

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 153-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 17 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201300181791 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 27 de diciembre de 2017 por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, Electronorte)¹, representada por el señor Juan Miguel Lara Doig, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1986-2017-OS/OR LAMBAYEQUE del 04 de diciembre de 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir la "Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales", aprobada por Resolución Directoral N° 016-2008-EM/DGE (en adelante, la NTCSER) y su Base Metodológica para la aplicación de la NTCSER, aprobada por Resolución N° 046-2009-OS/CD (en adelante, la Base Metodológica), en el primer semestre 2014.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1986-2017-OS/OR LAMBAYEQUE del 04 de diciembre de 2017, se sancionó a Electronorte con una multa total de 11.73 (once con setenta y tres centésimas) UIT, por incumplir la NTCSER y su Base Metodológica, en el segundo semestre de 2014, según se detalla en el siguiente cuadro:

Nº	Infracción	Sanción (UIT)
1	Incumplir con el pago de compensaciones por mala calidad de tensión, conforme se establece en el numeral 8.1.1 de la NTCSER ² y numeral 5.1.6.i de la Base Metodológica ³ .	2.66

¹ ELECTRONORTE es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión los departamentos de Lambayeque y Cajamarca.

² NORMA TÉCNICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS RURALES, APROBADA POR RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 016-2008-EM/DGE.

"8.1 COMPENSACIONES

8.1.1 Las compensaciones por mala calidad de tensión e interrupciones del servicio eléctrico originadas en los SER serán parte de los recursos para la electrificación rural, en concordancia con el inciso j) del artículo 7° de la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural. Culminado el Período de Control, los Suministradores abonarán a OSINERGMIN las compensaciones correspondientes a fin que este organismo, anualmente, transfiera dichos montos a la cuenta corriente aperturada por el Ministerio para la administración y gestión de los recursos a los que se refiere el artículo 7° de la mencionada Ley N° 28749."

³ BASE METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA "NORMA TÉCNICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS RURALES", APROBADA POR RESOLUCIÓN N° 046-2009-OS/CD

"5.1.6 Evaluación de indicadores y compensaciones.

(...)

i) Transferencia de montos de compensación por la Mala Calidad de Tensión.

Durante los primeros 30 días calendario de finalizado el semestre de control, el suministrador procede a transferir a OSINERGMIN el monto total de compensaciones asociados a la mala calidad de tensión."

RESOLUCIÓN Nº 153-2018-OS/TASTEM-S1

2	Incumplir con el pago de compensaciones por exceder las tolerancias de los indicadores NIC y/o DIC, conforme a lo establecido en los numerales 8.1.1 de la NTCSE ⁴ y numeral 5.2.5.h de la Base Metodológica ⁵ .	4.03
3	Incumplir con el pago de compensaciones por exceder las tolerancias de los indicadores N y/o D por alimentador MT, conforme a lo establecido en el numeral 8.1.2 de la NTCSE ⁶ y numeral 5.2.5.d de la Base Metodológica ⁷ .	5.04
Multa Total (UIT)		11.73

Dichas conductas se encuentran tipificadas como infracciones sancionables en el numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada mediante la Resolución Nº 028-2003-OS/CD⁸.



⁴ Ver nota Nº 2.

⁵ BASE METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA "NORMA TÉCNICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS RURALES", APROBADA POR RESOLUCIÓN Nº 046-2009-OS/CD

"5.2.5 Evaluación de indicadores y compensaciones para las empresas distribuidoras
(...)

h) Transferencia de compensación por excederse las tolerancias del NIC y/o DIC.

Durante los primeros 30 días calendario de finalizado el semestre de control, el suministrador procede a transferir a OSINERGMIN el monto total de compensaciones por excederse las tolerancias del NIC y/o DIC.

En aplicación de la Segunda Disposición Final de la NTCSE, las compensaciones establecidas por la NTCSE son complementarias a las de los artículos 57º y 86º de la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) y los artículos 131º y 168º de su Reglamento. En

consecuencia, de los montos de compensaciones por mala calidad del suministro, se descuentan aquellos montos pagados conforme a los artículos 57º y 86º de la LCE y los artículos 131º y 168º de su Reglamento."

⁶ NORMA TÉCNICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS RURALES, APROBADA POR RESOLUCIÓN DIRECTORAL Nº 016-2008-EM/DGE.

"8.1 COMPENSACIONES

(...)

8.1.2 Sólo en caso de interrupciones del servicio eléctrico en el Suministro en el SER conectados al SEIN, que sean originadas por cualquier causa no producida en el SER, dará lugar al pago de compensaciones a los Clientes afectados del SER por aplicación extensiva de la NTCSE. Las compensaciones se calcularán por alimentador de MT, considerando las correspondientes tolerancias establecidas en la NTCSE, y serán distribuidas entre los correspondientes Clientes en montos proporcionales a sus consumos de energía del semestre. Se precisa que estas compensaciones serán resarcidas al Suministrador del SER por los responsables de las interrupciones conforme a la NTCSE."

⁷ BASE METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA "NORMA TÉCNICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS RURALES", APROBADA POR RESOLUCIÓN Nº 046-2009-OS/CD

"5.2.5 Evaluación de indicadores y compensaciones para las empresas distribuidoras

(...)

d) Compensaciones por mala calidad de Suministro por interrupciones originadas "aguas arriba" de la SER

Cuando la SER es afectada por interrupciones originadas fuera de ésta, se considerará para todos los efectos a cada alimentador MT de la SER como un cliente MT que está comprendido dentro de la NTCSE, con el sector típico de distribución 1, 2 o 3, según corresponda."

⁸ ESCALA DE MULTAS DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA, RESOLUCIÓN Nº 028-2003-OS/CD - ANEXO 1

Nº	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	E-TIPO 3
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. 201º inc. p) del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas	De 1 a 1000 UIT	Multa hasta 500 UIT



RESOLUCIÓN Nº 153-2018-OS/TASTEM-S1

2. A través del escrito presentado el 27 de diciembre de 2017, Electronorte interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1986-2017-OS/OR LAMBAYEQUE, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad⁹, toda vez que la resolución materia de apelación es nula al no existir norma con rango de ley que tipifique la conducta infractora referida al incumplimiento de la NTCSE, como tampoco existe la sanción a aplicarse¹⁰.

Precisa, que la Administración, al ejercer la fiscalización, debe ajustar su actuación al Principio de Legalidad, con lo cual se ajustaría su proceder al debido procedimiento administrativo, toda vez que se debe cautelar que en el procedimiento estén presentes las garantías mínimas para que a los administrados les sea posible ejercer su derecho de defensa.



Señala extractos de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes Nº 7289-2006-AA/TC, 1966-2005-PHC/TC, 3741-2004-AA/TC, 3426-2006-PA/TC, 0010-2002-AI/TC, 2050-2002-AA/TC Y 2050-2002-AA/TC, las cuales hacen referencia a los principios del debido procedimiento y de legalidad.

En ese sentido, sostiene que debe tenerse presente que de acuerdo con el literal “d” del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución Política, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, lo que no ha sido cumplido en este caso.



Por tanto, las normas inferiores jerárquicamente a la ley no pueden imponer sanciones, pues solo tienen un rol accesorio respecto a las sanciones administrativas. De manera similar, Gómez Tomillo afirma que “se acepta la existencia de una mera colaboración reglamentaria con la Ley, siempre y cuando en esta última se encuentren suficientemente determinados “los elementos básicos de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de la sanción a imponer”:

Incluso en caso de aquellas denominadas “normas sancionatorias en blanco”, en las cuales la ley hace remisión a las normas reglamentarias para fijar o graduar sanciones, existe consenso en sostener que al menos el comportamiento prohibido se encuentre claramente expresado en la Ley, que haya una remisión expresa hacia la norma reglamentaria y que tenga una justificación por razón del bien jurídico protegido.

Se puede concluir que solo una ley puede establecer una sanción administrativa y que, de manera excepcional, se puede desarrollar una sanción por otras normas, pero ésta debe estar ligada y subordinada de manera clara a la Ley, ya sea porque necesita un

⁹ La recurrente refiere lo señalado por el autor DORMI, Roberto “Derecho Administrativo”, Buenos Aires 1998, pág. 895, sobre el Principio de Legalidad:

“El procedimiento administrativo y, dentro de él, el correspondiente a la facultad fiscalizadora e la Administración Pública, se sustenta fundamentalmente en el Principio de Legalidad, mediante el cual las autoridades deben respetar a la Constitución, la Ley y al Derecho dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas (...).”

¹⁰ Asimismo, entre otras, Electronorte refiere que se debe tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre de 2005 y Expediente Nº 03426-2006-PATC del 10 de febrero de 2009 y Nº 10106-2006-PA/TC del 29 de agosto de 2008.

desarrollo posterior o porque se ha hecho una remisión expresa de la misma Ley, no pudiendo admitirse reglamentos independientes, que fijen por ellos mismos sanciones administrativas. En ese caso, la ley debe contener como mínimo el supuesto de hecho regulado y la sanción a ser aplicada (o remisión expresa si se trata de una "norma sancionatoria en blanco").

- b) En tal sentido, Osinergmin al aplicar sanciones por incumplimiento de la NTCSER viene infringiendo el Principio del Debido Procedimiento administrativo, puesto que el ente fiscalizador lo ha hecho sin tener competencia para multar, toda vez que las sanciones que impone las sustentaría en norma que no tiene rango de ley, pues las sanciones las estaría sustentando en la NTCSER, la misma que ha sido aprobada por Resolución Directoral.

La NTCSER es una norma inválida por el contenido regulado, ya que, en materia sancionadora, sólo la Ley podría haber tipificado y sancionado una infracción como la establecida en la NTCSER.

Por lo expuesto, no cabría sancionarse en base a una norma con rango de inferior jerarquía a la ley. En tal sentido, cualquier sanción que se imponga por incumplimiento de la NTCSER, aprobada por Resolución Directoral, es ilegal, pues no existe norma con rango de ley que tipifique la conducta infractora y la sanción a imponer.

En ese sentido, la NTCSER aprobada por Resolución Directoral no cumple con el Principio de Legalidad de la potestad sancionadoras de la Administración, ya que la LGER en ninguna de sus disposiciones establece que se deben aplicar sanciones por calidad de producto y suministro, mucho menos establece cuál es la sanción por no cumplir las normas técnicas, por lo que se concluye que la NTCSER es una norma inválida.

Cabe señalar, lo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Artículo 230°, "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".

Por tanto, una norma que establece sanciones sólo puede ser aplicada en sentido restringido, no pudiendo entenderse que por extensión o analogía una conducta tipificada en otra norma es igualmente sancionable bajo el ámbito de aplicación de otra, pues la analogía está prohibida para normas que limitan o restringen derechos, especialmente aquellos que imponen sanciones, por lo que no se puede aplicar supletoriamente la LCE para sancionar o penalizar al administrado.

De ese modo, la NTCSER deviene inevitablemente en nula (inválida) en todo aquello que hubiera regulado a manera de sanción, no siendo posible compeler a los administrados al cumplimiento de sanciones y pago de multas por acciones que no han sido tipificadas y sancionadas en la LGER.



- c) La NTCSER, la cual fue aprobada por una Resolución Directoral, es ilegal desde su emisión, puesto que según lo establecido en la Primera Disposición Transitoria, la NTCSER debe ser aprobada mediante Decreto Supremo, motivo por el cual advierte su ilegalidad.

Dentro del ámbito de aplicación de la NTCSER no debe incluirse a los sectores de distribución 4 y 5. Destaca que, de acuerdo al artículo 12° de la LGER¹¹, se estableció únicamente que los SER debe contar con normas técnicas de calidad, emitidas por la DGE del Ministerio de Energía y Minas. Agrega que si bien el RLGER dispuso aplicar las normas técnicas a los sectores 4 y 5, sólo se refería a las normas de diseño y construcción y no ha normas técnicas de calidad.

Asimismo, sostiene que no puede incluirse los SDT4 y SDT5 dentro del ámbito de aplicación de la NTCSER, ya que no puede entenderse que todas las zonas rurales son SER, dado que hay un procedimiento específico para conceder dicha condición a determinados sistemas eléctricos. Incluso, el mismo Reglamento de la LGER establece que la DGE debe señalar un sector específico para los SER, de acuerdo al artículo 27° del Reglamento de la LGER.

- d) Tanto el Código Nacional de Electricidad, así como el Código Nacional de Electricidad de Suministro, señalan que en estricto una norma técnica solo establece criterios generales sobre el uso, ejecución y operación de infraestructura eléctrica, permitiendo así uniformizar ciertos estándares dentro del sector; sin embargo, la NTCSER está compuesta por dos grupos de normas: (i) normas sobre estándares de operación y, (ii) normas que impone obligaciones de pagar compensaciones.

Manifiesta que la emisión de normas técnicas es sin duda una facultad del MEM y de sus dependencias como la DGE, por lo que no habría otra entidad que pudiera definir en el sector eléctrico cuáles son los rangos, tolerancias y políticas sobre el funcionamiento de la cadena de suministro, de modo que todos los agentes deben adecuarse a los procedimiento y requerimientos aprobados por el Ministerio del sector. Cabe señalar que la LGER sólo establece o autoriza a la DGR a que emita normas de carácter técnico, más no autoriza el establecimiento de sanciones a los administrados.

Siendo así, la NTCSER, expedida en virtud de la LGER, no podía establecer por ella misma un sistema de compensaciones y muchos menos de multas que no había sido dispuestas en la ley, ya que la facultad de emitir la NTCSER no contempla la posibilidad de establecer penalidades o compensaciones.

Las penalidades impuestas por la NTCSER no pueden ser aplicables en tanto se busque subsanar o compensar un daño o detrimento patrimonial derivado de la normativa

¹¹ LEY GENERAL DE ELECTRIFICACIÓN RURAL- LEY N° 28749

“Artículo 12°. - Norma técnica de calidad

Los Sistemas Eléctricos Rurales (SER) deberán contar con normas técnicas de calidad, emitidas por la DGE del Ministerio de Energía y Minas.

(...)”

RESOLUCIÓN Nº 153-2018-OS/TASTEM-S1

que regula la electrificación rural, ya que, al tratarse de una limitación o restricción de derechos patrimoniales, dicha posibilidad debió estar contemplada en la LGER.

La NTCSER habría infringido las limitaciones de la facultad reglamentaria de la Administración, pues se habría regulado una materia que no estaba contemplada en la LGER. Asimismo, la NTCSER no puede ser considerado como un reglamento autónomo, pues la materia regulada no es competencia de la Administración, dado que la NTCSER impone restricciones de derechos patrimoniales los cuales como solo pueden ser establecidos por el congreso de la república mediante leyes.

En tal sentido, se evidencia *“la falta de legitimidad para aplicar sanciones o compensaciones por incumplimiento de la normativa de electrificación rural”*, por lo tanto, la NTCSER deviene inevitablemente en nula (inválida) en todo aquello que hubiera regulado a manera de sanción, no siendo posible imponer a los administrados al cumplimiento de sanciones y pago de multas por acciones que no han sido tipificadas y penadas en la LGER.



3. A través de Memorandum Nº 15-2018-OS/OR LAMBAYEQUE, recibido el 9 de abril de 2018, la Oficina Regional de Lambayeque de Osinergmin remitió los actuados al TASTEM, por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación correspondiente del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las siguientes conclusiones.
4. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2), debe señalarse que según dispone el Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1) del artículo 246º del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), sólo con 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 administrado¹².



De acuerdo a ello, mediante el artículo 1º de la Ley Nº 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin¹³, publicada el 16 de abril de 2002, se estableció que toda acción u omisión que implique incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituirán infracción sancionable, facultándose al Consejo Directivo de Osinergmin para tipificar los

¹² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO Nº 006-2017- JUS
“Artículo 246º. - 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.”

¹³ LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN, LEY Nº 27699.

“Artículo 1º.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados.”

RESOLUCIÓN Nº 153-2018-OS/TASTEM-S1

hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas, así como graduar las sanciones, tomando en consideración los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

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 1 de la Resolución Nº 028-2003-OS/CD, precisando en su numeral 1.10¹⁴ que será infracción administrativa, el incumplir la ley, el reglamento, las normas, resoluciones y disposiciones emitidas por Osinergmin, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico, precisando que para las empresas tipo 3, como la recurrente, se podrá imponer una sanción de hasta 500 (quinientas) UIT.

Debe señalarse que conjuntamente con el Principio de Legalidad, en el numeral 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG¹⁵, se ha regulado el Principio de Tipicidad que también rige la potestad sancionadora administrativa, por 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 Nº 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 experiencia¹⁶.

Asimismo, como resultado de los avances tecnológicos y la difusión de las mejores prácticas industriales, tanto nacionales como extranjeras, las empresas del subsector 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 subsector. 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



¹⁴ Ver nota al pie Nº 8

¹⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO Nº 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. - *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.*
(...)”

¹⁶ 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° 153-2018-OS/TASTEM-S1

sanción, como la imputada en el presente procedimiento a la concesionaria, están establecidas en la normativa bajo competencia de Osinergmin.

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.

En ese sentido, al ser la recurrente una empresa dedicada a las actividades del sector eléctrico debió prever que el incumplimiento de las obligaciones señaladas en la NTCSE, constituye una conducta calificada como infracción sancionable en nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo señalado, la NTCSE aprobada por Resolución Directoral no ha establecido sanciones a las concesionarias en caso de incumplimiento de sus disposiciones, sino que de conformidad con la facultad conferida a través de la Ley N° 27699, ha sido el Consejo Directivo de Osinergmin el que ha tipificado el incumplimiento de las disposiciones de la NTCSE como infracción sancionable, lo que es de conocimiento público, por lo que no se ha incurrido en la alegada vulneración del Principio de Legalidad.

En este punto, resulta oportuno mencionar que las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° N° 7289-2006-AA/TC, 1966-2005-PHC/TC, 3741-2004-AA/TC, 3426-2006-PA/TC, 0010-2002-AI/TC, 2050-2002-AA/TC Y 2050-2002-AA/TC, a las que ha hecho referencia Electronorte, para sustentar el alcance de los Principios de Legalidad y del Debido Procedimiento 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*".

Atendiendo a lo señalado, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en estos extremos.

5. Respecto a lo legado en el literal c) del numeral 2), debe señalarse que mediante el artículo 12° de la LGER, se estableció que los SER deberán contar con normas técnicas de calidad, las que serían emitidas por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas.¹⁷

Es en atención a ello, que la "*Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales*" fue aprobada por Resolución Directoral N° 016-2008-EM/DGE emitida por la Dirección de Electricidad de Energía y Minas.

¹⁷ LEY GENERAL DE ELECTRIFICACIÓN RURAL, LEY N° 28749.

"Artículo 12°. - Norma técnica de calidad

Los Sistemas Eléctricos Rurales (SER) deberán contar con normas técnicas de calidad, emitidas por la DGE del Ministerio de Energía y Minas.

(...)"

RESOLUCIÓN Nº 153-2018-OS/TASTEM-S1

Ahora bien, si bien en la Primera Disposición Transitoria del RLGEM se estableció que dentro del plazo de noventa (90) días calendario, contados a partir de su publicación, debería aprobarse la NTCSEER mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Energía y Minas, corresponde mencionar que de acuerdo a lo establecido por el Principio de Jerarquía Normativa previsto en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado, la Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así, sucesivamente.

Debe tenerse presente que dicho Principio tiene como finalidad organizar el sistema jurídico, por lo que las normas reglamentarias por su inferior jerarquía no pueden contravenir lo dispuesto en la ley que se pretende reglamentar.

Es decir, si mediante la referida disposición del RLGEM se estableció una exigencia que no estaba prevista en la ley que se estaba reglamentando - pues mientras que ésta exigía que la NTCSEER sea aprobada por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, esto es, mediante Resolución Directoral de dicha dependencia, en el Reglamento se exige que sea aprobada por Decreto Supremo, es decir, por el Presidente de la República¹⁸ - prevalece lo señalado en el artículo 12° de la LGER sobre lo establecido en la Primera Disposición Transitoria del RLGEM, en lo referente al órgano competente para aprobar la NTCSEER, por lo que esta norma podía y debía ser aprobada mediante una Resolución Directoral de la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

6. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2), se debe señalar que de acuerdo con el artículo III de la NTCSEER, su aplicación es imperativa en todo SER desarrollado, operado y/o administrado, en el marco de la LGER y el RLGEM.

Asimismo, a través de la Sexta Disposición Transitoria del RLGEM se estableció que, desde dicha fecha, los sectores de distribución típicos 4 y 5 serán fiscalizados de acuerdo a las normas técnicas para la electrificación rural.

De acuerdo a los numerales 1.2 y 1.5 de dicha NTCSEER, esta norma tiene por finalidad establecer los aspectos, parámetros e indicadores sobre los que se evalúa la calidad del servicio de la electricidad en los SER, para lo cual se fijan las tolerancias, las acciones para corregir las deficiencias en el servicio y las respectivas compensaciones, de forma tal que los parámetros, tolerancias, procedimientos y controles contemplados en dicha norma guarden un adecuado equilibrio entre la prestación del servicio y las tarifas que pagan los usuarios.

¹⁸ DECRETO LEGISLATIVO Nº 560.- LEY DEL PODER EJECUTIVO.

Artículo 3º.- El Presidente de la República expide decretos legislativos, decretos supremos y resoluciones supremas.

(...)

2. los decretos supremos son normas de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional. Pueden requerir o no de la aprobación del Consejo de Ministros según disponga la Ley. En uno y otro caso son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros, según su naturaleza. Rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" salvo disposición expresa.

(...)"

RESOLUCIÓN N° 153-2018-OS/TASTEM-S1

A su vez, la aplicación de la NTCSE se realizó en dos etapas: i) Del 1 de julio de 2008 al 30 de junio de 2010, en la que las empresas suministradoras debían implementar los medios necesarios para garantizar la calidad del servicio, así como el procesamiento de la información, etapa en la cual las trasgresiones de los indicadores no darán lugar a sanciones o compensaciones, y ii) Del 1 de julio de 2010 en adelante, etapa en que la norma entra en plena vigencia, dando lugar a sanciones y compensaciones por las trasgresiones a las tolerancias de los indicadores de calidad.

De acuerdo a ello, las empresas de distribución tenían la obligación de diseñar e implementar los procedimientos y mecanismos necesarios que les permitieran dar cabal cumplimiento a las normas de calidad, situación que debió ser realizada durante la primera etapa de aplicación de dicha norma.

Por otro lado, debe señalarse que de conformidad con el último párrafo del artículo 72° de la Ley de Concesiones Eléctricas¹⁹, el incumplimiento de la calidad de suministro origina la obligación de compensar a los clientes, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento de dicha ley. Al respecto, en el artículo 183° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas²⁰, se precisó que los usuarios que consideren que el servicio de electricidad que se les presta no se encuentra conforme con la ley, el reglamento y la NTCSE, podrán presentar su reclamo ante la concesionaria en primera instancia, y ante Osinergmin en segunda instancia administrativa.

En este sentido, resulta claro que el incumplimiento de la calidad del servicio eléctrico conlleva la obligación de compensar a los usuarios, por lo que no puede afirmarse que como la LGER no hizo referencia al pago de compensaciones en caso de incumplir las tolerancias para la calidad de suministro, la NTCSE no podía regularlas en sus disposiciones.

Atendiendo a lo señalado, corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

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.

¹⁹ Ley de Concesiones Eléctricas. -

“Artículo 72.-

(...)

El incumplimiento de la calidad de suministro originará el pago de compensaciones a los clientes de acuerdo a lo que establezca el Reglamento, no generando adicionalmente la imposición de multas”.

²⁰ Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Artículo 183º.

“El usuario, cuando consideren que el Servicio Público de Electricidad que tienen contratado no se le otorga de acuerdo a lo previsto en la Ley, el Reglamento, la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, el contrato de concesión y el respectivo contrato de suministro, podrá presentar su reclamo a la empresa concesionaria.

Si dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles de interpuesta la reclamación o el recurso de reconsideración respectivo, el concesionario no subsanara lo reclamado o no emitiera resolución se considerará fundado, en todo aquello que legalmente corresponda.

Si el usuario no estuviese conforme con la resolución del concesionario podrá acudir al OSINERGMIN a fin de que éste resuelva en última instancia administrativa.”

RESOLUCIÓN N° 153-2018-OS/TASTEM-S1

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1986-2017-OS/OR LAMBAYEQUE del 04 de diciembre de 2017, y **CONFIRMAR** dicha Resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - 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 Maguñá Pardo.




LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA-DE ZAVALA
PRESIDENTE