

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 1366-2018-OS/OR-AYACUCHO

Ayacucho, 30 de mayo del 2018.

VISTOS:

El expediente N° 201400097132, referido al procedimiento sancionador iniciado mediante Oficio N° 2041-2017-OS/OR JUNIN de fecha 31 de agosto de 2017, a la empresa **ELECTROCENTRO S.A.** (en adelante, ELECTROCENTRO), identificada con RUC N° 20129646099 y el Informe Final de Instrucción N° 2018-2017-OS/OR-AYACUCHO de fecha 03 de enero de 2018.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM la misma establece disposiciones aplicables para el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público.
- 1.2 Mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de Osinergmin, el cual contiene la nueva estructura orgánica de este organismo;

Posteriormente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por el artículo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2017-OS/CD, se determinaron las instancias competentes para el ejercicio de la función instructora y sancionadora en el sector energía, disponiéndose que el Especialista Regional en Electricidad instruirá los Procedimientos Administrativos Sancionadores, el cual será resuelto por el Jefe de la Oficina Regional, por incumplimientos de la normativa o de disposiciones emitidas por Osinergmin por parte de los agentes que operan las actividades de distribución de electricidad.
- 1.3 Con la finalidad de verificar el cumplimiento de lo establecido en las disposiciones aplicables para el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM, se realizó el proceso de Supervisión de la Determinación del Porcentaje Máximo de Alumbrado y su Aplicación de Alícuotas Mensuales, realizada a ELECTROCENTRO, correspondiente al periodo de 2014, para determinar el cumplimiento o no de la concesionaria a lo establecido en la normativa vigente.
- 1.4 De acuerdo a lo señalado en el Informe de Instrucción N° 201, de fecha 02 de agosto de 2017, en la Supervisión de la Determinación del Porcentaje Máximo de Alumbrado y su Aplicación

de Alícuotas Mensuales, realizada a ELECTROCENTRO, correspondiente al periodo de 2014, se verificó que la concesionaria habría incumplido las consideraciones establecidas en el procedimiento, configurándose las siguientes infracciones:

ITEM	INCUMPLIMIENTO VERIFICADO	OBLIGACIÓN NORMATIVA	TIPIFICACION
1	Los consumos reportados como medidos por ELECTROCENTRO incluyen excesos de energía para la facturación del servicio de alumbrado público:	<p><u>ESTABLECE DISPOSICIONES APLICABLES PARA EL CÁLCULO DEL PORCENTAJE MÁXIMO DE FACTURACIÓN POR EL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO, APROBADO POR RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 074- 2009-MEM/DM</u></p> <p>Artículo 2°</p> <p>La facturación por el servicio de alumbrado público de los Sectores de Distribución Típicos 2, 3, 4, 5, y Especial corresponderá al consumo leído mensualmente, no debiendo superar el porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público, (...).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM. - Literal e) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844. - El numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

- 1.5 Mediante Oficio N° 2041-2017-OS/OR JUNIN, de fecha 31 de agosto de 2017, notificado el 31 de agosto de 2017, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra ELECTROCENTRO, por incumplir con lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM la misma establece disposiciones aplicables para el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público, hecho que constituye infracción administrativa sancionable según el numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, otorgándole cinco (05) días hábiles de plazo para presentar sus descargos a las imputaciones formuladas.
- 1.6 Mediante documento N° GR-739-2017, de fecha 07 de setiembre de 2017, ELECTROCENTRO, presentó sus descargos.
- 1.7 Mediante Oficio N° 1-2018-OS/OR HUANCVELICA, de fecha 03 de enero de 2018, notificado electrónicamente el 03 de enero de 2018, se trasladó el Informe Final de Instrucción N° 2018-2017-OS/OR-AYACUCHO, otorgándole un plazo máximo de cinco (05) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado, a efectos que formule los descargos a que hubiere lugar.
- 1.8 Mediante documento N° GR-034-2018, de fecha 10 de enero de 2018, ELECTROCENTRO, presentó sus descargos.

2. ANÁLISIS

2.1. CUESTIÓN PREVIA

2.1.1. De conformidad con los antecedentes previamente descritos, mediante documento N° GR-739-2017 de fecha 07 de setiembre de 2017, ELECTROCENTRO, manifiesta que en atención a lo establecido en el numeral 28.1 de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, el órgano instructor tiene un plazo de 6 meses contados a partir de recibido el informe de supervisión para dar inicio al procedimiento, excepcionalmente, dicho plazo puede extenderse por 3 meses adicionales, en ese sentido señala que Osinergmin mediante Oficio N° 2068-2015-OS-GFE remitió a ELECTROCENTRO el Informe de Supervisión N° 035/2010-2014-09-01, en el cual se desarrollan los incumplimientos detectados durante el proceso de supervisión, dicho documento data del año 2014, fecha a partir del cual tenía expedito su facultad de iniciar del procedimiento sancionador y no lo hizo.

En atención a lo establecido en el numeral 28.2 de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, el órgano sancionador tiene un plazo de nueve meses contados a partir del inicio de procedimiento sancionador para emitir resolución. En merito a ello Osinergmin al no haber cumplido el plazo para iniciar el procedimiento sancionador automáticamente incumplió el plazo para emitir resolución de primera instancia por lo que corresponde declarar la caducidad y el archivo de este procedimiento de acuerdo a lo establecido en el numeral 31.4 de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

2.1.2. Del mismo modo señala que su representada cumplió con subsanar la observación materia de análisis, antes del inicio de procedimiento sancionador, adjuntando como medios probatorios anexo con 29 folios, motivo por el cual corresponde la aplicación de lo establecido en el numeral 15.1 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, debiendo ser eximido de responsabilidad al haber cumplido con la realización de la subsanación total de las imputaciones.

2.1.3. De otro lado mediante documento N° GR-034-2018 de fecha 10 de enero de 2018, ELECTROCENTRO, manifiesta que Osinergmin pretende sancionar a la concesionaria por una supuesta infracción prevista en el artículo 2° de la Resolución N° 074-2009-MEM/DM, hecho pasible de sanción de conformidad con el numeral 1.10 del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2009-OS/CD respectivamente, tal como se detalla en el Inicio de Procedimiento Sancionador; así mismo manifiesta que dicha infracción no se encuentra previamente calificada o determinada como infracción punible en la legislación aplicada a esta falta. En ese sentido señala que Osinergmin habría vulnerado el principio de legalidad, establecido en el literal d del inciso 24 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú; el mismo que establece que *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley”*.

2.1.4. Del mismo modo ELECTROCENTRO, presenta en calidad de medio probatorio y defensa técnica lo siguiente: Informe Técnico TR-003-2018, Informe Técnico S-005-2018 e Informe Técnico AC-003-2018.

2.1.5. ELECTROCENTRO, indica que Osinergmin al momento de emitir el Oficio N° 1689-2017-OS/OR AYACUCHO, no habría motivado correctamente su pronunciamiento, vulnerando de esta

manera el artículo 6° de la Ley 27444, en desmedro al derecho al debido procedimiento de la concesionaria, ello debido a que se habría incumplido los siguientes dispositivos legales:

- a) El literal a) del artículo 17° de la Res. OSINERGMIN N° 040-2017-OS/CD.
- b) El artículo 23° de la Res. OSINERGMIN N° 040-2017-OS/CD.
- c) Jurisprudencia sobre la falta de motivación desarrollada en el análisis de la Resolución N° 013-2014-OS/TASTEM-S1 de fecha 14 de enero de 2014.
- d) El numeral 6.1. artículo 6° de la Ley 27444.
- e) El artículo 10° de la Ley 27444.

2.1.6. De otro lado ELECTROCENTRO de conformidad con el Art. 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, solicita se le otorgue el uso de la palabra.

Análisis de Osinergmin

2.1.7. Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el numeral 2.1.1. de la presente resolución, corresponde señalar que si bien es cierto el Informe de Supervisión N° 035-2010-2014-09-01, fue notificado a la concesionaria mediante el Oficio N° 2068-2015-OS-GFE con fecha 12 de marzo de 2015, también es cierto que el plazo para dar inicio al procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el numeral 28.1 del Art. 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que la Administración se encuentra facultada a determinar la existencia de responsabilidad administrativa e imponer las sanciones correspondientes siempre que la infracción no haya prescrito¹, lo cual no ha sucedido en el presente caso. En ese sentido, el argumento de la concesionaria referido al exceso del plazo indicado en el Artículo 28.1 del mencionado reglamento, no desvirtúa la responsabilidad de la concesionaria, ni impide a Osinergmin el ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora.

Del mismo modo, debemos manifestar que Osinergmin tampoco habría incumplido con el plazo establecido para la emisión de la Resolución de Sanción, señalado en el numeral 28.2² del Art. 28° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, toda vez que el presente procedimiento fue iniciado a través del Oficio

¹ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Artículo 31.- Prescripción y Caducidad

31.1 La potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, **prescribe a los cuatro (4) años**. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado. (...)

² **Artículo 28.- Plazos**

(...)

28.2 El órgano sancionador tiene un plazo de nueve (9) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento. De manera excepcional, dicho plazo puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses, mediante resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación de plazo, debiendo notificarse al Agente Supervisado.

(...)

N° 2041-2017-OS/OR-AYACUCHO de fecha 31 de agosto de 2017, **notificado a ELECTROCENTRO el 31 de agosto de 2017**. En consecuencia, el Órgano Sancionador de este Organismo, aún se encuentra dentro del plazo de los 09 meses, contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador, para emitir la Resolución correspondiente.

- 2.1.8. Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el numeral 2.1.2. de la presente resolución, en el cual señala haber cumplido con subsanar la observación materia de análisis del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, antes del inicio del mismo.

Sobre el particular corresponde señalar que el literal i) ³ del numeral 15.3 del Artículo 15 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, establece que no son pasibles de subsanación aquellos incumplimientos verificados en **procedimientos de supervisión muestral**, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.

En ese orden de ideas debemos señalar que la naturaleza de la "Supervisión de la de Determinación del Porcentaje Máximo de Alumbrado y su Aplicación de Alcúotas Mensuales", es de carácter muestral, en ese sentido para que dicho incumplimiento se exima de responsabilidad ELECTROCENTRO debe acreditar el levantamiento de todo el universo al que representa la muestra, sin embargo, en su escrito de descargo la concesionaria tan solo manifiesta haber cumplido con subsanar la observación imputada durante el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador.

- 2.1.9. Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el numeral 2.1.3. de la presente resolución, corresponde señalar sobre el particular que de acuerdo al numeral 1⁴ del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la misma que establece que sólo por norma con rango de Ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. Así como también el numeral 4⁵ del mismo artículo

³ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, que aprueba el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin

Artículo 15.- Subsanación Voluntaria de la infracción

(...)

15.3. No son pasibles de subsanación:

(...)

i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.

⁴ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto

Supremo N° 006-2017-JUS:

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad. - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

señala que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar las conductas o determinar sanciones.

Del mismo modo el literal c) del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, dispone que la función normativa de los organismos reguladores, entre ellos Osinergmin, comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de su competencia, los reglamentos de los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general referidas a actividades supervisadas, así mismo en concordancia con el artículo 3° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, la cual establece que el Consejo Directivo de Osinergmin está facultado para aprobar los procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la función supervisora, fiscalizadora y sancionadora de dicha entidad. Asimismo, el artículo 1° de la mencionada ley, otorga a este organismo la facultad de tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como graduar las sanciones.

En ese sentido, debe resaltarse que las normas mencionadas en los párrafos precedentes abarcan una exigencia de carácter formal referida a la reserva de ley absoluta, la cual implica que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ser otorgada por una norma con rango de ley; y una exigencia de orden material, referida a la reserva de ley relativa basada en el principio de seguridad jurídica y referida a la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; es decir, tenemos como principio a la reserva de Ley, y como excepción que la propia ley pueda por consideraciones de conveniencia administrativa o técnica jurídica, autorizar a la propia administración pública para que por vía de reglamento ejecutivo pueda realizar la tipificación de los ilícitos respectivos, ello en concordancia con el numeral 8.2 del Artículo 8° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, el mismo que establece que Las infracciones administrativas son establecidas por el Consejo Directivo de Osinergmin, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 13 de las Leyes N° 27699 y N° 28964, respectivamente.

De esta manera, mediante la Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM la misma establece disposiciones aplicables para el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el

⁵ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS:

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

servicio de alumbrado público y el Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución del Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, es decir, dentro de las competencias normativas y supervisoras otorgadas cumpliendo así con la reserva de ley absoluta y relativa establecida por el principio de legalidad.

En ese sentido, debemos mencionar que el numeral 1.10 del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución del Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, regula la forma de determinación de las sanciones relacionadas con la Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM, que contiene obligaciones referidas al cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público, con lo cual se evidencia que la legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones se encuentran descritas adecuadamente y respaldadas por normas con rango de ley.

Por lo tanto, siendo que el incumplimiento de las disposiciones establecidas en el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM, es pasible de sanción, en razón de que dicha conductas infractora se subsumen en la descripción de las conductas tipificadas como infracciones administrativas sancionables en el numeral 1.10 del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución del Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, se concluye que Osinergmin durante el desarrollo del presente procedimiento administrativo sancionador ha actuado respetando los principios de legalidad y tipicidad.

