

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 07 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201400102082 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 14 de marzo de 2018 por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A. (en adelante, ELECTROCENTRO)¹, representada por el señor Romeo Graciano Rojas Bravo, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 515-2018-OS/OR JUNÍN de fecha 21 de febrero de 2018, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN del 21 de diciembre de 2017, 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), en el periodo de supervisión muestral correspondiente al primer semestre de 2014.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN del 21 de diciembre de 2017, se sancionó a ELECTROCENTRO con una multa de 1,19 (una con diecinueve centésimas) UIT, por haber incumplido el estándar del indicador ICAT (Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica), previsto en el numeral 7.2 del Procedimiento², debido a que en el primer semestre de 2014 obtuvo el valor de 3,8%, excediendo la tolerancia de 2%, establecida en el artículo 8 del Procedimiento.



Corresponde precisar que para la determinación de la sanción se aplicó el beneficio de reducción del 30% del importe de la multa³, debido a que ELECTROCENTRO reconoció su responsabilidad administrativa en la comisión de la infracción imputada dentro del plazo otorgado para la presentación de sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 1855-2017-OS/OR-JUNÍN.

Además, cabe señalar que el incumplimiento imputado a ELECTROCENTRO se encuentra tipificado como infracción administrativa en el numeral 9.2 del artículo 9 del Procedimiento

¹ ELECTROCENTRO es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión los departamentos de Huánuco, Pasco, Junín y Huancavelica.

² "7. INDICADORES DE RESULTADOS

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

³ En la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN se señaló que la sanción sin aplicar el beneficio de reducción de multa del 30% ascendía a 1,69 UIT.

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

(De las Infracciones y Sanciones)⁴ y es sancionable conforme al numeral 1.10⁵ 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. A través de la Carta N° GR-053-2018 del 15 de enero de 2018, ELECTROCENTRO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN, el cual fue declarado infundado mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 515-2018-OS/OR JUNÍN del 21 de febrero de 2018.
3. Por Carta N° GR-295-2018 del 14 de marzo de 2018, ELECTROCENTRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 515-2018-OS/OR JUNÍN, en atención a los siguientes argumentos:

a) La Oficina Regional de Junín ha reiterado que la infracción materia de sanción es la

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

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

Donde:

ICAT: Indicador de Disponibilidad 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%

⁴ "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 complemente."

⁵ 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

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

transgresión del indicadores ICAT y no *"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"*, que es la infracción establecida en el numeral 1.10 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.

- b) La Oficina Regional de Junín, que se encargó de resolver su recurso de reconsideración, mantiene el criterio de que es factible sancionar utilizando conceptos distintos a los establecidos en la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Resolución N° 028-2003-OS/CD. Asimismo, se advierte que existe un evidente error de conceptualización cuando confunden los conceptos de infracción y sanción, en tanto que el haber transgredido el indicador ICAT no constituye infracción, sino que ya tienen ligado el concepto de sanción (multa), denotándose que existe una incorrecta apreciación del concepto de tipificación.
- c) En este sentido, se han vulnerado los Principios de Legalidad y de Tipicidad, pues Osinergmin pretende sancionarla por una supuesta infracción que no se encuentra previamente determinada con precisión en una norma con rango de ley.
- d) Se han soslayado los argumentos expuestos en su recurso de reconsideración, pues si bien conforme al Principio de Tipicidad Osinergmin se encuentra facultado a especificar o graduar disposiciones dirigidas a identificar las conductas infractoras o determinar sanciones, Osinergmin se ha olvidado justamente de implementar un nuevo o complementario manual o Escala de Infracciones y Sanciones para recién poder sancionar, y no como erróneamente se está realizando, que es pretender sancionar con preceptos tipificados para otras circunstancias que, aunque pueden ser similares, no son las previamente tipificadas.
- e) La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, prevé la función normativa y sancionadora de los organismos reguladores, tales como Osinergmin. Sin embargo, de ninguna manera ello quiere decir que, sin tipificar coherentemente la conducta infractora, Osinergmin pueda determinar una sanción que está preestablecida para un hecho similar, ya que para la nueva conducta irregular debió previamente determinarse o ligarse esa conducta a una sanción determinada de manera clara y específica (en una Escala de Infracciones y Sanciones), no siendo cierto que sea factible adecuar o subsumir el hecho porque ello sería una medida arbitraria. Reitera que el error es del propio Osinergmin (Oficina Regional), que no supo utilizar una técnica legislativa adecuada y establecer un nuevo Manual de Infracciones y Sanciones, a efectos de poder sancionar correctamente.
- f) Reitera que la afirmación de la Oficina Regional de Junín, en el sentido que los incumplimientos de las disposiciones establecidas en el Procedimiento son pasibles de sanción debido a que dicha conducta infractora se subsume en la descripción de la



RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

conducta tipificada como infracción administrativa sancionable en el numeral 1.10 del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contraviene los Principios de Legalidad y de Tipicidad.

g) Al momento de emitirse la resolución de sanción no se ha tenido en cuenta los alcances de los Principios de Legalidad y de Tipicidad, según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes N° 1873-2009-PA/TC, N° 2192-2004-AA/TC y N° 2050-2002-AA/TC.

h) Tampoco se ha realizado un análisis motivado respecto a la denegatoria de la caducidad del presente procedimiento sancionador, pues no se ha tenido en cuenta que la Resolución N° 040-2017-OS/CD entró en vigencia el 19 de marzo de 2017 y considerando que el plazo establecido en el numeral 28.2 del artículo 28° de la misma resolución es de 9 (nueve) meses contados a partir del inicio del procedimiento sancionador, se concluye que Osinergmin sólo tenía plazo hasta el 19 de diciembre de 2017 para emitir su resolución sancionadora; sin embargo, Osinergmin recién emitió la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN el 21 de diciembre de 2017, es decir, 3 (tres) días posteriores a la fecha de vencimiento del plazo de 9 (nueve) meses que establece la normativa. Por tanto, corresponde que Osinergmin declare la caducidad del procedimiento sancionador.

i) Las Resoluciones de la Oficina Regional de Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN y N° 515-2018-OS/OR JUNÍN se encuentran incursas en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) y 2) del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dado que los pronunciamientos no se encuentran debidamente motivados.

4. Mediante el Memorándum N° DSR-425-2018, recibido el 26 de marzo de 2018, la Oficina Regional de Junín remitió al TASTEM el recurso de apelación interpuesto por ELECTROCENTRO.
5. Con Carta N° GR-821-2018 del 26 de julio de 2018, ELECTROCENTRO amplió su recurso de apelación del 14 de marzo de 2018. Argumentó que el 14 de marzo de 2018 interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 515-2018-OS/OR JUNÍN; por lo que el 24 de julio de 2018 venció el plazo para que Osinergmin emita su pronunciamiento en segunda instancia administrativa. En este sentido, está ampliando su recurso de apelación, con la finalidad de acogerse al silencio administrativo negativo.
6. Este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se mencionan en los numerales siguientes.
7. Previamente al análisis de los argumentos expuestos por ELECTROCENTRO en su recurso de apelación del 14 de marzo de 2018, este Órgano Colegiado considera necesario emitir pronunciamiento sobre su escrito del 26 de julio de 2018, en el que manifiesta que se ha



RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

configurado el silencio administrativo negativo debido a que Osinergmin no se ha pronunciado sobre su recurso de apelación dentro del plazo legal.

Al respecto, debe señalarse que de conformidad con lo establecido en el numeral 197.6 del artículo 197° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), en los procedimientos administrativos sancionadores, los recursos administrativos están sujetos al silencio administrativo negativo. Asimismo, el silencio administrativo positivo solo se aplicará en las siguientes instancias siempre que el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo⁶.



En esta línea, el numeral 27.6 del artículo 27° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, estipulaba que los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estaban sujetos al silencio administrativo negativo. Además, señalaba que cuando el administrado hubiera optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, se aplicaba el silencio administrativo positivo en la siguiente instancia resolutive.

Sin embargo, el numeral 197.4 del artículo 197° del TUO de la LPAG también establece que aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos⁷.



De lo anterior, se advierte que aun cuando el recurso de apelación interpuesto por ELECTROCENTRO el 14 de marzo de 2018 no fue resuelto dentro del plazo estipulado en el numeral 27.5⁸ del artículo 27° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, este Órgano Colegiado mantiene su obligación de emitir pronunciamiento sobre dicho recurso, en atención a lo estipulado por el ya citado numeral 197.4 del artículo 197° del TUO de la LPAG, debido a que Osinergmin no ha sido notificado con alguna demanda contencioso administrativa presentada por ELECTROCENTRO ante el Poder Judicial, acogiéndose al silencio administrativo negativo respecto del citado recurso de apelación.

⁶ "Artículo 197°.- Efectos del silencio administrativo

(...)

197.6 En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutive."

⁷ "197.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos."

⁸ "Artículo 27°.- Recursos Administrativos

(...)

27.5 Los recursos administrativos deberán resolverse en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles."

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

Por lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por ELECTROCENTRO en este extremo.

8. De otro lado, este Órgano Colegiado considera necesario señalar que el numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin⁹ (en adelante, el Nuevo Reglamento de Sanción), aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, establece que para efectos del cálculo de las sanciones de multa se utilizan determinados criterios de graduación, entre los cuales se encuentra las circunstancias de la comisión de la infracción, que contempla la aplicación de factores atenuantes.

En particular, el literal g.1) del numeral 25.1 del artículo 25° del Nuevo Reglamento de Sanción estipula que constituye un factor atenuante en el cálculo de la sanción de multa 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; por lo que ello genera que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, en concordancia con el numeral 2) del artículo 255° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰ (en adelante, TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Así, el sub-literal g.1.2) del citado numeral 25.1 precisa que, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al inicio del

⁹ "Artículo 25.- Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

(...)

g) Circunstancias de la comisión de 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."

¹⁰ "Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

(...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial."

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

procedimiento administrativo sancionador y hasta la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción, la multa se reduce hasta en un monto de 30% de su importe.

El aludido numeral 25.1 del artículo 25° del Nuevo Reglamento de Sanción también establece que 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. Además, estipula que 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.



De la revisión de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR-JUNÍN, se advierte que el órgano sancionador aceptó el reconocimiento efectuado por ELECTROCENTRO a través de su Carta N° GRF-1098-2017 de fecha 15 de diciembre de 2017 y, en consecuencia, lo consideró como un factor atenuante en el cálculo de la multa; por lo que la redujo en un 30%.

Respecto a la aplicación de un factor atenuante por reconocimiento de responsabilidad en la comisión de la infracción, Morón Urbina señala lo siguiente:



“Además de esta finalidad de retribución positiva hacia el administrado, es posible señalar otra finalidad en beneficio de la Administración Pública. El procedimiento administrativo sancionador conlleva todo un movimiento del aparato estatal para dilucidar si el administrado incurrió o no en el hecho infractor, (...).

Con la figura del reconocimiento de responsabilidad sobre la comisión de la infracción se plantea una alternativa al trámite común de procedimiento sancionador, puesto que con la aceptación del administrado, dependiendo de la etapa en que lo formule, se evita todos los actos procedimentales de instrucción, llegando a una conclusión rápida y determinando la responsabilidad a partir del reconocimiento expreso del administrado”.
(...)

La aplicación de este supuesto se encuentra condicionado al inicio del procedimiento administrativo sancionador. La finalidad de este supuesto es evitar el complejo tránsito del procedimiento administrativo sancionador y los costos horas-hombre que conlleva determinar la existencia de la responsabilidad administrativa del presunto infractor que se encuentra presto a admitir su responsabilidad.”¹¹

En este sentido, debe tenerse presente que en la Sesión Plena del TASTEM realizada el 3 de octubre de 2017, los vocales del TASTEM debatieron en torno a la aplicación del beneficio de reducción de la sanción de multa por reconocimiento de la comisión de la infracción, acordando por unanimidad lo siguiente:

¹¹ Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Décimo Segunda Edición, Lima, octubre, 2017, p. 515 y 516.

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

- Si a pesar de reconocer la comisión de la infracción, el administrado apela la resolución sancionadora, el recurso de apelación corresponde ser evaluado por el TASTEM, al no habersele otorgado normativamente los efectos de un acto que pone fin al procedimiento administrativo.
- La determinación de si el administrado mantendrá o perderá el beneficio del 50% de descuento en la multa por haber reconocido la infracción, se realizará en función de los siguientes supuestos:



- (i) Perderá el beneficio si al apelar cuestiona la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción.
- (ii) Perderá el beneficio si solo cuestiona el importe de la multa pero tenía conocimiento de la multa a ser impuesta cuando reconoció la infracción (por tratarse de una multa tasada, habersele indicado en la imputación de cargos o haberse publicado criterios específicos sobre su graduación).
- (iii) Mantendrá el beneficio si al apelar solo cuestiona el importe de la multa impuesta que no conocía al efectuar el reconocimiento, pues recién sería graduada en el informe final de instrucción y lo perderá en caso que, al conocerlo, lo apele.



En consecuencia, de acuerdo con los criterios resolutivos aprobados en la Sesión Plena del TASTEM del 3 de octubre de 2017, dado que a través del escrito del 14 de marzo de 2018 ELECTROCENTRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 515-2018-OS/OR-JUNÍN, cuestionando la sanción de multa impuesta por incumplimiento del Procedimiento, lo cual resulta contradictorio con el reconocimiento de su responsabilidad administrativa en la comisión de la infracción imputada que efectuó con anterioridad, el beneficio de reducción de multa otorgado a través de la citada resolución queda sin efecto.

9. En cuanto a lo alegado en los literales del a) al g) del numeral 3), cabe señalar que de acuerdo con el Principio de Legalidad¹², recogido en el numeral 1) del artículo 246° del TUO de la LPAG, 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.

¹² "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 de la privación de libertad."

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece el alcance de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción que tienen todos los Organismos Reguladores, entre ellos Osinergmin. Así, la función supervisora comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones de las concesionarias, mientras que la función fiscalizadora y sancionadora comprende la facultad de imponer sanciones dentro del ámbito de su competencia por el incumplimiento de obligaciones¹³.

Por su parte, el artículo 2° y el literal c) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley de Creación de Osinergmin, establecen como una las funciones de este Organismo Regulador la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector de electricidad¹⁴.

En tal sentido, mediante el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, se estableció que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye una infracción sancionable, facultándose al Consejo Directivo de Osinergmin a tipificar los hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones.

De conformidad con esta facultad, el Consejo Directivo de Osinergmin aprobó la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, a través del Anexo N° 1 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD, precisando en su numeral 1.10¹⁵ que será infracción



¹³ Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, (...);
(...)
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
(...)"

¹⁴ El artículo 2° de la Ley N° 26734 señala:

"La misión del OSINERGMIN es regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades."

El artículo 5°, literal c) de la Ley N° 26734 establece:

"Son funciones de OSINERGMIN:

(...)

- c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes."

¹⁵ Ver nota al pie N° 4

administrativa, el incumplir la ley, el reglamento, las normas, resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio u Osinergmin, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico. Asimismo, las sanciones de multa aplicables para cualquiera de las conductas allí descritas, que constituyen una infracción administrativa, varían en función del tipo de empresa (empresa tipo 1, 2, 3 y 4). Así, para las empresas tipo 3, como la concesionaria, se puede imponer una sanción de multa de 1 (una) hasta 500 (quinientas) UIT.

Debe indicarse que conjuntamente con el Principio de Legalidad, en el numeral 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG se ha regulado el Principio de Tipicidad¹⁶, que también rige la potestad sancionadora administrativa, conforme con el cual sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, salvo que la ley permita tipificar vía reglamentaria.

Con relación al Principio de Tipicidad, debe precisarse que el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, ha señalado que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia¹⁷.

Asimismo, como resultado de los avances tecnológicos y la difusión de las mejores prácticas industriales, tanto nacionales como extranjeras, las empresas del sector eléctrico están obligadas a desarrollar una capacidad técnica, administrativa y financiera que les permita identificar los deberes a los cuales están sujetas, motivo por el cual resulta razonable considerar que puedan prever, bajo los criterios antes expuestos, qué conductas constituyen infracción en el referido sector. Además, resulta técnicamente inviable confeccionar una norma tipificadora exhaustiva que abarque la totalidad de las conductas susceptibles de sanción. Sin embargo, las obligaciones cuyo incumplimiento son materia de sanción, como la imputada en el presente procedimiento a la concesionaria, están establecidas en la normativa bajo competencia de Osinergmin.

¹⁶ “Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Sólo 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 permita tipificar por vía reglamentaria.

(...)”

¹⁷ En el considerando 48 de la sentencia, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

“Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “la exigencia de “lex certa” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 69/1989).

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

Por lo tanto, resulta válida la tipificación mediante la remisión a otra norma general, tal y como ocurre en el numeral 1.10 del Anexo N° 1 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, donde se ha establecido que constituyen infracciones sancionables el incumplimiento a las leyes y normas técnicas vinculadas con el subsector electricidad.

A mayor abundamiento, corresponde señalar que el artículo 9 del Procedimiento establece que constituye infracción sujeta a sanción, entre otras, superar las tolerancias fijadas para los indicadores establecidos en el mencionado procedimiento (tales como el indicador ICAT). Además, señala que dichas infracciones, según sea el caso, serán sancionadas de acuerdo con lo dispuesto en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por la Resolución N° 028-2003-OS/CD, o la que la sustituya o complemente.

En este sentido, al ser ELECTROCENTRO una empresa dedicada a las actividades del subsector eléctrico, debió prever que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Procedimiento constituyen conductas calificadas como infracciones sancionables en nuestro ordenamiento jurídico y que, en el caso bajo análisis, procedía la aplicación de una sanción en su contra por haber incumplido el estándar del indicador ICAT en el primer semestre de 2014 (debido a que obtuvo el valor de 3,8%, excediendo la tolerancia de 2% establecida en el artículo 8 del Procedimiento), de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.10 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.

En este punto, resulta oportuno mencionar que las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 1873-2009-PA/TC, N° 2192-2004-AA/TC y N° 2050-2002-AA/TC, a las que ha hecho referencia ELECTROCENTRO para sustentar el alcance de los Principios de Legalidad y Tipicidad que rigen la potestad sancionadora, no son contrarias a lo señalado en los párrafos precedentes, toda vez que mediante una norma con rango de ley se le ha atribuido a Osinergmin su potestad sancionadora y se le ha facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas, encontrándose permitido en la determinación de las conductas infractoras del subsector electricidad el empleo de los llamados "*conceptos jurídicos indeterminados*".

Por lo expuesto, al haberse observado los Principios de Legalidad y Tipicidad en el caso bajo análisis, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar las alegaciones formuladas en estos extremos.

10. En lo que se refiere a lo alegado en el literal h) del numeral 3), corresponde indicar que el numeral 25.1¹⁸ del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin,

¹⁸ "Artículo 25.- Plazos

25.1 El plazo máximo para la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores y la consiguiente expedición de la resolución de primera instancia es de ciento ochenta (180) días hábiles contados a partir del inicio de los mismos, pudiéndose ampliar

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, vigente cuando se inició el presente procedimiento sancionador¹⁹, establecía que el plazo máximo para la tramitación de los procedimientos sancionadores y la consiguiente expedición de la resolución de primera instancia era de 180 (ciento ochenta) días hábiles contados a partir de su inicio, pudiéndose ampliar de manera automática por un periodo de 90 (noventa) días hábiles adicionales. Además, precisaba que el vencimiento del plazo no eximía a la entidad de su deber de resolver.



Posteriormente, ello fue modificado mediante la Resolución N° 040-2017-OS/CD, a través de la cual se aprobó el Nuevo Reglamento de Sanción, vigente desde el 19 de marzo de 2017, estableciéndose en el numeral 28.2²⁰ que el órgano sancionador tiene un plazo de 9 (nueve) meses contados a partir del inicio del procedimiento sancionador para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento. Adicionalmente, se ha estipulado que, de manera excepcional, tal plazo puede ser ampliado como máximo por 3 (tres) meses, mediante resolución debidamente sustentada.



Asimismo, en el numeral 31.4²¹ del Nuevo Reglamento de Sanción se ha establecido que transcurrido el plazo máximo para resolver a que se refiere el numeral 28.2 del artículo 28°, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Nuevo Reglamento de Sanción fue emitido con ocasión de la publicación del Decreto Legislativo N° 1272, realizada el 21 de diciembre de 2016, que introdujo diversas modificaciones e incorporó nuevas disposiciones a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose en la Primera Disposición Complementaria Transitoria²² del mencionado decreto legislativo que las entidades debían adecuar sus procedimientos especiales a lo previsto en esta norma.

de manera automática por un periodo de noventa (90) días hábiles adicionales. El vencimiento del plazo, no exime a la Entidad de su deber de resolver, así como del cumplimiento de las demás actuaciones a las que se encuentra obligada de realizar.”

¹⁹ El presente procedimiento sancionador fue iniciado el 9 de setiembre de 2015, con la notificación del Oficio N° 1546-2015-JUNÍN.

²⁰ “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.

(...)

28.5 Toda notificación deberá practicarse en días y horas hábiles, y a más tardar dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, a partir de la expedición del acto que se notifique.”

²¹ “Artículo 31.- Prescripción y caducidad

(...)

31.4 Transcurrido el plazo máximo para resolver a que se refiere el numeral 28.2 del artículo 28, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.”

²² “Primera.- Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contados desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.”

Así, el Decreto Legislativo N° 1272 incorporó el artículo 237-A²³ a la Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose que el plazo para resolver los procedimientos sancionadores de oficio es de 9 (nueve) meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos y que este plazo puede ser ampliado de manera excepcional como máximo por 3 (tres) meses, justificándose mediante resolución la ampliación de dicho plazo. En adición a ello, señaló que transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.



Sin embargo, respecto de los procedimientos administrativos sancionadores que aún se encontraban en trámite, la Quinta Disposición Complementaria Transitoria²⁴ del Decreto Legislativo N° 1272 dispuso que la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sería aplicable en el plazo de un (1) año, contado desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272.

Asimismo, debe tenerse presente que la Primera Disposición Complementaria Transitoria²⁵ del Nuevo Reglamento de Sanción establece que los procedimientos administrativos que a la fecha de su entrada en vigencia se encontraran en trámite, continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones de dicho Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción.



El presente procedimiento administrativo sancionador se inició mediante el Oficio N° 1546-2015-JUNÍN, notificado el 9 de setiembre de 2015, concluyendo con la emisión de la

²³ "Artículo 237-A. Caducidad del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver, la caducidad operará al vencimiento de este.
2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.
3. La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.
4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción."

²⁴ "Quinta. - Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite."

²⁵ "Primera.- Los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente Reglamento. En este último caso, se aplicarán tales disposiciones previo informe del órgano que emitió el acto administrativo que dio fin al procedimiento administrativo sancionador, siendo dicha decisión inimpugnable."

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN de fecha 21 de diciembre de 2017, notificada el mismo día.

En este sentido, dado que el presente procedimiento sancionador se encontraba aún en trámite cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1272, el órgano sancionador contaba con el plazo de un (1) año para emitir y notificar su resolución sancionadora, esto es, hasta el 22 de diciembre de 2017, sin que ello conllevara a incurrir en el supuesto de caducidad automática del procedimiento sancionador; mientras que los procedimientos sancionadores iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento de Sanción sí están sujetos al plazo de caducidad de 9 (nueve) meses, prorrogables por 3 (tres) meses, previsto en su numeral 28.2.



Por tanto, dado que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR JUNÍN fue emitida y notificada el 21 de diciembre de 2017, es decir, sin superar el plazo máximo de un (1) año previsto por la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, no corresponde declarar la caducidad del presente procedimiento sancionador ni disponer su archivo.

En virtud de lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por ELECTROCENTRO en este extremo.



11. Acerca de lo alegado en el literal i) del numeral 3), debe precisarse que del análisis del expediente se aprecia que la autoridad de primera instancia ha actuado dentro del marco normativo vigente, habiendo señalado en las Resoluciones de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR-JUNÍN y N° 515-2018-OS/OR JUNÍN los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron su decisión de sancionar a ELECTROCENTRO y de declarar infundado su recurso de reconsideración, respectivamente. Por tanto, este Órgano Colegiado considera que las citadas resoluciones no han incurrido en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) y 2) del artículo 10° del TUO de la LPAG²⁶.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DEJAR SIN EFECTO el beneficio por reconocimiento de responsabilidad administrativa previsto en el sub-literal g.1.2) del numeral 25.1 del artículo 25° 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 cual fue otorgado a Empresa Regional de Servicio Público

²⁶ "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.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14."

RESOLUCIÓN N° 137-2018-OS/TASTEM-S1

de Electricidad del Centro S.A. al momento de determinar la sanción de multa en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2608-2017-OS/OR-JUNIN de fecha 21 de diciembre de 2017.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 515-2018-OS/OR-JUNIN de fecha 21 de febrero de 2018.

Artículo 3°.- **PRECISAR** que el monto de la multa que corresponde a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A. por haber incumplido el estándar del indicador ICAT en el primer semestre de 2014 queda fijado en 1,69 (una con sesenta y nueve centésimas) UIT²⁷, de acuerdo con lo resuelto en el artículo 1° de la presente resolución.

Artículo 4°.- 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

²⁷ Ver nota al pie N° 3.