

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

**SALA 1**

**RESOLUCIÓN N° 273-2018-OS/TASTEM-S1**

Lima, 23 de noviembre de 2018

**VISTO:**

El Expediente N° 201600002864 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 7 de agosto de 2018 por Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, ELSE)<sup>1</sup>, representada por el señor Fredy Hernán Gonzales de la Vega, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1733-2018-OS/OR CUSCO del 16 de julio de 2018, por incumplir el numeral 7.1 del artículo 7° del Reglamento de la Ley N° 29852, que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM (en adelante, el Reglamento)<sup>2</sup>, en el primer semestre 2014.

**CONSIDERANDO:**

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1733-2018-OS/OR CUSCO del 16 de julio de 2018, se sancionó a ELSE con una multa de 4 (cuatro) UIT, por determinar incorrectamente el recargo FISE al usuario libre, incumpliendo el numeral 7.1 del artículo 7° del Reglamento, en el primer semestre 2014. Cabe señalar que en esta resolución de indicó que si bien el importe de la sanción a ser aplicada ascendía a 5.72 (cinco con setenta y dos centésimas) UIT, se impuso una multa de 4 (cuatro) UIT en aplicación del beneficio de reducción de multa por el reconocimiento voluntario de responsabilidad administrativa por parte del agente supervisado<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 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 N° 028-2003-OS/CD y su ámbito de concesión comprende los departamentos de Cusco, Apurímac y Madre de Dios.

<sup>2</sup> REGLAMENTO DE LA LEY N° 29852, QUE CREA EL SISTEMA DE SEGURIDAD ENERGÉTICA EN HIDROCARBUROS Y EL FONDO DE INCLUSIÓN SOCIAL ENERGÉTICO, DECRETO SUPREMO N° 021-2012-EM.

**"Artículo 7°.- Recargo en la facturación mensual para Usuarios Libres de electricidad:**

La aplicación del numeral 4.1 de la Ley, se efectuará de acuerdo a lo siguiente:

7.1 La tarifa o recargo unitario equivalente en energía que el Suministrador deberá aplicar al Usuario Libre de acuerdo con la Ley N° 29852 será igual a:

$$rc = (G+T+D) * (F-1) / E$$

donde:

rc = recargo unitario expresado en ctm S/. kWh

G = Facturación por compra de potencia y energía a precios libres

T = Facturación por peajes de transmisión regulados por OSINERGMIN

D = Facturación por la tarifa de distribución regulados por OSINERGMIN

E = Energía facturada al Usuario Libre

F = Factor de Recargo del Fondo de Compensación Social Energética aprobada por OSINERGMIN.

Los montos recaudados por aplicación de este recargo deberá transferirse en la oportunidad y forma que indique el Administrador. El monto total correspondiente a este recargo deberá indicarse explícitamente en el comprobante de venta emitido por el Suministrador.

(...)"

<sup>3</sup> Para una mejor ilustración se señala a continuación lo siguiente:

Infracción	Sanción sin aplicar el beneficio de reducción de multa	Beneficio de reducción del 30% de la multa
Incorrecta determinación del recargo FISE al usuario libre.	5.72 UIT	4 UIT

RESOLUCIÓN N° 273-2018-OS/TASTEM-S1

Es de destacar que la infracción imputada se encuentra tipificada en el numeral II.5.a) del Anexo 19 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2013-OS/CD<sup>4</sup>, incorporada a la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

2. Con escrito de fecha 7 de agosto de 2018, ELSE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1733-2018-OS/OR CUSCO, en atención a los siguientes argumentos:
- a) Señala que ELSE ha reconocido de manera expresa e incondicional la comisión de la infracción, ya que tal y como se señaló en la resolución materia de apelación, se incurrió en diferencias al momento de calcular el factor de recargo unitario del FISE al usuario libre en el primer semestre de 2014. No obstante, considera que existen dos aspectos que solicita revisar, toda vez que han sido incorrectamente determinados por la primera instancia, imponiendo una multa mayor a la que corresponde. Precisa, que no está cuestionando el fondo, sino únicamente la cuantía de la sanción impuesta, por lo que, solicita que no se les impida acceder a la gradualidad y al beneficio del pronto pago.



Agrega que su descargo presentado el 22 de febrero de 2018 no fue libremente determinado por la recurrente, sino que obedeció al plazo adicional concedido por el mismo órgano instructor, de modo que no puede ser interpretado como una falta de adecuación a la reducción de la multa contenida en el literal g.1.1) 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 (en adelante, el Reglamento), para así concluir en la reducción contemplada en el numeral g.1.2) del antes citado dispositivo.



En ese sentido, es incorrecto considerar que, por haber presentado el escrito de descargos dentro del plazo ampliatorio concedido, se le debe privar de acceder a una reducción de la multa que la recurrente considera se debe aplicar.

- b) Si bien en el numeral II.5.a del Anexo 19, aprobado por la Resolución N° 014-2013-OS/CD, se establece que: dispone que: *“La sanción por incumplimiento corresponde al valor resultante de la siguiente ecuación”*, éste se refiere a un valor monetario y no a un valor en UIT, toda vez que la única variable (M) es en soles. Por lo tanto, el resultado, por lógica, debiera ser también expresado en soles. Además, agrega, que el citado

<sup>4</sup> ANEXO 19 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA, RESOLUCIÓN N° 014-2013-OS/CD.

*“II. Infracciones y sanciones*

*(...)*

**II.5 No cumplir con los aspectos de gestión de las actividades:**

*Los aspectos a materia de sanción son los vinculados a las siguientes actividades:*

a. *No facturar o determinar incorrectamente el recargo al usuario libre.*

*La sanción por incumplimiento corresponde al valor resultante de la siguiente ecuación:*

$$Multa_{gf} = (0,52 + M \times 0,000001) \times N$$

*Donde:*

*M = Importe omitido en la facturación a los usuarios libres*

*N = Número de incumplimientos en el semestre.*

*(...)”*

dispositivo especifica los casos en los que están expresados directamente en UIT, más no así, entre otros, el imputado numeral II. 5.a del Anexo 19, aprobado por la Resolución N° 014-2013-OS/CD.

Asimismo, advierte una incoherencia de la ecuación, más aún si es que estuviera expresada en UIT, ya que la ecuación proporcionalmente sería más cuantiosa mientras el valor de la infracción es menor y viceversa, es decir, sería más benigna mientras la infracción es mayor, por lo que la multa resultante de unos informes que en la norma de sanciones no son mencionados debe ser rectificada.

El porcentaje de la multa es menor al que señala el Reglamento, dado que según el literal g.1.1) del numeral 25.1 del artículo 25°, la multa se reducirá en un 50%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de los descargos al inicio del procedimiento, el mismo que fue presentado el 22 de febrero de 2015.



3. A través del Memorándum N° DSR-1257-2018, recibido el 24 de agosto de 2018, la Oficina Regional 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 los literales a) y b) del numeral 2), corresponde señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento<sup>5</sup>, 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 antes citado numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento 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, generando ello que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, en

<sup>5</sup> **“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.”*

RESOLUCIÓN N° 273-2018-OS/TASTEM-S1

concordancia con el numeral 2) del artículo 255° 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)<sup>6</sup>.

Así, el sub-literal g.1.1) del numeral 25.1 precisa que, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, la multa se reduce en un monto de 50% de su importe.

El aludido numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento 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, establece 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.



En el caso en concreto, de la revisión de los actuados se observa que mediante Oficio N° 374-2018-OS/OR APURIMAC del 7 de febrero de 2018, notificado a la concesionaria el 8 de febrero de 2018<sup>7</sup>, se comunicó el inicio del presente procedimiento administrativo por determinar incorrectamente el recargo FISE al usuario libre, otorgándose un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos. Así, con fecha 15 de febrero de 2018, dentro del plazo otorgado, ELSE solicitó la ampliación de dicho plazo por diez (10) días hábiles adicionales para la presentación de sus descargos al inicio del procedimiento.

En respuesta a la solicitud de ampliación de plazo para la presentación de los descargos, la primera instancia, por Oficio N° 995-2018-OS/DSR del 19 de febrero de 2018, le concedió a la concesionaria un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, es decir, hasta el 26 de febrero de 2018. En atención a ello, la concesionaria presentó su escrito de descargos al inicio del procedimiento el 22 de febrero de 2018, esto es, dentro del plazo ampliatorio concedido.



De la revisión del mencionado escrito de descargos, se aprecia que la concesionaria reconoce de forma expresa, precisa, concisa e incondicional su responsabilidad en la comisión de la infracción imputada, por lo que, tal y como se señala en el numeral 2.1.3 del Informe Final de Instrucción N° 1176-2018-OS/OR-APURIMAC del 30 de mayo de 2018, el órgano sancionador aceptó dicho reconocimiento efectuado por ELSE en su escrito de descargos del 22 de febrero de 2018, en consecuencia, lo consideró como un factor atenuante en el cálculo de la multa, por lo que la redujo en un 30%.

Al respecto, este Tribunal Administrativo considera que corresponde mencionar que según lo establecido en el literal e) del artículo 18° del Reglamento, el plazo para remitir descargos por escrito no puede ser inferior a cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de

<sup>6</sup> "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."

<sup>7</sup> Conforme consta a fojas 37 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 273-2018-OS/TASTEM-S1

notificado el inicio del procedimiento administrativo sancionador, esto es, que mediante el citado dispositivo se establece un término mínimo para la presentación de los descargos, consistente en cinco (5) días, por lo que dicho plazo, puede ser ampliado o no por el órgano instructor, previa solicitud del administrado antes del vencimiento del plazo otorgado inicialmente. Precise, que, si se optó por la ampliación del plazo nos encontramos ante la misma etapa procedimental de presentación de descargos.

Asimismo, se debe señalar que de acuerdo a lo establecido en el inciso g.1.1) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento, se considera 50% como factor atenuante de la multa impuesta, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, en el caso en concreto corresponde aplicar como factor atenuante 50% y no 30% de descuento en la multa, toda vez que ELSE reconoció su responsabilidad por la infracción imputada dentro del plazo otorgado para los descargos al inicio del procedimiento.

Ahora bien, 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:

- 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 sólo 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 el presente procedimiento, para la determinación de la sanción por incumplir con determinar correctamente el recargo FISE al usuario libre, de la revisión del numeral 3) de la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 1733-2018-OS/OR CUSCO del 16 de julio de 2018, obrante a fojas 59 a 69 del expediente, se observa que el órgano sancionador aplicó la metodología de cálculo establecida en el numeral II.5.a) del Anexo 19 de la Escala

RESOLUCIÓN N° 273-2018-OS/TASTEM-S1

de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, norma concordante con el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG, dando como resultado un monto ascendente a 5.72 (cinco con setenta y dos centésimas) UIT. Dicha ecuación aplicable es la siguiente:

$$Multa_{GF} = (0,52 + M \times 0,000001) \times N$$

Donde:

*M* = Importe omitido en la facturación a los usuarios libres

*N* = Número de incumplimientos en el semestre.

Debe tenerse presente que la ecuación aplicable para la determinación de la sanción se encuentra compuesta no solo por la variable "M" (importe omitido en la facturación a los usuarios libres) como alega la recurrente en su recurso de apelación, sino también la variable "N" (número de incumplimientos en el semestre). Asimismo, dicha ecuación se encuentra compuesta por dos números que acompañan a las dos variables, los cuales son el resultado de los criterios de graduación considerados en la metodología del cálculo de la sanción, como son la probabilidad de detección (0.5 por ser una evaluación muestral), el costo evitado – Caf (0.26 UIT), daño ocasionado por la omisión en el recargo obtenido (0.05), cuyo valor resultante es dividido por el valor vigente de la UIT en el año 2013, ascendente a S/. 3700.00, obteniéndose el monto de 0.000001 como se indica en la ecuación aplicada en el caso en concreto<sup>8</sup>.

En tal sentido, de acuerdo con las normas legales citadas, así como lo dispuesto en el segundo supuesto de los criterios resolutivos aprobados en la Sesión Plena del TASTEM del 3 de octubre de 2017, corresponde dejar sin efecto el beneficio de reducción otorgado a través de la resolución de sanción, toda vez que por escrito del 7 de agosto de 2018 ELSE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1733-2018-OS/OR CUSCO, cuestionando el importe de la multa impuesta que cuenta con criterios específicos de graduación previstos en el numeral II.5.a) del Anexo 19 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 014-2013-OS/CD, tal y como se comunicó mediante Oficio N° 374-2018-OS/OR APURIMAC, por el cual se dio inicio al presente procedimiento.

Adicionalmente, debe tenerse presente que, de los hechos verificados en el presente procedimiento, las diferencias de los montos calculados por ELSE y por Osinergmin, ascienden a S/ 208,79 (dos cientos ocho y 79/100 soles), toda vez que la recurrente consideró en la determinación del recargo FISE a once (11) usuarios libres un monto menor al calculado correctamente durante la supervisión correspondiente al primer semestre de 2014. Cabe precisar que dicha información fue comunicada mediante el Informe de Instrucción N° 347-2018-OS/OR-APURIMAC del 31 de enero de 2018 adjunto al Oficio N° 374-2018-OS/OR APURIMAC del 7 de febrero de 2018, notificado a la recurrente el 8 de febrero de 2018.

<sup>8</sup> Tal y como se señala en el numeral 2.1 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1733-2018-OS/OR CUSCO del 16 de julio de 2018, en Anexo 19 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 014-2013-OS/CD, se encuentra sustentada en el Informe Técnico N° 006-2013-OEE/OES y N° 053-2012-OEE/OS, emitidos por la Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin (ahora, GPAE), confirman que los importes de la multas determinadas se encuentran expresadas en UIT.

RESOLUCIÓN Nº 273-2018-OS/TASTEM-S1

Así, si procedemos a reemplazar los antes citados valores –comunicados a la recurrente desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador– tenemos lo siguiente:

$$Multa_{GF \text{ primer semestre } 2014} = (0,52 + 208.79 \times 0,000001) \times 11 = 5.72$$

Por lo expuesto, se concluye que la autoridad de primera instancia cumplió con aplicar la metodología establecida para determinar la cuantía de la sanción, por lo que, corresponde confirmar la sanción ascendente a 5.72 (cinco con setenta y dos centésimas) UIT.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto negado que la sanción a ser impuesta debería ascender a S/ 5.72 (cinco y 72/100 soles), no resultaría concordante con lo previsto en el Principio de Razonabilidad previsto en numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG, ni mucho menos cumpliría con su finalidad disuasiva, toda vez que la comisión de la conducta imputada resultaría más ventajosa para el infractor que cumplir con el marco normativo vigente, es decir, la multa resultaría mucho menor que el beneficio ilícito obtenido, con lo cual en lugar de ser disuasiva, incentivaría a que los agentes incumplan la norma y paguen una multa por un monto menor al beneficio ilícito obtenido.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por ELSE en su recurso de apelación 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 Nº 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 Nº 040-2017-OS/CD, el cual fue otorgado a Electro Sur Este S.A.A. al momento de determinar la sanción de la multa en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1733-2018-OS/OR CUSCO de fecha 16 de julio de 2018.

**Artículo 2°.**– Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la Electro Sur Este S.A.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin Nº 1733-2018-OS/OR CUSCO de fecha 16 de julio de 2018.

**Artículo 3°.**– **PRECISAR** que el monto total de la multa que corresponde a Electro Sur Este S.A.A. por incumplir el numeral 7.1 del artículo 7° del Reglamento de la Ley Nº 29852, que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, aprobado por Decreto Supremo Nº 021-2012-EM, queda fijado en 5.72 (cinco con setenta y dos centésimas) UIT, de acuerdo con lo resuelto en el artículo 1° de la presente resolución.

RESOLUCIÓN N° 273-2018-OS/TASTEM-S1

**Artículo 4º.-** 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**