundamentos que se señalarán a continuación.

En primer lugar, debe aclararse que los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 de la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2009-OS/CD, que contemplan los 3 (tres) indicadores de la gestión comercial para la supervisión de la facturación a los usuarios del servicio público de electricidad, fueron derogados a partir de la entrada en vigencia de la Resolución N° 115-2017-OS/CD, publicada el 23 de junio de 2017, mediante la cual se aprobó el *"Procedimiento para la Supervisión del Proceso de la Facturación a los Usuarios por el Servicio de Electricidad"*. Por tanto, el numeral 3.3 de la Resolución del Consejo Directivo N° 047-2009-OS/CD, mediante el cual se supervisaba aspectos generales de la facturación, como la aplicación de la facturación a promedio y la liquidación de consumos, no se encontraba vigente cuando se expidió la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD.

Además, debe tenerse presente que la facturación empleando un sistema de promedios, así como la liquidación de consumos reales, contemplada en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas⁶, se encuentra referida a casos en los que el equipo de medición no se encuentra accesible a la empresa de distribución eléctrica para efectos de la toma de lecturas, es decir, en dicho supuesto la toma de lectura no se realiza por una causa que no resulta imputable a la empresa de distribución eléctrica. Sin embargo, el supuesto contemplado en el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD es

⁵ Resoluciones N° 040-2022-OS/TASTEM-S1 del 4 de febrero de 2022, N° 118-2021-OS/TASTEM-S1 del 13 de julio de 2021 y N° 121-2021-OS/TASTEM-S1 del 16 de julio de 2021.

⁶ **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 009-93-EM**

"Artículo 172.- El equipo de medición pospago deberá estar ubicado en lugar accesible para el respectivo control por parte del concesionario. De no cumplirse con este requisito de accesibilidad, el concesionario queda autorizado a efectuar la facturación empleando un sistema de promedios. De no existir información adecuada para este sistema se estimará el consumo mensual multiplicando la potencia contratada por 240 horas.

Este sistema de facturación podrá efectuarse por un período máximo de seis meses, al cabo del cual y previa notificación al usuario, con treinta (30) días calendario de anticipación, el concesionario procederá a efectuar el corte del suministro, debiendo verificar y liquidar los consumos reales.

Si se hubieran producido consumos mayores a los facturados, éstos deberán ser pagados por el usuario al concesionario a la tarifa vigente en la fecha de liquidación, en una sola cuota y dentro del período de cobranza. En el caso contrario, de haberse producido consumos menores a los facturados, el concesionario deberá reembolsar la diferencia al usuario, valorizada a la tarifa vigente, en el mes siguiente de efectuada la liquidación.

(...)"

distinto, toda vez que está referido a aquellos casos en que las empresas de distribución eléctrica han hecho uso de su facultad de suspender la toma de lectura mensual, de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 11° del Decreto de Urgencia N° 035-2020.

Por consiguiente, conforme ya ha determinado este Órgano Colegiado en anteriores pronunciamientos⁷, en caso las empresas de distribución eléctrica hayan hecho uso de su facultad de suspender la toma de las lecturas mensuales y emitir los recibos o facturas por consumo al usuario final de electricidad sobre la base de estimados, la liquidación de consumos se debe realizar de acuerdo con el numeral 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD, que es la metodología que ha sido contemplada para liquidar los consumos en tal supuesto y es la que ha sido empleada durante la supervisión especial realizada por Osinergmin.

Ahora bien, con relación a los 70 suministros cuya liquidación de consumos ha sido observada, cuyo detalle consta en el Anexo N° 1 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA, cabe precisar que, de la verificación de la información obrante en el expediente, se observa que las diferencias (excesos) en los montos correspondientes al consumo liquidado detectadas, se originan en el hecho de que la concesionaria consideró un consumo real mayor al determinado en la supervisión. En efecto, de la revisión del Anexo N° 1 del Informe de Disposición de Medida Administrativa N° 367-2021-OS/OR AREQUIPA, se constata que los montos consignados como consumo real por la concesionaria, no coinciden con los determinados a partir de la diferencia entre la lectura real del mes de octubre de 2020 y la última lectura real tomada antes del estado de emergencia (reportadas por SEAL conforme al Anexo N° 4 del *"Procedimiento para la Supervisión del Proceso de la Facturación a los Usuarios por el Servicio de Electricidad"*, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 115-2017-OS/CD); contrariamente, el consumo real considerado por el supervisor sí corresponde a la diferencia de lecturas antes mencionada.

De lo anterior, al haberse detectado que SEAL, luego de haber tomado la respectiva lectura en el mes de octubre de 2020, no determinó la liquidación de consumos de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de la Resolución del Consejo Directivo Osinergmin N° 083-2020-OS/CD y en el numeral 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin N° 071-2020-OS/CD, es que se emitió la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA de fecha 2 de diciembre de 2021, que confirmó lo dispuesto por la Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° 3-2021-OS/OMR IV de fecha 24 de junio de 2021, mediante la cual se dispuso como medida correctiva que para la determinación de la liquidación de consumos de los 70 suministros observados, aplique lo dispuesto en la normativa vigente.

⁷ Ver nota al pie N° 5.

De otro lado, con relación a lo manifestado por SEAL, en el sentido que debe desestimarse el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en su contra, como se señala en los numerales 1.6 y 2.7 de la Resolución del Órgano Instructor de la Oficina Regional Arequipa de Osinergmin N° 3-2021-OS/OMR IV, debido a que no existe incumplimiento del numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 035-2020 y el numeral 3.3 del Decreto de Urgencia N° 062-2020, cabe señalar que no corresponde a este Órgano Colegiado emitir un pronunciamiento respecto a si debería desestimarse el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra SEAL, pues de conformidad con los artículos 18°, 19° y 20° del *"Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin"*, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS/CD, corresponde a la autoridad instructora evaluar las acciones realizadas durante las acciones de fiscalización y determinar el archivo de la instrucción o el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Además, sobre la aplicación de la eximente de responsabilidad por infracciones establecido en el literal e) del numeral 1) del artículo 257° del TUO de la LPAG planteado por SEAL, debe señalarse que este debe ser solicitado en caso se inicie un procedimiento administrativo sancionador en su contra, en el cual será materia de análisis su eventual responsabilidad en la comisión de la infracción administrativa específica que se le impute.

7. En cuanto a lo alegado en el literal b) del numeral 3), cabe señalar que, conforme ha indicado este Órgano Colegiado en el numeral 6) de la presente resolución, en los casos en que las empresas de distribución eléctrica hayan hecho uso de su facultad de suspender la toma de las lecturas mensuales y hayan emitido los recibos o facturas por consumo al usuario final de electricidad sobre la base de estimados, la liquidación de consumos se debe realizar de acuerdo con la metodología establecida en el numeral 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD.

Ahora bien, luego de haberse realizado la liquidación de consumos conforme al numeral 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD, los consumos de cada mes deben ser valorizados considerando el pliego tarifario que corresponde según el nivel de consumo, pues si en un determinado mes se liquidaron consumos de hasta 100 kW.h, las tarifas contemplan un descuento por aplicación del FOSE (Fondo de Compensación Social Eléctrica), mientras que si en el mes se determinó un consumo mayor a 100 kW.h, las tarifas contemplan un recargo por aplicación del FOSE.

Asimismo, el reintegro a efectuarse por cada mes debe considerar los respectivos intereses, de conformidad con lo establecido en el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas⁸.

⁸ DECRETO LEY N° 25844, LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS

"Artículo 92.- Cuando por falta de adecuada medición o por errores en el proceso de facturación, se considere importes distintos a los que

Por tanto, en el caso de las 118 facturaciones (29 suministros), en las que SEAL aplicó la liquidación de consumos observando lo establecido en el artículo 172° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, resulta procedente la medida correctiva descrita en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución.

En lo que concierne a las 5 facturaciones (4 suministros) a los que hace referencia SEAL en el acápite a) del numeral 3.33 de su recurso de apelación, también resulta procedente la medida correctiva descrita en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución, pues existen diferencias con el cálculo determinado por la supervisión de Osinergmin, lo cual incluso ha sido reconocido por SEAL en su recurso de apelación, que, además, ha manifestado haber efectuado la devolución de las diferencias indicadas por Osinergmin mediante la emisión de notas de crédito, conforme se muestra a continuación:

Suministro	DIFERENCIA	ACCION TOMADA
	-0.29	Se emitio nota de credito por 0.29
	-0.11	Se emitio nota de credito por 0.11
	-0.23	Se emitio nota de credito por 0.23
	-0.77	Se emitio nota de credito por 0.77
	-0.21	Se emitio nota de credito por 0.21

En lo que se refiere a la facturación de octubre de 2020 del suministro N° [REDACTED] la facturación de setiembre de 2020 del suministro N° [REDACTED] y la facturación de octubre de 2020 del suministro N° [REDACTED] en la resolución apelada se señaló que SEAL aplicó lo dispuesto en el numeral 4.7 de la Resolución del Consejo Directivo N° 071-2020-OS/CD con la lectura de julio 2020, mientras que la supervisión utilizó la lectura de octubre de 2020. Por consiguiente, en la medida que SEAL realizó una liquidación de consumos previa en julio de 2020, no resultaba

efectivamente correspondan, los concesionarios procederán al recupero o al reintegro, según sea el caso.

El monto a recuperar por el concesionario se calculará de acuerdo a la tarifa vigente a la fecha de detección y considerando un período máximo de doce (12) meses anteriores a esta fecha. El recupero se efectuará en diez (10) mensualidades iguales sin intereses ni moras.

En el caso de reintegro a favor del usuario, el monto se calcula de acuerdo a la tarifa vigente a la fecha de detección, considerando un período máximo de tres (3) años anteriores a esa fecha.

El reintegro al usuario se efectuará, a su elección, mediante el descuento de unidades de energía en facturas posteriores o en efectivo en una sola oportunidad, considerando las mismas tasas de interés y mora que tiene autorizadas el concesionario para el caso de deuda por consumo de energía.

Precísase 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."

procedente la medida correctiva descrita en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución respecto a estas 3 facturaciones.

En cuanto a las 6 facturaciones correspondientes al suministro N° [REDACTED] respecto de las cuales SEAL adjuntó a su recurso de apelación los recibos de abril a setiembre de 2020 a efectos de que se evalúe las 6 notas contables que fueron remitidas, corresponde dejar sin efecto la medida correctiva descrita en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución en lo que concierne a las facturaciones de abril, mayo, junio, julio y setiembre de 2020, debido a que no se observan diferencias respecto al monto que correspondía devolver al usuario por haber pasado a estar sujeto al “*Descuento FOSE*”, como consecuencia de la liquidación de consumo efectuada. Sin embargo, se mantiene la medida correctiva para el mes de agosto de 2020, pues respecto a esta facturación sí existen diferencias con el cálculo determinado por Osinerghmin.

En consecuencia, el recurso de apelación resulta fundado en parte en este extremo, correspondiendo mantener la medida correctiva descrita en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución solo con relación a 124 facturaciones, cuyo detalle se encuentra en los Anexos N° 1 y N° 2 de la presente resolución.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinerghmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinerghmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA del 2 de diciembre de 2021, en el extremo que dispuso que en los 70 suministros cuyo consumo histórico, consumo real, consumo liquidado y/o consumo real de octubre de 2020 reportados por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. diferían de lo determinado por la supervisión y que, además, registraban consumos liquidados mayores a los determinados por la supervisión, Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. debía aplicar la liquidación de consumos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 035-2020 y su modificatoria, así como lo establecido en la Resolución del Consejo Directivo N° 083-2020-OS/CD⁹.

Artículo 2°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinerghmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA del 2 de diciembre de 2021, en el extremo que dispuso que en las 132 facturaciones, detalladas en el Anexo N° 2 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinerghmin N° 3128-2021-OS/OR AREQUIPA, en las que los suministros pasaron de estar sujetos al “*Recargo FOSE*” a estar sujetos al “*Descuento FOSE*”, como consecuencia de las liquidaciones de consumos efectuadas en la facturación de octubre de 2020, determinadas

⁹ El pronunciamiento se encuentra relacionado con la medida correctiva descrita en el literal a) del numeral 2) de la presente resolución.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 1

RESOLUCIÓN N° 49-2022-OS/TASTEM-S1

por la supervisión, Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. debía evidenciar el recálculo, la revalorización y la refacturación por cada caso, y dejar sin efecto la medida correctiva ordenada respecto a la facturación de octubre de 2020 del suministro N° [REDACTED] la facturación de setiembre de 2020 del suministro N° [REDACTED] la facturación de octubre de 2020 del suministro N° [REDACTED] y las facturaciones de abril, mayo, junio, julio y setiembre de 2020 del suministro N° [REDACTED]¹⁰.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo Morelli, Francisco Javier Torres Madrid e Iván Eduardo Castro Morales.



Firmado Digitalmente por:
ANTUNEZ DE MAYOLO
MORELLI Santiago
Bamse Eduardo Jaime
FAU 20376082114 hard
Fecha: 11/02/2022
12:07:55

PRESIDENTE

¹⁰ El pronunciamiento se encuentra relacionado con la medida correctiva descrita en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución.