

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

SALA I

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-SI

Lima, 20 de septiembre del 2024

VISTO:

El Expediente N° 202200016057 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 9 de julio de 2024 por Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, ELSE)¹, representada por el señor Amílcar Tello Álvarez, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2001-2024-OS/OR APURIMAC del 18 de junio de 2024, mediante la cual se la sancionó por no cumplir, dentro del plazo establecido, con lo dispuesto en la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC de fecha 9 de mayo de 2022, emitida por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios.

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES

- Mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2001-2024-OS/OR APURIMAC del 18 de junio de 2024, se sancionó a ELSE con una multa total de 8.03 (ocho con tres centésimas) UIT, por las siguientes infracciones:

Ítem	Incumplimiento verificado	Multa
1	No cumplir con lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC. (ELSE debía devolver en efectivo y en una sola oportunidad al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay, el 63,47% del VNR de la obra "Electrificación del Sub Sistema de Distribución Secundaria, instalaciones de Alumbrado Público y conexiones domiciliarias correspondiente al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay- Distrito de San Sebastián- Provincia de Cusco- Departamento de Cusco", reconociendo los intereses correspondientes). Norma incumplida: 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 ² (en adelante, Directiva de Reclamos).	7.03

¹ ELECTRO SUR ESTE S.A.A. es una empresa de distribución de tipo 3, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 2 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD y su ámbito de concesión comprende los departamentos de Cusco, Apurímac y Madre de Dios.

² DIRECTIVA "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMOS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD Y GAS NATURAL" – RESOLUCIÓN N° 269-2014-OS/CD, MODIFICADA POR RESOLUCIÓN N° 057-2019-OS/CD

"Artículo 39.- CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES Y ACTAS

39.1 La empresa distribuidora debe informar del estricto y oportuno cumplimiento, debidamente sustentado de:

a) Las resoluciones emitidas por ellas mismas que pongan fin al procedimiento.

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA – TASTEM
OSINERGMIN
SALA 1**

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

2	<p>No cumplir con lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC. (ENEL debía informar al Osinergmin sobre el cumplimiento de lo dispuesto en la citada resolución, dentro de los 20 días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación, remitiendo los documentos en los que conste el detalle del reembolso y los intereses aplicados).</p> <p>Normas incumplidas: Artículo 79° y 87° del Reglamento General del Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM³, literal b) del artículo 13° del “Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin”, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS/CD⁴, y numeral 39.1 del artículo 39° de la Directiva de Reclamos.</p>	1
MULTA TOTAL		8.03 UIT

La Oficina Regional Apurímac del Osinergmin señaló que el incumplimiento del ítem N° 1 se encuentra tipificado como infracción y es sancionable conforme al Rubro 1 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones en los Procedimientos de

- b) Las medidas administrativas dispuestas por la JARU en las resoluciones emitidas en los procedimientos de reclamo, queja o medida cautelar.
c) Las actas de acuerdo o actas de conciliación suscritas en el marco del procedimiento de reclamo. (...)."

Artículo 40.- SANCIONES

El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras a la normativa relacionada a los procedimientos de reclamo, queja y medidas cautelares constituye infracción administrativa sancionable conforme a la Escala de Multas vigente, aprobada por el Consejo Directivo".

³ REGLAMENTO GENERAL DEL OSINERGMIN, APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM

"Artículo 79.- Ejercicio de las Facultades de los órganos de OSINERGMIN

Las facultades de los ORGANOS DE OSINERG serán usadas para obtener la información necesaria para supervisar el cumplimiento de normas legales, técnicas, dictar reglamentos, normas de carácter general, establecer regulaciones, mandatos u otras disposiciones de carácter particular, para llevar a cabo investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público o; para resolver un expediente o caso sujeto a la competencia de OSINERG. Las instituciones o empresas delegadas también podrán hacer uso de las facultades concedidas a los ORGANOS DE OSINERG y estarán sujetas a las mismas incompatibilidades, restricciones, prohibiciones y limitaciones.

Artículo 87.- Sanciones a la Presentación de Información Falsa.

Quien a sabiendas proporcione a un ORGANOS DE OSINERG, información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por el ORGANOS DE OSINERG, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga, o se niegue a comparecer, o mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones del ORGANOS DE OSINERG, será sancionado por éste con multa no menor de una UIT ni mayor de 100 UITs, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia.

⁴ REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 208-2020-OS/CD

"Artículo 13.- Deberes del Agente Fiscalizado

13.1 El Agente Fiscalizado, en el marco de las actividades de fiscalización de Osinergmin, está obligado a lo siguiente:
(...)

