

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGIA Y MINERIA
OSINERGMIN**

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 120-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 13 de julio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600115922 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 19 de febrero de 2018 por ELECTRO DUNAS S.A.A. (en adelante, ELECTRO DUNAS), representada por el señor José Luis Barandiarán Sotelo, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 332-2018-OS/OR-ICA del 6 de febrero de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplimiento del “*Procedimiento para la Supervisión de la Calidad de Atención Telefónica de las Empresas de Distribución Eléctrica*”, aprobado por Resolución N° 266-2012-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), detectada en la supervisión muestral correspondiente al primer semestre de 2016.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 322-2018-OS/OR ICA del 6 de febrero de 2018, se sancionó a ELECTRO DUNAS con una multa total de 3,30 (tres con treinta centésimas) UIT, por haber incumplido el estándar de los indicadores ATNA (Atención Telefónica No Adecuada) e ICAT (Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica), previstos en los numerales 7.1 y 7.2 del Procedimiento¹, respectivamente:



Infracción	Sanción
Desviación del indicador ATNA: ELECTRO DUNAS obtuvo el valor de 3,77%, excediendo la tolerancia de 2% , prevista en el artículo 8° del Procedimiento	1,10 UIT
Desviación del indicador ICAT: ELECTRO DUNAS obtuvo el valor de 17,17%, excediendo la tolerancia de 2%, prevista en el artículo 8° del Procedimiento	2,20 UIT

Cabe señalar que los incumplimientos imputados a ELECTRO DUNAS se encuentran tipificados como infracción administrativa en el numeral 9.2 del artículo 9° del

¹ “7. INDICADORES DE RESULTADOS

Al final del semestre de control OSINERGMIN calcula los siguientes indicadores de resultados:

7.1 Indicador de Atención Telefónica No Adecuada (ATNA)

$$ATNA = \left(1 - \frac{CVAA}{TCEA}\right) \times 100\%$$

RESOLUCIÓN N° 120-2018-OS/TASTEM-S1

Procedimiento (De las Infracciones y Sanciones)² y es sancionable conforme al numeral 1.10³ del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

2. Con escrito de registro N° 201600115922 del 19 de febrero de 2018, ELECTRO DUNAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 332-2018-OS/OR ICA, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Mediante Oficio N° 248-2018-OS/OR ICA, notificado el 31 de enero de 2018, se le corrió traslado del Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presente sus descargos.



Donde:

ATNA: Indicador de Atención Telefónica No Adecuada.

CVAA: Cantidad de llamadas donde se verificó que se cumplen todos los aspectos considerados en el numeral 5.1; 5.2 y 5.3.

TCEA: Cantidad total de llamadas de la muestra.

7.2 Indicador de Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica (ICAT)

$$ICAT = \left(1 - \frac{CVAF}{TCEI}\right) \times 100\%$$

Donde:

ICAT: Indicador de Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica.

CVAF: Cantidad de llamadas donde se verificó que el centro de atención telefónica cumple con todos los aspectos establecidos en el literal 6.2.c)

TCEI: Cantidad total de llamadas efectuadas durante el semestre de control.

8. TOLERANCIAS PARA LOS INDICADORES

Se fijan las siguientes tolerancias:

INDICADOR	VALOR
ATNA	2%
ICAT	2%

² "9. DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES:

Se consideran como infracciones sujetas a sanción:

- 9.1 El incumplimiento de los aspectos establecidos en el numeral 4 del presente procedimiento.
9.2 Superar las tolerancias establecidas en el numeral 8 del presente procedimiento.
9.3 No entregar copias de las grabaciones de llamadas cuando OSINERGMIN lo solicite.

Dichas infracciones serán sancionadas de acuerdo a lo dispuesto en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, o la que la sustituya o complementa."

³ ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA – ANEXO 1

N°	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4
1.10.	Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, Resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u OSINERG, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico	Art. 201° inc. P) del Reglamento	Amonestación De 1 a 1000 UIT	(M) Hasta 200 UIT	(M) Hasta 300 UIT	(M) Hasta 500 UIT	(M) Hasta 1000 UIT

- b) Con fecha 5 de febrero de 2018, ELECTRO DUNAS presentó ante la mesa de partes de Osinergmin la Carta N° GC-270-2018/GO/FG, con el asunto "*Rectificación del Traslado del Informe Final de Instrucción*", debido a que no aceptaba que en el Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA hayan utilizado términos ofensivos contra su empresa, precisando para ello (en dicha comunicación) que las frases "*beneficio económico ilícito*" y "*conducta ilícita*" sean retirados del citado informe.
- c) Pese a lo señalado por ELECTRO DUNAS, con fecha 6 de febrero de 2018, la Oficina Regional de Ica, sin que se haya vencido el plazo para que su empresa presente formalmente sus descargos a la imputación efectuada, le notificó la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 332-2018-OS/OR ICA.
- d) En este sentido, se advierte que, al momento de resolver, la Administración se ha excedido en sus atribuciones, recortando de manera indubitable e injustificable su derecho a un debido proceso, pues ante la premura de buscar una sanción pecuniaria en su perjuicio, se le ha privado de un correcto ejercicio de su derecho de defensa, recortando el plazo con el que contaba para presentar sus descargos.
- e) En efecto, la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 332-2018-OS/OR ICA fue notificada el 6 de febrero de 2018, es decir, antes de que venciera el plazo de cinco (5) días hábiles que le fue otorgado para presentar sus descargos, pues dicho plazo recién vencía el 7 de febrero de 2018.
- f) Además, la Oficina Regional de Ica omitió advertir que su Carta N° GC-270-2018/GO/FG de fecha 5 de febrero de 2018 en realidad no era su descargo, puesto que en el asunto se estableció como justificación de su misiva que la Oficina Regional de Ica rectificara los términos utilizados en el Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA, que le fue trasladado mediante el Oficio N° 248-2018-OS/OR ICA, los que considera ofensivos para su representada.
- g) En ese contexto, mal hizo la Administración en precipitarse en sancionarla por supuestos incumplimientos a la normativa vigente, cuando no había vencido, en estricto, el plazo de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos, ya que del contenido de su Carta N° GC-270-2018/GO/FG no se puede concluir que ELECTRO DUNAS, a través de aquella, hubiera presentado sus descargos, más aún cuando estos debían estar sustentados en pruebas o documentación que su empresa considerara idónea, y no solo en argumentos que han sido capitalizados de manera negativa por la Administración a efectos de causarle un perjuicio.
- h) Consecuentemente, se ha demostrado el proceder arbitrario e ilegal por parte de la Oficina Regional de Ica al recortar el plazo legal establecido para estos casos, a fin de que ELECTRO DUNAS presente de manera formal e indubitable su disconformidad con el Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA.
- i) Por lo expuesto, la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 332-2018-OS/OR ICA ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 10.1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.



RESOLUCIÓN N° 120-2018-OS/TASTEM-S1

3. A través del Memorándum N° 34-2018-OS/OR ICA, recibido el 2 de marzo de 2018, la Oficina Regional de Ica remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
4. Respecto a lo alegado en los literales del a) al h) del numeral 2), corresponde indicar que de conformidad con el numeral 21.1⁴ del artículo 21° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el informe final de instrucción debe ser notificado al Agente Supervisado para que formule sus descargos, otorgándosele para tal efecto un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.



Además, el numeral 22.1⁵ del artículo 22° del citado Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin estipula que recibidos los descargos del Agente Supervisado al informe final de instrucción, o vencido el plazo para su presentación sin que éstos sean presentados, corresponde al órgano sancionador emitir una resolución debidamente motivada, imponiendo la sanción o disponiendo su archivo, luego de determinar si el Agente Supervisado incurrió o no en la infracción imputada por el órgano instructor.



De la revisión del expediente se observa que a través del Oficio N° 248-2018-OS/OR ICA, notificado a ELECTRO DUNAS el 31 de enero de 2018, se le corrió traslado del Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA, otorgándosele un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación, a fin de que presente sus descargos al citado informe.

Mediante Carta N° 270-2018/GO/FG, presentada a Osinergmin el 5 de febrero de 2018 (obrante a fojas 67 del expediente), ELECTRO DUNAS dio respuesta al Oficio N° 248-2018-OS/OR ICA, en los siguientes términos: i) señaló que el Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA debía ser nuevamente evaluado y corregido por considerar que no correspondía a su representada, dado que en el cuadro alcanzado y que sustenta las observaciones del punto 1.4 se señala como empresa infractora a "ELECTRONORTE", empresa distinta a su representada; ii) manifestó su disconformidad a la fórmula empleada para la determinación de la multa mostrada en el punto 4.2 del Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA, debido a que su aplicación no está contemplada en la normativa vigente, situación que es corroborada en el mismo informe al señalar textualmente "*Sanciones Administrativas que no cuentan con Criterios Específicos de Sanción aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 352-2011*", y iii) refirió no aceptar que en el citado informe de instrucción se estén utilizando términos ofensivos, tales como "*Beneficio*

⁴ "Artículo 21.- Presentación de descargos al informe final de instrucción

21.1 El informe final de instrucción debe ser notificado al Agente Supervisado para que formule sus descargos, otorgándosele para tal efecto un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

(...)

⁵ "Artículo 22.- Órgano sancionador

22.1 Recibidos los descargos del Agente Supervisado al informe final de instrucción, o vencido el plazo para su presentación sin que éstos sean presentados, corresponde al órgano sancionador determinar si el Agente Supervisado ha incurrido o no en la infracción imputada por el órgano instructor, imponiendo la sanción o disponiendo su archivo, según sea el caso, mediante resolución debidamente motivada.

(...)"

RESOLUCIÓN Nº 120-2018-OS/TASTEM-S1

Económico Ilícito” o “Conducta Ilícita”, como si su representada estuviera robando o estafando a sus clientes; por lo que dichas palabras debían ser retiradas del informe y del nuevo a ser alcanzado, dado que las consideraba palabras ofensivas.

De la lectura de dicha carta se observa que en ésta ELECTRO DUNAS no solo manifestó su disconformidad con los términos “*beneficio económico ilícito*” y “*conducta ilícita*” consignados en el Informe Final de Instrucción Nº 231-2018-OS/OR ICA, sino que también cuestionó que para el cálculo de las multas propuestas como sanción se haya tomado 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 Nº 325-2011, alegando que su aplicación no está contemplada en la normativa vigente.



De lo anterior, este Órgano Colegiado considera que, contrariamente a lo que sostiene ELECTRO DUNAS en su recurso de apelación, a través de la Carta Nº 270-2018/GO/FG si presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción Nº 231-2018-OS/OR ICA, básicamente en el extremo referido al cálculo de las sanciones de multa por las infracciones que le habían sido imputadas.

Sobre el particular, si bien el plazo de cinco (5) días hábiles que fue otorgado a ELECTRO DUNAS para presentar sus descargos al Informe Final de Instrucción Nº 231-2018-OS/OR ICA vencía el 7 de febrero de 2018, debe tenerse presente que el numeral 149.1⁶ del artículo 149° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS, señala que el plazo vence el último momento del día hábil fijado, o anticipadamente, si antes de esa fecha son cumplidas las actuaciones para las que fuera establecido.



Al respecto, Juan Carlos Morón Urbina, al referirse al citado artículo señala lo siguiente:

“Como regla general, los plazos vencen en el último momento hábil del horario de la dependencia competente del día fijado como término final. Lógicamente, si antes de la fecha prevista son cumplidos los actos procedimentales para los cuales el plazo estaba destinado, este se entiende vencido o decaído automáticamente para todos sus efectos, continuando el procedimiento según su etapa. (...)”⁷

En este sentido, dado que ELECTRO DUNAS remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción Nº 231-2018-OS/OR ICA el 5 de febrero de 2018, el plazo otorgado en el Oficio Nº 248-2018-OS/OR ICA para la presentación de sus descargos al citado informe final de instrucción venció anticipadamente; por lo que a partir de entonces la Oficina Regional de Ica se encontraba facultada para emitir su pronunciamiento, de conformidad con el citado numeral 22.1 del artículo 22° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin.

⁶ “149.- Efectos del vencimiento del plazo

149.1 El plazo vence el último momento del día hábil fijado, o anticipadamente, si antes de esa fecha son cumplidas las actuaciones para las que fuera establecido.
(...)

⁷ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta jurídica, 2011.p. 434.

Sin perjuicio de lo anterior, este Superior Jerárquico considera pertinente indicar que en el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG se señala que la autoridad administrativa debe observar los siguientes criterios para graduar las sanciones a ser impuestas:

- a) El beneficio ilícito resultante de 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 firma 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.

Por su parte, el artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, respecto de los criterios a ser tomados en cuenta para la graduación de las sanciones, establece los siguientes:

- a) Gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido. Para efectos de la determinación de la multa, la gravedad de la conducta infractora está determinada por la magnitud de la multa prevista en la Escala de Multas aprobada.
- b) Perjuicio económico causado. Para efectos de la determinación de la multa se calcula el daño desde el punto de vista económico que ha generado la conducta infractora respecto del interés público o los bienes jurídicos protegidos.
- c) Reincidencia en la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior. Para dichos efectos se consideran también las infracciones menos graves que no fueron sancionadas debido a un concurso de infracciones, así como aquellas infracciones que fueron sujetas al reconocimiento a que se refiere el artículo 236-A de la Ley N° 27444.
- d) Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de Osinergmin, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.
- e) Capacidad económica. Para efectos de la determinación de la multa, se puede considerar la capacidad económica o riqueza del infractor para afrontar la sanción económica. La capacidad económica o riqueza a considerar es la proveniente de las rentas de actividades propias del infractor como las que se generen en el grupo económico al que pertenezcan.
- f) Probabilidad de detección. Para efectos de la determinación de la multa se puede considerar tanto la naturaleza de la infracción como la periodicidad de las acciones de supervisión y fiscalización realizada por Osinergmin respecto de la conducta infractora.
- g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:
 - g.1) El reconocimiento del Agente Supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, teniendo en cuenta lo siguiente:



g.1.1) -50%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
g.1.2) -30%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, y hasta la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción.

g.1.3) -10%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción, y hasta antes de la emisión de la resolución de sanción. El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento.

El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción, por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los descargos.

- g.2) La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

Por ende, se advierte que los términos a los que la recurrente considera ofensivos para su representada constituyen categorías jurídicas expresamente previstas en las normas antes señaladas, de ahí que su empleo no puede ser considerado, bajo ningún supuesto, vejatorio u ofensivo por ningún administrado.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por ELECTRO DUNAS en estos extremos.

5. Acerca de lo alegado en el literal i) del numeral 2), debe precisarse que conforme a los fundamentos que han sido expuestos en el numeral precedente, este Órgano Colegiado no considera que con la expedición de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 332-2018-OS/OR ICA del 6 de febrero de 2018 se haya vulnerado el derecho de defensa de ELECTRO DUNAS, dado que se produjo un vencimiento anticipado del plazo como consecuencia de la presentación de su Carta N° 270-2018/GO/FG, a través de la cual sí formuló sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 231-2018-OS/OR ICA, al haber cuestionado la metodología de cálculo de las sanciones de multa por las infracciones que le habían sido imputadas.

Por tanto, este Órgano Colegiado considera que la citada resolución no ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 1) del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸.

⁸ "Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

RESOLUCIÓN Nº 120-2018-OS/TASTEM-S1

Por lo tanto, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por ELECTRO DUNAS en este extremo.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16º del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución Nº 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por ELECTRO DUNAS S.A.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Nº 332-2018-OS/OR ICA de fecha 6 de febrero de 2018 y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2º.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo.



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE