

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 037-2019-OS/TASTEM-S1

Lima, 12 de febrero de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800076076 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 29 de octubre de 2018, por Luz del Sur S.A.A. (en adelante, LUZ DEL SUR), representada por la señora Carla Deniss Barrón Taboada, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2182-2018-OS/OR LIMA SUR del 4 de octubre de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión de los Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica en el Servicio Público de Electricidad", aprobado por Resolución N° 722-2007-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), así como el Anexo 18 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 102-2012-OS/CD (en adelante, el Anexo 18) en la supervisión muestral correspondiente al primer semestre de 2015¹.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2182-2018-OS/OR LIMA SUR del 4 de octubre de 2018, se sancionó a LUZ DEL SUR con una multa de 5.82 (cinco con ochenta y dos centésimas) UIT, por transgredir el indicador DCR: Desviación de las Condiciones de Procedencia de los Recuperos, en el primer semestre del año 2015, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

Item	Infracciones	Sanción UIT
1	Incumplir el indicador DCR: Desviación de las Condiciones de Procedencia de los Recuperos LUZ DEL SUR obtuvo un valor de 4.2453% el cual supera la tolerancia de 1% prevista en el numeral 5.3 del Anexo 18. Ello, en atención a las siguientes observaciones: <u>No realizar el aviso previo a la realización del contraste del sistema de medición</u> Se verificó que en cinco (5) casos² no se notificó previamente la contrastación del sistema de medición. <u>No consignar en el acta de intervención la información mínima requerida</u> Se verificó que en un (1) caso³, la concesionaria no cumplió con consignar en el acta de intervención la información mínima requerida: hora de término de la intervención, diagrama eléctrico y/o mecánico, registro de potencia y/o corriente en el momento de la intervención, inventario de a carga instalada cuando sea permitido y cuando no dejar constancia de ello. <u>No acreditar la procedencia del recupero con las vistas fotográficas</u> Se verificó que en un (1) caso⁴ la concesionaria aplicó recupero por error en la instalación, hecho que no fue acreditado con las correspondientes vistas fotográficas.	5.82

¹ LUZ DEL SUR es una empresa de distribución de tipo 4, 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 Lima.

² Los suministros son los siguientes: [REDACTED].

³ Suministro N° [REDACTED]

⁴ Ver Nota 3.

Incorrecto cobro de recupero Se verificó que en un (1) caso ⁵ la concesionaria determinó un recupero por error en la instalación incluyendo los cargos por Alumbrado Público y Ley 28749.	
Normas incumplidas: numeral 4.1 del Procedimiento ⁶ y numeral 5.3 del Anexo 18 ⁷ .	

⁵ Ver Nota 3

6 PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LOS REINTEGROS Y RECUPEROS DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN EL SEVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD – RESOLUCIÓN N° 722-2007-OS/CD

"4.1 DCR: Desviación de las condiciones de procedencia de los Recuperos

Con este indicador se determina el grado de desviación de la concesionaria respecto a sus obligaciones establecidas en los numerales d.1.1, d.1.2, d.1.3 y d.1.4 del presente procedimiento, en cuanto a condiciones y plazos.

$$DCR = \left\{ \frac{\sum_{i=1}^n NIR_i}{\sum (NC \times NMR)} \right\} \times 100$$

Donde:

NIR = Número de incumplimientos, encontrados en la muestra, en alguna de las condiciones de procedencia del recupero, en cuanto a: aviso previo, acta de intervención, notificación del recupero, plazo de notificación, consideraciones de cobro y plazos que resulten inferiores a los establecidos y certificado de calibración si corresponde; de acuerdo a las condiciones establecidas en el numeral d.1.

NC = Número de condiciones de procedencia del Recupero a evaluar, según causal en cuando a: aviso previo, acta de intervención, notificación del recupero, plazo de notificación, consideraciones de cobro y plazos, y certificado de calibración si corresponde; de acuerdo a las condiciones establecidas en el numeral d.1.

NMR = Número total de casos de Recuperos correspondiente a la muestra seleccionada.

Las condiciones a evaluar son las señaladas en la Tabla N° 3

Tabla N° 3	
Ítem	Condiciones a evaluar en casos de recuperos
1	Que la constancia de Aviso Previo y/o Copia Certificación Policial y/o Notificación Notarial, cumpla con lo dispuesto en el numeral d.1.1 del presente procedimiento.
2	Que las actas de intervención contengan cuando menos lo señalado en el numeral d.1.2 del presente procedimiento.
3	Que la notificación del recupero contenga por lo menos lo señalado en el numeral d.1.3 del presente procedimiento.
4	Que el cobro del recupero se realice de acuerdo a lo señalado en el numeral d.1.4 del presente procedimiento.

La información para la determinación del indicador se obtiene de la muestra de los expedientes seleccionados del total informado en el Anexo N° 2."

7 ANEXO 18 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA – RESOLUCIÓN N° 102-2012-OS/CD

"5. Multa cuando los indicadores calculados excedan las tolerancias.

La multa por los siguientes indicadores se aplicará por semestre:

Para todos los indicadores, excepto los indicadores DCD y DCR, la tolerancia de los indicadores para la aplicación de las multas tiene valor cero (0).

Para el cálculo de las multas se deberá considerar los resultados de los indicadores con cuatro decimales.

(...)

5.3 DCR: Desviación de las condiciones de procedencia de los Recuperos

Cuadro N° 8

$$\text{Multa DCR} = (M5 \times DCR \times NPR)$$

Donde:

M5 = 0.0676 UIT

DCR: Indicador de la desviación de las condiciones de procedencia de los Recuperos, nos ofrece el porcentaje de los incumplimientos con respecto a las obligaciones para la procedencia del recupero.

NPR: Número total de casos de recupero correspondiente al semestre supervisado

La multa (DCR) será aplicable si el indicador excede el 1% que se establece como tolerancia, de exceder la tolerancia la multa es aplicable en su totalidad.

Multa total	5.82 UIT
-------------	----------

Cabe señalar que la infracción antes mencionada se encuentra tipificada en el numeral 5.3 del Anexo 18 de la Tipificación y Escala de Multas de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 102-2012-OS/CD.

2. A través de escrito de fecha 29 de octubre de 2018, LUZ DEL SUR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2182-2018-OS/OR LIMA SUR, solicitando se declare su nulidad y se ordene el archivo del procedimiento sancionador, o en su defecto se reduzca la multa impuesta conforme a los criterios de proporcionalidad que establece la ley, en atención a los siguientes argumentos:

- a) La resolución apelada es nula por vulnerar el Principio de Non Bis In Idem procesal. Solicita el archivo del procedimiento sancionador, en atención a que los hechos que motivan la sanción impuesta formaron parte de un procedimiento sancionador previo.



Al respecto manifiesta que, en sus descargos precisó la existencia de una doble persecución no de una doble sanción; sin embargo, la primera instancia ignora esta diferencia pronunciándose únicamente respecto al Non Bis In Idem material. Por tal motivo la resolución debe declararse Nula por adolecer de un defecto de motivación.

Añade que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha reconocido la doble configuración (material y procesal) del Non Bis In Idem, la primera que enuncia que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho y, la segunda, que reza que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Por lo indicado, al reiniciar un procedimiento caducado se estaría vulnerando el Non Bis In Idem procesal.

- b) La resolución es Nula por aplicación indebida e ilegal del régimen de notificación del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el TUO de la LPAG. Señala que se le imputa el incumplimiento del indicador DCR por no haber realizado el aviso previo a la intervención en el entendido que este aviso equivale a la notificación que regula el TUO de la LPAG. Al respecto manifiesta que las normas del TUO de la LPAG que regulan la notificación no son aplicables al caso, dado que esta norma se aplica a los concesionarios restringidamente y previa habilitación legal, además de que la comunicación en mención no es un acto administrativo.



Añade que Luz del Sur no es una entidad de la Administración Pública, rigiéndose por lo dispuesto en el Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, norma que señala en su numeral 8 que se entenderá por entidad de la administración pública, entre otras, las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado conforme a la normativa de la materia y que los procedimientos que tramitan las citadas personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el referido TUO, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

En tal sentido, manifiesta que el Procedimiento establece que para los casos en que se intervenga una conexión debe realizarse el aviso previo, mientras que el numeral 7.1.2

de la R.M. N° 496-2005-MEM-DM señala que el concesionario comunicará por escrito al usuario, por lo menos con dos (2) días hábiles de anticipación, la fecha en que será intervenido el sistema de medición para su contrastación, lo que se ha cumplido en el presente caso a cabalidad.

Por lo indicado, al no haberse sustentado adecuadamente la observación debe dejarse sin efecto.

- c) La resolución es nula por vulnerar el Principio de Tipicidad recogido por el artículo 246° del TUO de la LPAG, ya que se estaría ampliando indebidamente los alcances de la obligación de comunicar prevista en la norma, pese a que la norma especial no contiene regulación al respecto.
- d) La resolución es nula por vulnerar el Principio de Proporcionalidad ya que la multa ha sido calculada en base a una fórmula establecida en una norma infralegal que considera únicamente el valor del indicador y el número de casos que supuestamente constituirían incumplimiento, omitiendo el análisis de los criterios de proporcionalidad exigidos por el artículo 246° del TUO de la LPAG, tales como: beneficio ilícito, probabilidad de detección, gravedad del daño, perjuicio económico, inexistencia de reincidencia e inexistencia de intencionalidad.

En tal sentido, se aprecia que la sanción es desproporcionada y demanda una reducción.

- e) Solicita se le conceda el uso de la palabra en audiencia.

3. A través del Memorándum 205-2018-OS/OR LIMA SUR recibido el 19 de noviembre de 2018, la Oficina Regional Lima Sur remitió los actuados al TASTEM. Al respecto, este Tribunal, luego de la evaluación correspondiente ha llegado a las conclusiones que se expresan en los numerales siguientes.
4. En cuanto a lo alegado en el literal a) del numeral 2), respecto a la vulneración del Principio de Non Bis In Idem procesal, cabe indicar que el numeral 11) del artículo 246° del TUO de la LPAG señala que por el Principio Non Bis In Idem no se puede imponer sucesiva o simultáneamente dos sanciones administrativas por el mismo hecho en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones.

De otra parte, el numeral 4) del artículo 257° del TUO de la LPAG, señala que *"En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción"*. El referido precepto es recogido textualmente en el numeral 31.6 del artículo 31° del 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 (en adelante, el Reglamento de Sanción).



RESOLUCIÓN N° 037-2019-OS/TASTEM-S1

En este punto, es pertinente acudir a lo señalado por Morón Urbina⁸, en sus comentarios al artículo 257° del TUO de la LPAG, respecto a la distinción entre la caducidad del procedimiento sancionador y la prescripción de la potestad sancionadora de la administración, en donde señala lo siguiente:

“La prescripción conlleva la extinción definitiva de la potestad sancionadora. Transcurrido el plazo prescriptorio, la Administración queda impedida de ejercer su potestad sobre la infracción que es objeto de investigación. En la caducidad, en cambio, la extinción se producirá sobre el procedimiento, el cual se archivará y se tendrá por no iniciado, pudiendo iniciarse siempre que no se haya producido la prescripción de la infracción.”

Sobre el particular, de la revisión del expediente se verifica que mediante Resolución N° 267-2018-OS/OR LIMA SUR del 7 de febrero de 2018 (fojas 57 al 59 del expediente), se archivó por caducidad el expediente 201500025615 referido al incumplimiento de la normatividad sobre reintegros y recuperos en el primer semestre 2015 por parte de la empresa Luz del Sur, en el extremo referido a la transgresión del indicador DCR: Desviación de la Condiciones de Procedencia de los Recuperos.

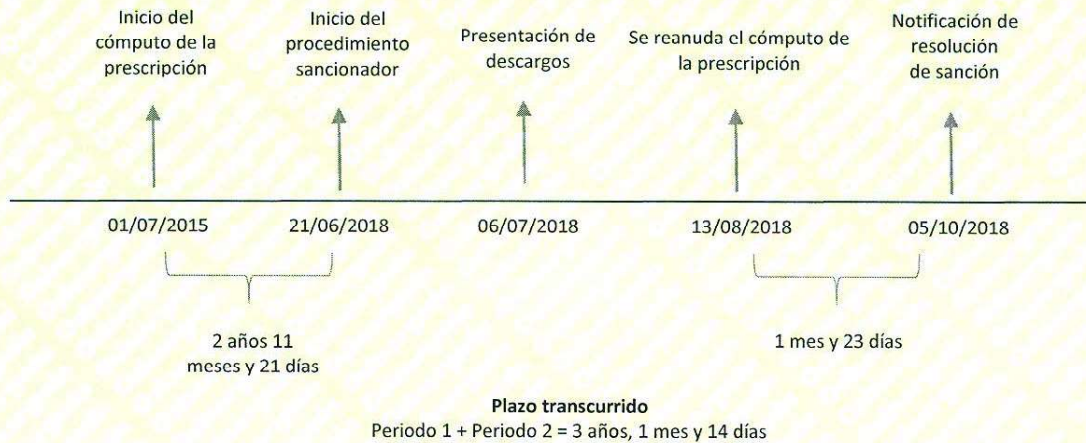
Mediante el Oficio N° 1754-2018-OS-OR LIMA SUR notificado el 22 de junio de 2018 (fojas 68 al 70 del expediente), se dio inicio al presente procedimiento sancionador por incumplimiento de la normativa sobre reintegros y recuperos en el primer semestre 2015 por parte de Luz del Sur, siendo que a tal fecha la infracción materia de autos no había prescrito, conforme se constata del análisis realizado a continuación.

A fin de establecer el inicio del cómputo del plazo de prescripción y conforme se dispone en el literal d) del numeral 31.1 del artículo 31 del Reglamento de Sanción, se considerará la fecha en que finaliza el periodo supervisado, esto es el 30 de junio de 2015, por lo que el cómputo del plazo de prescripción se inicia el 1 de julio de 2015. Por lo tanto, a partir de dicha fecha se inició el plazo para que la primera instancia dispusiera la imposición de la sanción, tal como se establece en el numeral 31.1 del artículo 31 del Reglamento de Sanción.

Al respecto, según consta en el Oficio N° 1754-2018-OS/OR LIMA SUR, el mismo que obra de fojas 68 al 70 del expediente, la primera instancia inició el procedimiento administrativo sancionador notificando dicha decisión el 22 de junio de 2018.

Asimismo, de la evaluación de los actuados este Tribunal advierte que a la fecha de notificación de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2182-2018-OS/OR LIMA SUR, esto es al 5 de octubre de 2018, el plazo para ejercer la potestad sancionadora aún no había prescrito. En efecto, tal como se indica en el cuadro siguiente al 5 de octubre de 2018 habían transcurrido tres (3) años, un (1) mes y catorce (14) días, por lo que Osinergmin se encontraba debidamente facultado para avocarse a su conocimiento al no haber transcurrido el plazo prescriptorio establecido en la norma.

⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Tomo II, pág. 529. 13° Edición: mayo 2018.



De autos se aprecia que la recurrente confunde los conceptos de prescripción y caducidad, al considerar que la caducidad del procedimiento presupone la prescripción de la potestad sancionadora de la entidad, hecho que se desvirtúa de la revisión de la normativa vigente sobre la materia.

Asimismo, debe considerarse que, si bien la caducidad implica el fin del procedimiento como castigo a la inactividad de la administración, en ningún caso podrá considerarse al archivo por caducidad como un pronunciamiento definitivo respecto del fondo de la controversia. Es por tal motivo que el propio TUO de la LPAG permite el inicio de un nuevo procedimiento sancionador dentro del plazo de prescripción establecido.

Por lo indicado en los párrafos que anteceden, este Colegiado coincide con lo señalado por la primera instancia en el numeral 2.3 del Informe Final de Instrucción N° 1670-2018-OS/OR LIMA SUR (fojas 88 y 88 vuelta) respecto a que, en el presente caso, no se vulneró el Principio de Non Bis in Idem, dado que no confluyeron dos procedimientos que impongan sanciones a un mismo sujeto, por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento, considerando que en el procedimiento caducado no se produjo juzgamiento respecto de los hechos materia de autos.

Respecto a lo manifestado sobre el supuesto defecto de motivación en que incurrió la primera instancia al no haberse pronunciado sobre la vulneración del Principio de Non Bis In Idem procesal, cabe indicar que tanto en el Informe Final de Instrucción N° 1670-2018-OS/OR-LIMA SUR como en la resolución sancionadora, la primera instancia señaló que no existen "dos procedimientos" que impongan sanciones a un mismo sujeto por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento, en consideración a que la caducidad supone el archivo de las actuaciones más no de la infracción que sustenta el procedimiento. En tal sentido, la primera instancia cumplió con motivar debidamente la resolución apelada respondiendo expresamente al alegato de la concesionaria.

Por lo expuesto, este Colegiado concluye que no se ha vulnerado el principio de Non Bis In Idem invocado por la concesionaria, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

5. Respecto a lo manifestado en el literal b) del numeral 2, sobre la aplicación indebida e ilegal del régimen de notificación de la LPAG, cabe indicar que mediante Resolución N° 722-2007-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 8 de diciembre de 2007, se aprobó el Procedimiento para la Supervisión de los Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica (el Procedimiento), aplicable a todas las concesionarias que atiendan el servicio público de electricidad en el Perú y dentro de todo el ámbito de su concesión o zona de responsabilidad.

De acuerdo al literal d) del Procedimiento, a efectos de la evaluación de los procesos de recuperos, se verificará que la concesionaria haya cumplido con las condiciones establecidas en la Tabla N° 3⁹ del Procedimiento, debiendo constatar que haya realizado el aviso previo en todos los casos que se intervenga una conexión, con posibles errores o anomalías de medición y con posible vulneración de las condiciones del suministro. Sobre este punto, el numeral 7.1.2 de la Norma Técnica DGM "Contraste del Sistema de Medición de Energía Eléctrica", aprobada por Resolución Ministerial N° 496-2005-MEM-DM (en adelante, Norma técnica DGM), señala que el Concesionario comunicará por escrito al Usuario, por lo menos con dos (2) días útiles de anticipación, la fecha en que será intervenido el Sistema de Medición para su Contrastación, indicando el Contrastador correspondiente.

Por su parte, el Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, señala que la Ley será de aplicación para las Entidades Públicas, entre las que se considera, conforme a su numeral 8), a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Agrega la norma que los procedimientos que tramitan las citadas personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en ella en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

A su vez, la Tercera Disposición Complementaria y Final del TUO de la LPAG, establece su aplicación supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.

De acuerdo a lo recogido en el numeral 2.3 del Informe Final de Instrucción N° 1670-2018-OS/OR LIMA SUR obrante a fojas 86 al 93 del expediente, en lo referido a la obligación de comunicar la contrastación, la primera instancia consideró que a fin de acreditar el cumplimiento de lo establecido en el numeral 7.1.2 de la Norma Técnica DGE, resultaba necesario el empleo de un parámetro que establezca los requisitos mínimos que tal comunicación debía contener, por lo cual correspondía remitirse a los numerales 21.3 y 21.4 del TUO de la LPAG que regulan la notificación de los actos administrativos.

Conforme se aprecia de lo indicado en los párrafos precedentes, el Procedimiento, dispone la obligación del concesionario de comunicar al usuario la fecha en que será intervenido el sistema de medición, limitándose a indicar que la comunicación será por escrito y con una anticipación mínima de dos (2) días útiles. En tal sentido, tal como evidencia la primera instancia, se hace necesaria la delimitación de parámetros mínimos a efectos de considerar una comunicación válidamente efectuada; motivo por el cual y, considerando que la referida norma regula el procedimiento administrativo para la evaluación de reintegros y recuperos,

⁹ Ver Nota 6.

y que no se verifica contradicción ni oposición con la norma especial, corresponde la aplicación supletoria la LPAG para el referido caso.

