



Luisa Peralta



Patricia Casachagua



La transferencia del mecanismo de compensación entre las empresas distribuidoras y el aporte por regulación al OSINERGMIN



RESUMEN

Las autoras analizarán si los montos transferidos por las empresas aportantes a favor de las empresas receptoras en aplicación del Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados del SEIN, se encuentran gravados con el Aporte por Regulación, a efectos de responder si ¿tales montos transferidos deben ser gravados en cabeza de la empresa aportante o la empresa receptora? Asimismo, las autoras comentarán los alcances de lo resuelto por el Tribunal Fiscal en la Resolución Nro. 03420-3-2018.

1. NOTAS DE INTRODUCCIÓN

El artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, dispone que la distribución de electricidad constituye un servicio público. En atención a ello, los usuarios del servicio público de electricidad gozan del derecho de exigir el suministro eléctrico a un precio regulado, siempre que desde el sistema de distribución se pueda tener acceso al punto de suministro o consumo de dicho usuario¹⁷.

¹⁷ Santivañez, R. (1998). Mercado eléctrico peruano: principios y mecanismos de operación y sistemas de precios. *THEMIS Revista De Derecho*, (37), p. 115.

No obstante, en el Perú persiste el problema de acceso al servicio público de electricidad. De acuerdo a un último reporte del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), un 17.8% de la población rural aún vive sin acceso a una red de alumbrado público¹⁸. Teniendo en cuenta el problema señalado, la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040¹⁹, plantea como uno de sus objetivos el acceso universal al suministro energético.

Una de las herramientas para lograr el acceso a la electricidad en todo el Perú es la producción de electricidad con recursos renovables, la cual, en los últimos años, ha cobrado vital importancia en aras de brindar oportunidades de desarrollo a la población (principalmente rural) y disminuir la contaminación ambiental en el país. Actualmente, el Perú cuenta con 49 proyectos de energías renovables en ejecución, que representan 1 080 megavatios (MW), divididos en 30 centrales hidroeléctricas (373 MW), 7 centrales solares (280 MW), 7 centrales eólicas (394 MW) y 5 centrales a biomasa (33 MW)²⁰. En tal sentido, es relevante la inversión a nivel de los Proyectos de Generación Eléctrica con Recursos Renovables²¹.

Asimismo, en la búsqueda de contribuir al acceso a la electricidad y al desarrollo del sector energético a nivel de la Distribución Eléctrica, nuestra regulación prevé distintos subsidios pagados por las empresas del sector y los usuarios. En materia de servicios públicos, los subsidios son definidos como una reducción de los precios o de los costos de producción de un bien o servicio a través de alguna forma no compensada de transferencia de valor a agentes económicos.²²

Uno de estos subsidios, como desarrollaremos en los siguientes párrafos, es el Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, MCUR) que tiene como finalidad que los usuarios del SEIN accedan a una misma tarifa regulada por el servicio público de electricidad que reciben de las Empresas Distribuidoras.

2. MARCO REFERENCIAL

2.1. El SEIN y la Tarifa Máxima del Usuario Regulado

¹⁸ Disponible en:

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_condiciones_de_vida_dic2019.pdf

¹⁹ Aprobada por el Decreto Supremo N° 064-2010-EM.

²⁰ Nota de prensa del Diario Gestión (05 de abril de 2021). Se ejecutaron proyectos de energía renovables por US\$2,138.5 millones en 2020.

²¹ Informe el MINEM que durante el año 2020 tres centrales eléctricas con recursos renovables no convencionales iniciaron operaciones, una de ellas es la Central Eólica Duna, en Cajamarca, con una inversión que supera los US\$ 2,5 millones. En <https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias>

²² Quintana, E. (2012). Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo - RDA*. Núm. 12: Tomo 1, p. 75-75-76.

La transmisión de la electricidad a lo largo del Perú se realiza mediante un sistema interconectado, compuesto por una infraestructura especializada (líneas de transmisión, subestaciones eléctricas y sus respectivos centros de despachos de carga) que permite la transferencia de la energía eléctrica entre dos o más sistemas de generación eléctrica.

Dicho sistema al que se le denomina por sus siglas SEIN²³, se encuentra conformado por agentes que participan del mercado eléctrico peruano: Empresas Generadoras, Transmisoras y Distribuidoras, éstas últimas tienen por clientes a los usuarios libres y los usuarios regulados.

A nivel de la actividad de Generación Eléctrica, el mercado se rige por la libre competencia (precios no regulados), mientras que, en las actividades de Transmisión y Distribución, los precios se encuentran regulados. En efecto, el artículo 8 de la Ley Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y también un régimen de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza requieran regulación.

Así, tenemos un Mercado No Regulado y un Mercado Regulado. Este último caso es el dirigido a los usuarios sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen (menor a 200 KW), es decir los usuarios finales del Servicio Público de Electricidad²⁴, a quienes se busca dar el abastecimiento oportuno y eficiente de la energía eléctrica, utilizando para este fin como medida preventiva las licitaciones.

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 28832²⁵, la licitación es iniciada por el Distribuidor (responsable de conducirlo y elaborar las bases) a fin de atender la demanda de sus usuarios regulados. Se pone en marcha el proceso de concurso público para el suministro de electricidad (a los usuarios regulados) en condiciones de competencia que conllevará la suscripción del Contrato de Suministro de Electricidad entre la Empresa Generadora y la Empresa Distribuidora²⁶.

Como indicamos, los precios regulados del suministro de electricidad son dirigidos a los usuarios finales del Servicio Público de Electricidad²⁷ y son fijados como tarifas máximas de distribución que comprenden (a) los Precios a Nivel de

²³ Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

²⁴ El artículo 2 de la LCE señala que constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento. También son SPE la transmisión y distribución de electricidad.

²⁵ Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

²⁶ De acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 28832, las ventas de electricidad de Generador a Distribuidor, destinadas al Servicio Público de Electricidad, es decir, a los Usuarios Regulados, se pueden efectuar mediante Contratos Sin Licitación o Contratos resultantes de Licitaciones.

²⁷ Estos reflejan los costos marginales del suministro y se estructuran de modo que promuevan la eficiencia del sector (artículo 42 LCE).

Generación; (b) los peajes unitarios de los sistemas de transmisión; y, (c) el valor agregado de distribución²⁸.

Es obligación de los titulares de concesión y autorización aplicar los precios regulados que se fijan de conformidad con la ley²⁹. Analizaremos a continuación, uno de los componentes principales de la tarifa eléctrica: el Precio a Nivel de Generación.

2.2. El Precio a Nivel de Generación (PNG) para los Usuarios Regulados

En los hechos, como consecuencia de cada Licitación para el suministro de energía a nivel nacional, resultan diversos costos de adquisición de energía y potencia que las Distribuidoras deberían aplicar en los precios a los Usuarios Regulados o, de lo contrario, tendrían que asumirlos.

Entonces se produce un efecto adverso tanto para el Usuario Regulado como para la Distribuidora, ya que los mayores costos asumidos por las Distribuidoras no deben reflejarse en el precio cobrado a los Usuarios Regulados a nivel de generación, el cual constituye una parte de la tarifa final de dichos usuarios, pues ello tendría como consecuencia tarifas diferenciadas por cada zona de concesión de distribución afectando directamente al usuario y desnaturalizando la *ratio legis* de la tarifa regulada.

En ese sentido, a fin de que los precios a nivel de generación para los Usuarios Regulados, sean uniformes y no se vean afectados por las diferencias de precios que se produzcan como consecuencia de las licitaciones, el artículo 29 de la misma Ley 28832 estableció la formación del Precio a Nivel de Generación (PNG) para los Usuarios Regulados en el SEIN, el cual es un precio único que comprende los cargos tarifarios de potencia y energía, sin incluir los cargos por transmisión ni por distribución eléctrica.

Desde el punto de vista de las Empresas Distribuidoras, dicho PNG -cobrado por ellas a los usuarios regulados- constituye el costo de generación para las mismas.

Ahora bien, debido a que en la facturación a los Usuarios Regulados se considera el PNG como precio único, el cual no se obtiene directamente de los precios contractuales pactados por las Distribuidoras con las Generadoras, resultan diferencias entre ambos precios, lo cual afecta a nivel del costo a las Distribuidoras. Para reparar ello, el numeral 29.3 del artículo 29° dispuso la

²⁸ Artículo 63 de la LCE.

²⁹ Literal c) del Artículo 31 de la LCE

reglamentación de un mecanismo de compensación, el cual conoceremos en el siguiente acápite.

Antes bien, es importante precisar que, el PNG es calculado periódicamente³⁰ y se aprueba vía Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN³¹.

2.3. El Mecanismo de Compensación de Usuarios Regulados del SEIN (MCUR)

Mediante el Decreto Supremo N° 019-2007-EM se aprobó el Reglamento del Mecanismo de Compensación entre los Usuarios Regulados del SEIN (MCUR) cuyo artículo 1° establece que el objeto del mecanismo es compensar las diferencias entre el **Precio a Nivel Generación** aplicable a los Usuarios Regulados del SEIN por la energía y potencia que consumen, y los **Precios de los diferentes Contratos de Suministro** suscritos entre las Empresas Distribuidoras y Empresas Generadoras, pagados por las primeras a favor de las segundas. Siendo ello así, esta compensación favorece a las Distribuidoras, a efectos de recuperar el margen del costo de generación dejado de cobrar al usuario.

Dicho objeto se plasma en la Exposición de Motivos del mencionado Decreto Supremo, cuando señala que el MCUR “*constituye una forma de redistribuir las ventajas / desventajas de los precios obtenidos en las licitaciones, sin afectar el nivel tarifario promedio de los Usuarios Regulados*”. Por tanto, se corrige el efecto producido por las diversas condiciones económicas de las Licitaciones sin afectar al usuario regulado ni sobre cargar a la Distribuidora.

En tal sentido, en cuanto a su finalidad, el MCUR busca que el PNG para los usuarios regulados sea único (excepto por las pérdidas y la congestión de los sistemas de transmisión)³² y de esta manera los usuarios no se vean afectados -al momento del pago por el servicio eléctrico- con los diferentes costos de generación asumidos por la Distribuidora, la cual sí es impactada por el mayor costo de generación.

³⁰ El PNG se obtiene calculando el promedio ponderado de los precios de potencia y energía de los contratos firmados para el suministro a los Usuarios Regulados, sean Contratos resultantes de Licitaciones o Contratos sin Licitación. Cabe precisar que los precios por cada Contrato resultante de Licitación serán iguales a los Precios Firmes resultantes de la Licitación, considerando el régimen de incentivos definido en el artículo 10° de la Ley N° 288326. Por su parte, los precios por cada Contrato sin Licitación serán igual al promedio los Precios en Barra y los precios del contrato sin licitación.

³¹ La última Resolución de Consejo Directivo Nro. 009-2021-OS/CD, aprobó el PNG y su fórmula de reajuste, aplicables para el trimestre febrero a abril de 2021.

³² Numeral 3 del artículo 29 de la Ley 28832.

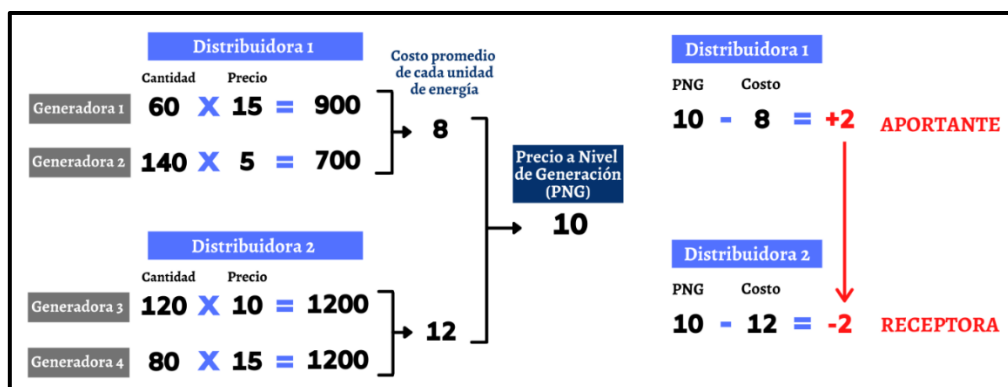
¿Cómo funciona el MCUR?

Por cada Empresa Distribuidora se determinará la diferencia entre el monto facturado en aplicación del PNG y el monto obtenido a partir de sus precios promedio ponderados por la potencia y energía facturada de sus contratos y las pérdidas a que se refiere el artículo 64 de la LCE³³ (en adelante, Precio promedio en base a Contratos).

De acuerdo a la diferencia entre el monto determinado con el PNG y Precio en base a Contratos, algunas Distribuidoras serán denominadas como Aportantes y otras como Receptoras. Veamos:

- Si el monto resultante de aplicar el PNG es mayor que el Precio promedio en base a Contratos, la Empresa Distribuidora es calificada como **Aportante**, ya que la diferencia entre el PNG facturado a sus Usuarios Regulados y el precio de sus contratos da como resultado un saldo positivo.
- Por el contrario, si el monto resultante de aplicar el PNG es menor que el Precio promedio en base a Contratos, la Empresa Distribuidora es calificada como **Receptora**, pues la diferencia entre el PNG facturado a sus Usuarios Regulados y el precio de sus contratos da como resultado un déficit.

El excedente que obtiene la Aportante será trasladado hacia la Receptora, permitiéndole cubrir a ésta la diferencia entre su Precio en base a Contratos y el PNG efectivamente pagado por sus Usuarios Regulados, es decir el déficit obtenido. En el siguiente esquema donde Distribuidora 1 es la Aportante y Distribuidora 2 es la Receptora, se ilustra el funcionamiento del MCUR de una forma más didáctica:



Fuente: elaboración propia

³³ Para mayor detalle del procedimiento de cálculo, véase la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 180-2007-OS/CD y modificatorias, que aprobó la Norma "Precios a Nivel de Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados".

Observamos del esquema lo siguiente:

- La Distribuidora 1 celebra un contrato de suministro con Generadora 1 por 60kW de energía al precio unitario de 15. Asimismo, celebra un contrato de suministro con Generadora 2 por 140kW de energía al precio unitario de 5. En consecuencia, se genera un Precio promedio en base a Contratos de 8 para la Distribuidora 1.
- La Distribuidora 2 celebra un contrato de suministro con Generadora 3 por 120kW de energía al precio unitario de 10. Asimismo, celebra un contrato de suministro con Generadora 4 por 80kW de energía al precio unitario de 15. En consecuencia, se genera un Precio promedio en base a contratos de 12 para la Distribuidora 2.
- A partir de los mencionados Precios promedio en base a Contratos de ambas Distribuidoras se genera un Precio a Nivel de Generación (PNG) de 10.³⁴
- Al compararse el PNG de 10 con el Precio promedio en base a Contratos de la Distribuidora 1 que es 8, resulta un excedente de +2; por lo tanto, la Distribuidora 1 será Aportante. Tal excedente es transferido a la Distribuidora 2 que tiene un déficit.
- Por su parte, al compararse el PNG de 10 con el Precio promedio en base a Contratos de la Distribuidora 2 que es 12, resulta un déficit de -2; por lo tanto, la Distribuidora 2 será Receptora. Tal déficit es cubierto con la transferencia que recibe de la Distribuidora 1.
- Es así que el MCUR funciona como una compensación entre las Distribuidoras que, a partir del PNG, obtienen un excedente y las que obtienen un déficit.

Por último, cabe señalar que OSINERGMIN es el responsable de calcular el Precio a Nivel de Generación y administrar el funcionamiento del MCUR, estableciendo el programa de transferencias entre las empresas aportantes y las empresas receptoras³⁵.

3. TRATAMIENTO DE LAS TRANSFERENCIAS DERIVADAS DEL MCUR PARA EFECTOS DE LOS APORTES POR REGULACIÓN AL OSINERGMIN

Como quiera que los montos recaudados por las empresas aportantes y posteriormente transferidos por estas a las empresas receptoras constituyen

³⁴ Como se ha indicado previamente, el PNG es aprobado por OSINERGMIN calculando el promedio ponderado de los precios de potencia y energía de los contratos firmados para el suministro a los Usuarios Regulados, sean Contratos resultantes de Licitaciones o Contratos sin Licitación a nivel nacional. No obstante, en nuestro esquema hemos considerado a modo de ejemplo los contratos suscritos por Distribuidora 1 y Distribuidora 2 a modo ilustrativo.

³⁵ Véase Resolución de Consejo Directivo N° 082-2021-OS/CD y Comunicado N° 021-2021-GRT.

ingresos para estas últimas, es relevante analizar si deben estar gravados con el Aporte por Regulación. En tal sentido, responderemos a la siguiente cuestión: ***¿los montos transferidos por las empresas aportantes en aplicación del MCUR a favor de las empresas receptoras se encuentran gravados con el Aporte por Regulación al OSINERGMIN en cabeza de la empresa aportante o la empresa receptora?***

3.1. El Aporte por Regulación al OSINERGMIN

El inciso g) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, establece que los titulares de concesión y autorización están obligados a contribuir al sostenimiento de los organismos normativos y reguladores mediante aportes fijados por la autoridad competente que, en conjunto, no podrán ser superiores al 1% de sus ventas anuales.

Por su parte, el artículo 234 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo N° 009-93-EM, establece que el Ministerio de Energía y Minas fijará anualmente el monto de contribución que deben aportar los concesionarios en mérito del inciso g) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas, no pudiendo dicho monto superar el 1% de sus ventas anuales.

En concordancia, el artículo 10 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, dispone que los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un Aporte por Regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de su facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas (IGV) y el Impuesto de Promoción Municipal (IPM). Asimismo, la norma señala que este aporte será fijado mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

Al respecto, la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Ley N° 27699, precisó que el Aporte por Regulación es una obligación de naturaleza tributaria clasificada como contribución destinada al sostenimiento institucional del OSINERGMIN.

La Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo 133-2013-EF, distingue tres clases de tributos: impuesto, contribución y tasa. La contribución se caracteriza por ser un tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o actividades estatales.

Así pues, OSINERGMIN es beneficiario del Aporte por Regulación debido a que realiza funciones de supervisión, regulación, fiscalización, sanción, solución de controversias y solución de reclamos de usuarios respecto del subsector electricidad, conforme a su Ley de creación y a la Ley Marco de Organismos Reguladores.

Posteriormente, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 27332, se publicó el Decreto Supremo N° 136-2002-PCM, mediante el cual se dictan las disposiciones referidas a aportes de empresas y entidades del subsector electricidad, precisándose que el Aporte por Regulación que deben pagar los concesionarios de generación, de transmisión y de distribución de energía eléctrica, así como de las entidades que desarrollan exclusivamente las actividades de generación mediante autorización, es de 0,65% de su facturación mensual, que corresponda a las operaciones con terceros relacionadas directamente con la actividad normada, regulada, supervisada o fiscalizada, deducido el IGV y el IPM.

Asimismo, la norma establece que respecto al Fondo de Compensación Social (FOSE), las empresas receptoras son las encargadas de efectuar el Aporte por Regulación por dicho concepto, no así las empresas aportantes que solo transfieren los montos. De forma similar, las empresas receptoras del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados³⁶ son las encargadas de pagar el Aporte por Regulación, no las empresas aportantes.

Por su parte, el Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 067-2020-OS/CD regula qué conceptos forman parte de la base imponible del Aporte por Regulación para las distribuidoras. Estos son las ventas de energía y/o potencia a usuarios regulados y libres, costos asociados al usuario, recupero de energía, alícuotas de alumbrado público, carga de reposición y mantenimiento, costo de conexiones nuevas, costo de corte y reconexión, recargos por pago no oportuno, compensaciones por el equipo de medición y materiales debido al deterioro de instalaciones imputables al usuario y compensaciones por el uso de sistemas de transmisión.

Alcance de la base imponible

De las normas expuestas podemos apreciar que la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento establecen que el Aporte por Regulación no podrá superar el 1% de las **ventas anuales**. Mientras que la Ley Marco de Organismos Reguladores se refiere al 1% del **valor de facturación anual** y el Decreto Supremo N° 136-2002-PCM al 0,65% de su **facturación mensual que correspondan a las operaciones con terceros relacionadas directamente con la actividad normada, regulada, supervisada o fiscalizada**.

³⁶ Creado por el artículo 30° de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

Ahora bien, lo establecido en la Ley Marco de Organismos Reguladores y el Decreto Supremo N° 136-2002-PCM no puede ser entendido en el sentido de que todo lo facturado por la empresa, anotado en su Registro de Ventas, forma parte de la base imponible del Aporte por Regulación, sino que dicha disposición debe leerse de forma sistemática con lo dispuesto por la Ley de Concesiones Eléctricas, norma inicial que estableció la obligación de las empresas del subsector electricidad de contribuir mediante el Aporte por Regulación.

En efecto, la Ley de Concesiones Eléctricas estableció como límite que el Aporte por Regulación no puede superar el 1% de las **ventas** anuales de los sujetos obligados. En tanto el término venta guarda relación con el concepto de ingreso, cuando el legislador emplea posteriormente el término facturación en lugar de venta, se debe entender que la base imponible del Aporte por Regulación está conformada por la facturación que constituya para la empresa ingreso directamente vinculado a la actividad regulada, normada, fiscalizada y/o supervisada.

Realizar esta precisión es de la mayor importancia, pues en el caso de distribuidoras, su facturación incorpora conceptos que recauda por efectos de la estructura del sistema eléctrico, pero que no tienen para la empresa carácter de ingreso vinculado directamente con la actividad de distribución. Al ser la distribuidora la última de la cadena de suministro eléctrico cobra conceptos que remuneran actividades de transmisión o recolecta cargos dispuestos normativamente en favor de otras empresas, como es el caso del MCUR.

Además, interpretar la normativa del subsector electricidad en el sentido de que todo monto facturado, sea o no ingreso de la distribuidora, esté afecto al Aporte por Regulación, vulneraría los principios constitucionales de capacidad contributiva y no confiscatoriedad de los tributos, los cuales pasaremos a desarrollar.

Por un lado, el principio de capacidad contributiva no se encuentra recogido expresamente en la Constitución, sino que se encuentra implícito, en tanto es una manifestación del principio de igualdad tributaria.

La capacidad contributiva, en palabras del Tribunal Constitucional, “*es la aptitud del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, aptitud que viene establecida por la presencia de hechos reveladores de riqueza (capacidad económica) que luego de ser sometidos a la valorización del legislador y conciliados con los fines de la naturaleza política, social y económica, son elevados al rango de categoría imponible.*”³⁷ (énfasis agregado)

³⁷ STC 33-2004-AI/TC

En atención este principio, la norma tributaria debe prever un hecho económico revelador de riqueza. Por lo tanto, cuando la norma del Aporte por Regulación señala que se encuentra gravada la **facturación** de la empresa, se refiere a aquella facturación que directamente vinculada a la actividad regulada, normada, fiscalizada y/o supervisada, pues solo los ingresos por estas operaciones aumentan la capacidad económica de la distribuidora para efectos del Aporte por Regulación.

3.2. Tratamiento para la Distribuidora Aportante

En el caso de la Distribuidora Aportante, no es posible considerar que la base imponible del Aporte por Regulación es toda la facturación anotada en su Registro de Ventas, pues como indicamos, hay conceptos que si bien son facturados por la distribuidora no constituyen ingreso afecto para ella, ya que se trata de montos recolectados y transferidos en favor de otras empresas por mandato legal.

Pretender gravar el Aporte por Regulación en cabeza de la Distribuidora Aportante vulneraría el principio de confiscatoriedad recogido de manera expresa en el artículo 74° de la Constitución Política del Perú. Este principio es definido por el Tribunal Constitucional como un límite al ejercicio de la potestad tributaria estatal que garantiza que la ley tributaria no afecte de forma irrazonable o desproporcionada la esfera patrimonial de las personas³⁸.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución, basándose en doctrina nacional, ha señalado que:

*“la confiscatoriedad puede evaluarse no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo, cuando se produzca una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios tributarios, sin que en estos casos interese el monto de lo sustraído, pudiendo ser incluso perfectamente soportable por el contribuyente”.*³⁹

Si bien estamos ante una contribución que, desde un punto de vista cuantitativo, no afecta desproporcionadamente el patrimonio de las Distribuidoras Aportantes toda vez que la alícuota es menor al 1% de sus ingresos facturado, desde un punto de vista cualitativo, el Aporte por Regulación será confiscatorio si vulnera el principio de capacidad contributiva.

En efecto, el Aporte por Regulación resulta confiscatorio si el Osinergmin, como Administración Tributaria, grava todo lo facturado por la Distribuidora Aportante, sin hacer una distinción entre el monto facturado que es ingreso

³⁸ STC 2727-2002-AA/TC

³⁹ STC 0041-2004-AI/TC

propio de la empresa vinculado a la actividad concesionada y el monto facturado que es recolectado y trasladado en favor de otra empresa.

Así pues, gravar montos facturados que la Distribuidora Aportante traslada a sus verdaderos acreedores es una afectación ilegítima de la propiedad, máxime si las Distribuidoras Receptoras consideran como base imponible del Aporte por Regulación los montos recibidos en aplicación del MCUR.

Por tanto, podemos afirmar que los montos transferidos por las empresas aportantes en aplicación del MCUR a favor de las empresas receptoras no se encuentran gravados con el Aporte por Regulación al OSINERGMIN en cabeza de la empresa aportante.

3.3. Tratamiento para la Distribuidora Receptora

Como hemos visto, los montos recaudados por las distribuidoras aportantes no son ingresos propiamente dichos de estas empresas al tratarse de excedentes resultantes de aplicar el PNG, los cuales deben ser trasladados por mandato de ley a sus verdaderas destinatarias: las empresas receptoras. No corresponde, por tanto, que estos montos sean considerados como parte de la base imponible para calcular el Aporte por Regulación de las distribuidoras aportantes, pero sí de las empresas receptoras, las cuales son las beneficiarias efectivas del MCUR.

Ello es así porque el excedente que resulta de aplicar el PNG constituye costo de generación que es trasladado para las empresas distribuidoras aportantes. Dicho costo forma parte del precio por el servicio de distribución eléctrica que es recuperado por la distribuidora receptora con las transferencias efectuadas a su favor, encontrándose por ende directamente vinculado a su actividad concesionada.

Entonces, es posible afirmar que, en cabeza de las distribuidoras receptoras, cada monto que le es trasladado en aplicación del MCUR incrementa la capacidad contributiva de la empresa receptora para efectos del Aporte por Regulación.

4. CASO RESUELTO POR LA RTF NRO. 03420-3-2018

En el caso, la empresa recurrente era una distribuidora eléctrica que inició un procedimiento de apelación contra Resolución de la Gerencia de Administración y Finanzas de OSINERGMIN que declaró improcedente la solicitud de devolución del Aporte por Regulación pagado en exceso por los montos que esta empresa distribuidora transfería a las empresas receptoras en aplicación del MCUR.

En tal sentido, la materia de controversia consistió en determinar si los montos transferidos en aplicación MCUR debían formar parte de la base imponible del Aporte por Regulación a OSINERGMIN de la empresa distribuidoras que tienen la calidad de empresa aportante.

Para OSINERGMIN la empresa de distribución aportante del MCUR, debía agregar tales montos a su base imponible el Aporte por Regulación, al corresponder a un monto que ha sido efectivamente facturado por la recurrente por operaciones con terceros relacionadas con la actividad normada, regulada, supervisada o fiscalizada por el OSINERGMIN. Además, a juicio de OSINERGMIN al no existir disposición expresa que indique un tratamiento distinto para ese importe, éste debía ser incluido en la base imponible del Aporte por Regulación que lo recauda.

El Tribunal Fiscal resolvió revocar la Resolución de Gerencia, pues al revisar en la normativa sectorial, no encontró una disposición expresa respecto a que sean las empresas aportantes quienes les corresponde incluir los ingresos que transfieren en aplicación del MCUR en las bases imponibles para el cálculo del Aporte por Regulación a OSINERGMIN.

Además, verificó que la recurrente consideró erróneamente en las bases imponibles respectivas las sumas que transfirió en aplicación del MCUR, pese a tratarse de una empresa aportante. Siendo esto así, no correspondía que los montos transferidos fueran incluidos en las bases imponibles. El Tribunal Fiscal concluyó revocar la resolución apelada, indicando que correspondía que OSINERGMIN realizara la devolución de los pagos en exceso, luego de excluir de las referidas bases los importes correspondientes a las transferencias efectuadas por la recurrente en aplicación del MCSUR.

En nuestra opinión, consideramos que el fallo del Tribunal Fiscal en el presente caso es correcto y cuenta con asidero legal. Sin perjuicio de ello, creemos que el análisis de la afectación con el Aporte por Regulación de los montos trasladados, pasa necesariamente por atender al funcionamiento del Mecanismo de Compensación entre Usuarios Regulados del SEIN (MCUR). Ello es tan simple como comprender que por efecto del precio a nivel de generación (PNG), algunas distribuidoras cobran montos en exceso para luego trasladarlos a sus auténticos destinatarios: las distribuidoras receptoras. Dentro de la estructura del MCUR no existe otra empresa que pueda tener a su cargo dicho cobro, pues son las distribuidoras locales las que mantienen relaciones comerciales con los usuarios domésticos. De esta manera y conforme lo hemos explicado, es totalmente coherente que algunas distribuidoras locales hagan el papel de recaudadores (posteriormente denominados aportantes) y luego lo pasen los montos recaudados a los destinatarios (denominadas receptoras).

A nuestro juicio, es fundamental que a nivel de las fiscalizaciones tributarias y/o procedimientos no contenciosos y contenciosos vinculados al Aporte por Regulación OSINERGMIN realice una interpretación sistemática de las normas que regulan el Aporte de por Regulación y los componentes de la base imponible, a fin de no desnaturalizar su contenido y la *ratio legis* de las mismas. La interpretación de las normas que aplicó OSINERGMIN al caso en comentario, fue considerar como base imponible la facturación y no las ventas. Este proceder es sumamente perjudicial al contribuyente del aporte, ya que vulnera principios fundamentales como el de capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

Finalmente, en virtud del principio de predictibilidad, OSINERGMIN debería considerar el mismo criterio del Oficio No. 8273-2010-OS-GFE⁴⁰, aplicable a los casos similares.

SOBRE LAS AUTORAS

Luisa Peralta es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y asociada en Santivañez Abogados. Cuenta con un Postgrado en Responsabilidad Tributaria por la Universidad Austral, Argentina y en Tributación Internacional por la Universidad Santiago de Compostela, España. Es especialista en Derecho Tributario, con amplia experiencia en la consultoría y asesoramiento fiscal a empresas de diversos sectores económicos, entre ellos, electricidad, minería, hidrocarburos y construcción.

Patricia Casachagua es bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y asistente Legal en Santivañez Abogados. De igual manera, es miembro del Equipo de Derecho Tributario de la PUCP.

⁴⁰ Mediante el cual la empresa ENOSA consultó a la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, si los importes aportados o recibidos por concepto de "Mecanismo de Compensación entre los Usuarios regulados del SEIN" formaban parte de la base imponible para el cálculo de los Aportes por Regulación. Ante lo cual respondió que las empresas que tuvieran la calidad de aportantes por concepto del Mecanismo de Compensación deberán deducir en el cálculo de la base imponible del Aporte por Regulación aquellos montos transferidos. En caso se trate de empresas receptoras, estas deberán incluir esos montos en su base imponible.