

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGIA Y MINERIA
OSINERGMIN**

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 07 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201400083097 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 15 de noviembre de 2017 por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, Electronorte)¹, representada por el señor Juan Miguel Lara Doig, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1653-2017-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 31 de octubre de 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión de la Facturación, Cobranza y Atención al Usuario", aprobado por Resolución N° 047-2009-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), detectado en la supervisión muestral correspondiente al segundo semestre de 2014.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1653-2017-OS/OR LAMBAYEQUE del 31 de octubre de 2017, se sancionó a Electronorte con una multa de 5,26 (cinco con veintiséis centésimas) UIT, debido a que en el proceso de supervisión muestral correspondiente al segundo semestre de 2014 se detectó el incumplimiento del estándar del indicador DTA (Desviación del Tiempo de Atención), previsto en el numeral 4.1 del Procedimiento.

Cabe señalar que el incumplimiento imputado a Electronorte se encuentra tipificado como infracción administrativa en el Título VI² del Procedimiento y es sancionable conforme al literal a) del numeral 2) del Anexo N° 8 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución N° 028-2006-OS/CD³, e



¹ ELECTRONORTE 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 Amazonas, Cajamarca y Lambayeque.

² PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA FACTURACIÓN, COBRANZA Y ATENCIÓN AL USUARIO, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 047-2009-OS/CD

**"VI. TÍTULO SEXTO
SANCIONES Y MULTAS**

Constituyen infracciones pasibles de sanción, aplicables a la Concesionaria, los siguientes hechos:

(...)

- Incumplir con los indicadores establecidos en los títulos III, IV y V del presente procedimiento.

Dichas infracciones según sea el caso, serán sancionadas de acuerdo a lo dispuesto en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por la Resolución N° 028-2003-OS/CD, o de acuerdo a la Resolución N° 028-2006-OS/CD que incorporó el Anexo N° 8 a la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, o las que las sustituyan o complementen."

³ ANEXO N° 8 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 028-2006-OS/CD

"2. Multas por los Incumplimientos y Excesos sobre las Tolerancias de los Indicadores de la Gestión Comercial para la Supervisión de Cobranza

a) DTA: Desviación del Tiempo de Atención al Usuario

RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

incorporado en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin.

2. Por escrito presentado el 15 de noviembre de 2017, Electronorte interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1653-2017-OS/OR Lambayeque, en atención a los argumentos que se señalan a continuación.

En el presente caso, constituye fundamento de la impugnación la aplicación del literal f) del numeral 1) del artículo 236-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272 (en adelante, LPAG)⁴, que establece como supuesto de eximente de responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del administrado respecto del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador; correspondiendo la aplicación de este eximente en virtud de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria⁵, establecida en el Nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD (en adelante, Nuevo Reglamento de Sanción).



Se aplicará una multa en función del indicador que está expresado en porcentaje. La multa se aplicará cuando el DTA sea igual o mayor a 1% de acuerdo a la siguiente tabla:

**Multa por Superar la Tolerancia Establecida en el DTA
Expresado en UIT (Unidad Impositiva Tributaria)**

Clasificación de la empresa según el número de usuarios del año anterior	Monto en UIT por cada 1%
(...)	(...)
De 300 001 a 400 000 Usuarios	0.158

La multa a aplicar será el producto del DTA por el monto en UIT establecido en el cuadro, de acuerdo a la clasificación de la empresa según el número de usuarios, tal como se expresa en la siguiente fórmula.

Multa = DTA x Monto en UIT por cada 1% (tabla)."

⁴ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - LEY N° 27444, MODIFICADA POR DECRETO LEGISLATIVO N° 1272

"Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253."

⁵ NUEVO REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 040-2017-OS/CD

"DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

(...)

Segunda. - El eximente de responsabilidad a que se refiere el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A, resultará aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite, en tanto resulta más favorables al administrado. Dicho eximente de responsabilidad no se aplicará respecto a procedimientos administrativos sancionadores ya concluidos."



RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

Sin embargo, en la resolución materia de impugnación, Osinergmin, en virtud del literal i) del numeral 15.3 del artículo 15° del Nuevo Reglamento de Sanción⁶, fundamenta que no es aplicable el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria por ser materia de indicadores verificados en procedimiento de supervisión muestral. En consecuencia, aplica la sanción de multa ascendente a 5.26 UIT. Sin embargo, Osinergmin ha omitido la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Nuevo Reglamento de Sanción, que establece una regulación especial para los casos que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia de la nueva norma, es decir el 19 de marzo de 2017.

Al respecto, señala que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria alude expresamente al literal f) del numeral 1) del artículo 236-A, de la LPAG, sin mencionar los demás eximentes de responsabilidad, y sin referirse al numeral 15.1 del artículo 15° del mismo cuerpo normativo, el cual regula y establece excepciones para la aplicación del eximente de responsabilidad, ello, en contra del texto expreso de la norma y en contra la orientación de la reforma administrativa contenida en el D.L. N° 1272 y otras disposiciones en materia administrativa, dejando a salvo su derecho para cuestionar su aplicación ante la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros o ante el Indecopi por constituir una barrera burocrática.

Precisa que, el presente procedimiento administrativo sancionador, si bien se inició mientras estuvo vigente la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS-CD que aprobó el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, este fue posteriormente sustituido por el Nuevo Reglamento de Sanción, por lo que, para regular ese tránsito normativo, fue que se realizó la inclusión de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, al señalar expresamente la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria contenido en el literal f) del numeral 1) del artículo 236 – A de la LPAG, para los procedimientos sancionadores que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento de Sanción, en tanto sea más favorable al administrado, como sucede en el presente caso.

Siendo así, de conformidad con la retroactividad benigna establecida en el numeral 5 del artículo 230° de LPAG⁷, corresponde la aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Nuevo Reglamento de Sanción, al resultar esta ser más favorable al administrado, debido a que al configurarse el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, conllevaría que no se imponga la sanción de multa, mientras que la aplicación del numeral 15.3 del artículo 15 del Nuevo Reglamento de Sanción, resultaría en no aplicar el eximente de responsabilidad.

⁶ "Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

(...)

15.3 No son pasibles de subsanación:

i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo que representa las muestras.

(...)"

⁷ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - LEY N° 27444, MODIFICADA POR DECRETO LEGISLATIVO N° 1272

"Artículo N° 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

5.- **Irretroactividad.** - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables."

RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

Por lo expuesto, rechaza cualquier tipo de interpretación forzada que la Administración pretenda realizar sobre la Segunda Disposición Transitoria, ya que el texto de la norma es expreso, claro e inequívoco, al regular el eximente de responsabilidad administrativa por la subsanación voluntaria contenida en el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la LPAG, para aquellos procedimientos administrativos sancionadores que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia de la nueva normativa, en tanto sea más favorable al administrado, supuesto que resulta aplicable al presente caso. En ese sentido, aplicar el numeral 15.3 del artículo 15° del Nuevo Reglamento de Sanción, en contra de lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, como se ha determinado en la resolución de sanción, genera que esta quede vacía de contenido normativo, y sin posibilidades de generar efectos y consecuencias jurídicas.

Agrega que una correcta interpretación es reconocer que el artículo 15° del Nuevo Reglamento de Sanción es de aplicación a los procedimientos sancionadores que se iniciaron a partir de la entrada en vigencia de la nueva normatividad, mientras que la Segunda Disposición Transitoria (...) “resultará aplicable a los procedimientos sancionadores actualmente en trámite, en tanto resulte más favorable al administrado (...)” (Sic), es decir a la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento de Sanción (19 de marzo de 2017), como en el presente caso. Sin embargo, en la Resolución impugnada se genera agravio en la medida que se desconoce el eximente de responsabilidad al haber subsanado voluntariamente la infracción materia del caso. En ese sentido, la resolución impugnada deviene en ilegal pues no consideró lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Nuevo Reglamento de Sanción.

De lo expuesto, concluye que, en el Nuevo Reglamento de Sanción, la figura de la subsanación voluntaria se habría regulado de manera doble, tanto en el artículo 15 y como en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, ambas refiriéndose al mismo supuesto, pero conteniendo disposiciones normativas diferentes.

Asimismo, el órgano sancionador no ha evaluado con criterio de razonabilidad los hechos acontecidos el día 14 de octubre de 2014, desconociendo las medidas correctivas realizadas (Implementar personal de cobranza y centro de pago), y que las muestras posteriores que se tomaron, dieron como resultados satisfactorios, por debajo de los márgenes de tiempo estándar (11 minutos), lo que evidencia la intención de la concesionaria de cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, nada de esto ha sido tomado en cuenta, extrapolarlo un caso en concreto (1 muestra) a todo el universo y, en consecuencia, se le ha impuesto una sanción de multa por el monto de S/. 21,327.87 por transgredir el límite permitido del indicador DTA - “Desviación del Tiempo de Atención”, siendo esta carente de legalidad por las razones antes expuestas y generando un agravio patrimonial a Electronorte.

Finalmente, por las consideraciones expuestas previamente, solicita se revoque la resolución impugnada y se aplique el eximente de responsabilidad administrativa establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Nuevo Reglamento de Sanción, extinguiendo la responsabilidad imputada y, por consiguiente, quede sin efecto la sanción aplicada (multa).

3. Mediante el Memorandum N° 53-2017-OS/OR LAMBAYEQUE, recibido el 07 de diciembre de 2017, la Oficina Regional Lambayeque remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de

RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se señalan en el siguiente numeral.

4. Sobre lo alegado por la concesionaria en el numeral 2) de la presente resolución, corresponde señalar que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Nuevo Reglamento de Sanción, señala lo siguiente:

“El eximente de responsabilidad a que se refiere el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A, resultará aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite, en tanto resulta más favorables al administrado.

Dicho eximente de responsabilidad no se aplicará respecto a procedimientos administrativos sancionadores ya concluidos”.

De lo anterior se advierte que el Nuevo Reglamento de Sanción estableció que para aquellos procedimientos administrativos sancionadores que a la fecha de su entrada en vigencia se encontraran en trámite, se les aplicaría, de ser el caso, el eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del numeral 1) del artículo 236-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General; mientras que para aquellos procedimientos sancionadores iniciados a partir de su entrada en vigencia, se aplicarán las disposiciones especiales contenidas en el Nuevo Reglamento de Sanción.

Conforme se advierte de la documentación que obra en el expediente, el presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado a través del Oficio N° 763-2016-LAMBAYEQUE, notificado a la recurrente el 26 de abril de 2016, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento de Sanción. En tal sentido, en atención a la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Nuevo Reglamento de Sanción, corresponde determinar si en el presente caso se habría incurrido en la causal de eximencia prevista en el literal f) del numeral 1) del artículo 236-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Con relación a lo antes indicado, este Tribunal considera oportuno citar al autor Juan Carlos Morón Urbina quien al referirse a la subsanación señala lo siguiente⁸:

“(…) subsanar implica tener que reparar o remediar un derecho o resarcir un daño ocasionado, en este caso, a la Administración Pública o a un tercero (...) En este sentido no solo se trata de un pasivo arrepentimiento por el ilícito (...), sino que el sujeto procura de manera espontánea la reparación del mal o daño causado.

(...)

Toda infracción es jurídicamente subsanable, lo que impide o dificulta la subsanabilidad es la posibilidad o no de revertir los efectos dañosos producidos. No debe perderse de vista que la subsanación implica reparar o remediar un defecto y resarcir un daño, por lo que no se subsana con solo dejar de incurrir en la práctica incorrecta, en

⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. Gaceta Jurídica S.A. Lima – 2017. Tomo II. Páginas 512 y 513.

RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

arrepentirse de ello, sino en verdaderamente identificar el daño realmente producido al bien público protegido y revertirlo. (...)
(...)

En estos casos la subsanación deberá contemplar no solo la regresión o la cesación de la acción indebida, sino también el resarcimiento del daño ocasionado y la disminución o desaparición de las consecuencias de la infracción a través de acciones concretas. (...)

Siendo así, en el presente caso, la infracción imputada fue por el incumplimiento al indicador DTA "Desviación del tiempo de atención", para determinar este indicador, se evalúa que el tiempo de espera que demanda a los usuarios efectuar el pago de sus recibos de electricidad, en los días de mayor afluencia de público en el centro de atención determinado Osinergmin, desde que inician la cola hasta que culminan sus pagos, no sea mayor al tiempo de atención estándar de 15 minutos; lo cual no se cumplió, conforme lo reconoce la concesionaria.

Al respecto, si bien la concesionaria manifiesta haber tomado las medidas necesarias para evitar que se produzcan hechos similares en el futuro, por la naturaleza de la obligación, es imposible remediar el perjuicio causado a los usuarios por el exceso del tiempo de espera para la atención.

En ese sentido, al margen de la veracidad que puedan revestir las afirmaciones de la recurrente respecto a las correcciones realizadas con posterioridad a la supervisión a fin de subsanar el incumplimiento detectado, la infracción en que incurrió la recurrente no es susceptible de subsanación, por lo que no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del artículo 236-A de la LPAG, debido a que es imposible resarcir el daño ocasionado o revertir las consecuencias causadas por la infracción cometida.

Por otro lado, respecto a que la sanción impuesta vulnera el Principio de Razonabilidad⁹, debemos indicar que, en el literal a) del numeral 2) del Anexo N° 8 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución N° 028-2006-OS/CD¹⁰, e incorporado en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, se estableció la metodología de cálculo a ser aplicada para la determinación de las sanción a ser impuesta.

En el presente caso, para la determinación de la sanción imputada, de la revisión del numeral 3 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1653-2017-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 31 de octubre de 2017, obrante de fojas 115 y 116 del expediente¹¹, se observa que el órgano sancionador ha aplicado la metodología de cálculo

⁹ "1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."

¹⁰ Ver nota de pe N° 3

¹¹ Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1653-2017-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 31 de octubre de 2017, obrante de fojas 115 y 116 del expediente

RESOLUCIÓN N° 288-2018-OS/TASTEM-S1

establecida en el citado Anexo N° 8 de la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin dando como resultado un monto proporcional a la infracción imputada. Por lo que, este Órgano Colegiado considera que no se han vulnerado los Principios de Razonabilidad, alegado por la concesionaria en su recurso de apelación.

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar lo argumentado por Electronorte.

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 Norte S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1653-2017-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 31 de octubre de 2017 y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y Ricardo Mario Alberto Maguñá Pardo.



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 1653-2017-OS/OR LAMBAYEQUE

Conceptos	Datos	Monto
Incumplimiento al indicador DTA₀₄₋₁₄		
Valor del indicador DTA	33.33%	
Factor de tabla (De 300 001 a 400 000 Usuarios) = Ft	0.158	
Multa.- Literal a), del numeral 2 de la Resolución N°141-2011- OS/CD	DTA x Ft x UIT	S/ 21,327.87
	33.33 x 0.158 x 4 050	
Monto Total de la Multa (Nuevos Soles)		S/21,327.87