Al respecto, debe tenerse presente que este Órgano Colegiado se ha pronunciado en reiteradas resoluciones sobre el mismo argumento, tal como se puede advertir en las Resoluciones N° 141-2017-OS/TASTEM-S1, N° 064-2018-OS/TASTEM-S1 y N° 11-2019-OS/TASTEM-S1.

Asimismo, si bien la recurrente manifiesta haber cumplido con el requisito de la comunicación, no se aprecia que obren en autos los cargos que lo acrediten, hecho que se corrobora de la revisión del Acta de Inspección N° 01-P-722-2015-I/EDS (fojas 37 vuelta del expediente) que obra como Anexo N° 2.2. del Informe de Supervisión N° 079PN-S1/2015-GOP-2015-09-02, en cuyo Ítem 4 se indica que para el caso de los suministros N° [REDACTED] no se evidenció la notificación con los correspondientes cargos de recepción.

Por lo indicado anteriormente, este Colegiado considera que se aplicó correctamente el régimen de la notificación contenido en la LPAG a efectos de sancionar la infracción imputada, careciendo de fundamento lo alegado por la recurrente sobre este extremo.

6. En relación a lo manifestado en el literal c) del numeral 2), respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad¹⁰, cabe indicar que el citado principio se encuentra desarrollado en el numeral 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG, norma que señala que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, salvo que la ley permita tipificar vía reglamentaria.

En tal sentido, mediante el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, aprobada por Ley N° 27699, se estableció que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye una infracción sancionable, facultándose al Consejo Directivo de Osinergmin a tipificar los hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones.

De lo anterior, se advierte que mediante una norma con rango de ley se ha atribuido a Osinergmin la potestad sancionadora, autorizándola a determinar las conductas infractoras y las consecuencias que a título de sanción son aplicables, en mérito de lo cual se emitió la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, cuyo Anexo N° 18 contiene la tipificación de sanciones por incumplimiento del "Procedimiento para la

¹⁰ "Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. **Tipicidad.** - Sólo 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 permita tipificar por vía reglamentaria.

(...)"

RESOLUCIÓN N° 037-2019-OS/TASTEM-S1

Supervisión de los Reintegros y Recuperos de Energía Eléctrica en el Servicio Público de Electricidad", norma en base de la cual se ha sancionado a la concesionaria.

Por su parte, el Procedimiento estipula los lineamientos a seguir en la supervisión de los procesos de reintegros y recuperos de energía eléctrica del servicio público de electricidad, precisándose en el Título Quinto que constituyen infracciones pasibles de sanción, entre otros, cuando los indicadores calculados excedan las tolerancias previstas por la Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión Eléctrica, aprobada por Resolución N° 102-2012-OS/CD, esto es el Anexo 18.

En el presente caso, conforme se desprende de los actuados, se sancionó a la recurrente por exceder las tolerancias expresamente establecidas en el numeral 5.3 del Anexo 18, referida al indicador DCR, abreviatura de *"Desviación de las Condiciones de Procedencia de los Recuperos"* equivalente al 1%, al verificarse que obtuvo el valor de 4.2453%, excediendo la tolerancia establecida. En ese sentido, habiéndose constatado durante la supervisión el incumplimiento antes mencionado la primera instancia procedió a aplicar la sanción expresamente prevista conforme con al numeral 5.3 del Anexo 18.

En relación a que se estaría ampliando los alcances de la obligación de comunicar prevista en la norma con la finalidad de imputarle la infracción materia de autos, cabe manifestar que de acuerdo a lo sustentado en el presente numeral, la infracción imputada se encuentra debidamente tipificada, habiéndose sustentado en el incumplimiento de la condición establecida en el ítem 1 de la Tabla N° 3 del numeral 4.1 del Procedimiento y el incumplimiento del inciso ii) del numeral 6.2 de la Norma DGE, referidos al aviso previo a la intervención de una conexión.

