

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 235-2021-OS/TASTEM-S1

Lima, 10 de diciembre del 2021

VISTO:

El Expediente N° 201400152348 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 3 de noviembre de 2021 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° 3114-2021-OS/OR LAMBAYEQUE del 7 de octubre de 2021, mediante la cual se le sancionó por no cumplir dentro del plazo establecido con lo dispuesto en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-S1, emitida por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (en adelante, JARU).

CONSIDERANDO:

1. Mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3114-2021-OS/OR LAMBAYEQUE del 7 de octubre de 2021, se sancionó a Electronorte con una multa de 2 (dos) UIT, por la comisión de la siguiente infracción:

Ítem	Incumplimiento verificado	Multa UIT
1	No cumplir con lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1, consistente en emitir un nuevo pronunciamiento por cobro del interés compensatorio y moratorio facturado en agosto de 2014, sobre la base de lo señalado en la referida resolución y a los medios probatorios pertinentes, dentro del plazo de 7 días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución.	2
MULTA TOTAL		2

La Oficina Regional Lambayeque de Osinergmin² señaló que la la infracción del ítem N° 1 se encuentra tipificada como tal y es sancionable conforme al Rubro 1 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones en los Procedimientos de Reclamos y de Solución de Controversias, contenida en el Anexo N° 2 de la Resolución N° 057-2019-OS/CD³.

¹ ELECTRONORTE es una empresa de distribución de tipo 3, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo N° 2 de la Resolución N° 028- 2003-OS/CD y su ámbito de concesión comprende el departamento de Lambayeque y parte de Cajamarca.

² De conformidad con el numeral 1.1 del artículo 1º de la Resolución N° 057-2019-OS/CD, en el caso de los agentes que operan actividades de distribución y comercialización de electricidad y en los procedimientos de reclamos de usuarios, el órgano sancionador es el Jefe de la Oficina Regional. Asimismo, de acuerdo con el numeral 1.3 del artículo 1º de la resolución bajo comentario, los recursos de apelación interpuestos contra las sanciones y medidas administrativas corresponden ser conocidos por el TASTEM, conforme a las atribuciones establecidas en el Reglamento de Órganos Resolutivos.

³ Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones en los Procedimientos de Reclamos y de Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 057-2019-OS/CD

Rubro	Tipificación de la Infracción	Base Legal	Rango de Multas
-------	-------------------------------	------------	-----------------

2. Con escrito recibido el 3 de noviembre de 2021, Electronorte interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3114-2021-OS/OR LAMBAYEQUE, en atención a los siguientes argumentos:

a. La resolución impugnada contiene una motivación aparente e insuficiente

- Osinergmin sustenta la aplicación de la multa en el supuesto incumplimiento del artículo 3° de la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1 que declaró NULA la Resolución N° 251000000992 emitida por Electronorte, en el extremo referido al cobro del interés compensatorio y moratorio facturado en agosto 2014, falta de atención a la reiteración de solicitud de entrega de documentos, mala atención al cliente.
- Mediante la Resolución N° 25100019163 Electronorte emitió un nuevo pronunciamiento, señalando que el interés compensatorio y moratorio se incluyó en la facturación de agosto de 2014, debido a que el suministro incurrió en el pago diferido de las facturaciones de junio y julio de 2014, es decir, culminada la fecha de vencimiento otorgado.
- Sin embargo, pese a haber cumplido con lo ordenado e informado lo actuado al Osinergmin, la JARU con fecha 3 de febrero de 2015 emitió la Resolución N° 0457-2015-OS/JARU-SU1, declarando NULA la Resolución N° 25100019163 y disponiendo se emita un nuevo pronunciamiento.
- Precisa que los 3 pronunciamientos emitidos a partir de la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1 fueron declarados infundados, puesto que el cobro de los intereses moratorio y compensatorio se encontraba debidamente sustentado en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, pese a lo cual Osinergmin atribuye el incumplimiento a la concesionaria y aplica la sanción de 2 (dos) UIT, en base a consideraciones subjetivas, tales como, “no detalló adecuadamente”, “no sustentó su pronunciamiento” y “no está debidamente motivada”.
- El ente regulador -al momento de resolver- debió aplicar el Principio de Razonabilidad, que dispone que sus decisiones 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 manera de ejemplo, menciona que la cuantía de la sanción de multa no constituye una decisión libre dentro de los márgenes mínimos y máximos previstos, sino que debe ser sustentada en función de la gravedad de los hechos y los criterios de graduación

