

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 316-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 28 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 2009-234¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto el 25 de enero de 2017 por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, ELECTRONORTE)², representada por la señorita Lisetti Nadine Quevedo Niquén, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 14 de setiembre de 2015, mediante la cual se le sancionó por no cumplir la Resolución Ministerial N° 185-2003-EM-DM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 006599 de fecha 22 de febrero de 2010, se sancionó a ELECTRONORTE con una multa ascendente a 4 (cuatro) UIT, por incumplir el literal e) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844³ (en adelante, LCE), al no aplicar el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 185-2003-EM/DM⁴, modificada por la Resolución Ministerial N° 001-2006-MEM/DM del 2 de

¹ Expediente SIGED N° 201300005841.

² 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.

³ **LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS – DECRETO LEY N° 25844**

"Artículo 31.- Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:

(...)

e) Cumplir con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables;

(...)"

⁴ **ESTABLECEN ÍNDICES LÁMPARAS/USUARIO Y FACTORES KALP PARA EL CÁLCULO DEL PORCENTAJE MÁXIMO DE FACTURACIÓN POR EL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO - RESOLUCION MINISTERIAL N° 185-2003-EM-DM**

"Artículo 2.- La facturación por el servicio de alumbrado público de los Sectores de Distribución Típicos 2, 3, 4 y 5 corresponderá al consumo leído mensualmente, no debiendo superar el porcentaje máximo de facturación resultante del siguiente cálculo que se efectuará semestralmente.

$$PALP = FALP / FTOT$$

Donde:

- PALP = Porcentaje de facturación máximo por el servicio de alumbrado público de la empresa de distribución eléctrica aplicable al semestre de facturación.
- FTOT = Monto facturado total en el semestre anterior (enero-junio o julio-diciembre).
- FALP = Facturación estimada máxima por el servicio de alumbrado público del semestre anterior que se calculará como el producto del número de suministros (N) al final del semestre anterior, multiplicado por el factor KALP correspondiente y la sumatoria de los precios medios mensuales del semestre anterior (S PMAP).

RESOLUCIÓN N° 316-2018-OS/TASTEM-S1

enero de 2006, dado que aplicó en los recibos de sus usuarios, durante los meses de agosto, setiembre y noviembre de 2006, así como en los meses de enero y febrero de 2007, valores de alícuotas mayores a aquellas reportadas a Osinergmin.

Esta conducta se encuentra tipificada como infracción sancionable en el numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución N° 028-2003-OS/CD⁵ (en adelante, Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica).

2. Mediante escrito del 26 de marzo de 2010, ELECTRONORTE interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 006599, el cual fue declarado infundado por Resolución de Gerencia General N° 445 de fecha 17 de junio de 2010.
3. Mediante escrito del 19 de julio de 2010, ELECTRONORTE interpuso recurso de apelación contra de la Resolución de Gerencia General N° 445.
4. Mediante Resolución N° 033-2015-OS/TASTEM-S1 de fecha 3 de febrero de 2015, este Colegiado declaró infundado el recurso de apelación en el extremo referido a la determinación de la responsabilidad administrativa de ELECTRONORTE por incumplir con el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 185-2003-EM/DM⁶ al aplicar en los recibos de sus usuarios, durante los meses de agosto, setiembre y noviembre de 2006, así como en los



Factores KALP

| Sector-Segmento | KALP kW.h/Usuario-mes |
|-----------------|--------------------------|
| 2 Segmento A | |
| 3 Segmento A | 11,0 |
| 2 Segmento B | |
| 3 Segmento B | 10,3 |
| 4 Segmento A | 6,1 |
| 4 Segmento B | 4,5 |
| 5 | 3,3 |

Para los sectores típicos 2 y 3, el segmento A corresponde a aquellos sistemas eléctricos con un consumo promedio mensual por usuario a nivel de baja tensión (sin considerar el consumo de alumbrado público) igual o mayor a 180 kW.h o un número de usuarios igual o mayor a 30 000. El segmento B corresponderá a aquellos sistemas eléctricos no comprendidos en el segmento A.

Para el sector típico 4, el segmento A corresponde a aquellos sistemas eléctricos con un consumo promedio mensual por usuario a nivel de baja tensión (sin considerar el consumo de alumbrado público) igual o mayor a 40 kW.h o un número de usuarios igual o mayor a 5000. El segmento B corresponderá a aquellos sistemas eléctricos no comprendidos en el segmento A.

El precio medio del servicio de alumbrado público (PMAP), se obtendrá considerando el cargo de energía definido en la opción tarifaria BT5C del pliego tarifario respectivo y 360 horas de utilización mensual. Cuando en un determinado mes se presenten diversos pliegos tarifarios, debe establecerse un PMAP proporcional a los días de vigencia de cada pliego.

Las conexiones colectivas y provisionales serán consideradas como un único suministro.

El porcentaje máximo de facturación de alumbrado público aplicable es el correspondiente a nivel empresa⁶.

- ⁵ ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACION ELECTRICA, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD

ANEXO 1

| N° | TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN | BASE LEGAL | SANCION | E-TIPO 4 |
|-------|---|-----------------------------------|-----------------|----------------------|
| (...) | | | | |
| 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 1 a 1000 UIT | Multa hasta 1000 UIT |

⁶ Modificado por el artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 001-2006-MEM/DM del 2 de enero de 2006.

meses de enero y febrero de 2007, valores de alícuotas mayores a aquellas reportadas a Osinergmin.

Asimismo, se declaró de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 006599 de fecha 22 de febrero de 2010 y la Resolución de Gerencia General N° 445 de fecha 17 de junio de 2010, en los extremos referidos a la determinación de la sanción impuesta, devolviéndose los actuados a la primera instancia a fin que ésta emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a Ley.

5. Mediante Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 14 de setiembre de 2015, se sancionó a ELECTRONORTE con una multa de 5.77 (cinco con setenta y siete centésimas) UIT, por el incumplimiento antes descrito.
6. A través de escrito con registro N° 201300005841 del 25 de enero de 2017, ELECTRONORTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 14 de setiembre de 2015, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

- a) El órgano sancionador está incumpliendo el numeral 187.2 del artículo 187° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, puesto que la interposición de los recursos administrativos que la Ley le faculta no puede agravar su situación original.

ELECTRONORTE indica que la Resolución de Sanción N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE, emitida como consecuencia de sus recursos impugnatorios, impone una sanción ascendente a 5.77 (cinco con setenta y siete centésimas) UIT, esto es, mayor a la establecida primigeniamente –4 UIT–, según Resolución de Gerencia General N° 006599.

- b) El numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica establece como sanciones: i) la amonestación; y, ii) multa de 1 a 1000 UIT, en el caso particular de ELECTRONORTE –Empresa Tipo 3– la multa es hasta 500 UIT. En este sentido, señala que la resolución impugnada debía evaluar si la sanción a imponer debe ser amonestación o multa, considerando que no ha existido intencionalidad en el incumplimiento imputado debido a que no se ha aplicado un alícuota superior a 5% del monto facturado total que establece el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM.
- c) ELECTRONORTE observa la metodología del cálculo de la multa consignada en el Informe Final de N° 1699-2015-OS/OR LAMBAYEQUE, pues refiere que no se ha motivado legalmente la fuente o base legal que se utilizó para calcular la cuantía de la multa, lo que implicaría que la multa impuesta no se encuentre debidamente motivada y sin amparo legal, incurriendo en causal de nulidad establecida en el numeral 2) del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por lo expuesto, ELECTRONORTE solicita se revoque la multa impuesta y, en consecuencia, se varíe la sanción de MULTA por una de AMONESTACIÓN en atención a los principios de legalidad y razonabilidad recogidos la Ley N° 27444.



7. Mediante Memorandum N° 15-2017-OS/OR LAMBAYEQUE, recibido el 20 de marzo de 2017, la Oficina Regional de Lambayeque de Osinergmin elevó 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.
8. Sobre lo alegado en el literal a) del numeral 6) de la presente resolución, se debe señalar que de acuerdo con el Principio de Legalidad⁷ establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Al respecto, el numeral 256.3 del artículo 256° del TUO de la LPAG⁸ establece que cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrán determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

En virtud de la norma glosada, en Sesión de Sala Plena del TASTEM realizada el 19 de diciembre de 2017, se aprobó el siguiente criterio resolutivo:

“Cuando se declare, a solicitud de parte o de oficio, la nulidad de una resolución sancionadora (en la que la multa se encuentre dentro del rango previsto en la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin) y se retrotraiga el procedimiento administrativo al estado en que el órgano sancionador emita un nuevo pronunciamiento, la nueva resolución sancionadora debidamente motivada a emitirse, no deberá contener una multa cuyo importe sea superior a la inicialmente impuesta en la resolución que fue declarada nula.”

Cabe advertir que, para la aprobación del mencionado criterio resolutivo se tuvo en consideración lo siguiente:

“Si bien el efecto jurídico de la nulidad de un acto es su inexistencia, dado que el artículo 256° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 27° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, prohíben que el TASTEM pueda incrementar la multa impuesta por el órgano sancionador, resultaría contrario a esta garantía normativa que el propio órgano sancionador pueda -al corregir su accionar viciado- agravar la sanción inicialmente impuesta al administrado.”

⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444 – DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.”

⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444 – DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS**

“Artículo 256.- Resolución

(...)

256.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.”

Por seguridad jurídica, corresponde al TASTEM velar por garantizar al administrado la confianza y certeza respecto de sus derechos, promoviendo el acceso a la jurisdicción de revisión en un accionar libre y desprovisto de peligros”.

Ahora bien, en el presente caso, mediante la Resolución de Gerencia General N° 006599 de fecha 22 de febrero de 2010, obrante en fojas 22 y 23 del expediente, se resolvió sancionar a ELECTRONORTE con una multa ascendente a 4 (cuatro) UIT, por incumplir con el literal e) del artículo 31° de la LCE y el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 185-2003-EM/DM, en tanto aplicó en los recibos de sus usuarios, durante los meses de agosto, setiembre y noviembre de 2006, así como en los meses de enero y febrero de 2007, valores de alícuotas mayores a aquellas reportadas a Osinergmin.

Es de precisar que la mencionada resolución conjuntamente con la Resolución de Gerencia General N° 445 –que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente– fueron apeladas por ELECTRONORTE, impugnación que fue resuelta por este Colegiado a través de la Resolución N° 033-2015-OS/TASTEM-S1 de fecha 3 de febrero de 2015, que en su artículo 2° declaró la nulidad de oficio de las precitadas resoluciones en el extremo referido a la determinación de la sanción impuesta por la infracción cometida, ordenando a la primera instancia que se emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a Ley⁹.

Es en atención a lo dispuesto por el artículo 2° de la Resolución N° 033-2015-OS/TASTEM-S1, se emitió la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 14 de setiembre de 2015, que en su artículo 1° dispuso sancionar a ELECTRONORTE con una multa de 5.77 (cinco con setenta y siete centésimas) UIT, es decir, una multa con un importe superior a aquella que le fuera impuesta mediante Resolución de Gerencia General N° 006599 –4 (cuatro) UIT–. Cabe indicar que el importe de la multa de 5.77 UIT se encuentra debidamente motivado, por lo que aquella debería ser la multa a ser impuesta a la recurrente.

Sin embargo, en atención Sesión de Sala Plena del TASTEM realizada el 19 de diciembre de 2017, el cual ha sido detallado en párrafos precedentes, como consecuencia de la interposición de recursos administrativos, el importe de la nueva sanción no puede ser superior al originalmente establecido, motivo por el que corresponde reducir el importe de la sanción impuesta a través de la resolución recurrida, la misma que queda fijada en 4 (cuatro) UIT.

7. En cuanto a lo alegado en los literales b) y c) del numeral 6), corresponde indicar, en primer lugar, que a través de la resolución recurrida se ordenó a la autoridad de primera instancia que emita una nueva resolución respecto del cálculo de la multa que correspondía ser impuesta a la recurrente, lo que en efecto fue realizado por dicha autoridad. Es decir, no correspondía que dicha autoridad analizara el tipo de sanción que correspondía aplicar, sino tan solo que se realizara un nuevo cálculo de la multa a ser impuesta.

⁹ Es de precisar que, la nulidad de oficio declarada mediante Resolución N° 033-2015-OS/TASTEM-S1 se sustentó en que el importe de la multa impuesta a la concesionaria no fue motivado debidamente, ello en la medida que, conforme se advierte en el numeral 10) de la precitada resolución, de las resoluciones impugnadas no se desprende que se haya realizado un análisis objetivo de la graduación de la sanción impuesta que justifique la sanción de cuatro (4) UIT.

RESOLUCIÓN N° 316-2018-OS/TASTEM-S1

Adicionalmente, corresponde señalar que, si bien se ha procedido a reducir el importe de la sanción impuesta a través de la resolución recurrida, por los motivos detallados en el numeral precedente, la sanción determinada por la primera instancia **se encuentra debidamente** motivada, cumpliendo de esta forma los requisitos del acto administrativo.

En consecuencia, corresponde desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente en estos extremos.

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 de Osinergmin N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 14 de setiembre de 2015.

Artículo 2°. – Reducir el importe de la multa impuesta a través de la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2211-2015-OS/OR LAMBAYEQUE de fecha 14 de setiembre de 2015, la que de 5.77 (cinco con setenta y siete centésimas) UIT queda establecida en 4 (cuatro) UIT.

Artículo 3°.- 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**