Asimismo, la obligación de comunicar al usuario se encuentra debidamente establecida en el numeral 4.1 y el literal d) del Título Quinto del Procedimiento, correspondiendo aplicar supletoriamente el TUO de la LPAG a efectos de regular los aspectos formales de la citada comunicación, conforme se indicó en el numeral 5) de la presente resolución; aplicación que resulta no solo razonable sino necesaria, en consideración a la ausencia de regulación en la norma especial, además de sustentarse en la habilitación expresa contenida en la Tercera Disposición Complementaria y Final del TUO de la LPAG.

Debe tenerse presente que este Órgano Colegiado se ha pronunciado en reiteradas resoluciones sobre el mismo argumento, tal como se puede advertir en las Resoluciones N° 131-2018-OS/TASTEM-S1, N° 307-2018-OS/TASTEM-S1 y N° 13-2019-OS/TASTEM-S1.

En tal sentido, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

7. Respecto a lo señalado en el literal d) del numeral 2), sobre la vulneración al Principio de Proporcionalidad, se debe señalar que según el Principio de Razonabilidad previsto en numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG¹¹, las autoridades deben prever que la

¹¹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS.

"Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa"

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

(...)

comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Asimismo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiéndose observar los siguientes criterios a efectos de graduar la sanción: el beneficio ilícito; 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; las circunstancias de la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

De autos se aprecia que la multa por transgredir el indicador DCR para el tipo de empresa 4, como es el caso de la recurrente, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.3 del Anexo N° 18 de la Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión Eléctrica, aprobada por Resolución N° 102-2012-OS/CD, norma que es de conocimiento público, se determina conforme a la siguiente fórmula:

$$MultaDCR = (M5 * DCR * NPR)$$

Donde:

M5 = 0.0676 UIT

DCR: Indicador de la desviación de las condiciones de procedencia de los recuperos, nos ofrece el porcentaje de los incumplimientos con respecto a las obligaciones para la procedencia del recupero.

NPR: Número total de casos de recupero correspondiente al semestre supervisado.

Cálculo:

DCR = 4.2453%

NPR = 2031

Multa DCR = 0.0676 UIT * 0.042453 * 2031 = S. 8286 UIT.



De acuerdo con ello, se tomó en cuenta el porcentaje del indicador DCR (Desviación de las condiciones de procedencia de los recuperos) obtenido por la recurrente, el cual asciende a 4.2453%, siendo aplicable la totalidad de la multa al haber excedido el 1% establecido como tolerancia, asimismo se consideró el número total de casos de recupero correspondiente al semestre supervisado. El cálculo efectuado consta en el numeral 2.3 de la resolución apelada (fojas 103 vuelta del expediente), así como en el numeral 2.1 del Informe Final de Instrucción N° 1670-2018-OS/OR-LIMA-SUR (fojas 86 del expediente), respectivamente.

En tal sentido, se desestima lo alegado por la recurrente teniendo en cuenta que la sanción aplicada corresponde a aquella prevista para los casos similares al tramitado en el presente procedimiento, en particular para el indicador DCR cuestionado por la recurrente, apreciándose además que a efectos de calcular la multa se han tomado en cuenta factores

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben 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, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) 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.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

RESOLUCIÓN N° 037-2019-OS/TASTEM-S1

como el tamaño de la empresa (ingresos) y el número de incumplimientos, respetando el principio de proporcionalidad cuya vulneración alega la recurrente.

En relación a lo señalado respecto a la tipificación infralegal de la infracción, nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 6 precedente respecto del Principio de Tipicidad.

Por lo señalado, este Tribunal considera que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

8. En cuanto a lo alegado en el literal e) del numeral 2, debe indicarse que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen elementos suficientes para que esta Sala emita pronunciamiento sobre la materia controvertida que ha sido puesta en su conocimiento habiéndose evaluado los argumentos de la recurrente expresados en su recurso de apelación.

Por lo expuesto, los Vocales que integran este Órgano Colegiado consideran que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por la recurrente.

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 Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2182-2018-OS/OR LIMA SUR de fecha 4 de octubre de 2018, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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




LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE