

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 276-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 27 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600002883 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 8 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° 1756-2018-OS/OR CUSCO del 17 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 segundo semestre 2014.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1756-2018-OS/OR CUSCO del 17 de julio de 2018, se sancionó a ELSE con una multa de 5.20 (cinco con veinte centésimas) UIT, por determinar incorrectamente el recargo FISE al usuario libre, incumpliendo lo establecido en el numeral 7.1 del artículo 7° del Reglamento, en el segundo semestre 2014.

Cabe señalar 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>3</sup>, incorporada a la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

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

RESOLUCIÓN N° 276-2018-OS/TASTEM-S1

2. Con escrito de fecha 8 de agosto de 2018, ELSE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1756-2018-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 en el segundo 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.

Indica que el 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.

Agrega, que de la revisión de su escrito del 2 de julio de 2018, se observa que lo que se advirtió fue una falta respecto a los plazos fijados en el Reglamento, así como alertar una posible caducidad del procedimiento, lo cual no puede entenderse como un descargo dado que si se hubiese tenido tal intención, se hubiese señalado que la determinación del recargo FISE se realizó correctamente, procediéndose a refutar las imputaciones de fondo efectuadas por el órgano instructor, de manera que no es correcto inferir que no corresponde aplicar el beneficio por reconocimiento de responsabilidad.

- b) Si bien en el tipificado numeral II.5.a del Anexo 19, aprobado por la Resolución N° 014-2013-OS/CD, se establece 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 dispositivo especifica los casos en los que están expresados directamente en UIT, más



**“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:

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

Donde:

M = Importe omitido en la facturación a los usuarios libres

N = Número de incumplimientos en el semestre.

(...)”

no así 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 de su 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 Memorandum N° DSR-1304-2018, recibido el 28 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 el literal a) del numeral 2), corresponde señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento<sup>4</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 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 que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, en concordancia con el numeral 2) del

<sup>4</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° 276-2018-OS/TASTEM-S1

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>5</sup>.

Así, el sub-literal g.1.1) del citado numeral 25.1 del Reglamento 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° 373-2018 del 7 de febrero de 2018, notificado a la concesionaria el 8 de febrero de 2018<sup>6</sup>, se comunicó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador 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, ELSE, solicitó la ampliación del mencionado plazo por diez (10) días hábiles adicionales para la presentación de sus descargos al inicio del procedimiento.

En respuesta a dicha solicitud de ampliación de plazo para la presentación de los descargos, la primera instancia por Oficio N° 974-2018-OS/DSR del 16 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 su responsabilidad en la comisión de la infracción imputada, por lo que el órgano instructor aceptó dicho reconocimiento efectuado por ELSE en su escrito de descargos del 22 de febrero de 2018, tal y como se desprende del numeral 2.1.3 del Informe Final de Instrucción N° 1308-2018-OS/OR-APURIMAC del 20 de junio de 2018, notificado el 22 de junio de 2018, conforme consta a fojas 90 del expediente.

Sin embargo, mediante escrito de descargos al Informe Final de Instrucción N° 1308-2018-OS/OR-APURIMAC presentado por ELSE el 2 de julio de 2018, el cual obra a fojas 95 a 99 del expediente, la recurrente cuestionó la determinación de la sanción a imponerse dado que el valor resultante de la ecuación prevista para el incumplimiento materia de análisis,

<sup>5</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>6</sup> Conforme consta a fojas 58 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 276-2018-OS/TASTEM-S1

ascendente a 5.20, correspondería a un valor monetario de S/. 5.20 soles y no a 5.20 UIT. Asimismo, argumentó la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, toda vez que el órgano instructor excedió el plazo para dar inicio al procedimiento, toda vez que solo contaba con seis (6) meses contados a partir de recibido el Informe de Supervisión, extensible por tres (3) meses adicionales, tal y como se dispone en el numeral 28.1 del artículo 28° del Reglamento.

De lo señalado en los párrafos precedentes, se advierte que si bien ELSE mediante escrito del 22 de febrero de 2018 reconoció su responsabilidad por el incumplimiento imputado, a través del escrito de su escrito del 2 de julio de 2018 cuestionó la determinación de la sanción y argumentó la caducidad del presente procedimiento administrativo sancionador, resultando un reconocimiento impreciso, difuso, poco claro e inconsistente, incumpliendo lo previsto en el antes citado numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento, por lo que, no corresponde acceder a lo solicitado por ELSE en su recurso de apelación, no correspondiendo la aplicación del beneficio del descuento por reconocimiento de responsabilidad.

En atención a lo señalado, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

5. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2), debe tenerse presente que de acuerdo con el Principio de Razonabilidad, previsto en numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG<sup>7</sup>, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Mediante la Resolución N° 014-2012-OS/CD del 29 de enero de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 7 de marzo de 2013, se aprobó el Anexo N° 19 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, a través de la cual se estableció la metodología de cálculo a ser aplicada para la determinación de las sanciones a ser impuestas, norma concordante con el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

En el presente caso, 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° 1756-2018-OS/OR CUSCO del 17 de julio de 2018, obrante a fojas 104 a 114 del expediente, se observa que el órgano sancionador aplicó la

<sup>7</sup> TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - DECRETO SUPREMO N° 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:

(...)

**3. Razonabilidad.** - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

RESOLUCIÓN N° 276-2018-OS/TASTEM-S1

metodología de cálculo establecido en el numeral II.5.a) del Anexo 19 de la Escala 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 5.20 (cinco con veinte centésimas) UIT. La 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.*

De otro lado, con relación a que el valor resultante de la ecuación prevista en el numeral II.5.a del Anexo 19 de la Resolución N° 014-2013-OS/CD correspondería a un valor en soles y no en UIT, se debe señalar que en 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 componentes 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>.



A mayor abundamiento, 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/ 373,24 (tres cientos setenta y tres con 24/100 soles), toda vez que la recurrente consideró en la determinación del recargo FISE a diez (10) usuarios libres un monto menor al calculado correctamente durante la supervisión correspondiente al segundo semestre de 2014. Cabe precisar que dicha información fue comunicada mediante el Informe de Supervisión N° 014-2013-2015-11-12 del 19 de diciembre de 2015, notificado el 18 de enero de 2016, así como en Informe de Instrucción N° 346-2018-OS/OR-APURIMAC del 31 de enero de 2018 adjunto al Oficio N° 373-2018 del 7 de febrero de 2018, notificado a la recurrente el 8 de febrero de 2018.

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

$$Multa_{GF} \text{ segundo semestre } 2014 = (0,52 + 373,24 \times 0,000001) \times 10 = 5,20$$

<sup>8</sup> Tal y como se señala en el numeral 2.1 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1756-2018-OS/OR CUSCO del 17 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 N° 276-2018-OS/TASTEM-S1

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 5.20 (cinco con veinte centésimas) UIT.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto negado que la sanción a ser impuesta debería ascender a S/ 5.20 (cinco y 20/100 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 N° 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 N° 1756-2018-OS/OR CUSCO del 17 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.*



**LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA**  
**PRESIDENTE**