- b) Proporcionar oportunamente la información y documentación requerida, en calidad de declaración jurada, y bajo las responsabilidades de ley."

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

Reclamos y de Solución de Controversias, contenida en el Anexo N° 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2019-OS/CD⁵; mientras que el incumplimiento del ítem N° 2 se encuentra tipificado como infracción y es sancionable conforme al Rubro 4 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD⁶.

2. Con escrito presentado el 9 de julio de 2024, ELSE solicita que se deje sin efecto la multa impuesta mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2001-2024-OS/OR APURIMAC y se archive el procedimiento administrativo sancionador, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) **La Resolución Impugnada desconoce que la obligación presuntamente incumplida por ELSE era jurídica o físicamente imposible en tanto la Resolución JARU no fue completamente clara respecto al pago que ELSE tenía que cumplir.**

ELSE cuestiona que la resolución impugnada señale que se verifica que la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC (Resolución JARU) contiene un mandato cierto, expreso y exigible, cuando dicho mandato no era completamente preciso respecto a los intereses, es decir, no estableció un monto concreto a pagar en favor de la reclamante ni precisó una metodología específica para realizar los cálculos correspondientes, y solamente habría señalado que los intereses compensatorios debían reconocerse

⁵ 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
1	<p>Cuando la concesionaria no cumpla con: (...) - Las medidas administrativas dispuestas a favor del usuario, en las resoluciones emitidas por la concesionaria o la JARU.</p>	<p>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.</p>	<p>Empresas Eléctricas Tipo 3: De 2 a 280 UIT</p>

⁶ TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES GENERALES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES – RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD

Rubro	Tipificación de la infracción	Base Legal	Rango de Multas
4	<p>No proporcionar a OSINERG o a los organismos normativos o hacerlo en forma deficiente inexacta, incompleta o fuera de plazo, los datos e información que establecen las normas vigentes, incluyendo las directivas, instrucciones y disposiciones de OSINERG</p>	<p>Art. 5° de la Ley N° 27332; Art. 20° del Reglamento de Fiscalización de Actividades Energéticas por Terceros - Decreto Supremo N° 029-97-EM</p>	<p>Procedimiento de Reclamo: De 1 a 20 UIT</p>

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

desde el 19 de mayo de 1993 y los intereses moratorios según los plazos de la Directiva N° 001-96EM/DGE, dejando a ELSE la tarea de cuantificar y realizar el pago.

Bajo dicho argumento, alega que el mandato contenido en la Resolución JARU tiene dos partes: una parte determinable con una simple operación aritmética (63.4% del VNR) y otra indeterminada puesto que no se tienen parámetros claros sobre los cuales realizar el cálculo (intereses correspondientes).

Asimismo, menciona que indeterminación de lo resuelto por la JARU ha ocasionado serias discrepancias entre ELSE y la reclamante WIMPILLAY respecto a los cálculos del monto a devolverse, especialmente respecto a la segunda parte del primer mandato, la misma que ha sido objeto de cuestionamiento en sede administrativa y ahora también a nivel judicial que se encuentra pendiente de resolución.

Agrega que la resolución impugnada reconoce que, mediante la Resolución N° 3166-2023-OS/JARU-SC del 08 de septiembre de 2023, se declaró fundado un reclamo presentado por el Asentamiento Humano Señor de Wimpillay, determinando que ELSE realizó de manera defectuosa el cálculo de los intereses moratorios y compensatorios. Este defecto fue revisado y analizado en el proceso de reclamo con expediente N° 202300080346 y recalculado por la JARU.

Por ello, refiere que, hasta el 08 de septiembre de 2023, los montos de los intereses moratorios y compensatorios no estaban determinados en sede administrativa, siendo que en ese momento la JARU realizó un cálculo concreto y a partir del cual ELSE tomó conocimiento con certeza de un monto a pagar. En ese sentido, sostiene que afirmar que ELSE tenía que cumplir con pagar un monto de intereses hasta el 6 de junio carece de todo fundamento legal, pues no se podía esperar de la concesionaria cumplir con el pago de intereses que no habían sido previamente determinados, situación que pone de manifiesto la imposibilidad de cumplimiento por parte de ELSE que evidencia ilegalidad e irrazonabilidad para exigir su cumplimiento.

ELSE señala que, si bien un acto administrativo tiene por naturaleza el atributo de la ejecutividad sin necesidad de que medie el Poder Judicial u otra entidad, en el presente caso, no existía un acto administrativo ejecutable por la propia indeterminación de lo resuelto, siendo materialmente imposible de ejecutar por su propio defecto de claridad.

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

Al respecto, precisa que el hecho que la determinación de un monto concreto, no implica que ELSE haya aceptado el mismo, pues lo considera erróneo y viene siendo cuestionado en sede judicial; no obstante, alude que el Osinergmin no puede desconocer sus propios actos respecto a la determinación de los intereses, la misma que se produjo de manera posterior al plazo establecido para cumplir Resolución JARU.

La concesionaria manifiesta que a pesar de la indeterminación que señala, no podría negarse que sí cumplió y se preocupó por calcular y ofrecer un pago a favor de WIMPILLAY dentro del plazo antes de que se determine un monto preciso por concepto de intereses y que sería una cuestión distinta el que las partes hayan discrepado en el cálculo por el mandato no preciso e indeterminado del Osinergmin, lo que a su vez habría dado lugar a otros procedimientos que no tienen ninguna relación con la amenaza de sanción bajo este procedimiento.

Argumenta que resultaría ilegal que se sancione a ELSE en el marco de un procedimiento sancionador si además de lo mencionado en párrafos anteriores se considera la negativa de WIMPILLAY de recibir el pago desconociendo todos los esfuerzos efectuados por ELSE de manera reiterada.

Respecto a lo anterior, añade que en el año 2022 emitió un cheque de pago con el monto según los cálculos de ELSE y siguiendo los parámetros de la Resolución JARU y que comunicó ello en su oportunidad al reclamante. Así, afirma que con dicha acción había dado cumplimiento a la Resolución JARU, sin embargo, WIMPILLAY, mediante las cartas notariales se negó expresamente a recibirlo por las discrepancias en el monto de los intereses, cuestión que fue comunicada al Osinergmin.

Con ello, refiere que es necesario tener en cuenta dos aspectos: *i)* que a pesar de la voluntad de ELSE de cumplir con lo ordenado por la Resolución JARU, se vio impedido de cumplir principalmente por la propia negativa del representante de WIMPILLAY de recoger el cheque de reembolso emitido por ELSE; y, *ii)* el mandato del artículo 2 de la Resolución JARU fue poco preciso e indeterminado en cuanto a los intereses, tanto así que se ha generado una nueva controversia para dilucidar dicho asunto.

Enfatiza que el 8 de setiembre de 2023 la JARU ha emitido la Resolución N°3166-2023-OS/JARU-SC en favor de WIMPILLAY que agota la vía administrativa, decisión que solo

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

comprueba que el mandato de pago de un monto exacto y determinado de dinero recién existiría a partir de dicha resolución, y no a partir de aquella por cuyo incumplimiento se le inicia el presente procedimiento sancionador, el cual carece de sentido en tanto no se puede exigir el cumplimiento de aquello que no está claramente definido.

La concesionaria también señala que, si para efectos de sancionarla se requiere comprobar la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable, en el presente caso no quedaría más que archivar la presente causa, puesto que la conducta típica imputada ni siquiera se ha configura en sus elementos esenciales al no existir incumplimiento de resolución o mandato alguno dictado por el Osinergmin.

Agrega que persistir en la sanción supone contravenir no solo el principio de tipicidad, sino también el principio de causalidad de la potestad sancionadora de la Administración previsto en el artículo 248 del TUO LPAG, los cuales han sido abordados por diferentes entidades, como el Tribunal de Fiscalización Ambiental, que mediante Resolución N.º 020-2019-OEFA/TFA-SMEPIM ha establecido que la responsabilidad administrativa recae en quien, con su acción u omisión, causó el acto prohibido por la ley.

Comenta que bajo el principio de causalidad la conducta infractora tiene que ser atribuible a quien causó la infracción administrativa, debiendo existir nexo de causalidad directa que pruebe que la infracción sancionable se debió a una acción o inacción de ELSE y en el presente procedimiento ello no se ha cumplido, puesto que se está imputando responsabilidad a ELSE cuando ha quedado suficientemente probado que quien ocasionó el incumplimiento de lo ordenado ha sido la propia negativa de WIMPILLAY y, asimismo, la indeterminación del mandato ordenado por el Osinergmin en cuanto a los intereses a ser reintegrados.

b) La Resolución Impugnada desconoce que ELSE se vio impedido de cumplir con lo resuelto por la JARU por propia negativa de WIMPILLAY de recibir el pago

ELSE arguye que la resolución impugnada, sin ninguna justificación, desconoce y no valora el hecho de que ELSE se vio impedido de cumplir con la medida administrativa a pesar de desplegar todos los esfuerzos requeridos, debido a que WIMPILLAY obstaculizó activamente el proceso al rechazar categóricamente el pago, tal como

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

consta en la carta notarial de fecha 05 de octubre de 2022 que remitiera a la concesionaria.

Añade que la negativa surgió como consecuencia de la disconformidad con los cálculos realizados por ELSE, generando un punto de desacuerdo insalvable, especialmente respecto a los intereses correspondientes.

Alude que la resolución impugnada reconoce que, mediante la Resolución N° 3166-2023-OS/JARU-SC, del 08 de septiembre de 2023, se declaró fundado un reclamo presentado por el Asentamiento Humano Señor de Wimpillay, determinando que ELSE realizó de manera defectuosa el cálculo de los intereses moratorios y compensatorios. Este defecto fue revisado y analizado en el proceso de reclamo con expediente N° 202300080346 y recalculado por la JARU.

No obstante, sostiene que dicha situación no ha sido valorada y deja entrever que ELSE no ha cumplido con la medida administrativa sin ningún motivo aparente.

Asimismo, cuestiona que se señale que ELSE tenía que cumplir con dicha medida únicamente hasta el 6 de junio cuando en esa fecha no existía una determinación administrativa y concreta del monto de los intereses a ser pagados por ELSE.

Argumenta que la situación antes expuesta acredita que se ha configurado la eximente de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor previsto en el artículo 257 del TUO de la LPAG, dado que la causa del incumplimiento es un hecho determinante de tercero, en este caso, de WIMPILLAY y de la propia JARU que no definió el monto precio a ser devuelto por el concepto de intereses.

Al respecto, menciona que el responsable de un hecho determinante de tercero consiste en que aquél que parecía ser el causante, no lo es, sino que es otro quien contribuyó con la causa adecuada. Así, al configurarse y acreditarse el hecho determinante de tercero se produce la ruptura del nexo causal y, en consecuencia, la exoneración de la responsabilidad administrativa imputada.

También señala que el hecho determinante de tercero debe cumplir con ser extraordinario, imprevisible e irresistible, y en el caso concreto, la propia negativa de WIMPILLAY de recibir el pago calculado por ELSE cumple con ser un hecho

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

extraordinario; es imprevisible en tanto que no se podía prever que el propio beneficiario de la contribución reembolsable iba a rechazar el pago y es irresistible porque a pesar de la emisión del cheque de pago y las diversas comunicaciones de ELSE instando a que se cobre, la reclamante rechazó el pago y ELSE no puede forzar a WIMPILLAY para que lo acepte.

Con lo expuesto refiere haber acreditado que se está frente a un hecho determinante de tercero y se ha producido la ruptura del nexo causal, por lo que, correspondería, la exoneración de la responsabilidad administrativa imputada a ELSE por el supuesto incumplimiento injustificado de la medida administrativa ordenada por el Osinergmin.

c) Respetto al incumplimiento del artículo 3 de la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC

Al respecto, señala que la resolución impugnada no contempla lo informado por ELSE sobre no haber podido cumplir con la medida administrativa debido a la indeterminación del mandato de la JARU y por la propia negativa de WIMPILLAY, acreditando que el incumplimiento se debe a causas que son ajenas a la voluntad de ELSE que, a pesar de los esfuerzos desplegados por su parte.

Sostiene que lo anterior vulnera el principio de debido procedimiento que incluye, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo cual ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03020-2012-PA/TC, señalando que: *“el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un conjunto de derechos constitucionales que forman parte de su estándar mínimo, entre los cuales se encuentra el derecho a la motivación.”*

Agrega que la motivación debe hacer referencia a los argumentos necesarios que han sido tomados en consideración por la administración al momento de resolver, y a los hechos que fundamentan la decisión, de lo contrario, la decisión de la administración será considerada como arbitraria, como sucedería en el presente caso al no haberse considerado debidamente los argumentos de ELSE sobre las razones por las cuales se vio impedido de cumplir con lo ordenado por la JARU, pues refiere que las conclusiones de la primera instancia se sustentan a partir de citas a sus argumentos de descargo que serían incompletas y descontextualizadas.

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

De otro lado, manifiesta que no se puede informar el cumplimiento de un mandato que no se ha podido cumplir por causas no imputables a ELSE tales como la negativa del propio WIMPILLAY de recibir el cheque de pago y de la indeterminación de lo ordenado en la Resolución JARU respecto a los intereses, situación que, como ha mencionado, ha generado nuevas controversias que continúan discutiéndose en sede judicial.

Reitera que la sanción apelada resulta absurda por exigir el cumplimiento de una resolución que dispone comunicar que se ha cumplido con ella, pues ello da lugar dos infracciones: el no haber cumplido con el acto administrativo y el no haber comunicado ese cumplimiento, que precisamente no tuvo lugar, a la autoridad administrativa.

Sobre ello, considera que el ánimo punitivo no puede justificar imputaciones y sanciones como la presente, pues ello no resultaría proporcional ni razonable, dado que se termina sancionando a ELSE por dos infracciones independientes derivadas de un mismo hecho: el presunto no cumplimiento. Es decir, en un caso se sanciona el no haber cumplido, mientras que en el otro se sanciona el no haber comunicado el cumplimiento (cuestión que ya está implícita en la primera imputación, puesto que no puede comunicarse algo que no ha tenido lugar).

Comenta que, a su parecer, a la Autoridad Instructora le gustaría tener facultades de ejecución forzosa, para que, mediante multas coercitivas le resulte viable exigir el cumplimiento de sus decisiones, a la vez que opta por iniciar nuevos procedimientos sancionadores en donde toma un camino extremo de pretender sancionarnos por dos presuntos incumplimientos derivados de un mismo hecho, cuando dicho escenario configura un concurso de infracciones, correspondiendo que se sancione (de ser ese el caso) aquella conducta con la sanción tipificada más gravosa.

3. Mediante Memorandum N° GSE/DSR-OR APURIMAC-36-2024 recibido el 10 de julio de 2024, la Oficina Regional Apurímac del Osinergmin elevó 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.

ANÁLISIS DEL TASTEM

4. En relación con lo señalado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, de

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

acuerdo con el texto del numeral 4 del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)⁷, el Principio de Tipicidad establece que solo son conductas sancionables las infracciones previstas expresamente, sin admitir interpretación extensiva o analogías; además, no se pueden imponer obligaciones a través de la tipificación, sino que ellas deben estar previamente establecidas.

En ese orden, el Principio de Tipicidad implica cumplir con lo siguiente: i) que la conducta imputada se encuentre expresamente tipificada como una infracción, y ii) que se trate del incumplimiento de una obligación previamente establecida.

Respecto al primer requisito, en este apartado se analizan los argumentos de ELSE dirigidos a cuestionar la obligación contenida en el artículo 2° de la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC (en adelante, Resolución JARU). Como se señaló en el numeral 1 de la presente resolución, el incumplimiento por dicha medida administrativa se encuentra tipificada en el Rubro 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, el cual establece que la infracción se configura cuando la concesionaria no cumpla con: i) El acuerdo celebrado con el usuario durante la tramitación del procedimiento; ii) *Las medidas administrativas dispuestas a favor del usuario, en las resoluciones remitidas por la concesionaria o la JARU*; iii) Los precedentes de observancia obligatoria aprobados por la JARU.

En este caso, mediante Oficio N° 2904-2023-OS/OR APURIMAC, sustentado en el Informe de Instrucción N° 3705-2023-OS/OR APURÍMAC, se imputó a ELSE no cumplir con las medida dispuesta a favor del usuario reclamante "Asentamiento Humano Señor de Wimpillay" a través del artículo 2° la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC, dentro del plazo establecido; con ello, se advierte que la conducta imputada se encuentra tipificada en el Rubro 1 de la

⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS.**

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras."

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

Tipificación de Infracciones Generales, consistente en *“No cumplir con las medidas administrativas dispuestas a favor del usuario, en las resoluciones emitidas por la JARU”*.

Con relación al segundo requisito, como se desprende del texto de la infracción bajo análisis, la conducta típica se refiere al incumplimiento de las medidas administrativas dispuestas a favor del usuario a través de las resoluciones emitidas por las Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - JARU; por lo que, una correcta subsunción al tipo infractor en comento implica que la conducta verificada consiste en el incumplimiento de alguna de las medidas dispuestas a favor del usuario.

En línea con lo anterior, la medida en cuestión dispuesta a favor del usuario mediante la Resolución JARU, fue la siguiente:

“Artículo 2°.- La concesionaria deberá devolver en efectivo y en una sola oportunidad a la recurrente¹³ el 63,47% del VNR de la obra “Electrificación del Sub Sistema de Distribución Secundaria, instalaciones de Alumbrado Público y conexiones domiciliarias correspondiente al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay- Distrito de San Sebastián- Provincia de Cusco- Departamento de Cusco”, reconociendo los intereses correspondientes, de acuerdo a lo indicado en la parte considerativa de la presente resolución.

Es de precisar que el reembolso deberá efectuarse al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay, en su calidad de persona jurídica, debiendo su representante contar el poder respectivo para recibir el reembolso.”

(Subrayado agregado)

Es de precisar que, de acuerdo con lo expuesto en la Resolución JARU respecto al reconocimiento de intereses:

*“3.19 Por otro lado, el artículo 167° del RLCE, establece que: “Una vez determinado el importe de las contribuciones de los usuarios, deberá concretarse la modalidad y fecha del reembolso, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes. De no efectuarse el reembolso en la fecha acordada, el concesionario deberá abonar el interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el Artículo 176° del Reglamento, hasta su cancelación” (el subrayado es nuestro).
(...)”*

3.27 Adicionalmente, la concesionaria deberá reconocer los intereses compensatorios desde el 19 de mayo de 1993 (fecha en que la concesionaria recibió la Obra) y para el

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

inicio de los intereses moratorios deberá tomar en cuenta los plazos establecidos en el numeral 3, inciso 2 de la Directiva N° 001-96-EM/DGE."

(Subrayado agregado)

Del texto citado, se aprecia que mediante la Resolución JARU se dispuso que ELSE cumpliera con: *i)* devolver en efectivo y en una sola oportunidad a la recurrente el 63,47% del VNR de la obra "Electrificación del Sub Sistema de Distribución Secundaria, instalaciones de Alumbrado Público y conexiones domiciliarias correspondiente al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay- Distrito de San Sebastián- Provincia de Cusco- Departamento de Cusco" (en adelante, la Obra de Electrificación); *ii)* realizar la devolución junto con los intereses correspondientes de acuerdo con lo precisado en el numeral 3.27 de la Resolución JARU.

En tal sentido, considerando la imputación formulada en contra de ELSE en el Oficio N° 2904-2023-OS/OR APURIMAC, así como la responsabilidad determinada mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2001-2024-OS/OR APURIMAC (en adelante, Resolución de Sanción), se advierte que ambos se circunscriben al contenido expreso de lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución JARU, habiendo una correcta subsunción entre el hecho observado y la infracción imputada y atribuida a ELSE, por lo que, no se aprecia una vulneración al Principio de Tipicidad.

De lo expuesto, es posible verificar que, contrario a lo argumentado por ELSE, en el artículo 2° de la Resolución JARU no se estableció una obligación imprecisa o indeterminable, pues tal como se ha citado previamente, el numeral 3.27 de la Resolución JARU precisaba las pautas a seguir por la concesionaria para realizar el cálculo de los intereses y moras correspondientes a la devolución del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de la Obra de Electrificación.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el hecho que el usuario Asentamiento Humano Señor de Wimpillay considerara necesario interponer un reclamo posterior debido a su desacuerdo sobre los intereses compensatorios y moratorios de la contribución reembolsable que fueron calculados por ELSE, para que la JARU verificara si el monto ofrecido por la concesionaria en el cheque de pago emitido con fecha 22 de setiembre de 2022 era concordante con lo establecido en la Resolución JARU, no indica que la obligación necesitaba una precisión adicional para ser exigible, más si como indica la propia ELSE, el VNR se calculaba con una simple operación aritmética, puesto que los intereses y moras resultan de un cálculo directamente vinculado a dicho monto.

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

Cabe mencionar que lo anterior se ratifica con el contenido de la Resolución N° 3166-2023-OS/JARU-SC de fecha 8 de setiembre de 2023- emitida en atención al reclamo formulado por el Asentamiento Humano Señor de Wimpillay, sobre los intereses compensatorios y moratorios de la contribución reembolsable que fueron calculados por ELSE a que se hace referencia en el párrafo anterior- que realiza el cálculo bajo comentario aplicando lo señalado en el numeral 3.27 de la Resolución JARU.

Por tales motivos, no resulta admisible el argumento de ELSE respecto a que el fondo de la obligación contenida en el artículo 2 de la Resolución JARU fuera indeterminable y, por tanto, inexigible sino hasta la fecha de emisión de la Resolución N° 3166-2023-OS/JARU-SC de fecha 08 de setiembre de 2023.

Es oportuno mencionar que no se verifica que ELSE haya cumplido con calcular y ofrecer el pago dispuesto en el artículo 2° de la Resolución JARU, dado que, tal como ha sido desarrollado en la Resolución de Sanción las acciones desplegadas por la concesionaria se realizaron fuera del plazo máximo dispuesto en la citada resolución, el cual vencía el 06 de junio de 2022, al cumplirse los 20 días hábiles otorgados por la JARU para el cumplimiento de dicha medida; sobre el particular, conviene reproducir la línea de tiempo graficada por la Autoridad Sancionadora, habiéndose verificado las fechas expuestas en la misma:

Gráfico N 01



De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, tampoco es posible sostener el argumento de ELSE respecto a que el incumplimiento del artículo 2° de la Resolución JARU no le sea imputable debido a la negativa del usuario reclamante de aceptar el pago dispuesto por la concesionaria con fecha 22 de setiembre de 2022, toda vez que se ha comprobado que dicho acción no satisfacía la obligación dispuesta en el referido artículo 2°, por contener un cálculo defectuoso de intereses y moras correspondientes a la devolución del VNR de la Obra de Electrificación, y que motivó que el reclamante recurriera nuevamente ante la instancia administrativa competente para que se apoye su pretensión, aun cuando ante

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

dicha negativa la concesionaria pudo revisar el cálculo efectuado y ponerlo a consideración del usuario.

En tal sentido, no se advierte una vulneración al Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 248° del TUO de la LPAG⁸, en la medida que fue ELSE quien no cumplió con lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución JARU, en los términos establecidos en dicha resolución.

5. Respecto a lo contenido en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, de la revisión al contenido de la Resolución de Sanción (numeral 1.1.3) se advierte que la Autoridad Sancionadora realiza la valoración de los argumentos presentados por ELSE respecto a que el incumplimiento del artículo 2° de la Resolución JARU que se le atribuye se debió a la negativa del usuario Asentamiento Humano Señor de Wimpillay de aceptar el cheque de pago que emitió con fecha 22 de setiembre de 2022, y la desestimación de dichos argumentos no pueden reclamarse como no consideradas por la Autoridad Sancionadora, por lo que, se desestima la afirmación de la concesionaria respecto a que la Oficina Regional de Apurímac desconozca, sin justificación alguna, las acciones que argumenta haber llevado a cabo a fin de cumplir con lo dispuesto en la Resolución JARU.

Asimismo, cabe resaltar que, de conformidad con lo previsto en el literal a) del numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG⁹, y el literal a) del artículo 16° del Reglamento de Fiscalización y Sanción¹⁰, constituye una condición eximente de responsabilidad por infracciones, el caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.

⁸ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS.

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

8. Causalidad.- *La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.*

⁹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, 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."

¹⁰ REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 208-2020-OS/CD

"Artículo Eximentes de responsabilidad administrativa

Constituyen condiciones eximentes de responsabilidad administrativa, las siguientes:

a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobados.

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

Sobre esta condición, el artículo 1315° del Código Civil, que resulta de aplicación supletoria al procedimiento, precisa que el *"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"*. De tal modo, el hecho que configura el caso fortuito o fuerza mayor tiene las características de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, la falta de una de estas desvirtúa el caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre el particular, Morón (2019) comenta que el caso fortuito y la fuerza mayor comparten las características de la extraordinariedad, un hecho fuera de lo ordinario, la imprevisibilidad, que se refiere a las situaciones que no pudieron preverse, y la irresistibilidad, como imposibilidad para evitar el hecho a pesar de las medidas tomadas; asimismo, que a estos elementos se añade el proceder con debida diligencia, lo que implica que debe adoptarse las medidas necesarias para evitar los resultados infractores; y, que la debida acreditación del supuesto de caso fortuito o fuerza mayor se encuentra a cargo del administrado.

En este caso, como se ha expuesto en el numeral 4 de la presente resolución, el plazo para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Resolución JARU vencía el 06 de junio de 2022, y la emisión del cheque por parte de ELSE se realizó con fecha 22 de setiembre de 2022, a lo cual antecedió la acción del usuario Asentamiento Humano Señor de Wimpillay de solicitar el cumplimiento de la citada resolución, por lo que, en principio, no es posible señalar que la infracción imputada, esto es, incumplir con la medida administrativa dentro del plazo otorgado, haya sido un hecho ajeno a la voluntad de la concesionaria.

Por su parte, que posteriormente no se efectuara el cobro del cheque de pago emitido por ELSE debido a que, como se ha verificado en la Resolución N° 3166-2023-OS/JARU-SC contenía cálculos incorrectos respecto de los intereses y moras correspondientes al monto en devolución, tampoco exime a la concesionaria de su responsabilidad sobre la infracción producida, pues esta tenía el deber de efectuar correctamente el cálculo o, en su defecto, de corregirlo ante la comunicación por parte del usuario de que dicho monto no era correcto.

Por lo expuesto, se desestima lo alegado por ELSE en este extremo.

6. Sobre lo expresado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, respecto a una falta de motivación en la Resolución de Sanción para sustentar la responsabilidad de ELSE por la comisión de la infracción referida en el ítem 2 del numeral 1 de la presente resolución,

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

así como una sesgada referencia a sus argumentos de descargo, se ha procedido a analizar el contenido de dicha resolución y este Tribunal Administrativo no encuentra defectos de motivación que puedan configurar una motivación insuficiente o aparente, así como se verifica que el análisis expuesto en el numeral 1.2.3 de la referida sí contiene una comprensión completa del escrito presentada por ELSE con fecha 30 de enero de 2024. Con ello, se desvirtúa lo expuesto por ELSE al respecto.

Ahora bien, en lo que se refiere a una presunta vulneración al Principio de Concurso de Infracciones, es de precisar que el procedimiento administrativo sancionador se rige, entre otros, por dicho principio, establecido en el numeral 6 del artículo 248° del TUO de la LPAG¹¹, según el cual, en los casos en que una misma conducta califica como dos o más infracciones, la Administración procederá a aplicar el resultado establecido en la disposición normativa que prevea la consecuencia más punitiva, esto es, imponer la sanción más grave; de tal modo, se debe considerar que dicho principio parte de la premisa de que el administrado, efectivamente, ha incurrido en las infracciones a concursar.

En ese sentido, para determinar la procedencia de la aplicación del concurso de infracciones, corresponde analizar si, en el presente caso, una sola conducta estaría configurando la comisión de las infracciones detalladas en los ítems 1 y 2 del numeral 1) de la presente resolución.

En primer lugar, en cumplimiento del artículo 2° de la Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC, ELSE debía con devolver en efectivo y en una sola oportunidad al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay el 63,47% del VNR de la obra "Electrificación del Sub Sistema de Distribución Secundaria, instalaciones de Alumbrado Público y conexiones domiciliarias correspondiente al Asentamiento Humano Señor de Wimpillay- Distrito de San Sebastián- Provincia de Cusco- Departamento de Cusco", reconociendo los intereses correspondientes (primer conjunto de conductas que debía observar); y, en segundo lugar, debía informar documentadamente al Osinergmin el efectivo cumplimiento o ejecución de la medida anteriormente expuestas en el plazo de 20 días hábiles dispuesto en el

¹¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS.**

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

6. Concurso de Infracciones .- *Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes."*

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

artículo 3° Resolución N° 1415-2022-OS/JARU-SC (segunda conducta que debía observar).

En el caso materia de análisis se aprecia que, para dar estricto cumplimiento a la Resolución JARU, ELSE debía desplegar dos conductas distintas entre sí, siendo incluso que, en la forma que fueron dispuestas las obligaciones, se tratarían de mandatos preclusivos entre sí.

El antes citado criterio ha sido ampliamente desarrollado por este Tribunal Administrativo, entre otras, en las Resoluciones N° 11-2021-OS/TASTEM-S1 y N° 037-2021-OS/TASTEM-S1.

De esta forma, en opinión de este Órgano Colegiado, ha quedado acreditado que no nos encontramos ante una única conducta que califica como más de una infracción, sino ante dos conductas distintas y diferenciadas que se materializaron en distintos tiempos y que aparejan incumplimientos a obligaciones de distinta naturaleza, por lo que no corresponde la aplicación del Principio de Concurso de Infracciones.

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 20° del Reglamento de Fiscalización y Sanción¹², la Autoridad Instructora tiene la obligación, en caso de advertir la existencia de indicios que hagan presumir la comisión de una infracción, de iniciar el procedimiento administrativo sancionador para determinar la existencia de responsabilidad administrativa, de conformidad con la potestad sancionadora otorgada al Osinergmin en mediante Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹³; de modo que el presente procedimiento administrativo sancionador se condujo amparado en las facultades conferidas por ley al Osinergmin.

Por lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por la concesionaria en este extremo.

¹² **REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 208-2020-OS/CD**

"Artículo 20.- Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

20.1 De advertir la existencia de indicios que hagan presumir la comisión de una infracción, la Autoridad Instructora da inicio al procedimiento administrativo sancionador.

(...)"

¹³ **LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS, LEY N° 27332**

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión."

RESOLUCIÓN N° 112-2024-OS/TASTEM-S1

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; y lo dispuesto en el literal e) del numeral 228.2 de artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Electro Sur Este S.A.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2001-2024-OS/OR APURIMAC del 18 de junio de 2024, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, y **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Eduardo Chacaltana Bonilla, Iván Eduardo Castro Morales y Luis Eduardo Ramírez Patrón.

«image:osifirma»

PRESIDENTE