2.1.10. Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el numeral 2.1.4. de la presente resolución, corresponde indicar que los informes técnicos presentados serán evaluados en los numerales posteriores.

2.1.11. Asimismo en cuanto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el numeral 2.1.5. de la presente resolución, corresponde señalar que en principio Osinergmin durante el desarrollo del presente procedimiento, ha actuado respetando el derecho al debido procedimiento, cumpliendo de esta forma con los siguientes dispositivos legales.

- a) El literal a) del artículo 17° de la Res. OSINERGMIN N° 040-2017-OS/CD, Se debe indicar que mediante Oficio N° 2041-2017-OS/OR JUNIN, se calificaron las infracciones que se habrían configurado a raíz de los hechos verificados en la Supervisión de La Determinación del Porcentaje Máximo de Alumbrado y su Aplicación de Alícuotas Mensuales, correspondiente al periodo 2014, donde se evidencia una correcta subsunción de los hechos verificados a las normas administrativas, por lo cual no correspondía la aplicación del citado cuerpo normativo.
- b) El artículo 23° de la Res. OSINERGMIN N° 040-2017-OS/CD, Se debe indicar que la responsabilidad por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesiones y demás obligaciones establecidas en normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin es objetiva. En tal sentido, en el presente procedimiento administrativo sancionador, no se evalúa la intención de la empresa fiscalizada de infringir la norma o no, basta que se constate el incumplimiento, como se hizo en la

supervisión del cumplimiento de la normativa sobre el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público.

- c) Resolución N° 013-2014-OS/TASTEM-S1 de fecha 14 de enero de 2014, se debe indicar que, durante el desarrollo del presente procedimiento administrativo sancionador, no se ha emitido ningún acto administrativo carente de motivación, los mismos que fueron notificados a la concesionaria, con la finalidad de dar a conocer las imputaciones practicadas a la administrada, para que pueda ejercer su derecho de defensa y en pleno respeto del principio del debido procedimiento administrativo.
- d) El numeral 6.1. artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Se debe indicar que, durante el desarrollo del presente procedimiento administrativo sancionador, no se ha emitido ningún acto administrativo carente de motivación, los mismos que fueron notificados a la concesionaria, con la finalidad de dar a conocer las imputaciones practicadas a la administrada, para que pueda ejercer su derecho de defensa y en pleno respeto del principio del debido procedimiento administrativo.
- e) El artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Se debe indicar que Osinergmin durante el desarrollo del presente procedimiento administrativo sancionador no ha incurrido en ninguna de las causales de nulidad establecida en el citado artículo, hecho que es corroborado con el análisis de los actuados durante el presente procedimiento.

2.1.12. Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el numeral 2.1.6. de la presente resolución, en lo relacionado a la solicitud de uso de la palabra corresponde señalar que, del análisis de los actuados en el presente procedimiento administrativo, así como también de la revisión de la documentación obrante en el presente expediente, se advierte que existen suficientes elementos de juicio para que el órgano sancionador emita pronunciamiento respecto a la infracción materia de análisis, habiéndose evaluado los argumentos presentados por ELECTROCENTRO en sus escritos de descargo.

Por lo expuesto en el párrafo precedente, esta instancia administrativa considera que no corresponde acceder a la solicitud de uso de la palabra formulado por ELECTROCENTRO.

2.2. **RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 2° DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 074-2009-MEM/DM**

2.2.1. **Hechos verificados**

Los consumos reportados como medidos por ELC incluyen excesos de energía para la facturación del servicio de alumbrado público:

Los valores de los consumos reportados por ELECTROCENTRO como leídos (formato ALP-P7), presentan inconsistencias respecto a la valorización de los consumos de energía, calculados en base a la cantidad de lámparas existentes del parque de alumbrado público, estas inconsistencias fueron verificadas en las inspecciones de campo.

La situación arriba mencionada ocasionó un incremento indebido en la valorización del consumo del servicio de alumbrado público para las subestaciones inspeccionadas, de los meses de julio del año 2013 a junio del año 2014, por un monto estimado de S/. 215 474,62.

2.2.2. Descargos de ELECTROCENTRO

La concesionaria mediante documento N° GR-034-2018, de fecha 10 de enero de 2018, presenta lo siguiente: Informe Técnico TR-003-2018, Informe Técnico S-005-2018 e Informe Técnico AC-003-2018:

Informe Técnico TR-003-2018

ELECTROCENTRO mediante el informe Técnico N° TR-003-2018, la Unidad de Negocio de Tarma, manifestó que a través del informe TR-009-2015 se determinó que correspondía devolver 86,395 KW-h, cuya devolución se aplicó en los recibos del mes de agosto 2015 a todo el universo al que representa la muestra en total 12,845 clientes, bajo los siguientes conceptos “devolución de alumbrado público” e interés compensatorio por reintegro”, como evidencia adjunta vistas de la muestra de suministros que están asociadas a las SEDs observadas, asimismo adjunta como muestra cinco recibos de los 12,845 clientes que devolvió por alumbrado público, por consiguiente manifiesta que ELC cumplió con devolver a todo el universo que representa la muestra, por tal motivo solicita que esta observación se considere como levantada.

Informe Técnico S-005-2018

ELECTROCENTRO mediante el informe Técnico N° S-005-2018, la Unidad de Negocio Selva Central manifiesta que en la supervisión se detectó 6 subestaciones observadas pertenecientes al Sistema Eléctrico Chahuamayo – Satipo, de las cuales solo las SED E416520 y E416654 presentan excesos en la facturación de alumbrado público, además agrego que la estacionalidad de las horas de uso mensuales es en función al clima de la zona (horario de encendido y apagado). Por tanto, en la zona de la Selva Central, durante el periodo de lluvias (promedio de 08 meses al año), el número de horas de uso diario de las lámparas de alumbrado no puede estandarizarse en 12 horas, al igual que en otras regiones de la concesión.

Por otro lado, la Unidad de Negocio Selva Central manifestó que tomando en cuenta las desviaciones tolerables en la facturación de alumbrado público establecida por Osinergmin; realizó el cálculo del exceso de facturación de las dos subestaciones E416520 y E416654 determinándose un exceso a devolver de 98,904.47 KW-h, confirmando a la vez que dicho exceso se procedió a devolver en la facturación del mes de agosto 2015. Como evidencia de la devolución adjunta un recibo del suministro 71717267. Concluye finalmente en dicho descargo que la unidad de Negocio Selva Central ha cumplido en realizar la devolución del exceso en la facturación de alumbrado público, por lo que solicita que esta observación sea superada.

Informe Técnico AC-003-2018

ELECTROCENTRO mediante el informe Técnico N° AC-003-2018, reitera los argumentos presentados mediante documento N° GR-739-2017, de fecha 07 de setiembre de 2017, realizando un análisis respecto a los plazos establecidos en los numerales 28.1 y 28.2 del artículo 28° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, así mismo señala haber subsanado la observación materia de análisis, motivo por el cual corresponde la aplicación de lo establecido en el numeral 15.1 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

2.2.3. Análisis de descargos

Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el Informe Técnico TR-003-2018 e Informe Técnico S-005-2018, podemos afirmar que la concesionaria reconoce los excesos de energía que incluyó en la facturación del servicio de alumbrado público, únicamente de las subestaciones inspeccionadas en los sistemas eléctricos que correspondió la muestra evaluado durante el periodo de julio 2013 a junio 2014; para la devolución efectúa un cálculo de energía a reintegrar a los usuarios de los sistemas eléctricos aludidos, presentando como evidencia cinco (05) recibos como ejemplos de reintegro por excesos facturados por Alumbrado Público. para la Unidad de Negocio de Tarma y un recibo para la Unidad de Negocio de Selva Central, sin embargo, no evidenció el detalle de devolución por el exceso en la facturación de alumbrado público, así como los intereses, relación de la cantidad total usuarios. Cabe precisar que dicha muestra seleccionada corresponde a la muestra de la totalidad de Sub Estaciones de Distribución existentes en la concesión de ELECTROCENTRO.

Así mismo si bien ELECTROCENTRO reconoce la deficiencia en los consumos leídos y en razón de ello hace una devolución en energía únicamente a los usuarios de los sistemas eléctricos inspeccionados, lo cual es incorrecto por lo siguiente:

- La facturación del servicio de alumbrado público se realiza de manera global en toda la concesión y no aisladamente por sistema eléctrico, como detalla ELECTROCENTRO en sus alegatos a través de los informes técnicos Nros TR-003-2018 y S-005-2018.
- Los consumos leídos valorizados para determinar la facturación del Alumbrado Público son del total del parque de alumbrado público de la concesión.
- El Porcentaje Máximo de Facturación de Alumbrado Público (PALP) es válido para toda la concesión.

Por lo expuesto, en principio la concesionaria no evidencia fehacientemente haber realizado la devolución de los excesos facturados de las subestaciones que pertenecen a la muestra seleccionada, que ascienden a S/. 215,474.62, y de los recibos adjuntos se puede verificar que no evidenció el detalle de devolución por el exceso en la facturación de alumbrado público, ni incluyó los intereses de ley, durante el periodo de julio 2013 a junio 2014; en ese sentido, se puede evidenciar que la concesionaria no habría realizado la devolución de energía a todo el universo al que representa la muestra, por lo tanto, corresponde desestimar sus alegatos y proceder con la imposición de la sanción respectiva.

Respecto a lo manifestado por ELECTROCENTRO en el Informe Técnico AC-003-2018, corresponde señalar que dichos argumentos fueron evaluados en la parte de cuestión previa indicado en el numeral 2.1. de la presente Resolución.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes corresponde imponer a la concesionaria la sanción respectiva por el incumplimiento del artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 074-2009-MEM/DM.

2.2.4. Conclusiones

Conforme con el numeral 18.3 del artículo 18° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, toda documentación recabada por Osinergmin durante la supervisión como sustento de la imputación de cargos se presume cierta, salvo prueba en contrario.

Al respecto, en el presente caso no se ha desvirtuado la información contenida en el Informe de Instrucción N° 201, de fecha 02 de agosto de 2017 notificado junto al Oficio N° 2041-2017-OS/OR-AYACUCHO, quedando de esta manera acreditada el incumplimiento de la infracción materia de análisis del presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

Cabe indicar, el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, establece que toda acción u omisión que implique el incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye infracción sancionable.

El inciso e) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, establece que las concesionarias de distribución se encuentran obligados a cumplir con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables.

El artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 074- 2009-MEM/DM, el cual establece disposiciones aplicables para el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público, el mismo que indica lo siguiente *“La facturación por el servicio de alumbrado público de los Sectores de Distribución Típicos 2, 3, 4, 5, y Especial corresponderá al consumo leído mensualmente, no debiendo superar el porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público”*.

Por lo tanto, la empresa **ELECTROCENTRO S.A.**, ha cometido infracción administrativa pasible de sanción, conforme al Numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

3. CALCULO DE MULTA

- 3.1. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, se aprobó el Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.

- 3.2. Para tal efecto, debe tomarse tanto los criterios de graduación establecidos en el numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, tipifican como infracción administrativa sancionable Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, Resoluciones y Disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u Osinergmin, así como las demás norma legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico, de conformidad con el Artículo 246° del Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, mediante el cual se aprueba el T.U.O de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General ⁶.

En tal sentido, la multa propuesta por el incumplimiento señalado en el párrafo anterior se determina teniendo en cuenta las siguientes expresiones:

- **RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 2° DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 074- 2009-MEM/DM.**

Tomando en consideración la Metodología General para la Determinación de Sanciones Administrativas que no cuentan con Criterios Específicos de Sanción aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 352-2011, la misma que está sustentada en los criterios que sustentan los Documentos de Trabajo Nos. 10, 18 y 20, publicados por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE) antes Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin los cuales establecen criterios de determinación de multas de aplicación en Osinergmin. Esta metodología sugiere que el cálculo del valor de la multa a aplicar en base al beneficio económico ilícito que percibe el agente infractor derivado de su actividad ilícita y al valor económico del daño derivado de la infracción en caso aplicase. De esta manera, la multa obtenida servirá, por un lado, para disuadir la conducta ilícita de los agentes infractores y, por otro, dará una señal a las empresas de que van a tener que asumir parte de los costos generados por las externalidades que causan a la sociedad. Asimismo, estos valores serán asociados a una probabilidad de detección y a factores atenuantes o agravantes cuando corresponda.

La fórmula a aplicar para la determinación de la multa estará dada por:

⁶ **Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Donde,
$$M = \frac{(B + \alpha D)}{p} A$$

M : Multa Estimada.

B : Beneficio económico ilícito generado por la infracción y perjuicio económico causado.

α : Porcentaje del daño derivado de la infracción que se carga en la multa administrativa.

D : Valor del daño derivado de la infracción.

P : Probabilidad de detección.

A : Atenuantes o agravantes $\left(1 + \frac{\sum_{i=1}^n F_i}{100} \right)$.

F_i : Es el valor asignado a cada factor agravante o atenuante aplicable.

Para el cálculo de la multa se precisa que se empleará la siguiente información:

- La Unidad Impositiva Tributaria vigente asciende a S/. 4,050.
- Para la determinación del beneficio ilícito se utilizará la información contenida en el expediente 201400097132.
- Respecto al análisis de probabilidad, dado el reporte de información sobre las mediciones, mediciones de tensión, indicadores y los montos de compensación son reportados por la empresa concesionaria, la certeza del cumplimiento de dichas obligaciones es detectado de forma inmediata. En ese sentido, la probabilidad de detección de los incumplimientos que contravienen la norma es inmediata, para el cual se considera un valor de probabilidad conservadora y más favorable para la empresa la cual es igual al 100%. Este valor para efectos matemáticos es igual a la unidad no afectando al resultado final de la multa.
- Para el análisis no se considera el perjuicio económico.
- Se utiliza la tasa COK en base al Documento de Trabajo N° 37, publicado por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE)⁷ correspondiente al sector eléctrico cuya tasa anual es igual a 8.7%.
- No se considera daño generado del incumplimiento.
- La aplicación de factores agravantes o atenuantes será evaluado por el área legal responsable del expediente, para efectos prácticos de la presente resolución la sumatoria de factores es igual a cero, en ese sentido de la aplicación de la fórmula de los factores agravantes y atenuantes es igual a la unidad no afectando al resultado final.
- Para el análisis de multa se considera los criterios de graduación de multas establecidos en el artículo 25 de la RCD 040-2017-OS-CD la cual aprueba el nuevo Reglamento de

⁷ El Costo Promedio Ponderado del Capital (WACC): Una estimación para los sectores de Minería, Electricidad, Hidrocarburos Líquidos y Gas Natural en el Perú Disponible en:
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento-Trabajo-37.pdf

Supervisión, Fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras a Cargo de Osinergmin, los cuales son:

- a. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.
- b. El perjuicio económico causado.
- c. La reincidencia en la comisión de la infracción.
- d. El beneficio ilegalmente obtenido.
- e. Capacidad económica
- f. Probabilidad de detección
- g. Circunstancias de la comisión de la infracción

Donde el análisis se centrará en el análisis del literal “d” y “f”. Mientras que el literal “g” será evaluado por el área legal de acuerdo a los criterios definidos en la RCD 040-2017-OS-CD.

Aplicación de la Metodología:

“Los consumos reportados como medidos por la Administrada, correspondientes al periodo 2014, incluyen excesos de energía para la facturación del servicio de alumbrado público. La situación mencionada ocasionó un incremento indebido en la valorización del consumo del servicio de alumbrado público para las subestaciones inspeccionadas, de los meses de julio del año 2013 a junio del año 2014, por un monto estimado de S/. 215 474,62”

Respecto al análisis del factor B de la fórmula de determinación de multas, se considerará el beneficio ilícito obtenido por la empresa concesionaria el cual estará dado solo por el costo de oportunidad del exceso de energía de alumbrado público el cual fue valorizado igual a S/. 215 474.62 soles. Este costo de oportunidad será igual a la tasa WACC para el sector eléctrico el cual es igual a 8.7% anual o su equivalente a la tasa mensual igual a 0.696%. Esta tasa se sustenta en el Documento de Trabajo N° 37, publicado por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE) correspondiente al sector eléctrico⁸.

Beneficio ilícito: Se estima en base a las ganancias que obtendría la empresa infractora al no cumplir con la normatividad. La empresa incumplirá una obligación establecido por la norma si el beneficio ilícito supera a los costos que la empresa tendría que incurrir para cumplir con la norma⁹.

⁸ El Costo Promedio Ponderado del Capital (WACC): Una estimación para los sectores de Minería, Electricidad, Hidrocarburos Líquidos y Gas Natural en el Perú Disponible en:
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento-Trabajo-37.pdf

⁹ Documento de Trabajo N°10 pag. 15, 111, 122. Publicado por la GPAE.

El periodo de obtención del beneficio ilícito considerado se da desde la fecha de infracción hasta la fecha de cálculo de multa, pues hasta esta última fecha la empresa aún no ha realizado la devolución del exceso facturado. Es importante mencionar que en caso la empresa haya realizado devoluciones parciales, este también será considerado en el cálculo de multa, donde se analizará el periodo desde la fecha de infracción hasta la fecha del pago de la compensación parcial. De ahí la justificación de considerar la tasa WACC mensual. A continuación, se presenta el detalle de cálculo de multa:

Cuadro N° 01: Propuesta de cálculo de multa

Presupuestos	Monto del presupuesto (\$)	Fecha de subsanación	IPC - Fecha presupuesto	IPC(2) - Fecha infracción	Presup. a la fecha de la infracción
Monto de excesos de energía para la facturación del servicio de alumbrado público S/. 215474.62 en dólares equivalente(1)	68 188.17	Setiembre 2017	238.34	238.34	68 188.17
Fecha de la infracción(3)					Junio 2014
Costo evitado y/o beneficio ilícito a la fecha de la infracción					16 161.73
Costo evitado y/o beneficio ilícito neto a la fecha de la infracción (neto del IR 30%)					11 313.21
Fecha de cálculo de multa(4)					Setiembre 2017
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa					39
Tasa WACC promedio sector electrico (mensual)					0.69606
Valor actual del costo evitado y/o beneficio ilícito a la fecha del cálculo de multa en \$					14 827.66
Tipo de cambio a la fecha de cálculo de multa(5)					3.25
Valor actual del costo evitado y/o beneficio ilícito a la fecha del cálculo de multa en S/.					48 138.35
Factor B de la Infracción en UIT					11.89
Factor D de la Infracción en UIT					0.00
Probabilidad de detección					1.00
Factores agravantes y/o atenuantes					1.00
Multa en UIT (valor de UIT = S/. 4,050)					11.89

Nota:

- (1) Monto de exceso de energía de acuerdo INFORME DE INSTRUCCIÓN 201 de fecha 02 de agosto de 2017 a un tipo de cambio promedio de 3.16 soles por dólar
- (2) Se aplica el ajuste por IPC: Índice Precio Consumidor de USA. Fuente: www.bls.gov
- (3) Fecha de incumplimiento se considera mes de junio 2014
- (4) Fecha de cálculo de multa hasta donde no realizó la devolución
- (5) Banco Central de Reserva del Perú

Los consumos reportados como medidos por la Administrada, correspondientes al periodo 2014, incluyen excesos de energía para la facturación del servicio de alumbrado público. La situación mencionada ocasionó un incremento indebido en la valorización del consumo del servicio de alumbrado público para las subestaciones inspeccionadas, de los meses de julio del año 2013 a junio del año 2014, por un monto estimado de S/. 215 474,62, lo que contraviene el Artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 074-2009-MEM/DM, que establecen disposiciones aplicables para el cálculo del porcentaje máximo de facturación por el servicio de alumbrado público, la multa propuesta asciende a **11.89 UIT**.

- 3.3. **MULTA APLICABLE:** Del análisis anteriormente descrito, se concluye que la sanción económica a aplicar a ELECTROCENTRO, es la siguiente:

INCUMPLIMIENTO N° 1	Multa en UIT calculada conforme RCD N° 028-2003-OS/CD	11.89 UIT
	Total, Multa	11.89 UIT

De conformidad con lo establecido en el artículo 13° literal c) de la Ley de Creación de Osinergmin, Ley N° 26734, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y modificatorias, la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS y la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2017-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa **ELECTROCENTRO S.A.**, con una **multa de once con ochenta y nueve centésimas (11.89) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de pago**, por el incumplimiento señalado en el ítem 1 del numeral 1.4 de la presente Resolución.

Código de Infracción: 140009713201

Artículo 2°.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 193-1510302-0-75 del Banco del Crédito del Perú, o en la cuenta recaudadora N° 000-3967417 del Banco Scotiabank S.A.A., importe que deberá cancelarse en un plazo no mayor de **quince (15) días hábiles** contados a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución y el Código de Pago de la infracción correspondiente, sin perjuicio de informar de manera documentada a Osinergmin del pago realizado.

Artículo 3°.- De conformidad con el Artículo 26° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el Agente Supervisado podrá acogerse al beneficio de pronto pago equivalente a una reducción del 10% del importe final de la multa impuesta en esta Resolución, si se cancela el monto de la misma dentro del plazo fijado en el artículo anterior, ***siendo REQUISITOS para su eficacia: no interponer recurso administrativo, que haya autorizado la notificación electrónica hasta la fecha otorgada para la presentación de sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y que mantenga vigente dicha autorización.*** Asimismo, en caso la resolución imponga más de una multa, el Administrado podrá acogerse al beneficio respecto de todas o sólo de las que considere no impugnar.

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 1366-2018-OS/OR-AYACUCHO**

De otro lado, cumplimos con informar que de conformidad con el artículo 27° del Reglamento anteriormente citado, tiene la facultad de contradecir la presente Resolución, mediante la interposición ante el presente órgano el recurso administrativo de reconsideración o de apelación, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.

Artículo 4°.- NOTIFICAR a la empresa **ELECTROCENTRO S.A.**, la presente resolución.

Regístrese y comuníquese,

«image:osifirma»

**Jefe de Oficina Regional Ayacucho
Órgano Sancionador
Osinermin**