1	<i>Cuando la concesionaria no cumpla con: (...) - Las medidas administrativas dispuestas a favor del usuario, en las resoluciones emitidas por la concesionaria o la JARU.</i>	<i>Artículo 203 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Numeral 39.1 del artículo 39 y artículo 40 de la Directiva “Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural”, aprobada por Resolución N° 269-2014-OS-CD, o la norma que la modifique, sustituya o complemente.</i>	<i>Empresas Eléctricas Tipo 4: De 2 a 1000 UIT</i>
---	--	---	--

establecidos por la Ley, en concordancia con la proscripción del exceso de punición, entendido como aquel vicio de nulidad del acto administrativo en que se incurre cuando la sanción impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objetivo de la norma represiva que sustentó el dictado del precepto como la emisión del acto administrativo sancionador (desvío de poder).

- Cita al profesor COMADIRA, en sus comentarios relativos al exceso de punición como la exigencia de que la autoridad no solo tenga que motivar la probanza de la falta sino también de qué manera ha ponderado la conducta y los demás criterios atinentes para seleccionar la sanción a imponer, e incluso, motivar la sanción elegida, dentro de las varias posibles. En tal sentido, no basta la mera motivación de los hechos sancionables, sino que debe estar complementada con la justificación de la medida a aplicar y su cuantía.
- Concluye que, el ente regulador debe evaluar los argumentos de la concesionaria y dejar sin efecto la sanción, pues esta transgrede los principios de la facultad sancionadora que le ha sido conferida por ley.

b. Osinergmin vulneró los Principios de Razonabilidad y Legalidad al incrementar la sanción en perjuicio del administrado para calzar en la tabla de multas.

- Osinergmin impone la multa mínima de 2 (dos) UIT conforme a la tipificación; no obstante, la multa determinada de acuerdo con la fórmula establecida es de 1.09 (una y nueve centésimas) UIT. El redondeo de la multa en el presente caso causa un perjuicio para el administrado, por tratarse de una restricción o limitación de derechos patrimoniales, y al no estar contemplada en la Ley de la Materia, Osinergmin ha infringido el Principio de Legalidad.
- El hecho que no se haya contemplado multas inferiores a 2 (dos) UIT, no significa que Osinergmin se encuentre habilitado a incrementar la sanción, sin explicar por qué asume esa interpretación. Al respecto, el planteamiento del OSINERGMIN no constituye una justificación válida, por lo siguiente: i) Interpreta la disposición, en perjuicio del administrado; y con ello, ii) Agrava, injustificadamente, la sanción (al redondear a 2 (dos) UIT, el decimal 1.09 UIT). iii) No valora que menos gravoso que la multa de 2 (dos) UIT, es la amonestación, que también se encuentra contemplada como sanción; independientemente de que haya o no reconocimiento del hecho infractor.
- Osinergmin no ha tomado en consideración que tanto el procedimiento administrativo como la facultad fiscalizadora de la Administración Pública, se sustentan fundamentalmente en el Principio de la Legalidad, mediante la cual las autoridades deben respetar a la Constitución, la Ley y al Derecho, y actuar dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas. Lo contrario generaría no sólo un abuso sino desigualdad, y trastocaría los principios de legalidad y seguridad jurídica.
- Lo concreto es que la norma dispone que la fórmula a aplicar para la determinación de la multa estará dada por la siguiente fórmula:

$$M = \frac{(B + \alpha D)}{p} A$$

Donde:

M: Multa estimada.

B: Beneficio económico ilícito generado por la infracción.

α: Porcentaje del daño derivado de la infracción que se carga en la multa administrativa.

D: Valor del daño derivado de la infracción

P: Probabilidad de detección

A: Atenuantes o agravantes

- Osinergmin recurre a una interpretación extensiva, trasgrediendo el Principio de Legalidad, Razonabilidad y Debido Procedimiento.
- De manera ilustrativa cita la Sentencia de Vista recaída en el Expediente N° 03615-2018-0-1801-JR-CA-26, de fecha 01 de setiembre del 2020, la cual concluyó que Osinergmin no cuenta con prerrogativa alguna para realizar redondeos a las multas en perjuicio del administrado, por lo cual, corresponde se deje sin efecto la multa impuesta.

c. La supuesta infracción y/o atribución de responsabilidad se encuentra prescrita

- El ente regulador impuso una sanción a través del artículo 1° de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3114-2021/OR LAMBAYEQUE, sin tener en cuenta el plazo de prescripción establecido en el numeral 233.1 del artículo 233° del TUO de la LPAG.
- El cumplimiento de la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1 fue informado a Osinergmin el 5 de enero de 2015. Luego, mediante la Resolución N° 0457-2015-OS/JARU-SU1 del 3 de febrero de 2015, la JARU, advirtió que mediante la Resolución N° 25100019163, la concesionaria volvió a emitir un nuevo pronunciamiento, sin motivarlo debidamente, razón por la cual reiteró la misma causal de nulidad, ordenando la emisión de un nuevo pronunciamiento. En tal sentido, el 25 de febrero de 2015, la concesionaria emitió la Resolución N° 25100019562, por medio de la cual declaró infundada la resolución. Este pronunciamiento fue impugnado por la reclamante el 3 de marzo de 2015. Luego, el 16 de abril de 2015, a través de la Resolución N° 1388-2015-OS/JARU-SU1, la JARU revocó la Resolución N° 25100019562, y declaró fundado el reclamo sobre cobro de interés compensatorio y moratorio facturado, disponiendo anular estos cargos a través de la nota de crédito N° 080-0000719.
- Precisa que, el regulador inició el procedimiento sancionador a la concesionaria, a través del Oficio N° 65-2021-OS/OR Lambayeque, notificado el 8 de enero de 2021; es decir, fuera del plazo establecido en el citado numeral 233.1 del artículo 233° del TUO de la LPAG.
- En tal sentido, se solicita conceder el presente recurso, declarar la nulidad de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3114-2021/OR LAMBAYEQUE, y se deje sin efecto la multa impuesta de 2 (dos) UIT.

3. Por Memorandum N° 74-2021-OS/OR LAMBAYEQUE, recibido el 3 de noviembre de 2021, la Oficina Regional Lambayeque remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
4. Respecto a lo manifestado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, con relación a la prescripción de la facultad sancionadora, el artículo 31⁴ 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, norma vigente cuando se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, establecía que la potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribía a los cuatro (4) años, y que el referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado.

Asimismo, el aludido artículo 31° señalaba que el cómputo del plazo de prescripción se inicia teniendo en cuenta el tipo de infracción cometida por el administrado. Así, conforme con dicha norma, el cómputo del plazo consideraba lo siguiente:

“(…)

- a) En infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó.*
- b) En infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.*
- c) En infracciones continuadas, el plazo de prescripción se inicia desde la realización de la última acción constitutiva de la infracción.*
- d) Tratándose de infracciones al cumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del periodo supervisado.*

4 REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 040-2017-OS/CD.

“Artículo 31.- Prescripción y caducidad

31.1 La potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado. Asimismo, el inicio del plazo de prescripción considera lo siguiente:

- a) En infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó.*
- b) En infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.*
- c) En infracciones continuadas, el plazo de prescripción se inicia desde la realización de la última acción constitutiva de la infracción.*
- d) Tratándose de infracciones al cumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del periodo supervisado.*

31.2 El cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al Agente Supervisado. También se suspende por mandato judicial o en los supuestos previstos en la ley.

31.3 El órgano sancionador o el órgano revisor declara de oficio la prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponda.”

De conformidad con el numeral 9.1 del artículo 9° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin⁵, la infracción materia de sanción es una infracción instantánea, toda vez que la conducta infractora se produjo y se consumó en un momento determinado, esto es, al día siguiente de vencido el plazo de 7 (siete) días hábiles otorgado en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1 para dar cumplimiento a lo ordenado por la JARU en dicha resolución.

De la documentación que se encuentra en el expediente, se advierte que mediante la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1, la JARU dispuso que la concesionaria emita un nuevo pronunciamiento por el cobro del interés compensatorio y moratorio facturado en agosto de 2014, teniendo en cuenta el detalle de la procedencia del importe del interés compensatorio y moratorio facturado en agosto de 2014, así como el cálculo de los intereses considerando las refacturaciones y pagos realizados, las fechas de vencimiento de las facturaciones, deudas anteriores, saldos o importes por reclamos anteriores, saldos en disputa y/o saldos liberados, entre otros.

No obstante, si bien mediante la Resolución N° 25100019163 de fecha 5 de enero de 2015, la concesionaria emitió un nuevo pronunciamiento dentro de plazo señalado en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1, no tomó en cuenta la documentación antes descrita y no detalló adecuadamente la procedencia del importe del interés compensatorio y moratorio facturado en agosto de 2014, dado que, de la documentación obrante en autos no se puede determinar la procedencia de la columna denominada importes cancelados. Es decir, no sustentó su pronunciamiento conforme se le indicó en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1. Dicho incumplimiento fue advertido por la JARU que mediante la Resolución N° 0457-2015-OS/JARU-SU1 del 3 de febrero de 2015, reiteró la misma causal de nulidad, ordenando a la concesionaria emitir un nuevo pronunciamiento.

De lo anterior, se advierte que la infracción se cometió el 7 de enero de 2015, al verificarse que el pronunciamiento emitido por la concesionaria mediante la Resolución N° 25100019163, no cumplió con las condiciones detalladas en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-SU1; por lo que el cómputo del plazo de prescripción comienza en dicha fecha.

Luego, desde el 7 de enero de 2015, fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción, hasta el 8 de enero de 2021, fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (a través de la notificación del Oficio N° 65-2021-OS/OR LAMBAYEQUE), el plazo para que Osinergmin ejerza su potestad sancionadora ya había prescrito. En efecto, tal como se indica en la siguiente línea de tiempo, el ejercicio de la potestad sancionadora

⁵ REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, APROBADO POR RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 040-2017-OS/CD.

"Artículo 9.- Tipos de Infracción

9.1 Las infracciones pueden ser de tres tipos:

a) *Infracciones Instantáneas.* - Las que a su vez se subdividen en:

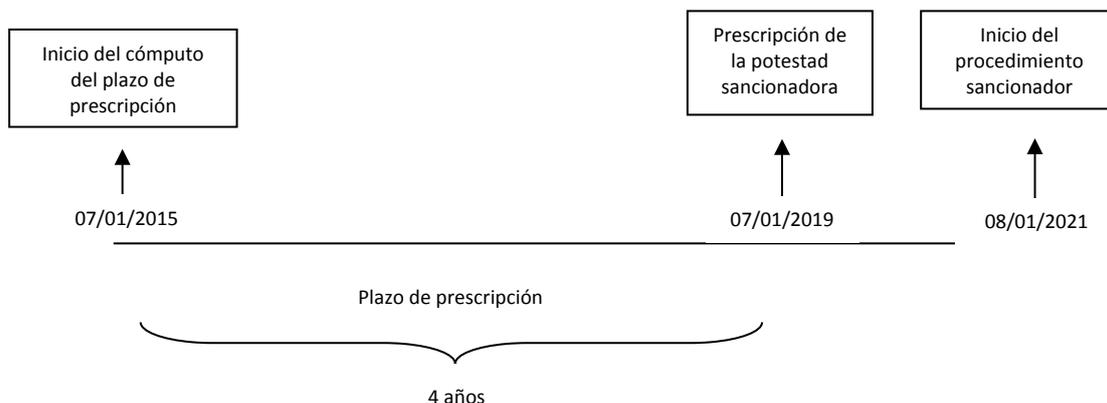
a.1) *Infracciones instantáneas simples.* - Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consuma.

a.2) *Infracciones instantáneas de efectos permanentes.* - Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consuma, permaneciendo sus efectos en el tiempo.

b) *Infracciones Permanentes.* - Son aquellas en que la conducta infractora subsiste en el tiempo.

c) *Infracciones Continuas.* - Son aquellas que se realizan a través de más de una conducta infractora pero que se consideran como una única infracción."

de Osinergmin respecto de la infracción administrativa objeto de análisis prescribió el 7 de enero de 2019, fecha en la que se cumplió el plazo de cuatro años previsto por la normativa vigente:



En consecuencia, considerando que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3114-2021-OS/OR LAMBAYEQUE fue notificada el 7 de octubre de 2021, esto es, luego de haber transcurrido en exceso el plazo de 4 (cuatro) años desde que operó la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin, corresponde declarar a pedido de parte la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa consistente en no cumplir dentro del plazo establecido con lo dispuesto en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-S1, y disponer el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el expediente N° 201400152348.

5. En cuanto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2) de la presente resolución, este Órgano Colegiado considera que carece de objeto que se pronuncie sobre el particular, dado que se ha dispuesto el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el expediente N° 201400152348, al haberse declarado a pedido de parte la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa que fue imputada a Electronorte.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16º del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1º. - Declarar a pedido de parte la **PRESCRIPCIÓN** de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa consistente en no cumplir dentro del plazo establecido con lo dispuesto en la Resolución N° 5068-2014-OS/JARU-S1, y disponer el **ARCHIVO DEFINITIVO** del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el expediente N° 201400152348.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo Morelli y Francisco Javier Torres Madrid.

«image:osifirma»

PRESIDENTE