

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 162-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 24 de agosto de 2018

VISTO:



El Expediente N° 201500135412 que contiene el recurso de apelación interpuesto 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° 498-2018-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° 2390-2017-OS/OR JUNÍN del 18 de diciembre de 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión de la Contrastación de Medidores de Energía Eléctrica", aprobado por Resolución N° 227-2013-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), en la supervisión muestral correspondiente al segundo semestre del año 2015.

CONSIDERANDO:

- 
1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2390-2017-OS/OR JUNÍN del 18 de diciembre de 2017², se sancionó a ELECTROCENTRO con una multa total de 2,58 (dos con cincuenta y ocho centésimas) UIT, debido a que en la supervisión muestral de segundo semestre del año 2015 se detectó que incumplió el estándar de los indicadores CCM (Cumplimiento del Cambio de Medidores Defectuosos) y GCM (Gestión del Proceso de Contraste de Medidores), previstos en los numerales 3.2 y 3.3 del Procedimiento, respectivamente.

Las sanciones que comprenden la multa total anteriormente señalada se detallan en la siguiente tabla:

Infracción	Sanción
Desviación del indicador CCM	2,08 UIT
Desviación del indicador GCM	0,50 UIT

Cabe señalar que los incumplimientos imputados a ELECTROCENTRO se encuentran tipificados como infracciones administrativas en el literal c) del Título Cuarto del Procedimiento (Sanciones y Multas)³ y son sancionables conforme a los numerales 6.2 y 6.3

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

² Cabe señalar que mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 4263-2017-OS/OR JUNÍN del 21 de diciembre de 2017, se rectificó la numeración y fecha de emisión de la resolución sancionadora, debido a que por un error material se consignó que a ésta le correspondía la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2170-2017-OS/OR JUNÍN de fecha 30 de noviembre de 2017.

del Anexo N° 6 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, incorporado por Resolución N° 145-2014-OS/CD en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin.



2. A través de la Carta N° GRF-03-2018 del 11 de enero de 2018, ELECTROCENTRO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2390-2017-OS/OR JUNÍN, el cual fue declarado infundado mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 498-2018-OS/OR JUNÍN de fecha 21 de febrero de 2018.
3. Por Carta N° GR-296-2018 del 14 de marzo de 2018, ELECTROCENTRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 498-2018-OS/OR JUNÍN, en atención a los siguientes argumentos:



- a) La Oficina Regional de Junín ha reiterado que las infracciones materia de sanción son la transgresión de los indicadores CCM y GCM, y no la multa por no cumplir el programa semestral de contraste y la multa por gestión deficiente en el proceso de contraste de medidores, que son las establecidas en los numerales 6.2 y 6.3 del Anexo N° 6 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución N° 145-2014-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, aprobada por Resolución N° 145-2014-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 los indicadores CCM y GCM no constituyen infracciones, 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 supuestas infracciones que no se encuentran previamente determinadas 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, dicho Organismo Regulador se ha olvidado justamente de implementar un

³ "IV. TÍTULO CUARTO - SANCIONES Y MULTAS:

Constituyen infracciones pasibles de sanción, los siguientes hechos:

(...)

- c) Cuando los indicadores calculados exceden las tolerancias establecidas en la Escala de Multas y Sanciones aprobada por el OSINERGMIN.

Dichas infracciones serán sancionadas de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo N° 6 de la Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD o de acuerdo a la norma que la sustituya o complemente".

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 Nº 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 dichas conductas infractoras se subsumen en la descripción de las conductas tipificadas como infracciones administrativas sancionables en los numerales 6.2 y 6.3 del Anexo Nº 6 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 han 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 Nº 1873-2009-PA/TC, Nº 2192-2004-AA/TC y Nº 2050-2002-AA/TC.
- h) Las Resoluciones de la Oficina Regional de Osinergmin Nº 2390-2017-OS/OR JUNÍN y Nº 498-2018-OS/OR JUNÍN se encuentran incursas en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) y 2) del artículo 10º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dado que los pronunciamientos no se encuentran debidamente motivados.
4. Mediante el Memorándum Nº 72-2018-OS/OR JUNÍN, recibido el 19 de abril de 2018, la Oficina Regional de Junín remitió actuados al TASTEM el recurso de apelación interpuesto por ELECTROCENTRO.
5. Con Carta Nº GR-831-2018 del 30 de julio de 2018, ELECTROCENTRO amplió su recurso de apelación del 14 de marzo de 2018. Argumentó que el 14 de marzo interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 498-2018-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 positivo.



- 
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 30 de julio de 2018, en el que manifiesta que se ha 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 negativo⁴.

En esta línea, el numeral 27.6⁵ del artículo 27° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, vigente cuando se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, establecía 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.

Sobre el particular, debe tenerse presente que el numeral 4) de la Sexta Disposición Transitoria⁶ del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por

⁴ "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."

⁵ "Artículo 27°.- Recursos administrativos.
(...)"

27.6 Los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción están sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado opte por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en la siguiente instancia resolutive. (...)"

⁶ "SEXTA.- Plazos de atención para la JARU y el TASTEM

Precítese que, durante el año 2018, los recursos de apelación a cargo de la JARU y el TASTEM serán atendidos dentro de los plazos que se indican a continuación:

(...)"

4. Los recursos de apelación elevados al TASTEM con posterioridad al 31 de diciembre de 2017: como máximo en un plazo de noventa (90) días hábiles, y aquellos elevados luego del 30 de junio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2018, inclusive, como máximo en un plazo de sesenta (60) días hábiles."

RESOLUCIÓN Nº 162-2018-OS/TASTEM-S1

Resolución Nº 044-2018-OS/CD, establece que los recursos de apelación elevados al TASTEM con posterioridad al 31 de diciembre de 2017 y hasta el 30 de junio de 2018, deberán ser atendidos como máximo en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. Por tanto, dado que el recurso de apelación de ELECTROCENTRO fue elevado al TASTEM el 19 de abril de 2018, el plazo para emitir pronunciamiento sobre dicho recurso recién vence el 28 de agosto de 2018.



De lo anterior, se advierte que al 30 de julio de 2018 no correspondía que ELECTROCENTRO se acoja al silencio administrativo negativo porque a dicha fecha aún no había vencido el plazo para que este Órgano Colegiado emita un pronunciamiento sobre su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 498-2018-OS/OR JUNÍN.

Además, resulta oportuno mencionar que el numeral 197.4 del artículo 197º 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.



Por lo expuesto, aun cuando el recurso de apelación interpuesto por un administrado no sea resuelto dentro del plazo establecido en la normativa vigente (salvo que el administrado se haya acogido al silencio administrativo negativo respecto de su recurso de reconsideración, lo que no ha sucedido en este caso), en atención a lo establecido por el ya citado numeral 197.4 del artículo 197º del TUO de la LPAG, este Órgano Colegiado mantiene su obligación de emitir pronunciamiento sobre dicho recurso mientras Osinergmin no sea notificado con alguna demanda contencioso administrativa presentada por el administrado ante el Poder Judicial, acogiéndose al silencio administrativo negativo respecto del citado recurso de apelación.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por ELECTROCENTRO en este extremo y, por tanto, procederá a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por dicha concesionaria en su recurso de apelación.

8. Con relación a lo alegado en los literales del a) al g) del numeral 3), cabe señalar que de acuerdo con el Principio de Legalidad⁸, recogido en el numeral 1) del artículo 246º del TUO de

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 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.
- (...)
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,



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. Asimismo, según el Principio de Tipicidad⁹, establecido en el numeral 4) del artículo 246° de la mencionada norma, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, salvo los casos en que la ley permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.



La Ley Nº 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 obligaciones¹⁰.

Por su parte, el artículo 2º y el literal c) del artículo 5º de la Ley Nº 26734, Ley de Creación de Osinergmin, establecen como una de las funciones de este Organismo Regulador la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector de electricidad¹¹.

sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o el Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho o idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.”

¹⁰ Ley Nº 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;

(...)”

¹¹ El artículo 2º de la Ley Nº 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 5º, literal c) de la Ley Nº 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.”

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 lo anterior, se advierte que mediante una norma con rango de ley se ha atribuido a Osinergmin su potestad sancionadora y se le ha autorizado a determinar las conductas infractoras y las consecuencias que a título de sanción son aplicables, en mérito de lo cual se emitió la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, que en su Anexo N° 6, modificado mediante la Resolución N° 145-2014-OS/CD, contiene la tipificación de sanciones por incumplimiento del "Procedimiento para la Supervisión de la Contratación de Medidores de Energía Eléctrica", norma sobre la base de la cual se ha sancionado a ELECTROCENTRO.



Asimismo, el citado Procedimiento estipula los lineamientos a seguir por las concesionarias para la contrastación de los medidores de energía eléctrica bajo su administración, en cumplimiento de la normativa vigente, precisándose en el Título Cuarto que constituyen infracciones pasibles de sanción que los indicadores calculados de acuerdo a lo previsto en el Procedimiento excedan las tolerancias establecidas en el Anexo N° 6 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin o la norma que la sustituya o complemente.

En el presente caso, de los actuados se advierte que se ha sancionado a ELECTROCENTRO por haber incumplido el estándar del indicador CCM (sigla de "Cumplimiento del Cambio de Medidores Defectuosos"), al no haber efectuado el cambio del 100% de los medidores defectuosos de la muestra seleccionada por Osinergmin dentro de los plazos establecidos en la Norma DGE "Contraste del Sistema de Medición de Energía Eléctrica", pues solo obtuvo un valor de cumplimiento de 98,46%. Además, se sancionó a ELECTROCENTRO por haber incumplido el estándar del indicador GCM (sigla de "Gestión del Proceso de Contraste de Medidores"), debido a que 256 suministros incumplieron con uno de los criterios de evaluación señalados en el Cuadro N° 3 del Procedimiento, obteniéndose para el citado indicador el valor de 0,81%.

Asimismo, se observa que los incumplimientos antes mencionados han sido sancionados conforme a las multas expresamente previstas en los numerales 6.2 y 6.3 del Anexo N° 6 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, modificado por Resolución N° 145-2014-OS/CD.

De otro lado, 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

RESOLUCIÓN N° 162-2018-OS/TASTEM-S1

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 configuran infracciones administrativas.

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

9. Acerca de lo alegado en el literal h) 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 la Oficina Regional de Osinergmin N° 2390-2017-OS/OR JUNÍN y N° 498-2018-OS/OR JUNÍN los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron su decisión de sancionar a ELECTROCENTRO y 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 LPAG¹².

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°.- 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° 498-2018-OS/OR JUNÍN del 21 de febrero de 2018 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 Maguiña Pardo.



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE

AT

¹² "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."