

Tribunal Fiscal

N° 06837-12-2022

EXPEDIENTE N° : 8246-2014
INTERESADO :
ASUNTO : Devolución
PROCEDENCIA : Lima
FECHA : Lima, 20 de setiembre de 2022

VISTA la apelación interpuesta por [redacted] contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° [redacted], emitida el 10 de octubre de 2013 por el OSINERGMIN, en el extremo que declaró infundada¹ la reclamación formulada contra el Oficio N° 115-2013-OS-FISE de 3 de mayo de 2013, que declaró improcedente la solicitud de devolución de pagos por concepto de recargos destinados al Fondo de Inclusión Social Energético – FISE de los periodos de junio de 2012 a febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con el primer párrafo del numeral 1 del segundo párrafo del artículo 101° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, es atribución del Tribunal Fiscal conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la administración tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra órdenes de pago, resoluciones de determinación, resoluciones de multa, otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones al ESSALUD y a la ONP.

Que de conformidad con la Norma II del Título Preliminar del aludido código el término genérico tributo comprende: a) Impuesto: es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado; b) Contribución: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; y, c) Tasa: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Agrega que no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Que si bien el referido Código Tributario no establece una definición de tributo, este concepto es definido en la doctrina² como una obligación jurídica pecuniaria *ex lege*, que no constituye sanción por un acto ilícito, cuyo sujeto activo es en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley³. Asimismo, se le define como “una prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos”⁴.

¹ Si bien la Administración declaró improcedente la referida reclamación, de la resolución apelada se observa que, en estricto, la declaró infundada señalando sus motivos.

² Recogida por este Tribunal en las Resoluciones N° 09715-4-2008 y 00416-1-2009, que constituyen precedentes de observancia obligatoria, publicadas el 31 de agosto de 2008 y el 13 de enero de 2009, respectivamente, en el Diario Oficial “El Peruano”.

³ Al respecto, véase: ATALIBA, Geraldo, *La Hipótesis de incidencia tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1985, Lima, p. 37.

⁴ Sobre este punto, véase: PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, 2000, Madrid, p. 33. En similar sentido, véase PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Temis, 2000, Santa Fe de Bogotá, p. 572. Por otro lado, FERREIRO LAPATZA, define al tributo como “una obligación de dar una suma de dinero establecida por Ley, conforme al principio de capacidad, a favor de un ente público para sostener sus gastos”. Al respecto, véase: FERREIRO LAPATZA, Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, Vol. I, Marcial Pons, 2003, Madrid, pp. 182 y ss. El texto citado corresponde a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 09715-4-2008.



Tribunal Fiscal

N° 06837-12-2022

Que mediante la Ley N° 29852 publicado el 13 de abril de 2012 se creó el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE). Dicha Ley fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 021-2012-EM.

Que según el artículo 3° de la indicada ley, el FISE se crea como un sistema de compensación energética, que permita brindar seguridad al sistema, así como de un esquema de compensación social y de servicio universal para los sectores más vulnerables de la población.

Que el artículo 4° de la aludida ley, modificado mediante Ley N° 29969, prevé que los recursos del FISE provienen de:

- 4.1 Recargo en la facturación mensual para los usuarios libres de electricidad de los sistemas interconectados definidos como tales por el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, a través de un cargo equivalente en energía aplicable en las tarifas de transmisión eléctrica. Dicho cargo tarifario será equivalente al recargo en la facturación dispuesto por la ley de creación del FOSE, Ley N° 27510, y sus modificatorias.
- 4.2 Recargo al transporte por ductos de los productos líquidos derivados de hidrocarburos y líquidos de gas natural, equivalente a US\$ 1,00 por barril a los mencionados productos. El recargo se aplicará en cada venta primaria que efectúen los productores e importadores, definidos como tales en el Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 032-2002-EM y será trasladado en los precios de los hidrocarburos líquidos.
- 4.3 Recargo equivalente a US\$ 0,055 por MPC (Miles de Pies Cúbicos) en la facturación mensual de los cargos tarifarios de los usuarios del servicio de transporte de gas natural por ductos, definidos como tales en el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2007-EM. El recargo pagado por los generadores eléctricos es compensado mediante un cargo a ser incluido en el peaje del sistema principal de transmisión eléctrica, y es administrado y regulado por el OSINERGMIN según lo que dispone el reglamento.

Que de acuerdo con el artículo 5° de la referida ley, el FISE se destinará a la masificación del uso del gas natural (residencial y vehicular) priorizando la atención a la población de menores recursos y de aquellas regiones que no cuentan con recursos del canon, la compensación para el desarrollo de nuevos suministros en la frontera energética, como células fotovoltaicas, paneles solares, biodigestores, entre otros, focalizándose en las poblaciones más vulnerables, y la compensación social y promoción para el acceso al GLP de los sectores vulnerables tanto urbanos como rurales.

Que el artículo 6° de la misma ley, preceptúa que el FISE tendrá carácter intangible y sus recursos se destinarán única y exclusivamente a los fines a que se refiere la presente norma.

Que el numeral 7.5 del artículo 7° de dicha ley, establece el Ministerio de Energía y Minas revisará las liquidaciones presentadas por las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica y aprobará el programa de transferencias. Asimismo, el numeral 8.3 del artículo 8° de la anotada ley, prescribe que el programa de transferencias será aprobado por el Ministerio de Energía y Minas, y el numeral 9.1 del artículo 9° señala que el Ministerio de Energía y Minas será el encargado de administrar el FISE, para lo cual queda facultado para la aprobación de los procedimientos necesarios para la correcta administración del Fondo. De acuerdo con el artículo 12° de la mencionada ley, el Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de administrador del FISE, deberá presentar a la Contraloría General de la República, en un plazo máximo de 90 días hábiles contados a partir del cierre del ejercicio anual, un informe sobre la aplicación y ejecución del FISE, el cual se publicará en su portal institucional.

Que la Única Disposición Transitoria de la citada ley, encarga al OSINERGMIN, en adición a sus funciones de regulación y supervisión de los sectores de energía y minería, por un plazo de dos años contados a partir de la promulgación de dicha ley, las funciones otorgadas al Ministerio de Energía y Minas en los artículos 7.5, 8.3 y 9.1 del FISE, debiendo remitir al Ministerio de Energía y Minas el informe a que se refiere el artículo 12°. Cabe precisar que dicha disposición fue materia de sendas prórrogas.

Que conforme con el artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 29852, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM, debe entenderse por *“Administrador: Será OSINERGMIN hasta el cumplimiento del plazo*



Tribunal Fiscal

N° 06837-12-2022

previsto en la Disposición Transitoria Única de la Ley, culminado dicho plazo, el MINEM pasará a asumir la función de Administrador”.

Que la Tercera Disposición Transitoria de dicho reglamento precisa que el FISE no constituye fondo público.

Que de acuerdo con el artículo 15° de la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público – Ley N° 28112, publicada el 28 de noviembre de 2003, aplicable al caso de autos, se tiene que son Fondos Públicos, sin excepción, los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. Se desagregan conforme a los clasificadores de ingresos correspondientes.

Que en las Resoluciones N° 01698-10-2015 y 0997-4-1997, este Tribunal ha establecido que para que una determinada prestación tenga carácter de tributario debía constituir un recurso público, siendo que el hecho que una institución pública administre dicho fondo, no le da el carácter de público, pues sus únicas funciones consisten en organizarlo e implementar los mecanismos para el cumplimiento de los fines para los cuales se creó.

Que de las normas antes citadas, se advierte que el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE) está constituido por recargos en la facturación mensual para los usuarios libres de electricidad de los sistemas interconectados, al transporte por ductos de los productos líquidos derivados de hidrocarburos y líquidos de gas natural y en la facturación mensual de los cargos tarifarios de los usuarios del servicio de transporte de gas natural por ductos, con el objeto de masificar el uso del gas natural, compensar el desarrollo de nuevos suministros en la frontera energética y realizar una compensación social y promoción para el acceso al GLP de los sectores vulnerables tanto urbanos como rurales, no constituyendo un fondo público ni recurso tributario, según lo antes expuesto.

Que estando a lo antes expuesto, no se verifica que el FISE constituya un recurso público, verificándose más bien que por disposición de su ley de creación, representa una carga que deben soportar algunos privados a favor o beneficio de otros privados, no constituyendo un recurso tributario, ostentando el OSINERMIN solo la calidad de administrador⁵; en consecuencia, este Tribunal no es competente para emitir pronunciamiento al respecto, correspondiendo inhibirse, no siendo atendible los argumentos de la recurrente en sentido contrario⁶.

Que asimismo, según el numeral 93.1 del artículo 93° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que dispone que el órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado; procede remitir la apelación interpuesta a la Administración, a fin de que le otorgue el trámite correspondiente o se acumule al procedimiento en trámite, de ser el caso.

Con los vocales Ruíz Abarca y Rivadeneira Barrientos, e interviniendo como ponente el vocal Flores Quispe.

RESUELVE:

INHIBIRSE del conocimiento de la apelación presentada; y, **REMITIR** los actuados a la Administración a efecto que proceda conforme con lo señalado en la presente resolución

Regístrese, comuníquese y remítase al OSINERGMIN, para sus efectos.

RUIZ ABARCA
VOCAL PRESIDENTA

RIVADENEIRA BARRIENTOS
VOCAL

FLORES QUISPE
VOCAL

Quintana Aquehua
Secretaria Relatora
FQ/QA/TA/vu

NOTA: Documento firmado digitalmente

⁵ En esa misma línea se ha pronunciado la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas en el Informe N° .01 de 3 de enero de 2014.

⁶ Ni los argumentos de fondo expuestos por la recurrente.