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

SALA 1

RESOLUCIÓN Nº 233-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 23 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente Nº 201600121972 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 17 de julio de 2018 por Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, ELSE)[1], representada por el señor Amílcar Tello Alvarez, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1622-2018-OS/OR CUSCO del 03 de julio de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir la *"Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales"*, aprobada por Resolución Directoral Nº 016-2008-EM/DGE (en adelante, la NTCSER) y la Base Metodológica para la aplicación de la NTCSER, aprobada por Resolución Nº 046-2009-OS/CD (en adelante, la Base Metodológica), en el primer semestre de 2016.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1622-2018-OS/OR CUSCO del 03 de julio de 2018, se sancionó a ELSE con una multa total de 6.56 (seis con cincuenta y seis) UIT, por incumplir la NTCSER y su Base Metodológica, en el primer semestre de 2016, según se detalla en el siguiente cuadro:

Nº	Infracción	Sanción (UIT)
1	Incumplir con el pago de compensaciones por mala calidad de tensión, establecido en el numeral 8.1.1 de la NTCSER[2] y numeral 5.1.6.i de la Base Metodológica[3].	4.42
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 NTCSER[4] y numeral 5.2.5.h de la Base Metodológica[5].	2.14

---

[1] ELECTRO SUR ESTE S.A.A. es una empresa de distribución de tipo 3, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 2 de la Resolución Nº 028-2003-OS/CD y su ámbito de concesión comprende los departamentos de Cusco, Apurímac y Madre de Dios.

[2] **"NORMA TÉCNICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS RURALES" APROBADA POR RESOLUCIÓN Nº 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 Nº 046-2009-OS/CD.**
(...)
"5.1.6 Evaluación de indicadores y compensaciones.
(...)
i) Trasferencia 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."

[4] Ver nota N° 2.

Dichas conductas se encuentran tipificadas como infracciones administrativas 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/CD[6].

2. A través del escrito presentado el 17 de julio de 2018, ELSE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1622-2018-OS/OR CUSCO, en atención a los siguientes argumentos:

a) Desde el inicio del presente procedimiento se advierte un vicio de nulidad, toda vez que Osinergmin no se encuentra facultado por norma con rango de ley para imponer sanciones por incumplimiento a la NTCSER, así como para establecer el pago de compensaciones, ello debido a que la Ley General de Electrificación Rural (en adelante, LGER) no contempla la facultad de aplicar sanciones, ni el cobro de compensaciones a las concesionarias por el incumplimiento de la misma, ni de otra norma aplicable al sector de electrificación rural; vulnerándose de esta manera el Principio de Legalidad recogido en el literal d) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado[7], la cual protege a las concesionarias responsables de proyectos y sistemas eléctricos calificados como SER, así como los referidos SDT 4, 5 y 6.

Al respecto, indica que el Tribunal Constitucional[8] ha determinado que sólo mediante normas con rango de ley se deben establecer faltas sancionables, sin embargo, en el caso de sanciones administrativas, la reserva para el rango de la ley no es absoluta, y, en consecuencia, se puede aceptar la colaboración de Reglamentos para la

---

[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 NTCSER, las compensaciones establecidas por la NTCSER 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] **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. 201° inc. p) del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas	De 1 a 1000 UIT	Multa hasta 500 UIT

[7] ELSE hace referencia a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 2050-2002-AT-TC donde se indica lo siguiente: *"el principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por ley".*

[8] De acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 169 de abril de 2003 en el Expediente N° 2050-2002-AT-TC *"El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley".*

determinación de las conductas sancionables, tratándose de una colaboración a la ley y no una sustitución.

Agrega, que en el caso de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), se señala la obligación de cumplir con la Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos (en adelante, NTCSE) y todas las normas dictadas en el marco de la LCE, asimismo, en su artículo 102°[9], de manera expresa se establece la imposición de compensaciones a los usuarios afectados. Al amparo de esa norma legal es que el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, RLCE) en sus artículos 201° y 202° determina las conductas sancionables, mientras que en su artículo 206° delega a OSINERGMIN la facultad de proponer escala detallada de sanciones y multas.

Sin embargo, a diferencia de lo previsto en el RLCE, en materia de electrificación rural, el Reglamento de la Ley General de Electrificación Rural (en adelante, RLGER) mediante su artículo 78° pretende sustituir a la LGER, estableciendo que *"Osinergmin fiscalizará el cumplimiento de la Ley, el Reglamento y demás normas aplicables a la electrificación rural e impondrá las sanciones que corresponda".*

Asimismo, el artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), establece, entre otros principios de la potestad sancionadora, el principio de legalidad, el cual trata de una regla de reserva de competencia en dos aspectos de la potestad sancionadora: i) la atribución de competencia sancionadora a una entidad pública, y ii) la identificación de sanciones aplicables a los administrados. Ambos aspectos sólo pueden ser abordados mediante norma con rango de ley, por lo que una norma reglamentaria, como en este caso el artículo 78° del RLGER, no puede atribuir o complementar la asignación de competencia sancionadora a una entidad.

En ese sentido, Osinergmin debe cumplir con respetar la jerarquía normativa contemplada en el artículo 51° de la Constitución, por lo que no corresponde la aplicación de sanciones ni el cobro de compensaciones por infracciones a la LGER, el RLGER, ni la NTCSER, ni otras normas aplicables al sector de electrificación rural.

b) Advierte que en la resolución impugnada, como en otras resoluciones, se afirma que existieron incumplimientos sin antes valorar los argumentos presentados por ELSE, cuando lo que se debe hacer ante un hecho que configura una infracción es la contrastación con los medios probatorios y argumentos de defensa que se presentan, de lo contrario carecería de objeto.

De otro lado, no se ha considerado evaluar la existencia de intencionalidad, que en el presente caso no ha existido por parte de ELSE. Cabe referir que el principio de culpabilidad, fue incorporado a la Ley N° 27444 en atención a las modificaciones efectuadas mediante el Decreto Legislativo N° 1272.

---

[9] **Ley de concesiones eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley N°25844**
Artículo 102.- *El reglamento señalará las compensaciones, sanciones y/o multas por el incumplimiento e infracciones a la presente Ley. Los ingresos obtenidos por compensaciones serán abonados a los usuarios afectados, y los provenientes de sanciones y/o multas constituirán recursos propios del Osinergmin.*

3. A través de Memorándum Nº DSR-1134-2018, recibido el 31 de julio de 2018, la Oficina Regional de Cusco 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 el literal a) del numeral 2), debe señalarse que mediante Resolución N° 206-2018-OS/TASTEM-S1 de fecha 28 de setiembre de 2018, este Órgano Colegiado se pronunció sobre este mismo alegato presentado por ELSE, siendo desvirtuado en dicha resolución con los mismos argumentos que se señalan a continuación.

En primer lugar, corresponde señalar que el Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1) del artículo 246º del TUO de la LPAG, prevé que 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 administrado.

De acuerdo a ello, mediante el artículo 1° de la Ley Nº 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin[10], 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 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 1.10 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.

Cabe señalar que, adicionalmente al Principio de Legalidad, en el numeral 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG[11], también se ha regulado el Principio de Tipicidad, por el cual

---

[10] **LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN, LEY N° 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."

[11] **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO Nº 006-2017-JUS**
"Artículo 246°. - Principios de la potestad sancionadora administrativa

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 experiencia[12].

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

En este punto, resulta oportuno mencionar que la sentencia del Tribunal Constitucional recaídas en el expediente 2050-2002-AA/TC, a las que ha hecho referencia ELSE para sustentar el alcance del Principio de Legalidad que rige la potestad sancionadora, no es contraria 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 este extremo.

5. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2), sobre la evaluación de sus argumentos de defensa, cabe indicar que de la revisión de los numerales 2.1.3 y 2.2.3 de la Resolución de Oficinas Regionales Nº 1622-2018-OS/OR CUSCO del 03 de julio de 2018, se aprecia que la autoridad de primera instancia sí tomó en consideración lo alegado por la recurrente en su escrito de descargos, analizando y dando respuesta a cada uno de ellos,

---

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.*
(...)"

[12] 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).

por lo que no existiría vicio de nulidad en el presente procedimiento, como afirma la concesionaria.

Ahora bien, sobre la responsabilidad subjetiva alegada por la recurrente, debe señalarse que el Principio de Culpabilidad previsto en el numeral 10 del artículo 246° del TUO de la LPAG establece que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo en los casos en que por ley o por decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Así, el artículo 1° de la Ley Nº 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, concordante con el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, establece que la responsabilidad administrativa dentro del marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin, es objetiva[13], tal y como establece el numeral 10) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

En tal sentido, la responsabilidad objetiva constituye un criterio previsto en las normas que regulan los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin, siendo que su aplicación resulta de la constatación del hecho y su calificación como infracción en el tipo administrativo sancionable.

Cabe mencionar que la aplicación de la responsabilidad objetiva en el procedimiento sancionador de Osinergmin ha sido reconocida por el Poder Judicial tal y como se desprende de la sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de octubre de 2011, recaída en el expediente APEL-2896-10, sobre el proceso contencioso administrativo seguido contra este Organismo Regulador respecto del procedimiento administrativo sancionador iniciado por impedimento de las labores de fiscalización. En dicho pronunciamiento la referida Sala de la Corte Suprema reconoció que conforme el artículo 1° de la Ley Nº 27699, toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye infracción sancionable. Asimismo, la indicada autoridad judicial

---

[13] **LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIEMTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN – LEY N° 27699**
"Artículo 1°.- 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."

REGLAMENTO GENERAL DE OSINERGMIN – DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM
"Artículo 89.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa.
La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva."

reconoció que la responsabilidad administrativa dentro del marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin, es objetiva[14].

En consecuencia, para determinar la responsabilidad en la comisión de los hechos infractores, no se aplica el Principio de Culpabilidad como afirma ELSE, por lo tanto, se desestima lo alegado por la recurrente en este extremo.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Electro Sur Este S.A.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1622-2018-OS/OR CUSCO del 03 de julio 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.

SECRETARÍA TÉCNICA ADJUNTA TASTEM SALA 1

LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE

[14] **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA - SALA CIVIL TRANSITORIA – EXP. APEL. 2869-10**
"(...)
El OSINERG ejerce de manera exclusiva las facultades contempladas en la Ley número 27699, su Ley de creación número 26734 y en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos Ley número 27332, en lo concerniente al control metrológico, así como a la calidad de los combustibles y otros productos derivados de los hidrocarburos, en las actividades que se encuentran comprendidas bajo el ámbito de la Ley Orgánica de Hidrocarburos – Ley número26221, tal como lo dispone el artículo 5 de la Ley número 27699 y conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del citado ordenamiento legal: "Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG, constituye infracción sancionable."
(...)
"Adicionalmente a lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad administrativa por incumplimiento del citado Reglamento es de carácter objetivo, y en el caso en particular, la infracción que se atribuye a la entidad demandante supone la comisión de la infracción pasible de multa conforme a lo dispuesto en el numeral 3 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERG aprobada por Resolución de Consejo Directivo OSINERG número 028-2003-OS7CD."