

INFORME SOBRE LA INVESTIGACIÓN NO JURISDICCIONAL ACERCA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL COBRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO FACTURADA EN SU OPORTUNIDAD

I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El artículo 162° de la Constitución y el artículo 9°, inciso 1) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, disponen que corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la población.

En cumplimiento de su mandato constitucional y conforme a lo señalado en el artículo 26° de su Ley Orgánica, el Defensor del Pueblo puede, con ocasión de sus investigaciones, formular advertencias, recomendaciones y recordatorios de sus deberes legales, a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública. Asimismo, puede sugerir la adopción de nuevas medidas en relación a hechos que impliquen mal funcionamiento de la administración estatal, la inadecuada prestación de un servicio público y/o la violación de derechos constitucionales.

II. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

Diversos usuarios del servicio público de energía eléctrica presentaron en la Sede Central y en la Representación Defensorial de la Provincia Constitucional del Callao, quejas contra las empresas concesionarias Luz del Sur S.A. y EDELNOR por la manera como venían efectuando el cobro de energía no facturada en su oportunidad o recupero de energía eléctrica no facturada. Estas quejas fueron tramitadas en forma conjunta conforme a lo dispuesto en el artículo 13° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520.

En las diversas quejas presentadas, los recurrentes manifiestan que las empresas concesionarias han procedido a efectuar acciones de recupero, basándose en la evaluación por ellas realizada del funcionamiento de los equipos de medición.

La investigación no jurisdiccional llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo tiene como finalidad analizar el cumplimiento de la normatividad aplicable a las acciones de cobro por energía no facturada en su oportunidad, para apreciar si se están respetando los derechos económicos de los usuarios. Asimismo, investigar si la actuación de los organismos e instituciones del Estado, competentes sobre la materia, garantiza un adecuado respeto a los derechos e intereses de los usuarios.

III. SÍNTESIS DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE

1. Constitución Política, artículos 58° y 65°.
2. Decreto Legislativo N° 758, ley de promoción de inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos.
3. Decreto Ley N° 25844, ley de concesiones eléctricas.
4. Decreto Supremo N° 009-93-EM, reglamento de la ley de concesiones eléctricas.
5. Resolución Directoral N° 311-97-EM/DGE, que aprueba la Directiva N° 001-97-EM/DGE, que reglamenta el proceso de contrastación de medidores.
6. Decreto Supremo N° 026-93-ITINCI, que en su artículo 7° establece que los proveedores o propietarios de los instrumentos de medición son responsables por el correcto funcionamiento de los mismos.
7. Resolución de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 046-97/INDECOPI-CRT, que en su artículo 4° establece la responsabilidad de las empresas concesionarias o prestadoras del servicio de energía, por el correcto funcionamiento de los medidores mientras se encuentren en uso.
8. Resolución de Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 056-97/INDECOPI-CRT, que aprueba el “Reglamento para la autorización y supervisión de entidades contrastadoras”.
9. Decreto Ley N° 25868, ley del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.
10. Decreto Legislativo N° 716, normas de protección al consumidor.
11. Decreto Supremo N° 024-93-ITINCI, que encarga al INDECOPI el Servicio Nacional de Metrología.
12. Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 180-98-OS/CD que aprueba la Directiva N° 001-98-OS/CD, denominada “Normas que regulan el procedimiento administrativo de reclamaciones de usuarios del servicio público de electricidad”.
13. Ley N° 26734, ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG.
14. Decreto Supremo N° 005-97-EM, reglamento de la ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG.

IV. ACTUACIONES DEFENSORIALES

Como se ha indicado, la Defensoría del Pueblo ha recibido diversas quejas presentadas por usuarios del servicio público de energía eléctrica, referidas a presuntas irregularidades en las acciones de cobro de energía eléctrica no facturada en su oportunidad por las empresas concesionarias, las mismas que al tratar sobre la misma materia, fueron tramitadas en forma conjunta.

Para el desarrollo de la investigación no jurisdiccional llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo, se han efectuado diversas acciones inmediatas de verificación, entrevistas y gestiones.

Entre las gestiones realizadas, la Defensoría del Pueblo solicitó mediante Oficio N° 004-DP-ADJ-SP-97, un informe a la empresa "Luz del Sur S.A.", la cual dió respuesta al mismo con Carta N° CAR 0132-97-AL, remitida por la Sub-Gerencia de Control de Pérdidas de Luz del Sur S.A. En dicho documento se indica, entre otros aspectos, que la empresa concesionaria efectúa las acciones de cobro de energía no facturada en su oportunidad tomando como base la contrastación de los equipos de medición realizada directamente en sus propios laboratorios.

Adicionalmente, mediante Oficio N° 014-98-DP-ASP, de fecha 8 de julio de 1998, la Adjuntía para los Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo se dirigió al señor Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, en relación a los procedimientos de contrastación de medidores de energía. Sobre el particular, se indicó a la entidad supervisora que las empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica, para sus acciones de recupero, vienen realizando directamente la contrastación de los equipos de medición, situación que no se ajusta a lo establecido en la norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, aprobada por Resolución Directoral N° 311-97EM/DGE.

VI. ANÁLISIS DEFENSORIAL

1.- Obligación constitucional del Estado de proteger los intereses de los consumidores y usuarios

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

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

2.- Naturaleza Jurídica de la relación entre los usuarios y las empresas concesionarias

La relación que se establece entre un usuario y una empresa concesionaria de un servicio público es de derecho público, dado que la prestación de este servicio deriva del ejercicio de la función administrativa, apreciándose que la relación existente entre los usuarios y las empresas concesionarias tiene la misma naturaleza jurídica de la relación que la origina.

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

3.- Principios que rigen la solución de reclamos relacionados a la prestación de los servicios públicos

Dado que la naturaleza de la relación jurídica que se establece entre un usuario y una empresa concesionaria, es de derecho público, la prestación en referencia debe regirse por principios básicos destinados a garantizar los intereses de los usuarios.

Entre estos principios básicos se encuentran los siguientes:

- a) Igualdad en la prestación del servicio.- Los usuarios de un mismo servicio deben estar regidos por una sola tarifa;
- b) Causalidad.- Sólo procederá el cobro de la tarifa en la medida en que el usuario reciba en forma efectiva un servicio;
- c) Certeza.- Las tarifas deben estar previamente determinadas por una autoridad competente y ser conocidas por los usuarios;
- d) Irretroactividad.- La tarifa rige solamente para servicios proporcionados con posterioridad a su entrada en vigencia;
- e) Razonabilidad en la determinación de tarifas.- Proporcionalidad entre el servicio que se presta y la tarifa que se establece; e,
- f) Imparcialidad y transparencia en la solución de los reclamos.- Los intereses de la empresa concesionaria no deben interferir en la solución de los reclamos de los usuarios, la misma que debe estar sustentada técnica y objetivamente.

Los procesos de reclamación de los usuarios referidos a la prestación de los servicios públicos, deben regirse por los principios de imparcialidad y transparencia en la solución de los mismos, sobre todo en los casos en que los intereses de los usuarios y

de la empresa concesionaria entren en conflicto. Esta situación ocurre, por ejemplo, cuando el concesionario pretende efectuar una acción de recupero al usuario por montos no facturados en su oportunidad.

4.- Carácter general de la pretensión que subyace a las quejas presentadas

El problema de fondo que afecta a las personas que han acudido a la Defensoría del Pueblo para obtener la protección a sus derechos tiene un indudable carácter general, pues deriva de la aplicación (y eventual inaplicación) del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, de su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM y de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, aprobada por Resolución Directoral N° 311-97-EM/DGE, dictada para reglamentar el proceso de contrastación de

medidores. Las normas antes mencionadas tienen carácter general y son aplicables a todos los procedimientos de contrastación de medidores de energía eléctrica que se utilicen como sustento para el recupero de la energía supuestamente no facturada.

Para resolver las quejas acumuladas y recomendar las medidas y acciones pertinentes, es necesario determinar los alcances de las normas antes referidas, en relación a la actuación de las empresas concesionarias, del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

5.- Derecho del concesionario al recupero y derecho del usuario al reintegro

El artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844 establece que "Cuando por falta de una adecuada medición o por errores en el proceso de facturación, se considere importes distintos a los que efectivamente correspondan, los concesionarios procederán a la recuperación o al reintegro según sea el caso". Agrega el artículo que el monto a recuperar por el concesionario se calculará según la tarifa vigente a la fecha de detección y considerando un período máximo de 12 meses anteriores a esa fecha, y que la recuperación se efectuará en 10 mensualidades iguales sin intereses ni moras.

Finalmente, el artículo señala que "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".

El propósito del artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas es establecer un criterio justo, en el entendido que ni el usuario ni la empresa concesionaria deben resultar perjudicados económicamente por una inadecuada medición o por errores en el proceso de facturación. El artículo establece un tratamiento diferenciado para el caso del “monto a recuperar por el concesionario” respecto del “reintegro al usuario”, el que se efectuará a elección del usuario, mediante el descuento en facturas posteriores o en efectivo en una sola oportunidad.

Este trato diferenciado se justifica en el hecho que, como se indica más adelante, las empresas concesionarias del servicio de energía eléctrica son responsables del correcto funcionamiento de los medidores mientras se encuentren en uso, entendiéndose que todo equipo de medición debe mantener sus propiedades y cualidades metroológicas dentro de los márgenes de error tolerados.

El Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas señala en su artículo 181°, respecto de lo dispuesto en el artículo 92° de la Ley, que “Si el equipo no se encontrase funcionando dentro del margen de precisión, (...) el concesionario procederá a reemplazar el equipo y recalcular y refacturar los consumos de energía. En este caso los costos de la contrastación serán asumidos por el concesionario”. El Decreto Supremo N° 02-94-EM modifica el último párrafo del artículo comentado estableciendo que “En ambos casos la refacturación se efectuará según lo establecido en el artículo 92° de la Ley”.

El artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas establece como supuestos para la procedencia de los recuperos o reintegros, “la falta de una adecuada medición” y “la existencia de errores en el proceso de facturación”. El artículo 181° del reglamento trata sólo del primer supuesto, estableciendo los alcances del procedimiento de contrastación de medidores y los derechos y obligaciones que se generan del mismo.

6.- Responsabilidad por el funcionamiento de los equipos de medición

El segundo párrafo del artículo 7° del Decreto Supremo N° 026-93-ITINCI establece que “Los proveedores o propietarios de los instrumentos de medición son responsables por el correcto funcionamiento de los mismos, los cuales deberán estar calibrados de acuerdo a las Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Paraarancelarias del INDECOPI”.

Esta norma concuerda con el artículo 4° de la Resolución de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 046-97/INDECOPI-CRT, en tanto establece que “las empresas concesionarias o prestadoras de servicios de energía o de agua potable son responsables del correcto funcionamiento de los medidores de energía eléctrica y de agua potable, mientras éstos se encuentren en uso”.

Para mayor precisión la Resolución antes referida señala que todo instrumento o medio que de medición, debe mantener correctas las propiedades y cualidades metrológicas determinadas en las normas correspondientes, así como mantener sus márgenes de error dentro de los límites tolerados.

Adicionalmente, el artículo 171° del Decreto Supremo N° 009-93-EM obliga a la empresa concesionaria a colocar precintos al momento de instalar los equipos de medición y en cada oportunidad en que se efectúen intervenciones en los mismos. Agrega el artículo que el concesionario está obligado a notificar al usuario previamente y por escrito de la realización de dichas intervenciones.

La notificación previa tiene por finalidad que el usuario tome conocimiento de la intervención que se realizará en el equipo de medición de su suministro, y que pueda, si así lo considera, contar con asistencia técnica y profesional en ese momento. La Directiva N° 001-97-EM/DGE aprobada por Resolución Directoral N° 311-97-EM/DGE, establece que para la intervención de un medidor a fin de contrastar su precisión, se requiere de plazos de por lo menos un día de anticipación, cuando se interviene el medidor por iniciativa del usuario y de por lo menos dos días cuando la intervención se realiza por iniciativa del concesionario.

En consecuencia, tratándose de una obligación de la empresa concesionaria que deriva en un derecho en favor del usuario, la notificación escrita previa a la intervención del equipo de medición constituye una formalidad cuya inobservancia invalida los resultados de dicha prueba, entendiéndose que los mismos no podrán ser aplicados en contra del usuario.

7.- Procedimiento para la contrastación de medidores

La Directiva N° 001-97-EM/DGE reglamenta el proceso de contrastación de los medidores de energía. Esta Directiva es aplicable cuando el usuario solicita al concesionario la contrastación del equipo de medición de su suministro por considerar que la medición no corresponde a su consumo real; y cuando el concesionario desee realizar la contrastación por iniciativa propia, directamente o por medio de un contrastador.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 3° del Reglamento para la Autorización y Supervisión de Entidades Contrastadoras, aprobada por Resolución de Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 056-97/INDECOPI-CRT, se establece que la autorización a las empresas contrastadoras podrá otorgarse para las siguientes etapas:

- a) Contratación de equipos de medición en campo, cuyo objeto es realizar la inspección de su estado y determinar si están operando dentro de la tolerancia establecida, indicando que esta etapa se realizará con un equipo portátil en el lugar donde se ubican y funcionan habitualmente los equipos de medición;
- b) Contratación de equipos de medición en laboratorio, cuyo objeto es la verificación del estado de los equipos de medición y la determinación del porcentaje de error en las mediciones de energía y potencia, precisando que esta etapa se realizará con equipos no portátiles.

El tercer párrafo de la norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE establece que para que una empresa concesionaria proceda a efectuar válida y legalmente el cobro de la energía no facturada en su oportunidad o recupero, deberán cumplirse las tres condiciones siguientes:

- a) Si el promedio de errores de las pruebas realizadas resulta por debajo del promedio de los errores admisibles correspondientes, conforme a los valores establecidos en el numeral 4.5 de la directiva;
- b) Si el equipo de medición se ha deteriorado por causales imputables al usuario, lo cual deberá estar debidamente comprobado por el concesionario; y
- c) Si la contratación se realiza en laboratorio a través de un contratador.

En consecuencia, para que una empresa concesionaria del servicio público de energía eléctrica pueda efectuar válida y legalmente un recupero, deberá reunir las tres condiciones establecidas en la norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE. Si lo hiciera sin reunir alguna de las condiciones, dicha pretensión resultará inválida.

8.- Responsabilidad del INDECOPI en la contratación de equipos de medición

El artículo 182° del Decreto Supremo N° 009-93-EM establece que “La contratación de los equipos de medición será responsabilidad del INDECOPI, quien deberá celebrar convenios con entidades privadas especializadas para la realización de tal actividad”.

Adicionalmente, mediante el Decreto Supremo N° 024-93-ITINCI se encarga al INDECOPI el Servicio Nacional de Metrología, siendo alguna de sus funciones el realizar afericiones y calibraciones de los instrumentos de medida y extender los respectivos certificados, a petición de los interesados, y realizar mediciones de instalaciones, productos, piezas o partes y extender los respectivos informes o certificados, a petición de los interesados.

Al respecto, el INDECOPI ha emitido la Resolución de Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 056-97/INDECOPI-CRT, que aprueba el “Reglamento para la Autorización y Supervisión de Entidades Contrastadoras”. Dicho dispositivo establece el procedimiento y los requisitos que deben cumplir las entidades que soliciten autorización de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI para prestar los servicios de contrastación de los equipos de medición de energía eléctrica.

El artículo 6° del Reglamento establece que “Las empresas concesionarias de energía eléctrica y las empresas vinculadas económicamente a éstas, sólo podrán solicitar su autorización como contrastador calificado para circunscripciones geográficas distintas a donde se ubica su concesión”. En su caso, la resolución que autorice el funcionamiento de la empresa contrastadora especificará esta limitación. El mismo artículo establece los casos en que se entiende que dos empresas se encuentran vinculadas económicamente.

El artículo antes mencionado está en concordancia con lo establecido por la Directiva N° 001-97-EM/DGE, cuando señala que una empresa concesionaria del servicio público de energía eléctrica no puede actuar como contrastador de sus propios medidores, ya sea directamente o a través de una empresa vinculada económicamente a ella. La norma pretende garantizar la imparcialidad, evitando que los intereses de las partes afecten el resultado de la contrastación. Se establece además que las contrastaciones que efectúen las empresas concesionarias sobre sus propios medidores, no son válidas para generar el derecho del concesionario al cobro de la energía no facturada en su oportunidad.

En el País existe una sola empresa autorizada para realizar la contrastación de medidores en laboratorio. Esta empresa se denomina “TECSUR S.A.” y antes se denominaba “Luz del Sur Servicios S.A.”, empresa vinculada económicamente a la concesionaria “Luz del Sur S.A.”. Adicionalmente existe otra empresa domiciliada en la ciudad de Trujillo, la cual se encuentra autorizada para realizar la etapa de contrastación de campo.

9.- Situación actual

De las quejas que la Defensoría del Pueblo ha recibido sobre el particular, se ha podido comprobar que por lo general, las empresas concesionarias vienen efectuando el recupero de la energía eléctrica supuestamente no facturada, luego de realizar directamente la contrastación de sus propios medidores.

Estas acciones no se ajustan a las normas establecidas, toda vez que incumplen lo dispuesto en la Directiva N° 001-97-EM/DGE, al tomar como base para el cobro de la energía no facturada en su oportunidad al usuario, una contrastación de medidores efectuada directamente y sin la participación de una empresa contrastadora independiente. Existen casos en los que incluso se ha procedido a efectuar un recupero, a pesar de no haberse establecido que el equipo de medición se haya deteriorado por causales imputables al usuario, situación que constituye una inobservancia adicional a las condiciones establecidas por la norma 5.2.3. de la Directiva N° 001-97-EM/DGE.

Debe apreciarse que la eventual ausencia de empresas contrastadoras no autoriza a las empresas concesionarias a realizar directamente las contrastaciones, ni justifica dichas acciones. Como se ha indicado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 182° del Decreto Supremo N° 009-93-EM "La contrastación de los equipos de medición será responsabilidad del INDECOPI, quien deberá celebrar convenios con entidades privadas especializadas para la realización de tal actividad", correspondiendo a esta entidad estatal asumir la responsabilidad que dicha norma le asigna.

10.- Aspectos a considerar en el procedimiento de reclamación ante la empresa concesionaria y OSINERG

Mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 180-98-OS/CD se aprobó la Directiva N° 001-98-OS/CD, denominada "Normas que regulan el Procedimiento Administrativo de Reclamaciones de Usuarios del Servicio Público de Electricidad". Dicha norma establece el procedimiento que deberán adoptar las empresas concesionarias en las reclamaciones presentadas por los usuarios y el procedimiento al que se sujetará el OSINERG como última instancia administrativa.

El artículo 3.8 referido a los medios probatorios en el procedimiento en primera instancia establece que el usuario puede valerse de entidades distintas a la empresa concesionaria para contrastar los resultados de las investigaciones que ésta efectúe. Agrega que la empresa concesionaria queda facultada para establecer el pago de un derecho para cubrir los costos de actuación de la prueba ofrecida; y que dicho pago deberá ser acreditado por el usuario.

Adicionalmente, se indica que "respecto a reclamaciones relacionadas con medidores, los usuarios podrán solicitar al concesionario la realización de pruebas de contraste a fin de comparar entre los resultados de los equipos de medición del suministro objeto de la reclamación y los que presente el usuario producto de un análisis efectuado por cualquier entidad pública o privada debidamente autorizada".

Esta norma se contradice con aquellas que regulan el proceso de contrastación de medidores. En un hipotético caso de reclamación por un cobro de la energía no facturada en su oportunidad, los “resultados de las investigaciones de la empresa concesionaria” no serán válidos para sustentar tal acción, conforme a lo dispuesto por la Directiva N° 001-97-EM/DGE y por el “Reglamento para la Autorización y Supervisión de Entidades Contrastadoras”.

El usuario debe presentar sólo un resultado de contrastación, el mismo que deberá ser efectuado siempre por una entidad autorizada distinta del concesionario. El usuario no está obligado a realizar una segunda contrastación sobre los resultados de la primera, y menos aún contra los obtenidos directamente por la propia empresa concesionaria.

De otro lado, la Directiva en mención establece en qué casos corresponde el pago de la contrastación al usuario y en qué casos al concesionario, dependiendo del resultado de la misma, por lo que resulta injustificado que el concesionario esté facultado para establecer el pago de un derecho sin cuya ejecución no se ordenaría la actuación de la prueba.

La Defensoría del Pueblo considera que debe diferenciarse entre quien sufraga inicialmente el costo de la actuación de una prueba y a quien corresponde asumir finalmente el mismo. El artículo 181° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas no establece esta diferencia, limitándose a determinar a quien corresponde finalmente el pago de la prueba de contrastación. Sin embargo, la norma 3.9 de la Directiva en mención establece que el costo para la actuación de los medios probatorios deberá ser asumido por el concesionario, estableciendo que si el proceso favorece al usuario, el concesionario tendrá que asumir finalmente el mismo.

El ejercicio del derecho a la defensa del usuario no debería estar condicionado a un pago inicial. Una condición de tal naturaleza podría limitar las posibilidades de defensa del usuario. Por tal razón, consideramos pertinente eliminar la disposición contenida en la norma 3.8 de la Directiva N° 001-98-OS-CD, en tanto faculta al concesionario a establecer el pago de un derecho para cubrir los costos de actuación de la prueba ofrecida.

11.- Funciones de OSINERG

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley N° 26734 son funciones de OSINERG, entre otras:

- a) Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.

- b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.
- c) Fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.

Adicionalmente y como ya se ha indicado, OSINERG actúa como segunda y última instancia administrativa en los procedimientos de reclamación a que se refiere la Directiva N° 001-98-OS-CD.

Es de apreciar que OSINERG reúne suficientes competencias para obligar a que las empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica, ajusten su actuación a lo dispuesto por las normas vigentes. Corresponderá en consecuencia, que su actuación se ajuste a las facultades que su Ley le reconoce para el caso que nos ocupa, requiriendo a las empresas concesionarias el cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva N° 001-97-EM/DGE y en el "Reglamento para la Autorización y Supervisión de Entidades Contrastadoras".

12.- Defensa del usuario de los servicios públicos

La Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716 define en su artículo 3° como consumidores o usuarios a "las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios".

Mediante el Decreto Ley N° 25868 fue creado el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, siendo una de sus funciones, aplicar las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores.

La Ley de Protección al Consumidor en su artículo 5° d) reconoce al usuario el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato justo y equitativo en toda transacción comercial.

La Décimo Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Creación de OSINERG (Ley N° 26734) reconoce la competencia de INDECOPI para la aplicación de las normas de protección al consumidor contenidas en el Decreto Legislativo N° 716 y demás normas complementarias y modificatorias "*en el subsector de hidrocarburos*". Contrario sensu, esta norma reconoce la competencia de OSINERG y no del INDECOPI, para la aplicación de las normas de protección al consumidor en el subsector electricidad.

En el caso de los cobros por energía no facturada en su oportunidad, la inobservancia de las normas vigentes, y en especial de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, constituye un caso evidente de afectación a los derechos económicos de los usuarios del servicio

público de electricidad. En tal sentido, es responsabilidad de OSINERG la aplicación de las normas vigentes en materia de protección del consumidor en el ámbito de su competencia.

Por otro lado, las acciones de cobro de energía no facturada deben sustentarse en pruebas de contrastación de los equipos de medición realizadas en laboratorio por empresas contrastadoras independientes. En la actualidad exista una sola empresa autorizada por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI para realizar contrastaciones en laboratorio (vinculada económicamente a una de las empresas concesionarias de la ciudad de Lima), razón por la cual las autoridades de INDECOPI deberán adoptar las acciones que permitan superar esta situación a la brevedad posible, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 182° del Decreto Supremo N° 009-93-EM, dado que los directos perjudicados resultan ser los usuarios.

13.- Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 191-98-OS/CD

La Defensoría del Pueblo ha tomado conocimiento que el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, ha emitido la Resolución N° 191-98-OS/CD, fechada el 24 de junio de 1998, mediante la cual fue resuelto el recurso de apelación interpuesto por el usuario don Jesús Pomacarhua Quispe.

La indicada Resolución del Consejo Directivo de OSINERG convalida la acción de cobro de energía no facturada realizada por la empresa concesionaria EDELNOR, pese a que OSINERG reconoce que el deterioro del equipo de medición no se debe a circunstancias imputables al usuario, lo que contraviene lo dispuesto en la norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE (vigente desde el 25 de noviembre de 1997).

El noveno considerando de la Resolución en mención señala que "en la boleta de conexión indebida, no se especifica la existencia de rotura o manipulación del medidor que pueda ser imputable al usuario para que el disco del medidor se haya trabado...". Pese a ello, agrega "...por lo que debe efectuarse el recupero correspondiente conforme lo establece el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas, es decir en 10 meses sin intereses ni moras, considerando un período máximo de 12 meses de recupero y un consumo mensual de 307 KW.h".

Resulta evidente que en el caso de la Resolución en mención, el Consejo Directivo de OSINERG no ha aplicado una norma vigente (norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE), la misma que establece un requisito que a la vez es un derecho del

usuario, constituyendo ésta una actitud de ejercicio defectuoso e irregular de sus funciones.

14.- Necesidad de incluir el presente Informe en el Informe Anual al Congreso de la República

Dada la trascendencia del tema, corresponde a la Defensoría del Pueblo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27° de su Ley Orgánica, incluir el presente Informe en el Informe Anual al Congreso de la República, en el cual se describen las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus funciones y el seguimiento correspondiente por parte de las autoridades de la administración pública.

VII. CONCLUSIONES

1. Para que una empresa concesionaria del servicio público de energía eléctrica pueda efectuar válida y legalmente el cobro de la energía no facturada en su oportunidad, deberá reunir las tres condiciones establecidas en la norma 5.2.3. de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, que se indican a continuación:

- a.- Si el promedio de errores de las pruebas realizadas resulta por debajo del promedio de los errores admisibles correspondientes, conforme a los valores establecidos en el numeral 4.5 de la directiva;
- b.- Si el equipo de medición se ha deteriorado por causales imputables al usuario, lo cual deberá estar debidamente comprobado por el concesionario; y
- c.- Si la contrastación se realiza en laboratorio a través de un contrastador.

Si lo hiciera sin reunir alguna de las condiciones citadas, dicha pretensión resultará inválida.

2. Las empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica vienen realizando acciones de cobro por energía no facturada en su oportunidad, por lo general, sin dar cumplimiento a los requisitos establecidos en las normas vigentes para tal efecto.

3. Las acciones de cobro o recupero realizadas por las empresas concesionarias, son impuestas al usuario, aún cuando el deterioro del equipo de medición (que no registró adecuadamente el consumo) se origine en causas no imputables al usuario.

De esta manera, se viene incumpliendo la norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, en perjuicio del usuario.

4. Por lo general, las acciones de cobro que imponen las concesionarias a los usuarios, se sustentan en las pruebas que las mismas realizan directamente en sus equipos de medición. Dichas acciones no se amparan en pruebas de contrastación de los equipos de medición realizadas en laboratorio por contrastadoras ajenas a la empresa concesionaria, con lo que se incumple la norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, también en perjuicio del usuario.
5. Al resolver los procesos de reclamación interpuestos por acciones de cobro, las empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica han dejado de aplicar normas vigentes (principalmente la Directiva N° 001-97-EM/DGE), desconociendo los derechos de los usuarios y procediendo con su pretensión de cobro. Esta actitud ha sido en ocasiones injustificadamente amparada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, cuando ha actuado como última instancia administrativa en los indicados procesos de reclamación.
6. Hasta la fecha, la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI ha autorizado a una sola empresa en todo el Perú, para realizar contrastaciones en laboratorio. Esta circunstancia, hace difícil el acceso de los ciudadanos al concurso de empresas contrastadoras independientes, permitiendo que las empresas concesionarias incumplan la Directiva N° 001-97-EM/DGE, en perjuicio de los usuarios. Corresponde al INDECOPI adoptar las acciones pertinentes, con la finalidad de cumplir con la responsabilidad que le asigna el artículo 182° del Decreto Supremo N° 009-93-EM.
7. El ejercicio del derecho a la defensa del usuario no debería estar condicionado a un pago inicial. Una condición de tal naturaleza podría limitar las posibilidades de defensa del usuario. En el proceso administrativo de reclamación, el costo para la actuación de los medios probatorios deberá ser asumido por el concesionario y sólo si el proceso favorece al usuario, el concesionario tendrá que asumir finalmente el mismo. Por tal razón debe derogarse la disposición contenida en la norma 3.8 de la Directiva N° 001-98-OS-CD, que faculta al concesionario a establecer el pago de un derecho para cubrir los costos de actuación de la prueba ofrecida.

VIII. RECOMENDACIONES

1. El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, deberá proceder a la fiscalización de las empresas concesionarias del

servicio público de energía eléctrica, a fin de que se dejen sin efecto las acciones de recupero iniciadas y tramitadas con posterioridad al 25 de noviembre de 1997, en las que no se haya cumplido alguna de las condiciones establecidas en la Norma 5.2.3 de la Directiva N° 001-97-EM/DGE, aprobada por Resolución Directoral N° 311-97-EM/DGE.

2. El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, deberá remitir a la Defensoría del Pueblo copias certificadas de las resoluciones emitidas con posterioridad al 25 de noviembre de 1997, en las que haya resuelto recursos de apelación referidos al tema "cobros por consumo no registrado" o "recupero", con la finalidad de orientar a los usuarios afectados, para el ejercicio de sus legítimos derechos.
3. Se recomienda a los órganos directivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales, adoptar las medidas necesarias a efectos de dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 182° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
4. Se recuerda a las autoridades del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, el deber legal que les asiste de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 26734, el Decreto Ley N° 25868 y por el Decreto Legislativo N° 716, de proteger los intereses económicos de los usuarios de los servicios públicos, debiendo realizar las acciones pertinentes dentro del ámbito de sus competencias, que garanticen y faciliten dicha protección.
5. Se recomienda al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, la modificación de la norma 3.8 de la Directiva N° 180-98-OS/CD, a efectos de adecuar la misma a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 009-93-EM y la Directiva N° 001-97-EM/DGE, derogando la facultad otorgada al concesionario
6. para establecer el pago de un derecho para cubrir los costos de la actuación de la prueba ofrecida, por cuanto este aspecto se encuentra regulado en la norma 3.9 de la misma Directiva.
7. De conformidad con el deber de cooperación con la labor defensorial previsto en el artículo 161° de la Constitución y los artículos 16° y 26° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, las autoridades del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, deberán informar a la Defensoría del Pueblo, en un plazo improrrogable de treinta días

contados a partir de la fecha de emisión del presente informe, acerca de las medidas que adoptarán en atención a las recomendaciones contenidas en el presente informe.

8. La Adjuntía para los Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo queda encargada del seguimiento de las recomendaciones contenidas en el presente informe.

IX. DESTINATARIOS DEL INFORME

El presente informe será remitido a las siguientes personas e instituciones:

1. Ministerio de Energía y Minas, Vice Ministerio de Energía, Dirección General de Electricidad.
2. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG.
3. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.
4. Empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica.
5. Ciudadanos que han recurrido a la Defensoría del Pueblo denunciado cobros por energía no facturada en su oportunidad no ajustados a las normas vigentes.

Lima, 22 de Octubre de 1998