

# **INFORME DEFENSORIAL N° 41**

## **INFORME DEFENSORIAL SOBRE EL PLAZO PARA LA DEVOLUCIÓN DE LO INDEBIDAMENTE PAGADO EN EL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA**

### **I. Antecedentes y alcances del informe**

Desde fines de 1997, la Defensoría del Pueblo ha recibido diversas quejas de usuarios del servicio público de electricidad en las que se cuestiona que las empresas concesionarias limiten la devolución de los importes cobrados en exceso a los últimos doce meses facturados. Los recurrentes manifiestan que las empresas concesionarias, luego de reconocer la existencia de cobros en exceso, proceden a devolver los montos considerando sólo un periodo máximo de un año, situación que ha sido ratificada por el OSINERG.

El principal cuestionamiento de los usuarios reside en la aplicación del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 a los reintegros en el servicio público de electricidad, por considerar que esta aplicación contraviene lo dispuesto por el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas y el artículo 181° del Reglamento de dicha ley, D.S. N° 009-93-EM, normas especiales sobre la materia que no señalan plazo alguno que limite el derecho a recibir el íntegro de lo cobrado en exceso por las empresas. Por su parte, el OSINERG y las empresas concesionarias sustentan la aplicación de la limitación dispuesta por el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, en la norma 1.13 de la Directiva N° 001-99-OS/CD, la misma que fue aprobada por Resolución del Consejo Directivo del OSINERG N° 482-1999-OS/CD, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de agosto de 1999.

### **II. 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 con relación a hechos que impliquen mal funcionamiento de la administración estatal, la inadecuada prestación de un servicio público o la violación de derechos constitucionales.

El presente informe tiene por finalidad examinar el problema planteado, analizar el cumplimiento de la normatividad aplicable y su correcta interpretación y, finalmente, formular recomendaciones con el propósito de cautelar los derechos de los usuarios del servicio público de electricidad.

### **III. Principales acciones defensoriales**

Luego de recibir las quejas y de examinar en primera instancia el problema, la Defensoría del Pueblo remitió al OSINERG el Oficio N° DP-99-714 del 31 de agosto de 1999, mediante el cual se sustentó la necesidad de modificar la norma 1.13 de la Directiva N° 001-99-OS/CD, a fin de eliminar la referencia al artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 y, de esta manera, garantizar el respeto al principio de jerarquía de las normas y la propia coherencia de la estructura normativa sectorial. El citado Oficio concluye sugiriendo al señor Presidente del Consejo Directivo del OSINERG, que se sirva proponer la modificación de la norma 1.13 antes citada.

Mediante Oficio N° DP-99-935 del 19 de octubre de 1999, la Defensoría del Pueblo reiteró el pedido contenido en el Oficio N° DP-99-714, toda vez que pese al tiempo transcurrido, el OSINERG no había cumplido con atenderlo.

Asimismo, con fecha 17 de agosto de 1999 el Defensor del Pueblo remitió el Oficio DP-99-638 al Presidente de la Comisión de Energía, Minas y Pesquería del Congreso de la República, expresando su preocupación por la incorrecta aplicación del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 en los casos de pagos en exceso en el servicio público de energía eléctrica. Al respecto, se recomendó la modificación de la norma 1.13 de la Directiva N° 001-99-OS/CD, aprobada por Resolución del Consejo Directivo del OSINERG N° 482-1999-OS/CD. También se expresó la disposición a dialogar y a examinar el problema planteado con los miembros de la Comisión.

Por último, con fecha 1° de septiembre de 1999 el Defensor del Pueblo remitió el Oficio DP-99-732 al Ministro de Energía y Minas, adjuntando una ayuda memoria en la cual se expresan la misma preocupación y recomendaciones frente al problema en cuestión.

### **IV. Respuesta del OSINERG**

Mediante Oficio N° 281-1999-OSINERG-PRES del 26 de octubre de 1999, el OSINERG dio respuesta a los documentos antes citados, presentando el Informe elaborado por la Gerencia de Electricidad N° 23-1999-OS-GE.

El citado informe señala que “la Directiva N° 001-99-OS/CD no contraviene el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas sino lo complementa”. Refiere además que “en cuanto al reintegro, la norma (el artículo 92°) no señala plazo alguno; por lo que debe aplicarse supletoriamente alguna norma vigente que

contemple el tema, en este caso el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, que regula expresamente dicho plazo”.

Igualmente, señala el Informe que “el hecho que el concesionario sea responsable de los equipos de medición, o que las partes no se encuentren en condiciones de igualdad en cuanto al acceso a información, o que los usuarios paguen sus facturas creyendo que lo que pagan es el monto correcto, no significa necesariamente que al usuario que pagó en exceso se le deba devolver sin límite en el tiempo; más aún cuando la ley del sector no lo dispone, mientras que la ley supletoria señala expresamente el límite de un año”.

Finalmente, el informe de OSINERG agrega que “la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia ha señalado expresamente que es válida la aplicación del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 para los casos de pagos efectuados en exceso”, y adjunta copia de la resolución de fecha 31 de agosto de 1999, dictada en la Acción Contencioso Administrativa N° 2162-98.

## **V. Normatividad aplicable**

1. Ley de Concesiones Eléctricas N° 25844, artículo 92°.
2. Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, artículo 181°.
3. Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, artículo 29°.
4. Directiva N° 001-1999-OS/CD, norma 1.13.
5. Código Civil, artículo 1274°.

## **VI. Planteamiento del Problema**

El problema que se plantea a partir de las quejas tramitadas por la Defensoría del Pueblo, es la determinación de la norma aplicable a la controversia sobre el periodo máximo a considerar para que las empresas concesionarias del servicio público de electricidad, devuelvan a los usuarios los importes que les hubieran cobrado en exceso.

Ello nos conduce a precisar que, estrictamente, el denominado “periodo máximo de doce meses” a considerar, o cualquier otro que impida a los usuarios reclamar el íntegro de los montos cobrados en exceso por las empresas concesionarias, supone la existencia de un plazo, sea de prescripción extintiva o de caducidad, toda vez que estamos frente a un supuesto en el cual se toma en cuenta el paso del tiempo para la atribución de determinados efectos jurídicos en relación a la posibilidad de exigir un derecho.

## **VII. Aplicación del Artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas**

### **a) Limitación para el caso de las acciones de recupero**

El tercer párrafo del artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas trata de manera diferenciada los casos de "*recupero*" (cobro que hace la empresa por la energía no facturada en su oportunidad) y de "*reintegro*" (devolución al usuario de lo indebidamente cobrado por la empresa). En ambos casos las empresas concesionarias no cobran los montos que corresponden al servicio prestado, como consecuencia de errores en el proceso de facturación o de una inadecuada medición del servicio. Es oportuno precisar que las funciones de medición y facturación del servicio son de competencia exclusiva de las empresas. Es por ello que el citado artículo diferencia dos situaciones: a) cuando el usuario paga un monto menor al servicio consumido y; b) cuando el usuario paga un monto mayor al servicio consumido.

El segundo párrafo del artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas limita el derecho de las empresas concesionarias para cobrar los montos no facturados en su oportunidad, estableciendo que sólo podrán considerar un periodo máximo de 12 meses. Se reconoce a las empresas concesionarias el derecho a cobrar los montos no facturados en su oportunidad, pero se establece un límite para ello, toda vez que los procesos de medición del consumo y facturación son realizados directa y exclusivamente por las empresas concesionarias, razón por la cual, los eventuales errores que se cometan en dichos procesos corresponderán fundamentalmente al ámbito de sus responsabilidades. De este modo, la norma combina un criterio de justicia - acogiendo un principio romano según el cual el error de hecho no perjudica (D.22.6.9)<sup>1</sup> -, la protección de los intereses de los usuarios y el incentivo a la eficacia en la prestación de los servicios.

En efecto, si bien es justo que las empresas puedan recuperar los montos no facturados en su oportunidad, de no establecerse algún límite a través de un plazo o periodo máximo a considerar, las empresas concesionarias no tendrían ningún incentivo para hacer más eficaces sus sistemas de facturación y medición, ya que en caso de cometer errores siempre podrían cobrar el íntegro al usuario, quien resultaría afectado al encontrarse permanentemente sometido a la eventualidad de un desembolso económico no previsto, por la falta de certeza en la facturación o medición del consumo.

### **b) Ausencia de limitación para el caso de los reintegros en el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas**

Apreciando que la limitación para el caso de los recuperos se sustenta en las consideraciones citadas en el párrafo anterior, resulta razonable interpretar que el tercer párrafo del artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas, optó por no establecer ningún periodo máximo a considerar, ni plazo de prescripción

---

<sup>1</sup> Citado por Rubio Correa, Marcial. "La extinción de acciones y derechos en el código civil. Prescripción y caducidad". Lima.. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1989. p. 44. (Biblioteca para leer el Código Civil. VOL. VII)

o caducidad en relación al derecho que tienen los usuarios para que las empresas concesionarias les devuelvan los montos cobrados en exceso.

En efecto, es ilógico pensar que en un mismo artículo, el legislador estableció un periodo máximo a considerar o plazo de prescripción o de caducidad para un supuesto y omitió involuntariamente establecerlo para el otro. Por lo demás, debemos tener presente que la relación jurídica entre una empresa concesionaria y los usuarios del servicio es una de naturaleza pública estatutaria, es decir, las contingencias propias de dicha relación jurídica se regulan en un marco jurídico público especial, de donde se derivan todos los derechos, obligaciones y cargas. Además, dado que *“...la prescripción siempre proviene exclusivamente de la ley, (...) para que la inacción o el abandono de los titulares de derechos no incida desfavorablemente en las relaciones sociales trabadas en una época ulterior...”*<sup>2</sup>, debemos concluir que no debe aplicarse ningún plazo de prescripción o caducidad al supuesto bajo análisis, no sólo por no estar expresamente establecido en la ley, sino porque además no resulta razonable hacerlo.

Tanto la prescripción extintiva como la caducidad, tienen como fundamento el paso del tiempo y la falta de diligencia o interés de quien tiene el derecho para exigirlo en el tiempo transcurrido<sup>3</sup>. Así, *“La prescripción supone dos elementos; uno subjetivo, configurado por la pasividad del acreedor en exigir la satisfacción de su crédito, o sea, no media de su parte una conducta idónea para obtener el cumplimiento del débito: otro objetivo, dado por el vencimiento del plazo legal durante el cual se mantuvo la pasividad del creditor”*<sup>4</sup>. Siendo esto así, lo lógico sería que el plazo de prescripción comenzara a contarse desde el momento en que el titular del derecho (en nuestro caso, el usuario) conoce realmente que tiene el derecho y que el mismo es exigible, ya que sólo alguien que conoce algo puede ser negligente o pasivo respecto de ello.

### **c) Responsabilidad en los procesos de medición del consumo y facturación. Diligencia del usuario**

Los procesos de facturación y medición del servicio son responsabilidad de la empresa concesionaria. Por ello, limitar el derecho del usuario a recuperar los montos pagados en exceso, implicaría trasladarle parte de la responsabilidad que corresponde a la empresa por sus errores.

En el caso de la relación jurídica que existe entre la empresa concesionaria y el usuario del servicio público de electricidad no resulta razonable exigir diligencia a este último y presumir que conocía que el pago que había realizado era excesivo, dado que dicho exceso fue generado por un error en el proceso de facturación o inadecuada medición del servicio, actividades que le son ajenas al ser ejecutadas exclusivamente por la empresa concesionaria.

---

<sup>2</sup> Llambias, Jorge Joaquín “Tratado de Derecho Civil” Parte general II Buenos Aires. Editorial Perrot, 1991. P. 700.

<sup>3</sup> Savigny, M.F.C. de. Citado por Rubio Correa, Marcial. Ob.Cit. p.17.

<sup>4</sup> Salerno, Marcelo “Nulidad Absoluta y Prescripción” Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1978. p.11-12.

El usuario paga los montos facturados sobre la base de una presunción de veracidad y certeza, que le es muy complicado rebatir. Además, no interviene en ninguno de los procesos, y juega un rol totalmente pasivo en relación a ello, no cuenta con la información, la logística, los conocimientos e instrumentos técnicos para dichas actividades, por lo que sería ilógico exigirle diligencia. Por el contrario, resulta más coherente que la presunción de conocimiento del pago en exceso, así como la exigencia de diligencia, recaiga sobre la empresa concesionaria y no sobre el usuario.

**d) Ausencia de limitación para el caso de los reintegros desde la perspectiva del análisis económico del derecho**

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, podemos señalar que limitar el derecho del usuario a reclamar lo cobrado en exceso por las empresas concesionarias, resulta económicamente inconveniente. En efecto, se trata de establecer quién asume las consecuencias económicas de los errores en los procesos de facturación y de medición del servicio; tenemos que utilizar criterios que económicamente sean los más adecuados y que desalienten la comisión de errores e inadecuada medición del servicio. De este modo, resulta aplicable a este caso el principio de "*cheapest cost avoider*" (la traducción más cercana es la de "el más barato evitador del costo"), ya que a la empresa (que cuenta con la información suficiente, la logística del caso, los instrumentos técnicos, entre otros) le cuesta menos que al usuario (que no cuenta con la información, capacitación, medios técnicos), asumir los costos y prevenir los errores en la medición y facturación. Esto la obligará a actuar de modo diligente y eficiente, desalentándola a cometer errores.

**e) Ausencia de limitación para el caso de los reintegros en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas**

El texto original del artículo 181º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM, desnaturalizaba el tercer párrafo del artículo 92º de la Ley, al disponer que si luego de contrastar los equipos de medición se detectaba que estos se encontraban funcionando fuera del margen de precisión establecido, el concesionario procedería a recalcular y refacturar los consumos de energía, considerando los últimos 12 meses. De esta manera, el Reglamento pasaba a limitar los reintegros a doce meses, transgrediendo el mandato del artículo 92º de la Ley.

Este exceso del texto original del reglamento fue corregido al emitirse el Decreto Supremo N° 02-94-EM, que modificó el tercer párrafo del artículo 181º del Reglamento, señalando que "En ambos casos (reintegros y recuperos) la refacturación de los consumos se efectuará según lo establecido en el Artículo 92º de la Ley". De esta manera, queda en evidencia la voluntad del legislador para que el plazo de un año se aplique solamente al caso de los recuperos y no así al caso de los reintegros.

## **VIII. Inaplicación de las normas que establecen plazos de prescripción**

### **a) Inaplicación del Decreto Legislativo N° 716**

#### **a.1) Definición de Usuario en el Decreto Legislativo N° 716**

El inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716 señala que para efectos de la aplicación de sus normas debe entenderse que son consumidores o usuarios, aquellas personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, productos o servicios como destinatarios finales.

En la Resolución N° 101-96-TDC, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 1° de enero de 1997, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, estableció como precedente de observancia obligatoria que: *"Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1° y 3° inciso b) del mencionado cuerpo legal"*.

Siguiendo el criterio establecido por el Tribunal del INDECOPI, para que las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 716 puedan ser aplicadas a personas naturales o jurídicas, éstas deben estar comprendidas dentro de la definición de consumidor final contenida en el precedente de observancia obligatoria antes citado. Ni las empresas concesionarias del servicio público de electricidad, ni las empresas que utilizan a la electricidad para realizar actividades como proveedores, califican en la definición de consumidor establecida por la Resolución N° 101-96-TDC. En consecuencia, las disposiciones del Decreto Legislativo N° 716 no les resultan aplicables, y el artículo 29° de dicho Decreto Legislativo tampoco puede ser utilizado para limitar el reintegro de los pagos que hubieran realizado en exceso.

Si se aplicara el Decreto Legislativo N° 716 en la relación jurídica usuario - empresa concesionaria a propósito del pago en exceso, se generaría una situación de desigualdad sin justificación razonable, ya que para algunos usuarios (los consumidores finales de acuerdo a la definición del INDECOPI) el plazo de prescripción para reclamar el pago realizado en exceso sería de un año, en cambio para otros usuarios (los que no son consumidores finales) no existiría plazo. Esta alternativa no tiene sustento, dado que la Ley de Concesiones Eléctricas no hace ninguna distinción entre los usuarios del servicio, y por lo tanto, no podrían existir regímenes jurídicos distintos cuando existe una misma razón o un mismo supuesto a regular.

### **a.2) Principio de aplicación supletoria**

El Decreto Legislativo N° 716 sólo podría aplicarse a la relación jurídica existente entre una empresa concesionaria y un usuario del servicio, en defecto de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, toda vez que estas son normas especiales sobre la materia. Sólo ante la ausencia de regulación y de principios de interpretación que permitan otorgar sentido a las normas especiales, podrían aplicarse las normas de protección al consumidor, de acuerdo con el principio de aplicación supletoria y siempre que ello no contradiga la naturaleza de derecho público de la referida relación jurídica.

En el caso de la limitación al reintegro de lo cobrado en exceso por las empresas concesionarias del servicio público de electricidad, no se verifican los presupuestos para que opere el principio en cuestión, dado que el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas no requiere de una norma supletoria para su aplicación, menos aún si esta lo contradice.

### **a.3) Contexto de economía de libre mercado: tarifa vs. precio regulado**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 716, el ámbito de aplicación de dicha norma lo constituyen las relaciones económicas que operan en una economía de mercado, donde los precios son determinados por la oferta y la demanda a partir de la libre concurrencia de compradores y vendedores. Es decir, esta norma sigue una lógica de mercado donde prima la autonomía de la voluntad como el principal mecanismo para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

El Decreto Legislativo N° 716 presupone la existencia de compradores y consumidores informados y diligentes, por lo que en ese contexto, resulta razonable un plazo de prescripción corto como el establecido en el artículo 29°.

Sin embargo, el esquema en que se basa el Decreto Legislativo N° 716, no es compatible con la relación económica que se plantea entre la empresa concesionaria y el usuario, a propósito de las tarifas eléctricas. La tarifa eléctrica no constituye un “precio estipulado”, en los términos del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, al no tratarse de un aspecto negociable para las partes. La tarifa eléctrica es fijada por la Comisión de Tarifas de Energía, de conformidad con lo establecido por el artículo 10° de la Ley de Concesiones Eléctricas y por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. De esta manera, la determinación de las tarifas eléctricas se encuentra excluida del ámbito del libre mercado, que es el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 716.

### **b) Inaplicación del artículo 1274° del Código Civil**

Sin perjuicio de los argumentos en relación a la aplicación supletoria de normas distintas a las que regulan la relación jurídica entre empresa concesionaria y usuario del servicio, consideramos que la institución del pago indebido no resulta aplicable al presente caso materia de estudio.



El artículo 1267° del Código Civil establece que el pago indebido se produce cuando en una relación jurídica de derecho privado, una persona por error de hecho o de derecho, entrega a otro algún bien o cantidad en pago. Así, la norma asume la exigencia de diligencia a las partes que intervienen en la relación jurídica, de ahí que en el artículo 1274° del Código Civil se regule un plazo de prescripción corto de cinco años; esto es, un plazo significativamente menor al plazo general de prescripción para las obligaciones personales, fijado en diez años por el inciso 1° el artículo 2001° del propio Código Civil.

Tanto la definición legal del pago indebido como los presupuestos en los que se sustenta, no se ajustan a la naturaleza del cobro excesivo por parte de las empresas concesionarias. En efecto, cuando el usuario paga el monto que la empresa le ha facturado, lo hace porque está obligado a pagar, salvo que efectúe algún reclamo. Así, el usuario no tiene cómo incurrir en un error de hecho o de derecho en relación a lo que debe pagar, ya que no interviene en los procesos de medición y facturación del servicio.

En consecuencia, resulta incorrecto asimilar el supuesto del cobro en exceso que realizan las empresas como consecuencia de errores en el proceso de facturación o de medición, al supuesto del pago indebido del Código Civil.

## **IX. Jurisprudencia sobre la materia**

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República dictó la Resolución de fecha 28 de octubre de 1999, en la acción contencioso Administrativa interpuesta por “Siderúrgica San Antonio S.A.” contra el OSINERG, tramitada como expediente N° 284-99-Lima. La citada ejecutoria, que declara infundada la excepción de prescripción interpuesta por OSINERG, establece una nueva jurisprudencia sobre la materia tratada en el presente informe.

El primer considerando de la Resolución comentada señala que se ha aplicado en forma indebida el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 como sustento de la excepción de prescripción planteada por OSINERG, “porque esta norma es válida cuando el precio de la energía se ha estipulado”, lo que no ha ocurrido en el caso estudiado, ni ocurre en el caso de los clientes regulados.

En su segundo considerando, la Ejecutoria Suprema comentada señala que el segundo párrafo del artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas está referido al derecho de la empresa concesionaria para obtener el recupero por facturación equivocada, el mismo que está sujeto a un plazo de doce meses, “lo que es lógico porque la responsabilidad del error recae en la propia empresa”. Y agrega, “en cambio el tercer párrafo de este artículo establece la obligación de la empresa de devolver al usuario los montos cobrados en exceso, sin considerar un periodo máximo o establecer un plazo de prescripción o caducidad de ese derecho”.

El criterio establecido en esta Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia reconoce la coherencia de limitar el plazo para las acciones de recupero y de no establecer ningún límite para las acciones de reintegro de lo cobrado en exceso, dado que en ambos casos, el error que los origina es responsabilidad de la propia empresa concesionaria.

El tercer considerando refiere que el plazo de prescripción de cinco años para el caso del pago indebido del artículo 1274° del Código Civil resulta inaplicable, “porque este es el pago que no debió haberse hecho, lo que no es asimilable con el supuesto de que la empresa cobre en exceso a los usuarios”.

Prosiguiendo la aclaración de la figura civil del pago indebido, la Ejecutoria prosigue señalando que el exceso cobrado por las empresas concesionarias “es distinto del pago de lo que no se debe o el pago que no corresponde a ninguna obligación legal y se ha hecho por error; en este caso sí había obligación de pago, pero de una suma menor, pudiéndose cobrar el exceso por el usuario sin ninguna limitación de tiempo por no haber norma que lo diga”.

La Resolución de la Corte Suprema de Justicia señala claramente que no existe norma vigente que señale plazo, limite o impida al usuario percibir el íntegro de lo cobrado en exceso por la empresa concesionaria. Por lo tanto, la invocación al artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, realizada por la norma 1.13 de la Directiva N° 001-1999-OS/CD, resulta contraria al mandato previsto en el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Es importante señalar que de conformidad con lo indicado por el cuarto considerando de la Ejecutoria, queda modificada la jurisprudencia anterior, establecida en la Acción Contencioso Administrativa N° 2172-98 del 31 de agosto de 1999. La Ejecutoria que se modifica, es la misma referida en el Informe de la Gerencia de Electricidad del OSINERG N° 23-1999-OS-GE, citado en el punto IV del presente Informe.

## **X. Conclusiones**

- 1.- La interpretación más razonable del artículo 92° del Decreto Ley N° 25844, en atención a la finalidad de protección de los intereses de los usuarios y la promoción de la eficacia en la prestación del servicio, nos conduce a concluir que los reclamos de los usuarios del servicio público de electricidad por los montos cobrados en exceso, no están sujetos a ningún plazo de prescripción, caducidad o periodo máximo a considerar.
- 2.- La modificación del texto original del artículo 181° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, permitió corregir el error incurrido al establecer el plazo de un año no sólo para el caso de los recuperos, sino también para los reintegros. Esta corrección evidencia la intención de la norma de no establecer ninguna limitación o plazo para la devolución al usuario de lo cobrado en exceso por las empresas concesionarias.

- 3.- La norma 1.13 de la Directiva N° 001-1999-OS-CD, yerra al establecer que los pagos en exceso efectuados por el usuario están sometidos al plazo de prescripción previsto por el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, por contravenir lo dispuesto por el artículo 92° de la Ley de Concesiones Eléctricas, que constituye la ley especial sobre la materia.
- 4.- El artículo 29° del Decreto Legislativo 716 no es aplicable a la relación jurídica usuario – empresa concesionaria. En primer lugar porque el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, señala que estas normas son aplicables a los consumidores finales, concepto definido por el INDECOPI a través de la Resolución N° 101-96-TDC y en el que no encuadran ni las empresas usuarias de la electricidad en sus procesos productivos, ni las empresas concesionarias. En segundo lugar, porque los presupuestos sobre los que opera esta norma (autonomía de la voluntad, exigencia de diligencia en las relaciones jurídicas) no se presentan en la relación jurídica entre usuario del servicio y la empresa concesionaria. Por lo demás, los asuntos relativos a las tarifas se encuentran excluidos del ámbito de las reglas del mercado, que es precisamente el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 716.
- 5.- Tampoco resulta aplicable el artículo 1274° del Código Civil que regula el plazo para el pago indebido. La definición del pago indebido no es asimilable al supuesto en el cual la empresa cobra montos en exceso a los usuarios. En el caso de los reintegros, no es el usuario quien incurre en error de hecho o de derecho y paga determinado por ello. Los errores los comete la empresa en los procesos de medición o facturación. El usuario paga el monto que la empresa concesionaria le cobra, bajo una presunción de veracidad.
- 6.- La Resolución dictada el 28 de octubre de 1999 por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en el expediente N° 284-99-LIMA establece un nuevo criterio jurisprudencial, según el cual, el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 no es aplicable al derecho de los usuarios del servicio público de electricidad a que se les reintegren los importes cobrados en exceso por las empresas concesionarias, entendiéndose que este derecho no tiene limitación temporal por que no existe norma que lo disponga.
- 7.- El establecimiento del nuevo criterio jurisprudencial obliga al OSINERG a modificar la norma 1.13 de la Directiva N° 001-1999-OS/CD y a no aplicar en lo sucesivo el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716 en las futuras acciones de reintegro. De lo contrario los usuarios no tendrían más alternativa que llevar sus reclamos hasta el Poder Judicial para encontrar justicia, viéndose obligados a incurrir en costos adicionales.

## **XII Recomendaciones**

Por lo expuesto, la Defensoría del Pueblo considera necesario formular las siguientes recomendaciones y sugerencias:

1. **INSTAR** al Consejo Directivo del OSINERG a que en cumplimiento de las funciones de fiscalización de las actividades del subsector de electricidad, contenidas en los incisos c) del artículo 5° y a) del artículo 9° de la Ley N° 26734, modifique la norma 1.13 de la Directiva N° 001-99-OS/CD, eliminando en su texto la mención hecha a la aplicación del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, a los reclamos por reintegros de pagos en exceso interpuestos por usuarios del servicio público de electricidad.
2. **RECOMENDAR** al Consejo Directivo del OSINERG que en cumplimiento de la función contenida en el inciso d) del artículo 9° de la Ley N° 26734, suspenda la aplicación del plazo establecido por el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 716, en las resoluciones que dicte sobre reintegro de lo pagado en exceso por los usuarios.
3. **ENCARGAR** a la Adjuntía para los Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo el seguimiento de las recomendaciones contenidas en el presente informe.

## **XIII. Destinatarios del Informe**

El presente informe será remitido a las siguientes autoridades y funcionarios:

1. Ministro de Energía y Minas
2. Presidente de la Comisión de Energía, Minas y Pesquería del Congreso de la República
3. Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG
4. Gerentes Generales de las empresas distribuidoras del servicio público de energía eléctrica

Lima, 15 de febrero del 2000

## **ANEXO I**

Relación de casos tramitados en la Defensoría del Pueblo sobre el plazo para la devolución de lo indebidamente cobrado en el servicio público de electricidad.

1. Queja presentada por el señor David Ochoa Bacilio contra Luz del Sur S.A.
2. Queja presentada por el señor Hugo Chumbes Rocha contra Luz del Sur S.A.
3. Queja presentada por el señor Oswaldo Rojas contra EDELNOR S.A.
4. Consulta planteada por el señor Guillermo Lauriano Ramírez.
5. Queja presentada por la empresa Servicios y Consultoría "SECON" E.I.R.L, en representación de la empresa SAM YUEN Importaciones S.A., contra el OSINERG. – Ingreso N° 10072-98
6. Quejas presentada por la empresa Servicios y Consultoría "SECON" E.I.R.L., contra OSINERG, en representación de las empresas Agropecuaria Esmeralda S.A., Curtiembre La Unión S.A., Temoplast S.A., Plásticos Santa Lucía S.A., Siderúrgica San Antonio S.A., Asociación Deportiva Los Inkas Golf Club y Formularios Comerciales S.A. – Ingreso N° 12154-98