

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

Lima, 04 de marzo del 2022

VISTO:

El Expediente N° 202000002552 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 17 de enero de 2022 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° 3976-2021-OS/OR LAMBAYEQUE del 22 de diciembre de 2021, mediante la cual se la sancionó por incumplir el “*Procedimiento para la Supervisión de la Calidad de Atención Telefónica de las Empresas de Distribución Eléctrica*”, aprobado mediante la Resolución N° 266-2012-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), detectado en la supervisión muestral correspondiente al primer semestre del año 2017.

CONSIDERANDO:

- Mediante la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 3976-2021-OS/OR LAMBAYEQUE del 22 de diciembre de 2021, se sancionó a Electronorte con una multa total de 19.42 (diecinueve y cuarenta y dos centésimas) UIT, por haber incumplido el estándar de los indicadores ATNA (Atención Telefónica No Adecuada) e ICAT (Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica), previsto en los numerales 7.1 y 7.2 del Procedimiento²,

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 el departamento de Lambayeque y parte de Cajamarca.

² **PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA CALIDAD DE ATENCIÓN TELEFÓNICA DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 266-2012-OS/CD.**

“7. INDICADORES DE RESULTADOS

Al final del semestre de control OSINERGMIN calcula los siguientes indicadores de resultados:

7.1 Indicador de Atención Telefónica No Adecuada (ATNA)

$$ATNA = (1 - CVAATCEA) \times 100\% \quad ATNA = 1 - CVAATCEA \times 100\%$$

Donde:

ATNA: Indicador de Atención Telefónica No Adecuada.

CVAA: Cantidad de llamadas donde se verificó que se cumplen todos los aspectos considerados en el numeral 5.1; 5.2 y 5.3.

TCEA: Cantidad total de llamadas de la muestra.

7.2 Indicador de Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica (ICAT)

$$ICAT = (1 - CVAFTCEI) \times 100\% \quad ICAT = 1 - CVAFTCEI \times 100\%$$

Donde:

ICAT: Indicador de Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica.

CVAF: Cantidad de llamadas donde se verificó que el centro de atención telefónica cumple con todos los aspectos establecidos en el literal 6.2.c)

TCEI: Cantidad total de llamadas efectuadas durante el semestre de control.

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

respectivamente, en el primer semestre del año 2017, según se indica en el siguiente cuadro:

Ítem	Infracción	Sanción
1	Desviación del indicador ATNA: Electronorte obtuvo el valor de 15.90%, excediendo la tolerancia de 2%, prevista en el artículo 8° del Procedimiento ³ .	16.20
2	Desviación del indicador ICAT: Electronorte obtuvo el valor de 4.40%, excediendo la tolerancia de 2%, prevista en el artículo 8° del Procedimiento ⁴ .	3.22
TOTAL		19.42

Cabe señalar que los incumplimientos imputados a Electronorte se encuentran tipificados como infracciones administrativas en el numeral 9.2 del artículo 9° del Procedimiento (De las Infracciones y Sanciones)⁵, y son sancionables conforme al numeral 1.10, del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD⁶.

2. Con escrito de fecha 17 de enero del 2022, Electronorte interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 3976-2021-OS/OR LAMBAYEQUE, en atención a los siguientes argumentos:

³ **PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA CALIDAD DE ATENCIÓN TELEFÓNICA DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA - RESOLUCIÓN N° 266-2012-OS/CD.**

8. TOLERANCIAS PARA LOS INDICADORES

Se fijan las siguientes tolerancias:

INDICADOR	VALOR
ATNA	2%
ICAT	2%''

⁴ Ver nota de pie N° 3.

⁵ **PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA CALIDAD DE ATENCIÓN TELEFÓNICA DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 266-2012-OS/CD**

"9. DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES:

Se consideran como infracciones sujetas a sanción:

9.1 *El incumplimiento de los aspectos establecidos en el numeral 4 del presente procedimiento.*

9.2 *Superar las tolerancias establecidas en el numeral 8 del presente procedimiento.*

9.3 *No entregar copias de las grabaciones de llamadas cuando OSINERGMIN lo solicite.*

Dichas infracciones serán sancionadas de acuerdo a lo dispuesto en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, o la que la sustituya o complemente."

⁶ **ESCALA DE MULTAS DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA, RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD - ANEXO 1**

Nº	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	E-TIPO 3
1.10	Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, Resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u Osinergmin, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico.	Art. 201° inc. p) del Reglamento.	Amonestación De 1 a 1000 UIT	Multa hasta 500 UIT

- a) La resolución apelada contiene una motivación aparente e insuficiente, en relación a que se asume de manera subjetiva que Electronorte incumplió los indicadores ATNA e ICAT en el primer semestre 2017. Precisa, que la aplicación de la multa impuesta se sustenta en que se excedió la tolerancia establecida de 2% al obtener el valor de 15.9%, por lo tanto, la concesionaria es responsable de exceder la tolerancia prevista para el numeral 8 del Procedimiento. Asimismo, no se otorgó un tratamiento especial a la supervisión objeto del Procedimiento ni se consideró alguna excepción a su aplicación, como parte de la normativa emitida por el regulador como consecuencia del fenómeno “El Niño” presentado en el periodo supervisado (primer semestre 2017).

Refiere, tal y como se señaló en sus descargos remitidos mediante carta N° GC1014-2018, respecto al indicador ATNA, que el sistema comercial NGC de Electronorte permite que, ni bien ingresaban las llamadas, los números telefónicos de los usuarios quedaban registrados en el módulo comercial, situación que permitía tener los datos de los usuarios que llaman; en ese sentido, la omisión cometida no ha causado la violación de los derechos del usuario, toda vez, que los recursos fueron atendidos dentro de los plazos establecidos, más aun tomando en consideración lo expuesto en el último párrafo del numeral arriba acotado que a la letra expone “La no entrega de información de algunos de estos aspectos por parte de la persona que llama, no invalida continuar con la atención de la llamada”.

Por lo que, se advierte que el mismo Procedimiento al haber incluido este último párrafo admite que no es indispensable contar con este dato para proseguir con la atención; más aún, tratándose de casos de alumbrado público, falta de suministro o denuncia en los cuales lo básico es contar con la dirección exacta de la zona o predio afectado para su atención, por lo tanto, al momento de resolver se debió aplicar el Principio de Razonabilidad.

Sostiene que aun cuando el ilícito constituyera un actuar punible, la sanción debe ser razonable en función de los elementos subjetivos de la comisión y los efectos producidos. Esta exigencia, hace que en el derecho administrativo sancionador la autoridad no solo tenga que motivar la probanza de la falta sino también de que manera ha ponderado la conducta y los demás criterios atenuantes para seleccionar la sanción a imponer, e incluso, motivar la sanción elegida, dentro de las varias posibles. 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.

- b) En relación al indicador ICAT, alega, tal y como indicó en su escrito de descargos realizado mediante carta N° GC1014-2018 Electronorte procedió a revisar las llamadas observadas por el regulador, correspondientes a febrero y marzo de 2017, cabe invocar los Decretos Supremos que declararon el Estado de Emergencia en los departamentos de Tumbes, Piura y Lambayeque por desastre a consecuencia de intensas lluvias (D.S. N° 011-2017-PCM, D.S. N° 034-2017-PCM, D.S. N° 035-2017-PCM, D.S. N° 052-2017-PCM y D.S. N° 070-2017-PCM), el mismo que se inició el 3 de febrero de 2017 y se extendió hasta el 1 de setiembre de 2017. Refiere que, debido a los acontecimientos pluviales ocurridos en la zona, el número de llamadas se incrementó en el mes de febrero de 2017 en un 67% y en el mes de marzo 2017 en un 118.19%, situación que por obvias razones generó la indisponibilidad de la Central Telefónica.

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

Así también, menciona que por el oficio N° 3121-2017-INDECI/5.0, de fecha 27 de junio de 2017, el Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI), informó que desde el 19 de enero al 9 de mayo de 2017, se registraron lluvias de moderada a fuerte intensidad generando, inundaciones y deslizamientos afectando viviendas, áreas de cultivos y vías de comunicación en las provincias del departamento de Tumbes; y, desde el 31 de enero al 14 de marzo de 2017, se registraron fuertes precipitaciones pluviales ocasionando inundaciones, huaycos, deslizamientos y desbordes afectando viviendas, vías de comunicación, instituciones educativas, locales públicos y áreas de cultivo en las provincias del departamento de Lambayeque.

Por Decreto Supremo N° 070-2017-PCM publicado el 4 de julio de 2017, se prorrogó el Estado de Emergencia, es decir, hasta el 4 de setiembre de 2017, lo cual no ha sido tomado en cuenta por el regulador, resultado ilegal exigir a los administrados que realicen trámites y cumplan plazos administrativos en tales circunstancias extraordinarias, imprevisibles e irresistibles por la presencia del fenómeno de “El Niño”.

- c) Alega que cualquier interpretación en contrario trasgrede los artículos 1° y 2° de la Constitución Política. Así como el artículo 1315° del Código Civil que dispone que: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

El “Estado de Emergencia por el fenómeno de “El Niño Costero” cumple con los elementos objetivos (extraordinario, imprevisible e irresistible), habiendo inclusive el Gobierno emitido dispositivos legales que disponen la suspensión de plazos administrativos. Que, a raíz de este evento climatológico, todos los canales de atención tales como: salas de atención al cliente, Call Center, redes sociales, correos, se sobredimensionaron; aun así, no fue suficiente la atención de la gran cantidad de clientes requiriendo la reposición del servicio, dado que se registró un incremento en los diversos canales de atención originando un desborde de llamadas, elevándolo a más del 100%.

Que, tal como se informó, en el caso de las llamadas telefónicas, en lo que respecta al I semestre 2017, se registró un total de 189 338 llamadas a diferencia del año 2016 que se obtuvo un registro total de 136 971, excediendo en un 38.23%. Precisa, que del reporte que arrojó su sistema comercial, se denotó gran cantidad registrada en los días observados además que en el momento que ingresaron las llamadas al servidor los operadores se encontraban atendiendo llamadas ingresadas segundos antes de las llamadas observadas. Es por ello, que resultó por imposible poder atender al mismo tiempo a un gran número de usuarios; ello, tomando en consideración que su Call Center contaba tan sólo con 10 troncales y 10 operadores que trabajan por turnos; más aun tomando en consideración que el número de usuarios que tiene Electronorte S.A, sólo en la localidad de Chiclayo es de 166,680 usuarios de lo que se advierte que en el supuesto caso que nuestro Call Center, contará con una capacidad para 50 operadores aun así, no podríamos atenderlos a todos al mismo tiempo.

En consecuencia, OSINERGMIN 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.

3. Con Memorandum N° 9-2022-OS/OR LAMBAYEQUE, recibido el 17 de enero de 2022, la Oficina Regional Lambayeque, remitió los actuados al TASTEM; por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes:
4. Respecto a lo alegado en los literales a) al c) del numeral 2), con relación a la ocurrencia de un evento que configuraría un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que eximiría de responsabilidad a Electronorte en la comisión de las infracciones que se le imputan, cabe señalar que de conformidad con el literal a) del numeral 1) del artículo 257º del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)⁷, constituye una condición eximente de responsabilidad por infracciones el caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.

Sobre el particular, el artículo 1315º del Código Civil señala lo siguiente:

*“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa **no imputable**, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”* [resaltado añadido]

De la norma anteriormente transcrita, se advierte que nuestro marco normativo ha establecido que para que un hecho califique como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente debe cumplir con los siguientes tres requisitos: ser extraordinario, imprevisible e irresistible. En tal sentido, bastará que no cumpla con alguno de dichos requisitos para que no sea considerado como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, debiendo asumir el administrado la responsabilidad que le corresponde por no haber dado cumplimiento a sus obligaciones.

En cuanto al primero de los requisitos mencionados, se debe tratar de un evento extraordinario, es decir, de un hecho atípico, que no es común o usual. Además, tal hecho debe ser imprevisible, esto es, que el hecho no hubiese sido posible de evitar mediante una diligencia normal⁸. Finalmente, la irresistibilidad implica que el sujeto no hubiera podido actuar de otra manera.

En el caso bajo análisis, se sancionó a Electronorte por haber incumplido el estándar del indicador ATNA debido a que en el primer semestre del año 2017 obtuvo el valor de 15.90, excediendo la tolerancia de 2%, establecida en el artículo 8º del Procedimiento. En particular, la primera instancia determinó que en 28 (veintiocho) llamadas de las 176

⁷ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS

“Artículo 257.- 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.
(...)”*

⁸ Debe tenerse presente que el artículo 1314º del Código Civil establece lo siguiente:

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

(ciento setenta y seis) que conformaron la muestra, la concesionaria no cumplió con alguna de las condiciones establecidas en el Anexo 3 del Procedimiento. Asimismo, se imputó a dicha concesionaria haber incumplido el estándar del indicador ICAT debido a que en el primer semestre de 2017 obtuvo el valor de 4.4%, excediendo la tolerancia de 2%, establecida en el artículo 8 del Procedimiento. En particular, la primera instancia determinó que en 4 (cuatro) llamadas el tiempo transcurrido desde la elección de la opción de contestación por un operador y la contestación de éste, fue superior a un minuto (ítem N° 4 del numeral 6.2 del Procedimiento).

De la revisión de autos, se aprecia que Electronorte pretende que se le libere de responsabilidad alegando que la primera instancia no valoró el fenómeno natural ocurrido en el año 2017 (caso fortuito), el cual afectó con mayor impacto al departamento de Lambayeque, desencadenando la interrupción del servicio de energía eléctrica, hecho que suscitó la saturación de su central telefónica. De lo indicado se concluye que la concesionaria acepta haber incurrido en la infracción que se le imputa; sin embargo, afirma que debe eximirse de responsabilidad en atención a la ruptura del nexo causal producida por la ocurrencia de un supuesto caso fortuito o fuerza mayor.

No obstante, en el caso bajo análisis, Electronorte no aportó medio probatorio alguno que acredite la alegada ruptura del nexo causal por la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor; limitándose a señalar que se observa un incremento de llamadas a su central telefónica en los meses supervisados, lo cual habría sido ocasionado por las interrupciones en la prestación del servicio de electricidad que se produjeron como consecuencia del fenómeno del niño.

Al respecto, si bien se aprecia que las llamadas ingresadas a la central telefónica de la concesionaria durante el período supervisado se debieron principalmente a la falta de suministro, esto no implica que dicha situación haya sido originada necesariamente por algún hecho derivado de la situación de emergencia declarada en el departamento de Lambayeque, entre otras zonas afectadas. En todo caso, la concesionaria debió precisar que situaciones en particular afectaron la atención de su central telefónica en cada uno de los casos observados, a fin de poder analizar si en efecto existió una relación de causa efecto, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Cabe precisar que de conformidad con lo previsto en el numeral 8) del artículo 246° del TUO de la LPAG, en aplicación del Principio de Causalidad, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción sancionable.

Al respecto, resulta de utilidad citar al autor Morón Urbina⁹, quien respecto a la responsabilidad objetiva señala lo siguiente:

“(…) resulta imprescindible verificar materialmente la comisión de la infracción, siendo irrelevante el estudio de la voluntad o de la imprudencia en el actuar, de manera que, de demostrarse la causalidad entre el hecho infractor y el sujeto, corresponde la imposición de la sanción”. [Subrayado añadido]

⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Tomo II. Gaceta Jurídica S.A. Décimo Tercera Edición. Lima, Perú.

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

En el presente caso, la responsabilidad de la recurrente por la comisión de la imputación formulada en su contra ha quedado objetivamente acreditada, constatándose que no se ha producido la ruptura del nexo causal como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor al no haberse acreditado tal situación. Siendo ello así, la empresa es responsable por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, con lo que se han observado en este caso tanto el Principio de Causalidad como el de Culpabilidad.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, con respecto al fenómeno climatológico “El Niño”, resulta pertinente evidenciar que, mediante el Decreto Supremo N° 11-2017-PCM publicado en el diario oficial “El Peruano” el 3 de febrero de 2017, se declaró el Estado de Emergencia en los departamentos de Tumbes, Piura y Lambayeque, por un plazo de sesenta (60) días calendario, por desastre a consecuencia de intensas lluvias, para la ejecución de acciones y medidas de excepción inmediatas y necesarias de respuesta y rehabilitación que correspondan. El referido Estado de Emergencia fue prorrogado sucesivamente mediante los Decretos Supremos N° 034-2017-PCM, N° 052-2017-PCM y N° 070-2017-PCM, concluyendo el 1 de setiembre de 2017.

En dicho contexto, este Organismo emitió diversas disposiciones, entre ellas, la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2017-OS/CD, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 18 de marzo de 2017, que mediante su artículo 1°¹⁰ dispuso suspender la aplicación de los procedimientos de supervisión que implicaban la selección de muestras para la medición de indicadores bajo competencia de la División de Supervisión Regional y de la División de Supervisión de Electricidad, en las instalaciones ubicadas en los distritos, provincias y departamentos que sean declarados en emergencia.

Por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 159-2017-OS/CD¹¹, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 1 de agosto de 2017, se resolvió dar por concluida la mencionada suspensión, al haberse reestablecido las condiciones operativas de las instalaciones eléctricas ubicadas en zonas que habían sido materia de la declaratoria del Estado de Emergencia. En la misma línea, Osinergmin emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 065-2017-OS/CD¹², del 11 de abril de 2017, mediante la cual resolvió suspender

¹⁰ **SUSPENDEN APLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN QUE IMPLIQUEN LA SELECCIÓN DE MUESTRAS PARA LA MEDICIÓN DE INDICADORES EN INSTALACIONES UBICADAS EN ZONAS DECLARADAS EN EMERGENCIA, Y LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TÉCNICO N° 39 DEL COES, OPERACIÓN DEL SEIN EN SITUACIÓN EXCEPCIONAL, Y EMITEN OTRAS DISPOSICIONES – RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 042-2017-OS/CD.**

“Artículo 1º.- Suspéndase la aplicación de los procedimientos de supervisión que impliquen la selección de muestras para la medición de los indicadores bajo competencia de la División de Supervisión Regional y de la División de Supervisión de Electricidad, en las instalaciones ubicadas en los distritos, provincias y departamentos que sean declarados en emergencia.”

¹¹ **DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN QUE IMPLIQUEN LA SELECCIÓN DE MUESTRAS EN INSTALACIONES UBICADAS EN ZONAS DECLARADAS EN EMERGENCIA– RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 159-2017-OS/CD.**

“Artículo 1º.- Reactivación de los Procedimientos de Supervisión.

Dar por concluida la suspensión de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2017-OS/CD.”

¹² **SUSPENDEN APLICACIÓN DEL NUMERAL 2.4.1 Y DEL ANEXO 01 “FENÓMENOS NATURALES” DE LA “DIRECTIVA PARA LA EVALUACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE CALIFICACIÓN DE FUERZA MAYOR PARA INSTALACIONES DE TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN”– RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 159-2017-OS/CD.**

“Artículo 1º.- Plazo de suspensión.

“Suspender por un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de la vigencia de la presente Resolución, la aplicación del numeral 2.4.1 y del anexo 01 “Fenómenos Naturales” de la “Directiva para la Evaluación de las Solicitudes de Calificación de Fuerza Mayor para Instalaciones de Transmisión y Distribución”, aprobada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2004-OS/CD, sólo para aquellas solicitudes de fuerza mayor, que se encuentren en trámite, originadas por las intensas lluvias en las zonas declaradas en emergencia.”

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

la aplicación del numeral 2.4.1 y del anexo 01 "Fenómenos Naturales" de la "Directiva para la Evaluación de las Solicitudes de Calificación de Fuerza Mayor para Instalaciones de Transmisión y Distribución, por un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de la vigencia de la mencionada Resolución, sólo para aquellas solicitudes de fuerza mayor, que se encuentren en trámite, originadas por las intensas lluvias en las zonas declaradas en emergencia.

En tal sentido, sin perjuicio de que, en el presente caso, la concesionaria no acreditó la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor; se observa que, tampoco se otorgó un tratamiento especial a la supervisión objeto del Procedimiento, ni se consideró alguna excepción a su aplicación, tal y como se ha indicado en los párrafos precedentes, como parte de la normativa emitida por este Organismo como consecuencia del fenómeno "El Niño", por lo corresponde desestimar lo alegado por la concesionaria en estos extremos.

A mayor abundamiento, se debe mencionar que este Órgano Colegiado ha emitido pronunciamiento respecto a los mismos argumentos materia de análisis del presente caso, como es, por ejemplo, la Resolución N° 244-2021-OS/TASTEM-S1 del 21 de diciembre de 2021.

De otro lado, respecto a la omisión cometida por Electronorte no ha causado la violación de los derechos de los usuarios, toda vez que los recursos fueron atendidos dentro de los plazos establecidos, corresponde señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1°¹³ de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, concordante con el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, la responsabilidad administrativa dentro del marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin **es objetiva**, tal y como establece el numeral 10) del artículo 248° del TUO de la LPAG [resaltado añadido].

En tal sentido, la responsabilidad objetiva constituye un criterio previsto en las normas que regulan los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin, siendo que su aplicación resulta de la constatación del hecho y su calificación como infracción en el tipo administrativo sancionable. Dicho criterio viene siendo aplicado por este Tribunal Administrativo en reiteradas resoluciones, entre ellas, las Resoluciones N° 035-2019-OS/TASTEM-S1, N° 50-2021-OS/TASTEM-S1 y N° 89-2021-TASTEM/S1.

Ahora bien, en lo que concierne a la determinación de la sanción, de acuerdo con el Principio de Razonabilidad¹⁴, previsto en el numeral 3) del artículo 248° del TUO de la LPAG,

¹³ LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN – LEY N° 27699

"Artículo 1°.- Facultad de tipificación Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras. El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados.

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

la autoridad administrativa debe 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, debiéndose observar determinados criterios a efectos de graduar la sanción, tales como: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; 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; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Asimismo, el artículo 26 del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 208- 2020-OS/CD indica los criterios de graduación de multas los cuales son: el beneficio ilegalmente obtenido, la probabilidad de detección, el daño, el perjuicio económico causado, la reincidencia, la capacidad económica y las circunstancias de la infracción. Estos criterios permiten graduar las multas con la finalidad de disuadir la conducta ilícita de los agentes infractores y, por otro lado, dará una señal a las empresas de que van a tener que asumir parte de los costos generados por las externalidades que causan a la sociedad.

De la revisión del numeral 4.1 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3976-2021-OS/OR LAMBAYEQUE, se aprecia que la primera instancia aplicó la Guía Metodológica del Cálculo de la Multa Base, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD, la cual establece criterios y componentes a ser considerados para la determinación de la multa base. Así, estos criterios establecen que el valor de la multa debe considerar el beneficio económico ilícito que percibe el agente infractor derivado de su actividad ilícita y el valor económico del daño derivado de la infracción dividido entre una probabilidad de detección asociado a factores agravantes y atenuantes.

En ese sentido, la metodología y la fórmula para la determinación de multa en las actividades económicas que supervisa Osinergmin, de acuerdo a la Guía Metodológica de Cálculo de la Multa Base la fórmula general para el cálculo de la Multa Base en el escenario ex-ante, es el siguiente:

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

Donde:

M : Valor de la Multa Estimada

¹⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - DECRETO SUPREMO N° 004-2019-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:

(...)

1.4. 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.

(...)”

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

B : Beneficio económico ilícito generado por la infracción y/o perjuicio económico causado
 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 $(1 + (\sum i F_i - 1) / 100)$.
Fi : Es el valor asignado a cada factor agravante o atenuante (i) aplicable.

Así, en la mencionada Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 3976-2021-OS/OR LAMBAYEQUE, se precisó que para el análisis de las sanciones de multa: i) no se estaba considerando un perjuicio económico, por no haberse reportado un perjuicio directo y cuantificable a los usuarios del servicio público de electricidad; ii) tampoco se estaba considerando un daño generado del incumplimiento, toda vez que estos no estaban referidos a temas de seguridad que hayan causado un accidente mortal o incapacitante de un tercero; iii) no se estaban aplicando factores agravantes o atenuantes, por lo que estos eran iguales a la unidad no afectando al resultado final y iv) se estaba utilizando la tasa COK correspondiente al sector eléctrico¹⁵, cuya tasa anual es igual a 10.67%.

Asimismo, para el cálculo de la multa también se consideró una probabilidad de detección igual al 100%, precisando que se supervisa a todas las empresas incluidas en el Procedimiento, por lo que, al ser este valor igual a la unidad, no afectaba el resultado final de la multa, conforme se aprecia a continuación:

Multa propuesta en UIT

Presupuesto	Monto del presupuesto (\$)	Monto del presupuesto (S/)	IPC nacional- Fecha presupuesto (2)	IPC nacional- Fecha infracción (2)	Presup. a la fecha de la infracción
Costo por transgredir la tolerancia del 2% en el indicador ATNA (Atención Telefónica No Adecuada)	-	68,042.36	124.26	118.87	65,090.90
Fecha de la infracción (3)					Junio 2017
Beneficio ilícito a la fecha de la infracción					65,090.90
Beneficio ilícito a la fecha de la infracción (neto del IR 30%) (4)					45,563.63
Fecha de cálculo de la multa					Octubre 2021
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de la multa					53
Tasa COK promedio sector (mensual)					0.85%
Beneficio ilícito a la fecha de cálculo de la multa en S/					71,299.06
Factor B de la infracción en UIT					16.20
Factor αD de la infracción en UIT					0.00
Probabilidad de detección					1.00
Factores atenuantes y agravantes					1.00
Multa en UIT (valor de UIT = S/ 4,400)					16.20

Nota:

- (1) Costo evitado.
(2) Índice de Precios al Consumidor (IPC) a nivel nacional. Fuente: INEI.

¹⁵ En base al Documento de Trabajo N° 37, publicado por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAAE).

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

- (3) Fecha de incumplimiento se considera la fecha de la supervisión.
(4) Impuesto a la renta descontado.
Valor de la UIT igual a S/.4400.

Igualmente, para determinar el importe de la sanción por el incumplimiento del indicador ICAT en el primer semestre 2017, ascendente a 3.22 (tres y veintidós centésimas) UIT, se precisó que afectos de estimar el beneficio ilícito asociado a la infracción (factor B) se consideró el costo evitado de disponer los recursos necesarios para cumplir con tener disponible la central telefónica.

Para aproximar el costo evitado se tomó en cuenta la suma de la anualidad de la inversión (VNR) y el costo de operación y mantenimiento (COyM) asociado a la central telefónica por llamada (que en el caso bajo análisis es de S/ 2,04), ya que la mala calidad de la atención de las llamadas está relacionada con la gestión y operación de la central telefónica. En este sentido, dentro de dicho cálculo también se tomó en cuenta el número total de llamadas recibidas por la concesionaria en el periodo evaluado (primer semestre 2017: 239,377 llamadas), conforme se aprecia a continuación:

COMPONENTES DEL MONTO TOTAL

Componente	Monto total	
Anualidad de la inversión (aVNR) asociado a la central telefónica por llamada ¹	S/.	0.31
El COyM asociado a la central telefónica por llamada ¹	S/.	2.04
Número de llamadas sujetas al Procedimiento (TCEI) ²		239,377
Tolerancia para el indicador ICAT ³		2%
Indicador ICAT obtenido por la empresa ²		4.40%
Total	S/.	13,520.00

Notas:

1/ Valor obtenido del Valor Agregado de Distribución actualizado del periodo 2013-2019 2/ Informe de fiscalización 3/ Artículo 8 del "Procedimiento para la supervisión de la calidad de atención telefónica de las empresas de distribución eléctrica", aprobado por la RCD N°266-2012-OS/CD

En tal sentido, se verifica que la autoridad de primera instancia sí cumplió con sustentar cada uno de los criterios de graduación utilizados para determinar la cuantía de la sanción de multa por haber incumplido los indicadores ATNA e ICAT en el primer semestre de 2017, considerando principalmente los criterios de graduación referidos al beneficio ilícito asociado a la comisión de la infracción.

Adicionalmente, este Órgano Colegiado considera oportuno reiterar que la sanción de multa debe representar un mecanismo disuasivo de conductas ilícitas, buscando que las empresas cumplan con la normativa vigente. De ahí que, de acuerdo con el principio de razonabilidad, previsto en el numeral 3) del artículo 248° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, este Órgano Colegiado considera que, habiendo la primera instancia cumplido con sustentar adecuadamente el incumplimiento y

RESOLUCIÓN N° 64-2022-OS/TASTEM-S1

haber respetado el principio de razonabilidad en la imposición de la sanción, corresponde desestimar las alegaciones planteadas por la concesionaria 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 OSINERGMIN N° 3976-2021-OS/OR LAMBAYEQUE del 22 de diciembre de 2021 y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo Morelli, Francisco Javier Torres Madrid e Iván Eduardo Castro Morales.



Firmado Digitalmente por:
ANTUNEZ DE MAYOLO
MORELLI Santiago
Bamse Eduardo Jaime
FAU 20376082114 hard
Fecha: 04/03/2022
12:09:09

PRESIDENTE