

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“Análisis de la compatibilidad del sistema de sanciones en el sector eléctrico con la Ley del Procedimiento Administrativo General. Un estudio de caso”

Tesis para Optar el Grado de Magíster en Regulación de Servicios Públicos

AUTOR

Paul Gerson Tamayo Pereyra

ASESOR

Raúl García Carpio

JURADO

Alfredo Dammert Lira

Fiorella Molinelli Aristondo

LIMA – PERÚ

2014

A mis padres Josefina y Carlos y a mi esposa Liliana



Resumen Ejecutivo

El nuevo esquema implementado por OSINERGMIN en el año 2003 para la supervisión de las actividades eléctricas, ha logrado buenos resultados dados los niveles de cumplimiento de los procedimientos de supervisión vigentes. Sin embargo, respecto de la imposición de sanciones por incumplimiento de los procedimientos, en el año 2008 se modificó el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, referido al Principio de Razonabilidad de la Potestad Sancionadora Administrativa, incluyéndose criterios de graduación que deben ser observados al momento de imponerse las sanciones, en el orden de prelación correspondiente. Consideramos que dicha situación tiene gran importancia en la aplicación por parte de OSINERGMIN de las sanciones por incumplimiento de los procedimientos de supervisión.

En tal sentido, la presente tesis propone investigar la existencia de compatibilidad del sistema de sanciones vigente para el sector eléctrico peruano con los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, especialmente con el Principio de Razonabilidad, previsto en su numeral 3 del artículo 230º, tomando como base la supervisión del alumbrado público.

En el presente estudio, se ha desarrollado como marco conceptual, las características de la potestad sancionadora de la administración pública, especialmente los principios que tienen relación con el Principio de Razonabilidad, pues su concurrencia es de utilidad para análisis de la aplicación de este principio. Paralelamente, se ha utilizado el enfoque del Análisis Económico del Derecho respecto del incumplimiento de las normas, abordándose aspectos generales de la aplicación de la economía en las instituciones jurídicas a fin de que nos otorguen herramientas para el análisis y desarrollo del tema de estudio. En tal sentido, nos hemos referido a la teoría de Gary Becker sobre las conductas motivadas por incentivos, el modelo de Polinsky y Shavell y la Teoría del Public Enforcement que desarrollan los conceptos de multa óptima y la solución del Segundo Mejor. Asimismo, para completar el marco conceptual, se ha analizado el nivel óptimo de calidad, que es relevante para complementar los criterios para la imposición de sanciones, pues la supervisión en el sector eléctrico se basa en la aplicación de indicadores de calidad.

Como nuestro estudio involucra el análisis del sistema de sanciones en el sector eléctrico, nos hemos referido a los aspectos generales del marco regulatorio del sector eléctrico

peruano, las funciones de OSINERGMIN, principalmente las funciones de supervisión y fiscalización, con el objeto de entender la metodología del esquema de supervisión implementado por este organismo en el año 2003. Asimismo, dado que se ha tomado como estudio de caso la supervisión del alumbrado público, se ha revisado en detalle el Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público y su Escala de Multas y Sanciones, identificándose las obligaciones establecidas en dicho procedimiento, el procedimiento de supervisión, los estándares de calidad previstos, la muestra representativa y la aplicación de la escala de multas y sanciones. En ese mismo sentido, se ha evaluado el impacto de las sanciones por incumplimiento del procedimiento de alumbrado público y algunos pronunciamientos del TASTEM sobre cuestionamientos de la aplicación del Principio de Razonabilidad por OSINERGMIN en sus resoluciones de sanción.

En base a la revisión y del análisis del modelo adoptado por OSINERGMIN para la imposición de sanciones, específicamente de las sanciones por alumbrado público, se concluye que las sanciones que se obtienen de la aplicación de la Escala del Procedimiento, no incluyen explícitamente los criterios de graduación previstos en numeral 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444, en el orden de prelación establecido, debido a que el diseño de la multa disuasiva adoptada por OSINERGMIN y sus indicadores de calidad, establecen una sanción ex ante, que busca un balance adecuado entre el costo del esfuerzo de supervisión y el nivel de cumplimiento. Por ello, no es posible observar los criterios de prelación de manera ex post. Sin embargo, se considera que se debe utilizar explícitamente algunos de los referidos criterios, en particular, aquellos que no estén incluidos en el diseño de la multa y que sean especialmente relevantes, como agravantes y/o atenuantes, al momento de establecer las sanciones.

Adicionalmente, se propone la aplicación explícita de los criterios de graduación solo en casos excepcionales donde se verifiquen graves y reiterativos incumplimientos al procedimiento por periodos largos.

De la revisión de los procedimientos y escalas de sanciones de OSINERGMIN, se aprecia que si bien el énfasis está en el diseño de las sanciones ex ante de forma general y no individualizada, existen indicadores, como el de atención de denuncias, que complementa y minimiza el daño a los usuarios al poner plazos máximos de atención. En estos casos, se podría individualizar la sanción para incluir explícitamente algunos criterios de graduación como la repetición de la infracción.

Asimismo, en el presente estudio se propone que se consigne en las resoluciones de sanción la concordancia entre el numeral 1.4 Principio de Razonabilidad del Art. IV, referido a los Principios del Procedimiento Administrativo y los criterios de graduación señalados en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, dado que ambos principios están referidos a la Razonabilidad de la decisión de la Autoridad Administrativa. Se considera que dicha concordancia existe al momento de la aplicación de las sanciones pues los elementos adoptados por OSINERGMIN para establecer las sanciones por incumplimiento del Procedimiento tienen sustento técnico y legal, cuya razonabilidad responden a criterios estrictamente necesarios (como lo establece el referido numeral 1.4), los cuales se encuentran debidamente sustentados por las multas disuasivas a través del costo evitado, el cual ha sido desarrollado para sustentar las conclusiones de la presente tesis.

La estrategia metodológica para el desarrollo del presente estudio, partirá de un análisis conceptual sobre los alcances del Principio de Razonabilidad y del enfoque del problema de las sanciones en el Análisis Económico del Derecho. En base a ello, se revisará el procedimiento de supervisión y sanción en el sector eléctrico, tomando como referencia el caso del alumbrado público. Por último, se realizará el análisis de compatibilidad entre la Ley N° 27444 y el Procedimiento y su Escala, y se derivarán algunas conclusiones y propuestas.

Contenido

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	8
1.1 MOTIVACIÓN.....	8
1.2 OBJETIVOS.....	8
2. MARCO CONCEPTUAL.....	10
2.1. La potestad sancionadora administrativa. Aspectos conceptuales generales.....	10
2.1.1 Principios de la potestad sancionadora en la Ley del Procedimiento Administrativo General.....	12
2.1.2 El Principio de Razonabilidad.....	17
2.2 El nivel Óptimo de Calidad.....	23
2.3 El enfoque del análisis económico del derecho respecto del incumplimiento de las normas.....	27
2.3.1 Consideraciones generales.....	27
➤ El modelo de Gary Becker.....	30
2.3.2 El modelo de Polinsky y Shavell y la Teoría del Public Enforcement of Law.....	35
➤ La solución del “Primer Mejor”. La Multa Óptima.....	40
➤ La solución del “Segundo Mejor”.....	41
3. SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....	43
3.1 Marco regulatorio del sector eléctrico peruano. Aspectos generales.....	43
3.2 Funciones de OSINERGMIN. Marco legal.....	45
3.3 Supervisión y fiscalización por OSINERGMIN.....	49
4. LA SUPERVISIÓN DEL ALUMBRADO PÚBLICO.....	59
4.1 Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público.....	59
4.2 Supervisión de la calidad del alumbrado público.....	66
4.3 La Muestra Aleatoria Representativa.....	70
4.4 Aplicación de la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento.....	72
4.5 Resultados de la aplicación del Procedimiento.....	80
5. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES POR ALUMBRADO PÚBLICO CON EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD PREVISTO EN LA LEY N° 27444.....	83
5.1 Modelo adoptado por OSINERGMIN para la imposición de sanciones. Análisis desde la perspectiva económica.....	83
5.2 El nivel calidad establecida a través de indicadores.....	87
5.3 Consideraciones respecto del impacto de las sanciones.....	89
5.4 Compatibilidad del Procedimiento, su escala de multas y sanciones y el Principio de Razonabilidad.....	95
5.4.1 Pronunciamientos del TASTEM sobre cuestionamientos de la aplicación del Principio de Razonabilidad.....	95
5.4.2 Análisis de los criterios de graduación del Principio de Razonabilidad establecidos en el numeral 3 del Art. 230 de la Ley N° 27444.....	100
▪ Las empresas públicas y privadas de distribución eléctrica y su relación respecto de la supervisión e imposición de sanciones.....	111
6. CONCLUSIONES.....	116
7. RECOMENDACIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	125

Índice de Gráficos

Gráfico N° 1: Los Costos y Beneficios de la Provisión de Calidad.....	26
Gráfico N° 2: Margen de error y confiabilidad.....	74
Gráfico N° 3: Evolución del costo de la supervisión del alumbrado público.....	81
Gráfico N° 4: Pautas de los concesionarios y OSINERGMIN para realizar la supervisión de la operatividad de las UAP.....	82
Gráfico N° 5: Supervisión de deficiencias del servicio de alumbrado público a nivel nacional (Registro Histórico).....	93
Gráfico N° 6: Porcentaje de denuncias atendidas fuera de plazo Datos históricos a nivel nacional.....	93
Gráfico N° 7: Montos de multas en aplicación del Procedimiento de Supervisión del Alumbrado Público.....	94

Índice de Cuadros

Cuadro N° 1: Elementos de estrategia de disuasión.....	55
Cuadro N° 2: Procedimientos de supervisión y fiscalización de OSINERGMIN.....	57
Cuadro N° 3: Parque de alumbrado público y muestra supervisión GFE 2008.....	71
Cuadro N° 4: Composición del parque de alumbrado público.....	73
Cuadro N° 5: Multa por tramo por cada 0.1% de deficiencias en exceso de la tolerancia establecida (L) por rangos según tramos (en UIT).....	75
Cuadro N° 6: Multas por no registrar las denuncias de alumbrado público en el RHD.....	77
Cuadro N° 7: Criterios para determinar el número de RA, según el número de denuncias registradas por la concesionaria en el trimestre.....	77
Cuadro N° 8: Multas por empresa según rango de "le".....	77
Cuadro N° 9: Tipificación de incumplimientos en el RHD según el número de denuncias que superan el plazo indicado en cada inspección del RHD.....	78
Cuadro N° 10: Multas a aplicarse cuando OSINERGMIN no pueda acceder a la información del RHD publicada en la página web del concesionario.....	79
Cuadro N° 11: Sanciones impuestas por OSINERGMIN por incumplimiento de los procedimientos aprobados por Resolución 078-2007-OS/CD y 192-2003-OS/CD, del año 2004 a junio de 2013.....	90
Cuadro N° 12: Número de empresas infractoras y total de sanciones por año del 2004 a junio de 2013.....	91
Cuadro N° 13: Expedientes que cuyas apelaciones cuestionaban el Principio de Razonabilidad, fueron resueltas por el TASTEM.....	95

Índice de Anexos

Anexo N° 1:	
- Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público Primer Semestre del 2012 - Luz del Sur S.A.A.....	131
- Acta de selección de muestra.....	132
- Resumen de resultados de inspecciones de campo.....	133
- Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público. Primer Trimestre del 2012 - SEAL. Supervisión de atención de denuncias.....	134
- Resumen de levantamiento de las deficiencias registradas.....	135
Anexo N° 2:	
- Cuadros estadísticos de la supervisión del procedimiento de supervisión de la operatividad del servicio de alumbrado público, años 2010 y 2011.....	137

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 MOTIVACIÓN

La supervisión en el sector eléctrico requiere de la concurrencia de instrumentos técnicos, económicos y legales, para lograr sus objetivos. Investigar la interrelación entre estos aspectos fue una de las primeras motivaciones que se tuvo para realizar el presente estudio. Sin embargo, la modificación (en el año 2008) del numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, referido al Principio de Razonabilidad de la Potestad Sancionadora Administrativa, nos generaron algunas interrogantes respecto de su aplicación en las sanciones impuestas por OSINERGMIN por incumplimiento de los procedimientos de supervisión, dado que el nuevo Principio de Razonabilidad contiene seis criterios de graduación de las sanciones que deben ser observados al momento de imponerse las sanciones, en el orden de prelación correspondiente. Previamente a dicha modificación, la aplicación de dicho principio tenía alcances más generales que a nuestro juicio no ameritaba realizar un mayor análisis.

Si bien OSINERGMIN se ha preocupado por la aplicación y/o adecuación de la metodología para la imposición de sanciones respecto del Principio de Razonabilidad, han existido algunos cuestionamientos por parte de las empresas concesionarias respecto de la aplicación de dicho principio en las resoluciones de sanción, que incluso han motivado algunas consultas en segunda instancia administrativa. Por ello, consideramos importante investigar su aplicación en lo que se refiere a las sanciones que impone OSINERGMIN.

Dichas consideraciones han sido la principal motivación para realizar el presente estudio, por lo que se propone como *problema de investigación* en la presente tesis, *la existencia de compatibilidad del sistema de sanciones vigente para el sector eléctrico peruano con los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, especialmente con el Principio de Razonabilidad previsto en su numeral 3 del artículo 230°.*

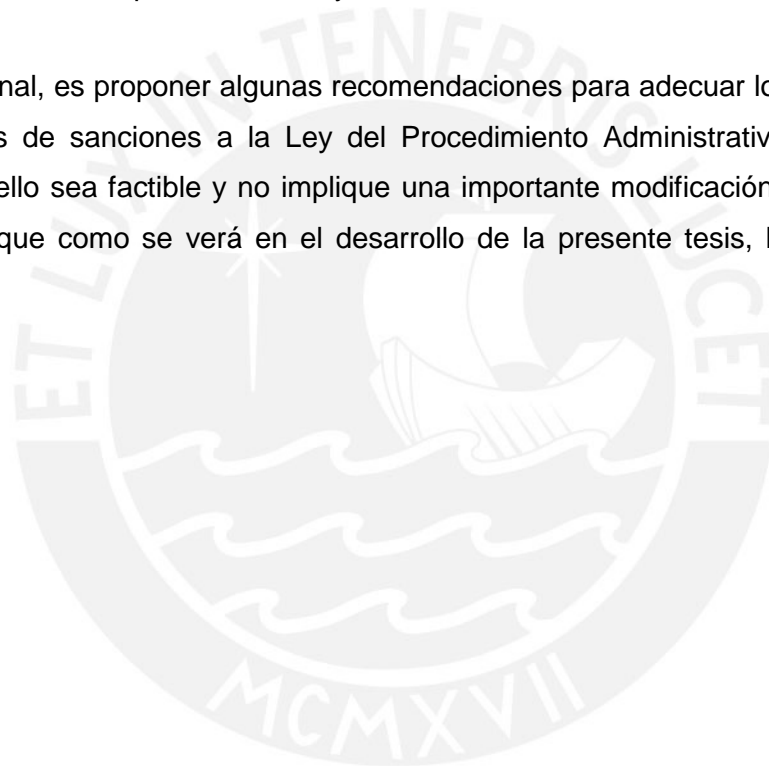
1.2 OBJETIVOS

El principal objetivo de la presente tesis es determinar si el procedimiento de supervisión y el sistema de sanciones de OSINERGMIN para el alumbrado público es compatible con

los principios y criterios de la potestad sancionadora de la Ley N° 27444 y si se requiere de ciertas precisiones para su adecuada aplicación.

Para ello, se busca identificar si en el ámbito de aplicación del sistema de sanciones para el sector eléctrico, necesariamente se debe incorporar los criterios de graduación de sanciones previstos en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444 al momento que se imponen las sanciones por incumplimiento de los procedimientos de supervisión, específicamente en el Procedimiento de Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público y en todo caso, determinar el análisis que debe efectuarse del Principio de Razonabilidad al momento de imponerse las sanciones que correspondan, a fin de cumplir con lo dispuesto en la Ley N° 27444.

Un objetivo final, es proponer algunas recomendaciones para adecuar los procedimientos y las escalas de sanciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la medida que ello sea factible y no implique una importante modificación del esquema de supervisión, que como se verá en el desarrollo de la presente tesis, ha tenido buenos resultados.



2. MARCO CONCEPTUAL

2.1 La potestad sancionadora administrativa. Aspectos conceptuales generales

El Estado tiene como una de sus funciones, referida en términos amplios, garantizar que dentro de la sociedad se cumpla y respete el ordenamiento jurídico donde se regulan las diferentes relaciones entre los individuos que la conforman. Para que se lleve a cabo este fin, existen mecanismos que garantizan el cumplimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, entre los que se encuentra el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Si bien encontramos una variedad de definiciones de esta potestad de la Administración, en términos concretos, podemos mencionar que la Potestad Sancionadora consiste en: "...el poder jurídico que posee la Administración Pública para castigar a los administrados, cuando estos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente. Esta potestad, mediante la represión de ciertas conductas, busca incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, desincentivando la realización de infracciones" (Vergaray y Gómez 2009: 403).

De esta noción de Potestad Sancionadora, se desprenden varios aspectos relevantes. Debemos partir refiriéndonos al origen del poder de la Administración para sancionar. Se podría válidamente considerar que los principios que inspiran el derecho administrativo sancionador han sido derivados exclusivamente del Derecho Penal, sobre esto tema hay muchas opiniones, dado que la potestad sancionadora de la Administración no tiene expresa referencia en la Constitución, como es el caso del Perú. En tal sentido, Morón señala: "...el Derecho Administrativo en su progreso y búsqueda de afianzamiento democrático asume valores constitucionales y de derechos fundamentales de la persona, los involucra y asume como propios, sin pasar por el transvase del Derecho Penal" (Morón 2005: 623).

Si bien el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son las manifestaciones del poder punitivo del Estado, denominado *Ius Puniendi*, sus respectivos procesos no tienen una misma estructura y no necesariamente la lógica entre ambos siempre coincide. Como bien señala Danós:

La elección entre una u otra medida represiva corresponde al legislador puesto que casi no existen materias que estén constitucionalmente reservadas a una protección de tipo jurídico-penal. La selección entre sanción penal o administrativa dependerá de la entidad y

trascendencia ético-social de la conducta ilícita que se pretenda castigar, de tal modo que por regla general se considera que las controversias menores, o ilícitos “bagatela” -como los denomina la doctrina europea- deben ser objeto de punición mediante sanciones administrativas. (Danós 1995: 150)

Teóricamente, en la actualidad no debería discutirse la existencia o la justificación de la potestad administrativa sancionadora, sino que ésta potestad en su ejercicio ofrezca las mismas garantías que los procesos penales.

Es preciso señalar que en el Perú no existe un reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración; sin embargo, podría señalarse que tal facultad es implícita e inherente, pues sin ella no sería posible que la Administración cumpla con los fines previstos en la Constitución Política, de lo cual se desprende que la Constitución reconoce de manera implícita la potestad punitiva de la Administración. Esta posición se refuerza a través de una sentencia del Tribunal Constitucional que corresponde al Expediente 274-99-AA/TC de fecha 10.08.99 donde se reconoce la potestad sancionadora de la Administración:

“...este Tribunal ha de recordar que la prohibición constitucional de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, así como la prohibición de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos, reconocidos en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2º y en el inciso 9) del artículo 139º de la Constitución, respectivamente; no constituyen garantías procesales constitucionalmente reconocidas que puedan resultar aplicables únicamente en el ámbito de los procesos de naturaleza penal, sino que, por extensión, constituyen también garantías que deben observarse en el ámbito de un procedimiento administrativo disciplinario y, en general, de todo procedimiento de orden administrativo –público o privado- que se pueda articular contra una persona”.¹

Asimismo, es preciso indicar que con la entrada en vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante la LPAG), se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en el Perú, la se encuentra regulada en el Subcapítulo I del Capítulo II del Título IV de la LPAG. Asimismo, el ejercicio de la potestad sancionadora se deriva como consecuencia del inicio, trámite y conclusión de un procedimiento administrativo sancionador, el cual también se encuentra regulado en el Subcapítulo II del referido Título la LPAG.

¹ Exp, N° 274-99-AA/TC, ubicado en el siguiente enlace virtual de la página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/0274-1999-AA.html>.

La LPAG en su artículo 229.2 establece el carácter supletorio de las normas que regulan la potestad sancionadora de la Administración, respecto de leyes especiales que regulen la misma materia; sin embargo, deben necesariamente observar los principios de la potestad sancionadora prevista en la LPAG. Asimismo, es importante tomar en cuenta que ante supuestos de leyes especiales que regulen la potestad sancionadora de manera contraria a los principios contenidos Capítulo II del Título IV de la LPAG, no será posible invocar la supletoridad que justifique la inaplicación de la Ley, pues "... principios constitucionales como los de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, irretroactividad, retroactividad benigna, prohibición de la reforma peyorativa, no autoinculpación, derecho de defensa, non bis in ídem, entre otros, resultan directamente aplicables en virtud del principio de unidad de potestad punitiva del Estado y de la naturaleza normativa y directamente aplicable de la Constitución, reconocida en su artículo 51º". (*Pereira 2005: 278*)

2.1.1 Principios de la potestad sancionadora en la Ley del Procedimiento Administrativo General

Se debe partir con reconocer que la relación entre la Administración y el Administrado no es igual, es por ello los principios de la potestad sancionadora adquieren suma importancia a fin de que esta relación no genere indefensión del administrado infractor, es decir, mantener un adecuado balance entre el poder punitivo de la administración y la garantía de los derechos del administrado dentro del procedimiento sancionador. En tal sentido, estos principios garantizan, en definitiva, que la Administración tenga parámetros para actuar al momento de sancionar y que debe garantizar que su accionar sea legítimo, equitativo y justo.

El artículo 230º de la LPAG consigna los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa, siendo preciso indicar que: "No obstante tratarse de principios aplicables exclusivamente al ejercicio de la potestad sancionadora, se entiende que ello no obsta, en el trámite del procedimiento administrativo sancionador, a la aplicabilidad de aquellos principios que rigen el procedimiento administrativo con carácter general y cuya consagración positiva se encuentra plasmada en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley Nº 27444." (*Pedreschi 2003: 513*)

A continuación, daremos algunos alcances del contenido de algunos de los principios de la potestad sancionadora administrativa que consideramos de utilidad por razones de metodología y objetivos del presente estudio; sin embargo, se dará un tratamiento

especial al *Principio de Razonabilidad* previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG, dado que éste guarda estrecha relación con el tema que motiva el presente estudio.

➤ **Principio de Legalidad**

Este principio se encuentra recogido en el numeral 1 del artículo 230° de la LPAG² y está referido a que la conducta ilícita pasible de una sanción administrativa debe estar regulada en una norma con rango de ley, esto se conoce como Principio de Reserva de Ley y que debe existir predeterminación administrativa, es decir, se debe conocer con anticipación qué conductas son consideradas como ilícitas y sus consecuencias en caso de realizarlas. Este importante principio es el límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, pues limita la discrecionalidad de la actuación de la Administración y permite que no se afecten los derechos fundamentales del administrado.

Asimismo, es preciso indicar que los reglamentos no pueden establecer infracciones administrativas ni las sanciones a imponer; sin embargo, se considera que a través de ellos se puedan especificar o graduar sanciones, siempre y cuando esta práctica no conlleve a la creación de otras sanciones. Este aspecto es muy importante pues no son aislados los casos en los que se pretende variar la naturaleza y los alcances de la sanción por medio de normas reglamentarias o una norma de menor jerarquía.

En definitiva, el Principio de Legalidad determina *la reserva legal para la atribución de la potestad sancionadora*, dado que ninguna autoridad administrativa puede atribuirse capacidad para sancionar si no le ha sido expresamente otorgada por ley expresa, es decir, solo la ley autoriza a la administración a sancionar. Esto significa que la administración, por más que lo considere importante para el ejercicio de sus funciones, no podrá crear sus propias sanciones a través de reglamento o por acto administrativo, sino que se debe limitar a que la afectación del ámbito jurídico del administrado haya sido previamente autorizada por la ley.

Finalmente, consideramos importante comentar un aspecto que debe ser entendido respecto del Principio de Legalidad:

² **Art. 230°.- Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa**

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

1. **Legalidad.-** Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades administrativas la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de la libertad.

... si bien el principio de legalidad guarda estrecha relación con el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido que ambos poseen características diferenciadoras.

No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad, pues el primero se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo, se constituye como la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, resultando éste el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos que las prohibiciones que definen las sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (Capcha 2011: 191)

➤ Principio de Tipicidad

Este principio se encuentra recogido en el numeral 4 del artículo 230° de la LPAG³, en el cual se establece que la administración sólo podrá sancionar la comisión de conductas que hayan sido previamente tipificadas como ilícitas, mediante normas que describan de manera clara y específica el supuesto de hecho infractor y la sanción aplicable. De ello se desprende que con esta disposición se garantiza a los administrados un nivel de seguridad jurídica, es decir, a través de la norma con rango de ley se establece con claridad los elementos de la conducta prohibida, pues si esto no se diera, el administrado no podría conocer de manera anticipada las consecuencias de sus actos y no determinar los límites para su actuación.

En tal sentido, Morón citando a Alejandro Nieto, señala: “La determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que deberá ser resuelto de manera casuística, pero es importante tener en cuenta que la tipificación es suficiente “cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra” (Morón 2005: 628).

Se desprende de lo señalado que no sería razonable, por no decir imposible, que la norma contemple todos los supuestos posibles de configurar una infracción, ni que se explique taxativamente todas las características de los ilícitos sancionables, sino creemos que debe contener información que hagan identificables las conductas infractoras y sus

³ **Art. 230°.- 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 expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o de la 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.

efectos. Por el contrario, el referido principio no permite la práctica de tipificaciones ambiguas e imprecisas que “abran puertas” al ejercicio de discrecionalidad que devenga en arbitrariedad e indefensión del administrado.

Por otro lado, es frecuente encontrar y referirse al uso de *conceptos jurídicos indeterminados* en la definición de la conducta sancionable; sin embargo, esta práctica será admisible cuando estos conceptos permitan prever con meridiana claridad la naturaleza y características esenciales de las conductas que constituyen infracción tipificada. Además, se debe desprender del concepto jurídico indeterminado una única solución del tema regulado, con ello no se otorgaría margen discrecional a la administración para la definición de la conducta sancionable. Además, se debe tomar en cuenta, como bien señala Morón: “...excepcionalmente, se exige que se incluyan disposiciones aclaratorias al concepto indeterminado cuando utilicen expresiones que, por ser inusuales o de excesivo tecnicismo, no proporcionen información clara y suficiente acerca del comportamiento que se pretenda sancionar (por ejemplo, contaminación ambiental, concentración empresarial, etc.)” (Morón 2005: 629).

Otro aspecto que consideramos relevante comentar es respecto de las denominadas *normas en blanco*, que si bien tiene rango legal carecen de contenido material, dado que “... no precisan la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica, colocan en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad.” (Morón 2005: 630).

Además de las normas en blanco, otras prácticas frecuentes son las normas que califican como sancionables el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes, que contienen tipificaciones imprecisas y ambiguas, a las que se les aplica el mismo razonamiento señalado en los párrafos precedentes, por lo que también son contrarias a lo dispuesto por el Principio de Tipicidad.

Por otro lado, consideramos importante referirnos a la posibilidad prevista por la LPAG de que las *disposiciones reglamentarias de desarrollo* puedan 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, que habilita a la administración a regular lo indispensable para concretar la tipificación.⁴

Por lo expuesto, se concluye que los reglamentos administrativos no pueden establecer nuevas infracciones o sanciones diferentes a las que se encuentran previstas en la ley. Asimismo, no podrá tipificar sin subordinarse a la ley autoritativa o alterar su naturaleza, pretendiendo adicionar nuevas infracciones o sanciones.

➤ Principio del Debido Procedimiento

Este principio es regulado en el numeral 2 del artículo 230° de la LPAG⁵ y se refiere a que la potestad sancionadora se ejerce a través del procedimiento previsto, pues no existe la posibilidad de que una autoridad administrativa imponga sanciones obviando un procedimiento administrativo o pretenda modificarlo. En tal sentido, es preciso indicar que: "... no es suficiente que exista una decisión debidamente motivada para que se considere que ha existido un debido procedimiento administrativo sancionador, sino que es necesario que dicha decisión sea consecuencia de un procedimiento en el que se hayan respetado los derechos fundamentales que le asiste a toda persona en un proceso judicial o procedimiento administrativo como: el derecho de acción, a la prueba, a la presunción de inocencia, contradicción, defensa, etc." (Díaz 2007: 64)

Finalmente, complementa lo señalado en el párrafo anterior, que el principio al debido procedimiento debe ser analizado conjuntamente con lo señalado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, que establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, entre los que se encuentran los derechos a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión debidamente motivada.

⁴ Morón Urbina identifica tres supuestos que se considera importante señalar (Morón 2005: 630-631):

- Reglamento desarrolla una tipificación por delegación de la ley. Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la administración por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifica mantenerlos dentro de la reserva legal, pero determinando lo esencial de la conducta antijurídica. Este es el supuesto en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
- Reglamento concreta como faltas supuestos que la ley considera en lo esencial pero sin precisión, pero atribuye potestad sancionadora y estipula las sanciones posibles (Ej. Conductas prohibidas calificadas como ilícitos administrativos).
- Reglamento organiza los supuestos distribuidos en varias disposiciones para hacer un compendio de faltas administrativas en una misma materia. (Ejemplo, textos únicos ordenados y similares).
- Reglamentaciones autónomas o de entidades constitucionalmente autónomas, incluso del poder legislativo, donde su potestad reglamentaria es parte de su garantía institucional.

⁵ **Art. 230°.- Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa**

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

(...)

2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

2.1.2 El Principio de Razonabilidad

En el derecho administrativo peruano, el Principio de Razonabilidad se encuentra regulado en la LPAG, tanto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar⁶ como en su numeral 3 del Artículo 230⁷, este último, como principio de la potestad sancionadora administrativa, que fue modificado mediante Decreto Legislativo N° 1029, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de junio de 2008.

Debemos partir con señalar que el Principio de Razonabilidad se presenta como una garantía contra la actuación arbitraria por parte de la administración y como un límite a su discrecionalidad, en el sentido de evitar un exceso en el ejercicio punitivo de la administración, por lo que se configura infracción a este principio cuando no se encuentra una correspondencia entre la sanción impuesta y la conducta sancionada.

La razonabilidad respecto de la aplicación de sanciones está directamente relacionada con el criterio de proporcionalidad, es decir, las sanciones deben ser impuestas en la medida estrictamente necesaria para cumplir su finalidad, y respecto de la cuantía, no debe ser arbitraria en el sentido que se sustente en decisiones dentro de márgenes mínimos y máximos previstos (por ejemplo, en el caso de los rangos de las escalas de multas y sanciones), sino que debe sustentarse en función de la gravedad de los hechos y los criterios de graduación previstos por la ley (estos últimos, en cuanto correspondan). Para que la sanción sea proporcional, se debe ponderar los elementos fijados en la norma. En opinión de Guzmán (2007) en aplicación del Principio de Razonabilidad, la sanción debe implicar congruencia entre la infracción cometida, los fines a obtener con la

⁶ **Art. 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.

⁷ **Art. 230º.- Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa (*)**

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

(...)

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 deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

(*) Incluye su modificación realizada mediante Decreto Legislativo N° 1029, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de junio de 2008.

sanción y el efecto de la misma. En tal sentido, se considera que cualquier afectación a los intereses del administrado debe ser lo menos gravosos posible.

No son pocas las ocasiones en las que se evidencia un exceso en la punición por parte de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora⁸, por lo que esta situación viene calificado por un sector de la doctrina como un vicio del acto sancionador, por la falta de proporcionalidad entre su objeto y su finalidad en relación con la conducta efectivamente incurrida⁹, por lo que podría ser causal de nulidad del acto administrativo en la medida que hablar de un defecto relevante en la finalidad del acto implica un defecto en la validez del mismo.

Siguiendo a Morón (2005), la autoridad administrativa no solo debe motivar la probanza de la falta sino de qué manera ponderada su conducta. No basta la mera motivación de los hechos sancionables, sino que deberá ser complementada con la justificación de la medida a aplicar y su cuantía.

La administración 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, pues una sanción leve puede crear incentivos a transgredir la norma. En tal sentido, la sanción cumplirá su propósito de desincentivar las conductas ilícitas si supera o iguala el beneficio esperado por el infractor por incumplir la norma. Además del beneficio ilícito esperado, debe tomarse en cuenta la probabilidad de detección de la conducta ilícita, pues convendría al administrado infringir la norma si no hay una mayor probabilidad de detección. Estos aspectos van a ser tratados en detalle más adelante, cuando se desarrolle el marco conceptual y el modelo de sanciones adoptado por OSINERGMIN.

Por otro lado, se debe señalar que antes de la modificación del numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, el Principio de Razonabilidad si bien tenía una similar redacción que el actual¹⁰, no señalaba expresamente, como sí lo hace el vigente, que las sanciones

⁸ En tal sentido, el exceso de punición se presenta cuando en las normas o en el acto disciplinario se imponen sanciones que resultan desproporcionadas con las conductas sancionables o sancionadas. No basta "motivar formalmente" la resolución de sanción, indicándose que existen topes mínimos y máximos previstos en normas reglamentarias. Muchas veces resulta desproporcionada la cuantía o la magnitud de la sanción que la administración con un somero análisis pretende imponer. Por tal motivo, es necesario utilizar instrumentos técnicos, económicos y legales para establecer una correcta sanción administrativa, de forma tal que esta disuada la conducta infractora del administrado.

⁹ La identificación entre los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad vuelven a manifestarse a partir del análisis de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en los Exp. N° 4394-2004-AA/TC y 2192-2004-AA/TC, en las cuales se establece que una decisión realizada sobre la base de la aplicación de los principios constitucionales que no respeta la proporcionalidad no resulta razonable, en tanto la razonabilidad es el resultado de la labor del razonamiento del juzgador mientras que la proporcionalidad es el procedimiento para llegar a tal resultado.

¹⁰ **Art. 230º.- Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa**

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

aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar seis criterios de graduación en orden de prelación a efectos de su graduación. Asimismo, dicha modificación ha incluido expresamente dos nuevos criterios de graduación: la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y el beneficio ilegalmente obtenido, además de precisar, en otro de los criterios, que el perjuicio causado es de carácter económico.

El legislador ha querido precisar los alcances de la Razonabilidad incluyendo criterios que ha considerado importantes y que necesariamente deben ser tomados en cuenta al momento de graduar la sanción a imponer, en el orden de importancia que se ha establecido. Sin embargo, entendemos que del texto anterior se desprendería un análisis más general, no en el sentido más específico como dispone el actual texto de la norma, por lo que esta forma de regular la observancia de los criterios de graduación nos lleva a pensar que su aplicación está más estrictamente referida a casos individualizables.

A continuación, se tratará brevemente estos criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del Artículo 230 de la LPAG, sobre la base de las consideraciones señaladas por Vergaray y Gómez (2009).

La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.- Para la aplicación de este criterio, la administración debe realizar un análisis en abstracto de los efectos de la conducta infractora respecto de la relevancia del bien jurídico afectado, atendiendo a su naturaleza y el nivel de protección que le otorga el Estado dada su importancia para la sociedad. Se aplica este criterio como factor agravante.

El perjuicio económico causado.- Se considera la aplicación de este criterio como agravante en el caso que el perjuicio ocasionado supere el beneficio ilícito obtenido por el infractor. Se toma en cuenta para estos casos, el daño emergente y el lucro cesante, entendido el primero como la disminución de la esfera patrimonial, y el segundo, como la ganancia dejada de percibir por el afectado por la conducta ilícita; asimismo, podría incluirse el daño moral y el daño a la persona, de ser el caso. Se desprende de lo señalado que el perjuicio lo sufre individualmente una persona o un grupo de personas.

(...)

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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la infracción.

La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.- para este criterio se considera la reincidencia, que se presenta cuando el administrado ha sido anteriormente sancionado con una infracción análoga o igual a la que se pretende imponer, y la reiterancia, cuando el administrado continúa incurriendo en la conducta infractora habiendo ésta sido advertida por la autoridad. El objeto de utilizar este criterio como agravante es evitar que al infractor le siga resultando conveniente incurrir repetida y/o continuamente en la conducta ilícita. Sin embargo, para Guzmán (2007) este criterio podría vulnerar el principio *non bis in idem* previsto en el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG¹¹ pues se permitiría sancionar dos veces una misma infracción tomándose en cuenta la reincidencia.

Las circunstancias de la comisión de la infracción.- Este criterio podría ser aplicado como agravante o atenuante, dependiendo de cada caso en particular. De ello se desprende que la infracción tendría que ser individualizada a fin de que se pueda analizar las circunstancias particulares que llevaron a la comisión de la infracción.

El beneficio ilegalmente obtenido.- para determinar si se aplicará a la sanción final agravantes o atenuantes, primero se debe calcular el beneficio ilegalmente obtenido y la probabilidad de detección.

La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.- En el derecho administrativo, se sancionan las conductas cuando se infringen las normas, pues los administrados no pueden alegar desconocimiento del marco normativo que les es aplicable, por lo que basta que se configure el incumplimiento. Sin embargo, dependiendo del caso concreto, la existencia de dolo podría considerarse como agravante en la determinación del monto de las sanciones.

Si bien dichos criterios precisan aún más la noción de razonabilidad y pretenden delimitar el ámbito de la discrecionalidad de la administración pública al momento de graduar las sanciones, consideramos que no es menos cierto que en determinados casos, no será tarea sencilla aplicar estos criterios, pues la naturaleza de las infracciones son diversas, en algunos casos se podrán incluir los criterios sin mayor problema, en otros, será más complejo, como en el caso de las infracciones por incumplimiento de las normas que

¹¹ **Art. 230º.- Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa**

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

(...)

10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

supervisa OSINERGMIN pues concurren aspectos técnicos y económicos que también deben ser tomados en cuenta al momento de graduar la sanción. Estos aspectos y sus implicancias se tratarán más adelante.

En consecuencia, consideramos que el Principio de Razonabilidad debe ser analizado de manera conjunta respecto de lo establecido en el numeral 1.4 del Título Preliminar y el numeral 3 del Artículo 230º de la LPAG, dado que para determinar la graduación de las sanciones se debe mantener la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deban tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

➤ **El principio de razonabilidad en el marco constitucional y la interpretación de su alcance como Principio Constitucional**

El principio de razonabilidad encuentra su regulación normativa a nivel constitucional en el Artículo 200º de la Constitución Política del Perú donde se ha vinculando su aplicación, en principio, al ámbito de actuación del juez que debe resolver sobre procesos de protección de derechos constitucionales durante el régimen de excepción. Sin embargo, esta aplicación se extiende a más ámbitos del derecho cuando el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 0006-2003-AI/TC, estableció que el alcance del Principio de Razonabilidad debe ser proyectado a todo el ordenamiento jurídico¹². Asimismo, en dicha sentencia se estableció que el principio de racionalidad “implica encontrar justificación lógica en los hechos conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos”¹³.

En tal sentido, a la luz del diseño jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional, el Principio de Razonabilidad exige encontrar una justificación lógica, lo que no debe implicar reducir de dicho ámbito sólo a “lo racionalmente demostrable”, sino que se extiende hacia lo que es aceptado generalmente, por lo que es válido señalar que los actos o conductas deben cumplir el requisito de ser generalmente aceptadas por la

¹² La sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 01-12-2003 en el Exp. 0006-21003-AI/TC, fue emitida en razón a una acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República contra el inciso j, artículo 89 el Reglamento del Congreso de la República.

¹³ Exp. 0006-2003-AI/TC, ubicado en el siguiente enlace virtual de la página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.html>.

colectividad como adecuadas respuestas a los retos que presenta la realidad frente al actuar jurídicamente relevante de todo sujeto de derecho (Rubio 2005: 242). Los actos o conductas deben estar sostenidos en argumentos de razonamiento objetivos y no subjetivos (Rubio 2005: 248). De allí se desprende la objetividad del ejercicio de la potestad sancionadora en el Derecho Administrativo.¹⁴

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que el establecimiento de sanciones no puede limitarse a una mera aplicación mecánica de las normas, tanto en las entidades públicas y privadas, sino que debe realizarse un análisis razonable de los hechos en cada caso concreto, tomándose en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la infracción, por lo que el resultado de esta valoración reflejará una decisión razonable y proporcional.¹⁵

Sin embargo, a pesar del esfuerzo del Tribunal Constitucional por elaborar una base conceptual del Principio de Razonabilidad, este organismo en la sentencia del Exp. 0261-2003-AA/TC¹⁶, vincula el concepto de razonabilidad al de proporcionalidad al punto de despojarlos de la autonomía conceptual que ambas categorías deberían tener, al establecer que la armonía y correspondencia en relación a la situación de hecho y la finalidad perseguida pertenecen tanto al principio de proporcionalidad como a la racionalidad, y siendo este último concepto la esencia del Principio de Razonabilidad, se obtiene como resultado que la proporcionalidad, la razonabilidad y la racionalidad pierden la posibilidad de ser definidas con precisión y claridad. (Rubio 2005: 254). En tal sentido, la crítica realizada por la doctrina peruana mayoritaria se dirige a recomendar que el Tribunal Constitucional otorgue un significado preciso a conceptos importantes como estos definiendo la esencia de cada principio para luego establecer las diferencias entre ambas.

Por otro lado, es importante señalar que el Tribunal Constitucional estableció que una decisión sancionadora razonable debe observar tres requisitos que constituyen el denominado *Test de Razonabilidad*:

¹⁴ La razonabilidad no dependerá de lo que una persona pueda considerar correcto ni tampoco de lo que beneficie a una persona o a un grupo pequeño. Será razonable lo que la sociedad generalmente acepta como correcto o un grupo social específico en su conjunto y tiene que ver con valores y principios aceptados en la sociedad como válidos. Asimismo, la razonabilidad exige imparcialidad y justificación técnica para fundamentar las decisiones. Finalmente, este principio involucra que se apliquen las mismas normas y se generen iguales consecuencias en las situaciones análogas, pues donde hay la misma razón hay el mismo derecho. (Rubio 2005).

¹⁵ STC Exp. N° 00535-2009-PA/TC.

¹⁶ Exp. 0261-2003-AA/TC, ubicado en el siguiente enlace virtual de la página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.html>.

- a) Elegir adecuadamente las normas aplicables al caso e interpretarlas correctamente, tomando en cuenta no sólo una ley en particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b) Comprender objetiva y razonablemente los hechos que rodean el caso.
- c) Que la medida adoptada sea la más idónea de menor afectación posible de los derechos de los implicados¹⁷.

Los aspectos conceptuales sobre la potestad administrativa sancionadora, antes señalados, sirven de presupuestos para determinar los alcances y límites de la potestad sancionadora de la Administración, pues de ello depende que se establezca un adecuado y eficiente sistema de sanciones y multas administrativas.

Finalmente, el análisis del Principio de Razonabilidad señalado en los párrafos precedentes debe ser contrastado con la razonabilidad en el marco constitucional y el Test de Razonabilidad formulado por el Tribunal Constitucional a fin de relacionarlos con los principios establecidos en la LPAG y los criterios adoptados por OSINERGMIN para la graduación de las sanciones, los cuales serán desarrollados más adelante, dado que se entiende que la aplicación de dichos aspectos busca reducir la discrecionalidad administrativa en la selección de las sanciones aplicables en términos cuantitativos y cualitativos y una adecuada disposición en la toma de decisiones administrativas ajustadas a derecho.

2.2 El nivel óptimo de calidad

La calidad siempre está presente en toda actividad económica, desde la prestación del servicio de taxi, servicios de hotelería, servicios en un restaurante, servicios en un banco, etc., siempre tenemos en mente un nivel de calidad que nos gustaría recibir en la prestación de servicios. Más de una vez hemos sido abordados con encuestas que nos formulan las empresas que no hacen más que evaluar el nivel de calidad o satisfacción en la prestación del servicio.

En mercados competitivos si una empresa decide incrementar la relación precio – calidad, lo que ocurrirá es que experimentará la disminución de su nivel de ventas, lo que originará una reducción de su participación en el mercado, pues los consumidores podrán elegir libremente otras opciones. La sola intervención de las fuerzas del mercado, corrige

¹⁷ Exp, N° 2192-2004-AA/TC, ubicado en el siguiente enlace virtual de la página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>.

estas situaciones a través de la oferta y la demanda, por el contrario, pretender regularlo sólo afectaría este resultado eficiente.

La situación es distinta en el caso de las industrias de redes, donde la regulación de la calidad en estas industrias se justifica, pues existe la imposibilidad de elegir libremente al proveedor y la sustitución del bien o servicio es limitada. La regulación resulta relevante en la medida que la provisión de la calidad por parte de un monopolista no regulado determinará un nivel de calidad distinto del socialmente óptimo, dado que "...elige el nivel de la calidad a proveer en función a las preferencias del consumidor que marginalmente consume el bien o servicio, mientras que el nivel óptimo para la provisión de la calidad debe reflejar más bien, la valoración promedio de los distintos consumidores cuando lo adecuado sería que el nivel óptimo para la provisión de calidad se refleje en la valoración promedio de los distintos consumidores". (Dammert, García y Molinelli 2008: 287).

La supervisión de la calidad del servicio eléctrico requiere de la intervención del Estado, esto se debe no sólo a las características monopólicas de la provisión del servicio sino a los incentivos que pueden tener las empresas para brindar niveles inferiores a los deseables y a las dificultades que enfrentan muchas veces los consumidores para distinguir una mala calidad -información asimétrica- y realizar reclamos a las empresas. (Dammert, García y Molinelli 2008).

A diferencia de los mercados competitivos, en las industrias de redes no existe competencia en precios ni en calidad y dentro de la zona de concesión no es posible ofrecer diferentes opciones de precios y calidad del producto, por ello, en el sector eléctrico se regulan los precios y la calidad del servicio. Como referencia, pues no es objeto del presente estudio, mencionaremos algunos de los aspectos de la calidad que se regulan en el sector eléctrico.

- **Calidad técnica.-** Esta considera 2 componentes: la calidad del producto y la calidad del suministro. Para la primera, se consideran los aspectos referidos a la tensión, la frecuencia y las perturbaciones (flicker y tensiones armónicas).

La calidad del suministro, está relacionada con la ocurrencia de interrupciones en el sistema eléctrico. Las interrupciones pueden originarse por problemas en las actividades de generación, transmisión o distribución. Normalmente se utilizan 2 indicadores de calidad de suministro, el primero está referido al número de interrupciones durante un periodo y el segundo, es la duración total de las interrupciones durante un periodo que

incluye interrupciones programadas. OSINERGMIN utiliza los indicadores de calidad a nivel de suministro: SAIFI (en español: frecuencia media de interrupciones por usuario) y SAIDI (en español: duración media de la interrupción por usuario), que miden la calidad promedio de suministro de todos los clientes del sistema eléctrico.

- **Calidad comercial.-** Considera tres aspectos: la atención al cliente, la facturación y registro, y la medición del consumo. Respecto del primero, los indicadores de la calidad están directamente relacionados a las solicitudes, los tiempos de espera y trato al cliente. Sobre la facturación y registro, estas deben ser claras y correctas, deben incluir la información necesaria y sólo debe constar en la factura las lecturas reales. Respecto de la medición, el indicador establece que se garantice que la energía facturada no tenga errores de medida, esto está referido a la calibración y reemplazo de medidores eléctricos.
- **Alumbrado Público.-** Está relacionada a los niveles de iluminación de acuerdo a la zona. El indicador será definido por la sumatoria de los tramos de la vía pública con alumbrado deficiente sobre el total de tramos existentes.

➤ **Determinación del nivel óptimo de calidad**

Los niveles de calidad están asociados directamente al costo, es decir, si se quiere más calidad en la prestación de un servicio mayor será su costo. En el caso de las industrias de redes, se podría exigir a las concesionarias que brinden un determinado nivel de calidad; sin embargo, los consumidores asumirán dicho pago, pues los costos se les trasladan. Entonces, tiene que elegirse un nivel de calidad que no perjudique ni a los consumidores ni a la prestación del servicio en condiciones óptimas, por lo que podrían estimarse niveles de calidad deseables por la sociedad y que el regulador utilizando instrumentos técnicos, económicos y normativos (normas especiales que ya fijan estándares) y otros aspectos propios del servicio, determine un nivel de calidad que asume que la sociedad desea.

Un análisis para la determinación de niveles óptimos de calidad siempre debe considerar los costos y beneficios. En tal sentido, Dammert, García y Molinelli (2008), citando a Rivier Abbad, señalan que el Costo Social Neto (CSN) de proveer calidad es la suma de las inversiones necesarias para lograr un determinado nivel de calidad más el costo o daño a los clientes asociado con este nivel de calidad, esto es, lo que pierden por no tener mayor calidad.

A modo de ejemplo, se muestra a continuación el costo que representa a una fábrica de textiles la interrupción del servicio de electricidad; en otros casos, algunas personas o empresas podrían tolerar ciertas horas sin el servicio que saben que no van a apagar. En el caso propuesto, el Costo Social Neto sería el siguiente:

$$CSN = I(CAL) + C(CAL)$$

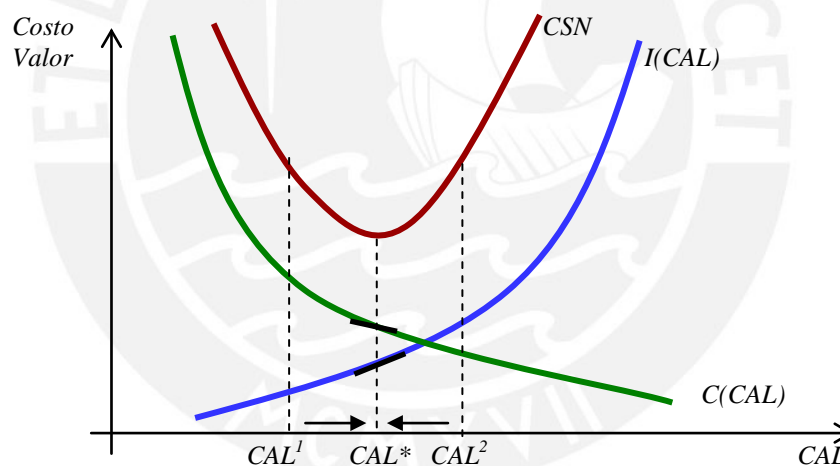
Donde:

$I(CAL)$: Costos de inversión necesarios para lograr un nivel de calidad "CAL".

$C(CAL)$: Costo de usuarios asociado a un nivel de calidad "CAL" (costo para el usuario de tener el nivel de calidad "CAL" en vez de la calidad máxima)

Dichos autores señalan que respecto a $I(CAL)$, el costo de mejorar la calidad en una unidad es cada vez mayor, crece exponencialmente. En $C(CAL)$ el costo del usuario de incrementar la calidad en una unidad es cada vez menor, lo que determina que los primeros incrementos en la calidad tiene un mayor efecto en el bienestar del usuario.

Gráfico N° 1: Los Costos y Beneficios de la Provisión de Calidad



Fuente: Dammert, García y Molinelli (2008)

En el presente gráfico, el óptimo es CAL^* , en ese punto la inversión marginal que harían las empresas para mejorar la calidad es igual a la reducción marginal en los costos de los usuarios por la mejora en calidad. En CAL_1 la inversión marginal en calidad es menor que el valor marginal que los consumidores le otorgan a mayor calidad, por lo que este nivel debe incrementarse. El efecto contrario ocurre si analizamos CAL_2 .

Es preciso indicar que las personas tienen diversas valoraciones de la calidad y el costo de proveer calidad puede variar dependiendo de las zonas geográficas, por lo que los costos variarían. Por ejemplo, podría ocurrir que los consumidores del área rural no

tendrían problema en soportar interrupciones del servicio si ello representa pagar menos. En el caso de una industria que opera todo el día, la respuesta sería contraria, pues se afectaría la producción que le generaría grandes pérdidas económicas. Ante estas situaciones podrían recurrirse a encuestas entre grupos de clientes (clientes urbanos, rurales, industrias, negocios comerciales, etc.) para verificar su valoración de la calidad, utilizar estudios realizados sobre costos y calidad o comparar los niveles de calidad reconocidos en países con características similares a las nuestras.

Finalmente, se considera que para evaluar los niveles de calidad y alcanzar o acercarse al nivel óptimo, el consumidor evaluado debería ser el promedio o representativo y debe encontrarse una combinación adecuada entre precio y calidad.

2.3 El enfoque del Análisis Económico del Derecho respecto del incumplimiento de las normas

2.3.1 Consideraciones generales

En esta parte, trataremos aspectos generales del *Análisis Económico del Derecho* (en adelante AED) cuya aplicación abarca varias áreas del derecho; sin embargo, para efectos del presente estudio abordaremos sus características generales, pero no menos relevantes, a fin de poder entender que la aplicación de instrumentos económicos en el ámbito jurídico, específicamente en materia de las sanciones y multas, es compatible y necesaria.

A fin de aproximarnos a algunas definiciones del AED, Richard Posner, uno de sus más reconocidos representantes, señala que el AED: “(...). Trata de explicar y predecir el comportamiento de quienes actúan en el campo del Derecho y de las personas que son reguladas en este. También trata de mejorar el Derecho señalando los temas en los que las leyes existentes y propuestas tienen consecuencias no deseadas o no deseables, ya sea respecto de la eficiencia económica o de la distribución del ingreso y la riqueza u otros valores”. (Posner 2002: 268-269)

En el mismo sentido, el autor argentino Germán Coloma señala que el objetivo del AED es:

(...) analizar y evaluar el papel de las normas jurídicas dentro del funcionamiento de los mercados, a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes

económicos y su repercusión en las cantidades y en los precios. (...) tiene un enfoque positivo y un enfoque normativo. El análisis positivo busca explicar el efecto de las normas jurídicas sobre los distintos mercados. (...) El análisis normativo, en cambio, sirve para brindar prescripciones respecto de cuales normas jurídicas son más adecuadas en una situación o en otra, según cuál sea el objetivo buscado por el legislador. (Coloma 2001: 12-13)

Dicho autor sostiene que las normas que afecten de alguna manera los costos o beneficios de un grupo relevante de personas, es posible ser analizada desde la perspectiva económica y ser objeto de estudio del AED.

En nuestro país, quien ha desarrollado estudios sobre el AED es Alfredo Bullard (2002) quien sostiene que el AED es una metodología de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

En el Perú, el AED ha ido teniendo influencia en el área de gestión pública, prueba de ello es la legislación sobre simplificación administrativa, uno de sus puntos de partida es la Ley N° 25305, Ley de Simplificación Administrativa y su Reglamento (D.S. 070-89.PCM) emitidos en el año 1989. En estas normas se establece la simplificación de trámites con la correspondiente reducción de costos de transacción. Asimismo, se considera que la LPAG tiene influencia del AED, respecto de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción. Asimismo, cabe indicar que el marco de actuación de los organismos reguladores (entre ellos OSINERGMIN) y el INDECOPI, se sustenta, a decir del referido autor, en muchas de las herramientas conceptuales concebidas por el AED.

Las instituciones jurídicas no solo deben ser entendidas y analizadas con los instrumentos propios del Derecho, sino que deben considerarse los efectos económicos que dichas instituciones tienen en la sociedad y sus resultados en las personas, por lo cual se deben crear modelos que evalúen los efectos de las normas vigentes y aquellos que se van a crear con determinados fines. El AED no está constituido por propuestas de cómo debe ser el Derecho, sino de una metodología para analizarlo, procurando su máxima eficiencia sin llegar a desnaturalizarlo ni “deshumanizarlo” como algunas opiniones conservadoras tienen del empleo de la economía en el Derecho.

Siguiendo a Guerra (2012), que sintetiza bien la idea que hemos venido señalando, el AED está conformado por tres aspectos: la Maximización, que la define como el mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes; la Racionalidad, entendida como el análisis y acción con anterioridad al problema y por último, la Eficiencia que según

Polinsky, es la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma.

Asimismo, dicho autor señala que el AED toma en cuenta que las personas son previsoras y racionales, que los resultados económicos se miden en función del bienestar y la utilidad personal y que la medida del bienestar social depende de las utilidades de los individuos y muchas decisiones legales son muy semejantes a las decisiones de mercado.

Los consumidores tienen preferencias y buscan maximizar la utilidad que derivan de esas preferencias, situación que puede ser tomada como un modelo de análisis, que si bien no pretendería describir la realidad, tratará de explicarla con la ayuda de instrumentos económicos. En tal sentido, no podría subestimarse la racionalidad de las personas y sus decisiones al momento de enfrentarse a la norma.

Desde otro enfoque, para entender la relación entre el derecho y la economía, Bullard (2002), quien cita a Gary Becker, señala que el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio del mercado y las preferencias estables, de lo que se desprende que la economía tiene la capacidad de predecir la conducta de las personas.

Esto nos lleva a señalar que las personas reaccionan a ciertos incentivos de forma predecible, es decir, los beneficios llevan a los individuos a desarrollar conductas y los costos llevarían naturalmente a desalentar el desarrollo de conductas que generan esos costos, por lo que las personas evitan incurrir en dichas conductas. Bajo este orden de ideas, los instrumentos de la economía válidamente pueden aportar a las instituciones jurídicas a través de modelos de predicción de las conductas.

Dichas apreciaciones nos llevan a señalar que el comportamiento de los individuos y las empresas son motivados por incentivos para la toma de sus propias decisiones, lo cual puede traer como consecuencia la comisión de ilícitos y/o infracciones a las normas administrativas para lo cual las normas han establecido penas y sanciones. Por ello, es importante tratar este comportamiento desde la perspectiva del AED que será de utilidad para entender los fundamentos de los modelos de sanciones por incumplimiento de normas administrativas.

➤ El modelo de Gary Becker

Gary Becker (1968) sostiene que todas las personas, sin excepción, actúan motivadas por fuerzas económicas como el caso de los incentivos, los individuos hacen elecciones que pueden describirse con modelos racionales de toma de decisiones. Según este autor casi siempre habrá un costo asociado a todo lo que el individuo hace, no necesariamente será un costo de dinero, sino puede ser un costo social o emocional. Es decir, la metodología de la teoría económica puede aplicarse a todo tipo de actividades humanas, dada la racionalidad de la conducta humana que puede ser representada en una función de utilidad o beneficio.

Vamos a explicar lo señalado mediante un ejemplo. Imaginemos que nos encontramos manejando nuestro vehículo y tenemos que tomar la decisión entre estacionar en una zona restringida o conducir hasta un estacionamiento que se encuentra lejos y que la tarifa por hora sea de 10 nuevos soles, pues es el único estacionamiento de la zona. El costo sería monetario, tiempo y esfuerzo. Si decidimos estacionar en la zona restringida, hemos pensado que el riesgo de ser sorprendidos y sancionado no supera el esfuerzo extra de ir hasta el estacionamiento, regresar caminando, además del pago derecho de estacionamiento que consideramos elevado.

Este sencillo razonamiento puede ser aplicado al comportamiento criminal, pues las personas pueden convertirse en criminales cuando los beneficios obtenidos por el ejercicio de actividades ilegales superan a los obtenidos trabajando dentro del marco de la ley, teniendo en cuenta la probabilidad de captura y condena y la severidad de esta última, dependiendo de la gravedad del delito cometido. Como la decisión de cometer un delito es racional, será también una decisión de costo-beneficio comparable con cualquier elección de compra de un bien.

Becker presenta el comportamiento criminal en el sentido de cómo los criminales ven los costos y beneficios potenciales de cometer un crimen o ilícito. Si los beneficios esperados exceden a los costos esperados, existirían altas posibilidades que el delincuente cometa el crimen o el ilícito. Ante ello, Becker propone aumentar los costos con relación a los beneficios a fin de desalentar el crimen. Los delincuentes hacen similares valoraciones a las señaladas en el referido ejemplo para violar la ley. Esto determinaría que las penas y multas deberían ser más severas, pues cuanto más dura es la pena, el costo de ser atrapado es mayor, por lo que la pena sería disuasiva. Es decir, el delincuente sabe que

si es atrapado le espera una pena muy alta, entonces pensará más detenidamente la posibilidad de cometer el ilícito o definitivamente lo descartará.

Una persona racional para decidir si comete un crimen, analiza el beneficio económico que obtendría. Es decir, tendría en cuenta el ingreso derivado de la decisión de delinquir menos el costo, el cual está asociado al castigo que obtendría en caso de ser descubierto y la probabilidad de ser castigado. En tal sentido, esta metodología consiste en hallar el nivel de gasto que minimice la pérdida social asociada al crimen.

Asimismo, Becker sostiene que los delitos que se cometen en la sociedad no sólo se atribuyen a la racionalidad y decisión que tome el delincuente, sino que también están involucrados los entornos económicos y sociales creados por las políticas públicas, como gastos para la policía, el diseño de las penas de los delitos y las oportunidades de empleo, educación y programas de formación.

Ciocchini (2012) describe los principales fundamentos del modelo de Becker, señalando en principio que se presenta una función de costo neto o daño sufrido por la sociedad representado por el mal social causado por el crimen y el valor social de la ganancia que obtienen los criminales en la comisión de sus delitos, siendo ambas funciones crecientes respecto del número de crímenes.

$$D(O) = H(O) - G(O)$$

Donde: $D(O)$ es el daño sufrido por la sociedad, $H(O)$ es el mal social y $G(O)$ es el valor social de la ganancia de los criminales. O = número de crímenes.

El modelo considera el gasto en policía y jueces que es una función creciente de su nivel de actividad, para lo cual se toma en cuenta el número de condenas, que pueden estimarse a partir del número de crímenes y la probabilidad de que el crimen sea castigado con una condena. Entonces:

$$C - C(p,O)$$

Donde: C es el gasto en policía y jueces y p es la probabilidad que se imponga una condena.

Otro aspecto del modelo de Becker es que un aumento en la probabilidad de condena (o en la gravedad de su castigo) hace disminuir el número de delitos, pues la racionalidad de la persona la llevaría a asumir que puede cometer un crimen si la utilidad esperada es

superior a la utilidad que podría obtener si utilizara sus recursos para realizar otras actividades. Entonces, se establecerá una función que relaciona inversamente el número de delitos dispuesto a cometer con la probabilidad de ser condenado y la pena a ser impuesta.

$$O = O(p, f)$$

Donde: O = número de crímenes, p es el promedio ponderado de las probabilidades de los individuos y f es el promedio ponderado de los castigos por delito.

Por otro lado, se toma en cuenta los costos de los castigos en relación a los tipos de delitos cometidos, para lo cual se los convierte en un equivalente monetario. En el caso de las multas el costo está relacionado directamente al monto de la multa; sin embargo, el costo de la prisión se mide por el flujo descontado de los ingresos perdidos más el valor atribuido a las restricciones en el consumo y la libertad, por lo que a mayor prisión mayor será el costo; es decir, los ingresos perdidos y el consumo al que se renuncia están relacionados al tiempo de la sentencia. Además, estos costos afectan a la sociedad, pues los gastos en las cárceles, personal de supervisión, etc., son asumidos por la sociedad. En tal sentido, el costo social total por los castigos es el costo para el criminal más el costo o menos la ganancia de los miembros de la sociedad, por lo que la función que resulta de la relación del costo social con el costo para el criminal por el castigo impuesto sería:

$$f = bf$$

Donde: f es el costo social de los castigos, f es el costo para el criminal y b es el coeficiente de conversión de f en f .

Para el caso de las multas $b = 0$, pues el costo para el criminal es un ingreso para el Estado, pero $b > 1$ para el delito que determine un costo social mayor que el del criminal, por ejemplo la prisión efectiva y/o maltrato en prisión.

Asimismo, el modelo de Becker también tiene implicancias en las multas que también representan una modalidad de castigo por la comisión de ilícitos, pues se considera que para la sociedad la multa es un gasto de transferencia del criminal al Estado; sin embargo, sufrir prisión efectiva provoca pérdidas de recursos, como los gastos en personal policial para las prisiones y/o en tiempo que se pierde en prisión. Asimismo, las multas “compensan” a la sociedad, pues ésta no estará peor que si el delito no se hubiese cometido; sin embargo, otros castigos no logran compensarla, pues los ex criminales

podrían seguir recibiendo castigos indirectos como su dificultad para conseguir trabajo y reinsertarse a la sociedad, lo cual genera gastos en recursos para permitir su resocialización.

Teniendo como base el modelo de Becker, consideramos importante complementar este análisis con otros alcances, tomando en cuenta que la conducta humana se puede predecir con la ayuda de variables relevantes, las cuales deben ser adecuadas para que el modelo cumpla con sus fines. El Derecho también regula la conducta humana y busca orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que podríamos denominar “consecuencia jurídica”, entonces como instrumento sería útil contar con una metodología de predicción de la conducta. En efecto, para comprender esta metodología de predicción, a modo de ejercicio, se plantea como ejemplo los efectos de “pasarse la luz roja” en una calle. Este ejercicio sería un análisis *costo beneficio*, donde la norma puede ser vista como costo y la sanción a la vulneración de la norma como precio, de manera similar al ejemplo antes señalado.

Sería lógico sostener que si la autoridad administrativa sube el costo de la multa por cruzar una luz roja, debería disminuir el número de personas que se “pasan” la luz roja. Si se expresa en términos económicos: a mayor precio menor la cantidad demandada, es decir, al subir la multa sube el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas crucen la calle con la luz roja.

A lo señalado debemos agregar la probabilidad de que el infractor sea detectado en la comisión de la infracción, esto dependerá de la capacidad de las autoridades de detectar la infracción y de la habilidad del infractor. Además, se puede inferir que los cruces de luces rojas son más frecuentes a las cuatro de la mañana que a la una de la tarde. En este último caso, la posibilidad de detección es mucho mayor, pues habrá más policías en las calles y las posibilidades de que ocurran accidentes se incrementan por el mayor tráfico, por lo que a dicha hora la multa será mayor que a las cuatro de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Sin embargo, la multa es la misma a ambas horas del día, pero como a las cuatro la mañana es menor la probabilidad de ser detectado y la posibilidad de causar daño también disminuye debido a la menor cantidad de carros circulando a esa hora, la sociedad estaría dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas; en consecuencia, la multa en este caso sería menor.

En términos de costo-beneficio, se puede concluir que el costo de infringir una norma se reduce con menor capacidad de detección. La posibilidad de ser detectado dependerá de la capacidad del sistema para identificar y sancionar al infractor lo cual involucra la habilidad de la policía, fiscales, sociedad civil y sistema judicial para capturar y aplicar la ley. El otro factor a considerar es la habilidad del infractor para evadir a la justicia, lo cual a su vez dependerá de la propia capacidad y habilidad del potencial infractor.¹⁸

Del ejemplo señalado, se puede apreciar que los aspectos que influyen en la comisión de una infracción y el establecimiento del monto de la sanción, pueden ser analizados por instrumentos económicos que aporten una mayor precisión para el diseño de una norma y un sistema de multas eficiente.

A fin de complementar los argumentos precedentes, al referirnos a las personas y sus decisiones, Richard Posner sostiene que: "...una persona comete un delito por que los beneficios esperados del delito para él superan los costos esperados. Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de delitos pecuniarios) o intangibles (en el caso de los llamados delitos pasionales) derivadas del acto criminal. Los costos incluyen varios gastos directos (para comprar armas, herramientas, máscaras, etc.), los costos de oportunidad del tiempo del criminal y los costos esperados del castigo penal." (Posner 1998: 214)

El referido autor considera que puede controlarse el nivel de criminalidad por medios distintos de la sola aplicación de la ley o mayor severidad de la pena. Por ejemplo, se podría disminuir el desempleo, que aumenta el costo de oportunidad de cometer el delito o imponer un impuesto oneroso sobre las armas de fuego (quizá más aplicable a la realidad norteamericana) convertiría el robo en una actividad menos riesgosa, entre otros aspectos. Se podrían ir mencionando más supuestos que harían más costosa la

¹⁸ John C. Harsanyi ha desarrollado, desde la perspectiva de las ciencias sociales, el comportamiento racional, que se entiende es el comportamiento que lleva necesariamente a una elección de los mejores medios disponibles para lograr un determinado fin, es decir, para el sentido común, la racionalidad es un concepto normativo, se orienta a lo que debemos hacer para alcanzar un determinado fin o un objetivo. Este concepto también se utiliza para la simple descripción del comportamiento humano que a juicio del autor, el comportamiento humano está dirigido principalmente por objetivos que a menudo son de forma coherente en muchos tipos de situaciones sociales.

Dicho autor señala que en el modelo del comportamiento racional de la teoría económica, se define la conducta racional: "... una opción alternativa entre los extremos, sobre la base de un conjunto dado de preferencias y un conjunto de oportunidades (un determinado conjunto de alternativas disponibles). Si estoy eligiendo un determinado fin (o un conjunto determinado de condiciones mutuamente compatibles, que puede ser descrito como un único compuesto final) normalmente tengo que renunciar a muchos otros fines. Renunciar a estos extremos es el costo de oportunidad de lograr este fin. Así, en virtud de este modelo, el comportamiento racional consiste en elegir un determinado fin, después de una cuidadosa consideración y con plena conciencia de los costos de oportunidad de esta elección" (Harsanyi 1977). Traducción libre.

De lo señalado, se desprende que la conducta racional involucra una opción alternativa entre dos extremos sobre la base de un conjunto de preferencias y oportunidades, que implica que si se elige determinado fin, se tendrá que renunciar a muchos otros, situación que representa el costo de oportunidad, por lo en ese sentido, el comportamiento racional equivale a la maximización de la utilidad.

criminalidad, pues como se ha ido sosteniendo, se podrían elaborar modelos eficientes que predigan las conductas delictivas o la comisión de infracciones administrativas.

Para entender mejor lo señalado, vamos a graficar el denominado *delito costo cero* con un ejemplo práctico. En el caso de legislaciones que han previsto como castigo de un delito grave la pena de muerte y/o la cadena perpetua, el delincuente que ha cometido el delito castigado con algunas de estas penas y utilizando su sentido común, podrá cometer otros delitos pues le espera la condena máxima por el primer delito (“no tiene nada que perder”), los demás delitos que cometa no podrán sumar una mayor condena, entonces, los costos esperados de estos últimos delitos en términos económicos será cero, más aún, puede darse la posibilidad que la autoridad no lo capture en varios años, con lo que obtendría un mayor beneficio con la comisión de todos los delitos.

Será importante analizar el mercado de interés y los actores que interrelacionan en ese mercado, las conductas que pudieran producirse, a fin de elaborar una norma y un sistema de multas eficiente, es decir, una norma que regule eficientemente la supervisión y un sistema de multas y sanciones que desincentive la comisión de infracciones. En otros términos, en el análisis que se efectúe se debe incluir la racionalidad del potencial infractor a través del costo beneficio y las posibilidades de acción que permitan disuadir al infractor a través de la imposición de un multa elevada o llevar a cabo acciones preventivas que incrementen la probabilidad de detección y sanción de infracciones. Este razonamiento característico del AED, será incluido en el análisis del criterio tomado por OSINERGMIN al que nos referiremos más adelante, para fijar las multas administrativas.

Si bien el modelo de Gary Becker estaría orientado principalmente a la aplicación del AED respecto de las conductas delictivas reguladas por el derecho penal, los conceptos de este modelo son útiles para el análisis de las sanciones administrativas a las que se aproxima más el modelo de Polinsky y Shavell que trataremos a continuación.

2.3.2 El modelo de Polinsky y Shavell y la Teoría del Public Enforcement of Law

A través de la teoría económica del Public Enforcement of Law, el Estado mediante la aplicación de sanciones o penalidades puede inducir a los agentes a que cumplan las disposiciones legales para cautelar el bienestar social, siendo un elemento esencial el hecho que las infracciones a las normas responden a incentivos de orden económico, por lo que es necesario el uso de instrumentos económicos como las sanciones monetarias y

no monetarias a fin de incentivar a los individuos al cumplimiento de las normas. (Molinelli 2008).

Desde una perspectiva general, el modelo para el cálculo de la multa obedece a dos factores: a) existe un beneficio implícito para las empresas que incumplen con lo que establecen las normas, pues su inobservancia se materializa en un costo que dejan de asumir, lo que objetivamente tiende a representar una maximización de sus recursos; y b) existe la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda detectar la infracción cometida por la empresa con cierto grado de probabilidad, labor que se dirige a imponer una sanción administrativa, que en la mayoría de los casos será una multa. (Molinelli 2008).

En tal sentido, se explica el uso óptimo desde la perspectiva del bienestar social, de *instrumentos de sanción* como las multas u otras sanciones (como cierres temporales, clausura de locales, etc.) y *variables de supervisión*, como el esfuerzo de supervisión, que determinan la probabilidad de la detección de la infracción. Desde el punto de vista social, esta teoría considera que se debe tomar en cuenta el daño directo ocasionado por la infracción, el costo de detección de la infracción (en el caso del sector eléctrico serían representados por los gastos de supervisión, que serían los recursos que la sociedad deja de percibir a fin de que la autoridad haga cumplir las normas), el costo de la aplicación de la sanción, que involucra gastos judiciales y los costos incurridos por el infractor. En tal sentido, esta teoría incluye varios costos que deben ser analizados al momento de fijar el criterio de la multa correspondiente.

Si bien es casi inevitable que los agentes no infrinjan las normas que les son aplicables, las sanciones económicas (multas administrativas) son mecanismos idóneos para disuadir las prácticas que vulneran las normas. Asimismo, el Estado en uso de sus facultades puede imponer medidas correctivas para los infractores y se pueda con ello, en determinados casos, restablecer las cosas al estado anterior al daño ocasionado. "(...) la intervención del Estado mediante sanciones, se justifica en la ausencia de incentivos en los agentes privados para respetar las normas, pues obtienen mayores beneficios incumpléndolas que acatándolas." (Molinelli 2008: 12)

Asimismo, esta teoría sostiene que el incumplimiento de las normas responde a incentivos económicos de las empresas, por lo que como contraparte, se requiere el uso de instrumentos económicos tales como las sanciones (que pueden ser dinerarias o no dinerarias), las cuales si son adecuadamente aplicadas deberían incentivar al

cumplimiento de las normas. Esto último, no es tarea fácil, por ello se recurre a determinados criterios que se aplicarán dependiendo en cada caso, de la naturaleza de la industria (sector eléctrico, telecomunicaciones, transportes, etc.), el tipo de infracción que se cometa, la razonabilidad de la norma, entre otros aspectos.

Polinsky y Shavell (2007) sostienen que:

(...) la multa óptima ahora es: $f^* = h/pq + s/q + k$. Esta fórmula ilustra un principio general: la multa óptima es igual a los gastos realizados por la sociedad como resultado del acto perjudicial dividido por la probabilidad - en el momento en que cada componente del costo es incurrido - que el individuo deberá pagar por la multa. Por lo tanto, h se divide entre pq porque, cuando se produce el daño la probabilidad de tener que pagar la multa es pq y s se divide entre q porque, cuando los costes de investigación-proceso son incurridos, la probabilidad de tener que pagar la multa es q . Si la multa se calcula de acuerdo a este principio, la multa esperada será igual a los costes sociales esperados debido a la comisión de acto dañino, incluido el daño causado y los costos de la sanción esperados, es decir, $h + ps + pqk$.

Téngase en cuenta que, bajo la responsabilidad basada en la culpa, los costos de la imposición de multas es significativamente menor, si no es cero. Esto es porque, si los individuos cumplen con el estándar de fallo, no son sancionados, en cuyo caso no hay costos asociados con la imposición de sanciones. Sin embargo, si las personas se encuentran en falta (por ejemplo, debido a errores), las multas que se les impongan también deben reflejar los costes de la imposición de multas.

Por último, debe tenerse en cuenta que no sólo el Estado incurre en costos cuando se imponen multas, también lo hacen las personas que pagan las multas (por ejemplo, los gastos de defensa legal). Los gastos realizados por los individuos, sin embargo, no afectan a la fórmula de la multa óptima.¹⁹

Las multas se aplican ex ante y ex post. En el primer caso, la empresa incumple la norma sin generar daños a la sociedad, la sanción se aplica por el sólo hecho que infringe la ley.

¹⁹ POLINSKY y SHAVELL. The Theory of Public Enforcement of Law. Handbook of Law and Economics. Volume 1. Elsevier B.V. 2007. Págs. 430-431. **Traducción libre del siguiente texto:** It is readily shown that the optimal fine now is $f^* = h/pq + s/q + k$. This formula illustrates a general principle: the optimal fine equals the costs incurred by society as a result of the harmful act divided by the probability—at the time that each component of cost is incurred—that the individual will have to pay the fine. Thus, h is divided by pq because, when the harm occurs, the probability of having to pay the fine is pq , and s is divided by q because, when the investigation-prosecution costs are incurred, the probability of having to pay the fine is q . If the fine is computed according to this principle, the expected fine will equal the expected social costs due to an individual committing a harmful act, including the harm caused and the expected sanctioning costs—that is, $h + ps + pqk$. Note that under fault-based liability, the costs of imposing fines is significantly lower, if not zero. This is because, if individuals comply with the fault standard, they do not bear sanctions, in which case there are no costs associated with imposing sanctions. However, if individuals are found at fault (say because of errors), the fines imposed on them also should reflect the costs of imposing fines. Finally, observe that not only does the state incur costs when fines are imposed, so do the individuals who pay the fines (such as legal defense expenses). The costs borne by individuals, however, do not affect the formula for the optimal fine.

Nos encontramos ante el caso de la objetividad de la responsabilidad administrativa. En el segundo supuesto, la empresa además de incumplir la norma supervisada, genera daños a la sociedad. En este supuesto, a demás de la multa, la autoridad administrativa puede emplear medios coercitivos y el pago de una reparación civil que corresponde ser fijada en sede Judicial.

En el escenario ex ante, en donde a pesar que no se genera daño a la sociedad por el incumplimiento de las normas, la multa encuentra sustento en la ilegalidad de la infracción cometida por la empresa, en la medida que se considera que los beneficios que obtiene la empresa por incumplir las normas son mayores que los beneficios que obtendría si cumpliera con ellas.

El otro escenario es el ex-post, donde el incumplimiento de las normas genera un daño real a la sociedad, siendo el rol principal de la multa desincentivar a la empresa a incumplir con las normas, no obstante la sanción en algunos casos no sólo podría ser de orden administrativo, en la medida que si el daño adquiere una particular relevancia y gravedad contra un interés jurídicamente protegido, podría dar lugar a una reparación civil impuesta por el Poder Judicial.

Asimismo, es preciso señalar que al cometer una infracción a la normativa, las empresas obtienen un beneficio económico representado por (B_1), la autoridad administrativa podrá detectar la infracción con cierta probabilidad (p), imponiéndole una multa administrativa (M). Es así que sólo se producirá la infracción si los beneficios por incumplir la norma son mayores a los beneficios de cumplirla:

$$B_1 > p \cdot M$$

Beneficio económico de incumplir

Multa esperada por cometer
infracción

Existen variables que el modelo ha previsto para maximizar el bienestar social, cautelado por el organismo regulador y que es la suma del bienestar de todos los agentes económicos. Las empresas difieren en las ganancias que obtienen por infringir las normas, por ello surge el concepto de *Beneficio Crítico*, por encima del cual infringirán las normas si sus ganancias son superiores a ese nivel, en caso contrario no lo harán.

El beneficio crítico dependerá de la probabilidad de detección de las infracciones y del valor de las sanciones. Este beneficio es diferente para cada agente, pues dependerá del

beneficio que pueda obtener por infringir la norma. En equilibrio, el beneficio dependerá de la probabilidad de detección de las infracciones.

El bienestar de la sociedad se incrementa si la multa a imponer es menor que la suma del daño entre la probabilidad de detección y el costo para el regulador, esto sugeriría la condición de multa óptima, por el contrario, multas altas respecto al daño y los costos administrativos reducen el bienestar social.

Lo señalado en los párrafos precedentes tiene sustento en el modelo de Polinsky y Shavell, quienes han realizado importantes estudios sobre la multa óptima, donde se obtienen:

(...) los valores óptimos de multa o sanción (m), del esfuerzo de supervisión (e) y de la pena privativa o tiempo de clausura del local (t). En este modelo existe un beneficio para el infractor de una magnitud B , y un costo para la sociedad que incluye el daño directo a los usuarios (d). La probabilidad de detectar la infracción dado un nivel de esfuerzo $p(e)$, el costo de aplicar la sanción (k), la probabilidad (q) de que esta se aplique una vez detectada la falta, el costo administrativo (α) que genera monitorear que no se abra el local o los gastos asociados a la pena de privación de la libertad, y la “desutilidad” que le genera al infractor la pena por unidad de tiempo (λ).”

Con los elementos antes indicados, el beneficio máximo para la sociedad (W) se encontrará luego de resolver el siguiente problema de optimización:

$$Max W \{e, t, m\} = \underbrace{\int_{\tilde{B}}^{\infty} B \cdot f(B) \cdot dB}_{\text{Beneficio esperado agregado obtenido por las empresas que infringen las normas. Se obtiene de aplicar la suma continua (integral) de los beneficios esperados de las empresas.}} \underbrace{-(1 - F(\tilde{B}))}_{\text{Daño esperado agregado por las actividades de las empresas, que incluyen el daño a la sociedad, las pérdidas ocasionadas por la suspensión de las actividades de las empresas y los costos administrativos de aplicar las sanciones.}} \underbrace{(d + q P(e) \cdot [t \cdot (\lambda + \alpha) + k])}_{\text{Costo administrativo de la ejecución de la supervisión.}} - e$$

Donde \tilde{B} es el “beneficio crítico” o valor límite para el beneficio de la empresa infractora debajo del cual dicho beneficio resulta inferior a la penalidad esperada - producto de las probabilidades de detección y sanción por la multa más la “desutilidad” del tiempo de cierre -. Es decir:

$$\tilde{B} = q \cdot p(e) \cdot (m + \lambda t)$$

Si se toman derivadas parciales de W respecto a la multa (m), al tiempo de clausura del local (t) y al esfuerzo de supervisión (e), y se igualan a cero, se obtienen las condiciones de primer orden a partir de las cuales se pueden despejar los niveles óptimos de m , t y e . Normalmente,

una práctica usual es considerar el esfuerzo de fiscalización e y la pena privativa o clausura como valores fijos (...). (Dammert, García y Molinelli 2008: 305).

➤ Solución del “Primer Mejor”. La Multa Óptima

Al efectuarse la operación matemática señalada en el párrafo anterior, se obtiene una solución simplificada del problema de optimización señalado²⁰. De allí se deriva la Multa Óptima:

$$M^* = \frac{D}{p(e)q} + t\alpha + k$$

La solución de “Primer Mejor” es igual al daño (D) causado a la sociedad entre la probabilidad de sanción (q) por la probabilidad de detección $p(e)$, más el costo de la pena privativa o clausura del local multiplicado por el tiempo ($t\alpha$) y el costo de aplicar la sanción (k). En suma, esta multa es igual al costo para la sociedad ocasionado por la infracción.²¹

Se debe tener en cuenta que el daño generado a la sociedad podrían estar representado por la seguridad de las personas y el medio ambiente. Asimismo, los daños también se presentan como pérdidas privadas, por ejemplo, por clausura o cierre de establecimientos. Esto determinaría que se generen costos administrativos que incurriría la autoridad por la imposición de sanciones, que involucran la suspensión de las actividades ($t\alpha$ y k).

Otra de las variables a tomar en cuenta es la *probabilidad de detección de la infracción*, ello dependerá de los recursos con los que cuenta la administración y la probabilidad de éxito de la aplicación de la sanción, es decir, la posterior aplicación de la sanción luego de un proceso judicial (p y q).

En definitiva, la multa administrativa óptima será igual al daño causado por la infracción (D) dividido entre la probabilidad de detección (p). En este caso, la responsabilidad de la infractora está asociada al daño y a esto se denomina *solución de primer mejor*.

²⁰ En el criterio de multa óptima se entiende que el bienestar de la sociedad se incrementa en tanto la multa sea menor que la suma del daño entre la probabilidad de detección y el costo para el regulador. Asimismo, se desprende que respecto a t , la condición del tiempo de sanción por la clausura de locales determina que en los casos en los que la multa es alta, no es necesario utilizar este instrumento por que el bienestar de la sociedad decrecería con cualquier valor positivo de t . Respecto de e , el esfuerzo de supervisión (equivalente a la probabilidad de sanción $p(e)$) sugiere la existencia de grado de sustitución entre el monto de la multa y el esfuerzo de supervisión, es decir, si disminuye e se puede mantener el nivel de bienestar incrementando el monto de la multa y viceversa. Es preciso indicar que e y t están fijados en un horizonte corto de tiempo. (Dammert, Gallardo y Quiso 2004)

²¹ Una sanción muy alta podría impedir que se cometan infracciones que generen una ganancia social, pero una sanción muy baja podría permitir crímenes o infracciones a la ley que llevarían a una pérdida social. La sanción óptima es igual al daño (o perjuicio) causado a los agentes afectados entre la probabilidad de detección y sanción. De esta forma el infractor internaliza los costos y los beneficios de la falta cometida, y será inducido únicamente a incurrir en violaciones eficientes.

➤ **Solución del “Segundo Mejor”**

Sobre la anterior solución, “...Polinsky y Shavell señalan que si bien esta multa es socialmente óptima ex post, no necesariamente es institucionalmente aplicable, pues en algunos países el daño debe compensarse por la vía judicial, y en algunos casos puede no ser disuasiva principalmente si la estimación del daño es complicada.” (Dammert, García y Molinelli 2008: 306). Podría ocurrir que la autoridad administrativa cometa errores en la estimación de los valores monetarios del daño y los beneficios ilícitos, por lo que podría ser rentable para las empresas cometer las infracciones, pues sus beneficios esperados excederán los costos probables (incluyendo el daño).

Ante dicha situación, existe la solución del “Segundo Mejor” que es la sanción que busca desincentivar la conducta infractora para lo cual sólo se requiere la incorporación de criterios sustentados en el beneficio ilícito obtenido o esperado por la empresa por incumplir con la norma y no en el daño a la sociedad. En este caso, Dammert, García y Molinelli (2008) consideran que la multa es óptima ex ante, dado que ésta será suficiente para disuadir a las empresas de incumplir las normas, que ha sido diseñada con un análisis costo-beneficio adecuado. La multa estaría definida por el beneficio ilícito (B) entre la probabilidad de sanción y detección.

$$m = \frac{B}{q \cdot p(e)}$$

Para este tipo de multas, no sería conveniente disponer la paralización de las actividades ($t=0$) pues tiene característica de servicio público y el costo de aplicar la sanción ($k=0$), pues su costo es financiado por el aporte por regulación, en el caso de OSINERGMIN. Esta multa debe lograr que el beneficio por incumplir la norma sea = cero, entonces:

$$\text{Beneficio Ilícito Neto Esperado} = \underbrace{GI + CE}_{\text{BI Bruto}} - \underbrace{\text{Multa Indiferente} * P(d)}_{\text{Costo esperado de incumplir}}$$

Para que estemos en la situación disuasiva debe cumplirse lo siguiente:

$$\text{Beneficio Ilícito Neto} < GI + CE - \text{Multa Disuasiva} * P(d)$$

$$\text{Despejando: Multa (Disuasiva)} > GI + CE / P(d)$$

Por lo expuesto, si bien la opción del “Segundo Mejor” es eficiente, cabe indicar que en nuestro país el sistema de indemnizaciones y compensaciones fijado por el Poder Judicial no es adecuado en lo que respecta a indemnizar el daño causado, por lo cual quizás se requieran algunos mecanismos adicionales que salgan de la propia multa a fin de poder atenuar el daño social causado. Un ejemplo sería el daño potencial que se ocasiona por la falta de luminarias de alumbrado público que podrían generar robos y asaltos; ese daño no lo asume la empresa infractora. Si bien el análisis de este problema es complejo, consideramos que podrían adoptarse mecanismos alternativos que mejoren dicha situación.



3. SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO

3.1 Marco regulatorio del sector eléctrico peruano. Aspectos generales

Consideramos que para poder ir ingresando en los temas materia de análisis, debemos referirnos al marco regulatorio del sector eléctrico peruano, si bien lo abordaremos de manera referencial, trataremos los aspectos que sean de interés con los propósitos del presente estudio.

El marco regulatorio del sector eléctrico peruano se encuentra principalmente integrado por el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, publicado el 19 de noviembre de 1992 (en adelante LCE) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante RLCE).

Dichas normas son complementadas por la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio, la cual regula las condiciones previas para la autorización de concentraciones en el sector eléctrico, es decir, define los criterios bajo los cuales se tratan las fusiones verticales y horizontales en el sector.²²

Asimismo, otra norma que forma parte del marco regulatorio del sector eléctrico es Norma Técnica de Calidad, aprobada mediante Decreto Supremo N° 020-97-EM, que tiene como finalidad principal regular la calidad de los servicios, aspecto de suma importancia en la regulación, supervisión y fiscalización del servicio eléctrico.

Con la entrada en vigencia de la LCE se desarrolló en el Perú un nuevo modelo regulatorio para la actividad eléctrica, dejando atrás el modelo donde la actividad en el sector se encontraba bajo la gestión del Estado, las empresas eléctricas eran de propiedad del Estado e integraban verticalmente las actividades de generación,

²² El INDECOPI tiene como función analizar y aprobar las fusiones en el sector, siguiendo los criterios previstos en la referida ley en la cual se establece que aquellas empresas que posean de manera conjunta o separada un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en las actividades eléctricas de concentración horizontal y aquellas que posean un porcentaje mayor de 5% de cualquiera de los mercados eléctricos en el caso de concentración vertical, deberán solicitar la aprobación previa de INDECOPI. Esta agencia de competencia debe analizar si los actos de concentración no disminuyen, dañan o impiden la competencia y libre ingreso al mercado. El sector eléctrico es el único en el Perú que tiene un marco legal de control previo de fusiones.

transmisión y distribución. El modelo peruano está inspirado en el modelo eléctrico chileno.

La LCE tiene como objeto establecer un marco legal transparente que constituya un cambio en la estructura del sector eléctrico, permitiendo el ingreso de la inversión privada y la búsqueda de la competencia en el mercado y entre sus principales objetivos se encuentran: garantizar el suministro de energía eléctrica mediante la promoción de la inversión, fijar tarifas que remuneren adecuadamente las inversiones y promover la eficiencia mediante la competencia y aumentar la cobertura del servicio.

Por otro lado, algunos de los más importantes cambios en el sector, son los que a continuación se señalan:

- La desintegración vertical de las actividades eléctricas en Generación, Transmisión y Distribución y la consecuente especialización de las empresas en cada una de estas actividades. La actividad de Comercialización minorista en nuestro modelo la realiza el distribuidor, aunque esta actividad se considera potencialmente competitiva. Por ejemplo, en algunos países como España, existen comercializadores minoristas distintos del distribuidor.
- Eliminación de las barreras de acceso al mercado, dado que el acceso es abierto para el uso de las instalaciones de transmisión y distribución. Dicho aspecto es garantizado a través del Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 091-2003-OS/CD, donde se establecen las condiciones de uso y los procedimientos que garanticen el libre acceso a las redes de transmisión y distribución de acuerdo a lo establecido en la LCE. Todo comercializador o cliente puede acceder (conectarse) y hacer uso de las redes eléctricas de transmisión y distribución siempre que exista capacidad disponible y se cumpla con las normas técnicas aplicables. Las tarifas y cargos por uso de redes de transmisión y distribución son regulados.
- Participación del sector privado a través de las concesiones y autorizaciones otorgados por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), cuyo trámite se encuentra regulado en la LCE, que son títulos habilitantes, necesarios para desarrollar las actividades del sector antes indicadas, salvo las excepciones que establece la propia LCE.

- Competencia en Generación. Existe un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados para aquellos que lo requieran. De acuerdo a nuestro modelo, existe la competencia en Generación y monopolio natural en las actividades de Trasmisión y Distribución. Es decir, se regula la remuneración de estas dos últimas actividades sobre la base de costos medios eficientes de inversión y operación, las tarifas de generación para el abastecimiento del servicio público se regulan a través de una estimación de los costos marginales del sistema. Los precios que los generadores cobran a los distribuidores para abastecer el mercado regulado, que incluyen los costos por transmisión, se denominan precios en barra.
- De acuerdo con lo señalado por la Comisión MEM-OSINERG (2005), es necesario el establecimiento de un sistema de compensaciones o transferencias entre generadores. Las transferencias sirven para liquidar las diferencias entre lo contratado y lo efectivamente producido por los generadores. Las transferencias de energía se calculan valorizando las mismas al costo marginal de corto plazo. Este sistema de transferencias es administrado por el Comité de Operación Económica del Sistema (COES)²³, organismo que es el encargado de “coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al costo mínimo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo”. (Art. 12.1 de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica).
- Finalmente, se considera importante mencionar que: “... el establecimiento de dos mercados: (i) un mercado “regulado”, donde los precios de compra de las distribuidoras a generadoras era fijado administrativamente por OSINERGMIN (hasta el año 2006, cuando se pasó a un esquema de licitaciones de contratos), y (ii) un mercado “libre” (hasta el 2010 para clientes con demandas mayores a 1MW; ahora, opcional a partir de 0.2 MW). No se optó por una bolsa de energía, sino por contratos de mediano y largo plazo para la venta de energía y un “mercado spot” entre generadores para cumplir sus compromisos”. (Pérez-Reyes y García 2012: 44)

²³ El COES se encarga de programar y coordinar el mantenimiento de las instalaciones de generación y transmisión, coordinar la operación técnica del sistema en tiempo real, calcular los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico y la valorización de las transferencias de potencia y energía entre sus integrantes en el mercado spot. Cabe indicar que se establece un mercado spot sólo para la transacción de electricidad entre generadores que tuvieren superávits o déficit de producción, respecto a sus obligaciones contractuales.

3.2 Funciones de OSINERGMIN. Marco legal

Referirnos a las funciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante OSINERGMIN) establecidas por la ley en lo que respecta al sector eléctrico, involucra describir las actividades del sector eléctrico, pues será en razón de tales actividades que se desarrolla la labor de supervisión y fiscalización de este Organismo. En tal sentido, describir con detalle todos estos aspectos antes indicados, además de extenso, consideramos que no contribuiría con el análisis del problema planteado en el presente estudio, por lo que se abordarán estos temas en relación a las labores de supervisión y fiscalización de OSINERGMIN. En tal sentido, se describirá a continuación el marco legal que sustentan las funciones con las que cuenta este organismo regulador.

Mediante la Ley N° 26734 (diciembre de 1996), se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, hoy OSINERGMIN, como organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que se desarrollan en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería. Es un organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que cuenta con personería de derecho público y autonomía funcional, administrativa, técnica, económica y financiera.

Las funciones de OSINERGMIN se encuentran previstas en el artículo 5° de su ley de creación (Ley N° 26734) y en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332. Esta última establece en su artículo 3°, que los organismos reguladores ejercen dentro del ámbito de su competencia, las siguientes funciones: supervisora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y reclamos de los usuarios del servicio, las cuales pasaremos a comentar brevemente en su relación con el subsector electricidad.

Función supervisora, fiscalizadora y sancionadora.- Estas funciones complementarias comprenden, la facultad del regulador de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el regulador u otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada. En el supuesto que se haya verificado el incumplimiento de alguna de las referidas obligaciones, OSINERGMIN se encuentra facultado a imponer las sanciones que correspondan dentro del ámbito de su estricta competencia.

Es importante mencionar que el ejercicio de estas funciones involucra la supervisión y fiscalización de la calidad comercial y técnica en el sector electricidad, así como la seguridad de las personas y las instalaciones en el desarrollo de las actividades eléctricas. Si bien este último aspecto se encuentra contemplado en la normativa del subsector eléctrico, con la dación de la Ley N° 28151, que modifica la Ley N° 26734, se establece como función de OSINERGMIN supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad en lo que respecta a la seguridad y riesgos eléctricos.²⁴

Función reguladora.- Comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios para los cuales es competente. En el caso de subsector electricidad, se fijan los peajes de transmisión, los cargos de distribución y las tarifas finales u opciones tarifarias para los usuarios del servicio público.

Función normativa.- Esta facultad comprende, como lo señala el literal c) del artículo 3° de la Ley N° 27332, la facultad de dictar en el ámbito de su competencia, las normas que regulen procedimientos a su cargo, entre otras normas de alcance general y particular, las obligaciones, derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Un aspecto relevante, es que la función normativa faculta a OSINERGMIN a tipificar las infracciones por incumplimiento de las obligaciones previstas en normas legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión que supervisa OSINERGMIN y respecto de incumplimiento de disposiciones reguladoras y normativas dictadas por el regulador. Otro aspecto importante, es que este Organismo aprueba su propia escala de multas y sanciones dentro de los límites máximos establecidos a través de decreto supremo.²⁵

²⁴ **Artículo 2°.- Adiciona inciso e) al artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía – OSINERG**

Adicionase el inciso e) al artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía – OSINERG, en los términos siguientes:

“Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG:(...)

e) Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas.”

²⁵ **Artículo 3.- Funciones**

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

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia

Asimismo, la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, refuerza la facultad normativa de OSINERGMIN al disponer en su artículo 3º, que este Organismo se encuentra facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales vinculados con la función supervisora, fiscalizadora y sancionadora relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, entre otros aspectos, debiéndose tomar en cuenta los principios contenidos en la LPAG²⁶. A partir del 22 de julio de 2010, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) asumió las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental y el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), a través de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ha recibido las mismas atribuciones en materia de seguridad y salud ocupacional.

En tal sentido, en uso de esta facultad normativa, OSINERGMIN ha aprobado procedimientos de supervisión con el objeto de desarrollar de manera óptima y eficaz la supervisión y fiscalización de las actividades del sector eléctrico que se encuentran dentro del ámbito de su competencia, por lo que se han elaborado y aprobado las escalas de multas y sanciones correspondientes a fin de sancionar a las entidades supervisadas una vez que se haya determinado dentro de un procedimiento administrativo sancionador incumplimientos de la normativa que se encuentran dentro de la estricta competencia de OSINERGMIN.

Se desprende que estas facultades han sido otorgadas a los organismos reguladores en razón de la especialidad de las funciones que cumplen, es decir, los aspectos técnicos que tienen que regular, supervisar y fiscalizar del servicio público de su competencia, y además, consideramos que la función normativa atribuida atiende a su condición de entidad autónoma y especializada, indispensable para el desarrollo de sus funciones.²⁷

Función de solución de controversias.- Es ejercida en OSINERGMIN a través de los Cuerpos Colegiados en primera instancia administrativa y en instancia definitiva por el

Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

²⁶ **Artículo 3º.- Procedimientos Administrativos Especiales**

El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

²⁷ Sin entrar a comentar el tema de la autonomía de los organismos reguladores, es preciso indicar que éstas entidades se encuentran en medio de tres fuerzas que participan en este mercado: El Estado (con participación como ente normativo de la política sectorial, como promotor de la inversión en los servicios públicos, entre otros aspectos de participación subsidiaria), las empresas prestadoras del servicio de electricidad y los usuarios libres y regulados, especialmente estos últimos.

Tribunal de Solución de Controversias, donde se resuelven las controversias entre los agentes y las materias a las que se refiere el artículo 46º del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Función de solución de reclamos de los usuarios que se regulan.- Esta función comprende la atención en segunda instancia administrativa de los reclamos formulados por los usuarios regulados del servicio, por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - JARU, que se encuentra normado por el Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural, aprobado mediante Resolución N° 671-2007-OS/CD.

3.3 Supervisión y fiscalización por OSINERGMIN

Como se ha señalado en los párrafos precedentes, con la reforma del sector eléctrico iniciada en el año 1992, se concibió e implementó un nuevo modelo económico y un marco regulatorio que promueve la inversión privada, estableciéndose un sistema de precios con criterios técnicos y los mecanismos para que se desarrollen las concesiones eléctricas. Ello permitiría una mejor regulación, supervisión y fiscalización de las empresas supervisadas por OSINERGMIN.

Sin embargo, como es previsible, la reforma y el nuevo modelo se han enfrentado a problemas frecuentes en economías como la nuestra, teniéndose en cuenta la realidad política y económica que atravesaba nuestro país a principios de los años noventa, dado un marco normativo general que abarca además de la normativa específica al sector eléctrico, un esquema institucional y políticas públicas que tienen un norte común a favor de la competitividad y la promoción de las inversiones. Sin embargo, "... La prioridad en los países emergentes fue la inversión en infraestructura antes que la protección explícita a los consumidores ya que el principal problema era la baja cobertura del servicio eléctrico y la escasez de recursos financieros públicos para la inversión". (Quintanilla 2012: 1)

Consideramos que el primer obstáculo que se enfrentó al implementar la reforma del sector eléctrico, fue el grave problema de la cobertura del servicio a nivel nacional y la enorme deficiencia en infraestructura eléctrica. Hasta antes de la entrada en vigencia de

la LCE, existieron serios problemas en el sector que derivaron en una deficiente prestación del servicio.²⁸

Para el desarrollo de la infraestructura eléctrica, el marco legal vigente promovió las inversiones y se diseñaron programas de privatizaciones y concesiones para fortalecer el nuevo modelo adoptado. Asimismo, sumado a otros factores de crecimiento del país, el sector eléctrico comenzó a crecer de manera sostenida, situación que demandaba implementar un esquema de supervisión adecuada y eficiente.

Desde el inicio de sus funciones en agosto de 1997, OSINERGMIN en materia de supervisión en los primeros años, utilizó una metodología que podría considerarse como “tradicional”, es decir, se supervisaba las actividades que prestan las empresas eléctricas mediante visitas a sus instalaciones, requiriéndoles información y/o documentación tales como planes de mantenimiento, presupuestos, recursos asignados, entre otros, y luego de ello, la supervisión requería a las empresas supervisadas la adopción de las medidas dispuestas.

Si bien para desarrollar esta función se contaba con procedimientos internos y cronogramas de supervisión previamente establecidos, resultaba insuficiente e ineficaz, pues la “supervisión en campo” evidentemente no podía abordar todos los ámbitos que debían ser supervisados a nivel nacional, no permitía a OSINERGMIN contar con la información necesaria para la evaluación del desempeño de las empresas dentro del marco dispuesto por la ley y dicha supervisión significaba una ineficiente asignación de recursos del regulador para dicha actividad, pues resultaba ser muy onerosa.

Además de estos problemas, este modelo de supervisión daba motivo a que las empresas supervisadas argumenten que el regulador interfería en la gestión empresarial, situación que en muchos casos, trajo como consecuencia que se impida el ingreso de los supervisores de OSINERGMIN a sus instalaciones y no proporcionen la información requerida, alegando que no corresponde proporcionarla o que no era posible entregarla

²⁸ - Desde la época del gobierno militar (año 1968), se desarrolló una política de estatización de las principales actividades económicas, entre las que se encontraba la prestación del servicio público de electricidad.
- No se otorgaban reajustes tarifarios, lo que derivó en la no retribución de la inversión efectuada.
- El Estado fue el mayor accionista de las empresas concesionarias. Se creó ELECTROLIMA.
- El Ministerio de Energía y Minas fijaba las tarifas eléctricas, llegándose a aplicar una Tarifa Unificada Nacional. Se creó el Fondo de Compensación Tarifaria.
- Las empresas más eficientes no tenían incentivos para mejorar su rendimiento pues sus resultados eran compartidos con todas las empresas, entre ellas las menos eficientes, que no mejoraban su calidad, pues recibían compensaciones económicas de las más eficientes.
- Se liberó a las empresas de su responsabilidad de ampliar la capacidad de generación que quedó concentrada en ELECTROPERÚ S.A., titular de los activos de generación, transmisión y distribución, estando a cargo de la prestación del servicio y de planificarlas inversiones.

en los plazos que se requerían, entre otros inconvenientes. Ante dicha situación, sistematizar la supervisión era una necesidad al más corto plazo.

En síntesis, los problemas más relevantes que se habían detectado en el esquema anterior de supervisión eran:

(...) la ausencia de indicadores útiles, el uso inadecuado de estadísticas, la ausencia de un esquema de disuasión, el no cumplimiento de la normativa, la ambigua especificación de infracciones, entre otros. Asimismo, como se puede inferir de los procedimientos de supervisión, la supervisión ha carecido de una metodología que permitiese cubrir en forma equilibrada todas las zonas de concesión y tratar de manera coherente los distintos temas supervisados (...) los indicadores del servicio no estaban enfocados en los aspectos más relevantes de cada tipo de calidad, sino que se trataba de supervisar todos los aspectos, inclusive los menos relevantes, por lo que no se contaba con información representativa y confiable. (Dammert, Gallardo y Quiso 2004: 40)

De la situación antes descrita, ocurría que la información que remitían las empresas a OSINERGMIN no era de carácter sistemático, lo que no permitía al regulador realizar una adecuada supervisión y las multas impuestas, de las que nos ocuparemos más adelante, no se derivaban de una concepción económica, técnica ni legal, dado que no contaban con una gradualidad adecuada.

➤ **Nuevo esquema de supervisión de OSINERGMIN**

En el año 2003, OSINERGMIN inició un cambio estratégico muy importante del concepto de la supervisión, procediendo a rediseñar el sistema de fiscalización en el sector eléctrico a fin de buscar mayor eficiencia. Para tal efecto, se establecieron los siguientes criterios definidos por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN (en adelante GFE) de esta nueva metodología de supervisión (Quintanilla y Jané 2008: 09):

- Por resultados mediante indicadores.
- En base a reportes generados por las Concesionarias.
- Reglamentación adecuada.
- Control por muestreo estadístico, con bajos costos de supervisión.
- Delimitación de responsabilidades. Las concesionarias asumen su responsabilidad de desarrollar y operar instalaciones que cumplan con las normas técnicas, y OSINERGMIN la de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de ellas.
- Establecimiento de sanciones disuasivas sobre prácticas negativas, por acción u omisión, en la aplicación de procedimientos de supervisión vigentes, por parte de las empresas concesionarias de Electricidad.

La GFE es el órgano de OSINERGMIN que tiene como función supervisar y fiscalizar a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector electricidad, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas supervisadas en los contratos de concesión eléctrica, las referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, disposiciones y/o mandatos emitidos por OSINERGMIN y otras establecidas por la ley. Asimismo, la GFE supervisa las actividades realizadas en el subsector electricidad, las cuales son materia de fiscalización por parte de OSINERGMIN, específicamente las consignadas en su artículo 101°. ²⁹

Asimismo, la GFE realiza sus labores de supervisión y fiscalización a través de su propio personal y/o empresas supervisoras, pudiendo ser éstas personas naturales o jurídicas, cuyos procedimientos, criterios y modalidades se encuentran previstos en el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 171-2013-OS/CD (el anterior Reglamento fue aprobado mediante Resolución N° 205-2009-OS/CD).

Otro aspecto importante que se debemos considerar, es que la GFE supervisa las obligaciones antes descritas a través de *procedimientos de supervisión* elaborados y probados por OSINERGMIN en uso de sus facultades otorgadas por la ley. Estos procedimientos incorporan los criterios adoptados en este nuevo esquema de supervisión, a los cuales nos referiremos a continuación:

- Supervisión por resultados mediante indicadores.- Los indicadores son variables que miden de manera objetiva el resultado de la empresa en la prestación del servicio. Es decir, se consigan en el procedimiento “reglas claras” que determinan el buen desempeño de la empresa, se miden resultados, no “el esfuerzo posible” o el procedimiento interno que tenga la supervisada. El regulador ya no ingresa al ámbito interno de la empresa, será ésta quien deberá hacer todos los esfuerzos operativos, asignar recursos, elegir métodos de trabajo para resolver eficientemente los diversos servicios que presta bajo una gestión interna.

²⁹ **Artículo. 101º.**- Es materia de fiscalización, por parte de OSINERG:

- a) El cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la presente Ley, el Reglamento y el respectivo contrato de concesión;
 - b) Los demás aspectos que se relacionan con la prestación del Servicio Público de Electricidad;
 - c) El cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES;
- Modificación establecida por la Ley N° 28832, publicada el 23/07/2006**
- c) El cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley.
El Reglamento fijará los procedimientos y normas de fiscalización.

OSINERGMIN no interfiere con la libertad de la empresa en el logro de los resultados y en su organización interna para el cumplimiento de los procedimientos de supervisión. Si la empresa supera la tolerancia prevista en el indicador, será pasible de sanción administrativa.

- Supervisión en base a reportes generados por las Concesionarias.- La información requerida por OSINERGMIN ha sido prevista en el procedimiento de supervisión, por lo que la concesionaria conoce ex ante qué información va a remitir, la forma y plazo en que debe remitirla. La información requerida es la estrictamente necesaria para supervisar a las empresas, ya no se requiere información no relevante, pues es ineficiente solicitarla y conservarla. Este sistema resulta eficiente pues garantiza el reporte de la información y economiza costos, pues en caso la información no sea presentada de acuerdo con lo dispuesto por el procedimiento de supervisión, la empresa será sancionada.

Asimismo, este esquema garantiza que no se solicite a la empresa otro tipo de información que no sea la necesaria para los fines de la supervisión. Por otro lado, las condiciones y la forma de presentación de la información dinamizan el procedimiento de supervisión, evitándose demoras innecesarias y requiriendo información puntual (mínima) a la empresa concesionaria. Esta información podrá ser contrastada por OSINERGMIN de forma inopinada en inspecciones de campo a fin de verificar su autenticidad.

- Supervisión con reglamentación adecuada.- Este criterio está referido a la implementación de los procedimientos de supervisión que en base a la normativa vigente y a su estricto cumplimiento, definen la actividad de supervisión aplicable para lograr el cumplimiento y el mejoramiento de la calidad del servicio que brindan las empresas. Estos procedimientos son pre publicados en el diario oficial “El Peruano” para la formulación de los comentarios correspondientes, que sin ser vinculantes, son de utilidad para la elaboración final del procedimiento. Además, como ya se ha mencionado, los procedimientos de supervisión detallan la información que se evaluará, el esquema de supervisión y los indicadores que se medirán así como su periodicidad.
- Supervisión con control por muestreo estadístico, con bajos costos de supervisión.- La supervisión que está a cargo de la GFE es respecto de un universo muy amplio de instalaciones e información, pues se supervisan las actividades eléctricas de generación, transmisión, distribución y comercialización y los aspectos de seguridad que involucran a cada una de dichas actividades. Es así, que se considera la diversidad de instalaciones y

la gran cantidad de información de los sistemas eléctricos, como por ejemplo, información de la totalidad y características de las instalaciones, respecto de los clientes involucrados en los procesos comerciales, etc.

En el procedimiento de supervisión, la medición debe ser representativa del universo de las instalaciones e información y aleatoria a fin de no ser predecible para los intereses de la supervisada. En tal sentido, se emplean procedimientos muestrales, a través de muestras aleatorias representativas, debidamente identificados y calculados rigurosamente con metodologías estadísticas que sirven a los objetivos de la supervisión y con ello se infiere si la empresa supervisada cumple con lo dispuesto en el procedimiento. No hay duda que este método reduce significativamente los costos y resulta más confiable y eficiente que una supervisión “tradicional”.³⁰

Asimismo, el establecimiento de procedimientos de supervisión con indicadores predeterminados permite la predictibilidad de la supervisión y un accionar más eficaz de OSINERGMIN, además de reducir la discrecionalidad del supervisor y la incertidumbre de las empresas. Esto determina un comportamiento racional del regulador respecto de la función de supervisión, fiscalización y sanción.

En definitiva, el nuevo esquema de supervisión mide los resultados basados en la información remitida por las empresas. La utilización de Indicadores de resultados evita duplicar esfuerzos, permite utilizar la información que remite la empresa que es evaluada por el regulador, esto último refleja transparencia y una mejor distribución de responsabilidades.

Finalmente, respecto del criterio del *establecimiento de multas disuasivas*, este será analizado detalladamente en el acápite correspondiente; sin embargo, se debe indicar que el nuevo esquema de supervisión se basa en estrategias de disuasión, donde se incorpora una correcta asignación de responsabilidades a la supervisada, el establecimiento de una reglamentación clara y predecible, la evaluación del proceso de supervisión en función de resultados y una especificación del proceso sancionador³¹

³⁰ Una adecuada muestra estadística permite mejorar la supervisión a través del incremento en la probabilidad de detección de la infracción, otorgándole un mayor poder disuasivo a las escalas de multas de los procedimientos de supervisión. Un incorrecto muestreo no ayuda a la construcción de adecuados indicadores de resultados, pudiendo ser perjudicial para la supervisión y la prestación del servicio.

³¹ INDECOPI diseñó e implementó una propuesta metodológica de sistema de sanciones, que hace uso de la teoría económica, con el objeto de determinar la forma eficiente en que el Estado pueda hacer cumplir las normas sin transgredir el marco legal vigente. Para ello, consideró: el beneficio ilícito respecto de la infracción, la probabilidad de detección y sanción de la conducta y un factor respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes que se presenten en cada caso concreto. Asimismo, dicho criterio considera que en casos en los que el beneficio ilícito no pueda ser estimado y/o este sea sustancialmente inferior al daño que genera la infracción (infracciones que ponen en riesgo la vida,

El esquema de supervisión implementado por OSINERGMIN, se resume en el siguiente gráfico donde se aprecia que se incorpora elementos de disuasión de las conductas infractoras:

Cuadro Nº 1: Elementos de estrategia de disuasión

Estrategia de supervisión	=> resultados
Correcta asignación de responsabilidades	=> empresa programa y desarrolla actividades, reporta información => organismo regulador controla, supervisa
Establecimiento de reglamentación	=> procedimientos claros, predictibilidad
Desarrollo de marco conceptual	=> provisión óptima de calidad => disuasión
Desarrollo de proceso de fiscalización	=> estadísticas, muestras óptimas => esfuerzo de fiscalización óptimo, programación de la fiscalización => multas disuasivas => otros instrumentos
Especificación de proceso sancionador	=> flexibilidad de esquema de multas => claridad en especificación de criterios de multas => eficacia, multas oportunas
Evaluación de proceso de supervisión	=> análisis de resultados => realización de ajustes

Fuente: (Dammert, Gallardo y Quiso 2004: 44)

➤ **Modelo de Gestión**

La metodología de supervisión antes referida, cuenta con un modelo de gestión que garantiza su adecuado desempeño. Establecer un esquema de supervisión no será suficiente, pues se requiere monitorear si la metodología adoptada tiene los efectos deseados, que permita identificar los problemas que se presentan, es allí donde radica la importancia del modelo de gestión basado en indicadores.

Dicho modelo se aplica a la gestión de OSINERGMIN respecto de la supervisión de los procedimientos de supervisión. La GFE previamente conoce los indicadores para la medición de sus resultados, los cuales son evaluados mensualmente por dicha gerencia y el Consejo Directivo de OSINERGMIN. Se evalúa si el desempeño de la GFE

salud, integridad o patrimonio de los consumidores) se utilice el daño como criterio principal para determinar la multa a imponer, sumándose a ello los criterios de la probabilidad de detección y los factores atenuantes y agravantes. Asimismo, se planteó incorporar mediciones de probabilidad de detección (rangos), para infracciones frecuentes, que serían aplicadas de manera referencial. El problema para la graduación de las sanciones en INDECOPI se generaba pues existía una significativa dispersión en la forma en que cada órgano resolutorio define el monto de las multas.

corresponde a las metas previamente establecidas, respecto al número y/o ámbito de las supervisiones que ha desarrollado a través de los procedimientos de supervisión, tomándose para ello, los criterios de productividad y la eficiencia.

Asimismo, es importante indicar la evaluación del impacto en los consumidores o usuarios del servicio. En este punto, se mide el resultado de la prestación del servicio por parte de la empresa supervisada conjuntamente con la eficiencia del método de supervisión. Dado que los procedimientos de supervisión se encuentran sujetos a mejoras continuas, si se detectan problemas en los indicadores de resultado, entonces se revisaran los métodos utilizados y se propondrán mejoras a estos procedimientos. Esta evaluación continua es muy importante pues permite mejorar los alcances de los procedimientos de supervisión y por ende, una mayor eficiencia en la supervisión.

Respecto a estos indicadores de gestión Quintanilla (2012) señala que en el monitoreo de los indicadores y en el seguimiento de la información reportada, OSINERGMIN atraviesa por un proceso de aprendizaje y de ajustes dependiendo de los incentivos del esquema de supervisión y de las asimetrías de información que son practicadas por las empresas concesionarias. En esta etapa, se considera que lo más importante es la medición de los resultados y no la medición del proceso.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, la supervisión de los servicios públicos debe ser permanentemente monitoreada, debido a la naturaleza del sector que se supervisa, pues en el sector eléctrico se tienen altos niveles de asimetría de información que puede limitar los alcances de la supervisión, por ello es importante la medición de resultados del modelo de gestión, pues será de utilidad para implementar mejoras en los procedimientos de supervisión y consideramos que ello repercute de manera importante en una adecuada implementación del sistema de sanciones, dado que un procedimiento de supervisión bien diseñado, debería corresponderle un eficiente sistema de sanciones que cumpla con lo dispuesto por los principios de la potestad sancionadora previstos en la LPAG.

Es suma, un adecuado sistema de gestión repercute positivamente en el diseño de las escalas de multas y sanciones de los procedimientos de supervisión.

➤ **Procedimientos de supervisión implementados por OSINERGMIN**

Se ha elaborado el siguiente cuadro donde se detallan en orden de actividades (generación, transmisión, distribución y comercialización) y en orden cronológico, los procedimientos de supervisión vigentes aprobados por el Consejo Directivo de OSINERGMIN y sus respectivas escalas de multas y sanciones, a través de los cuales la GFE supervisa el cumplimiento de la normativa del sector eléctrico por parte de las entidades supervisadas.

Cuadro N° 2: Procedimientos de supervisión y fiscalización de OSINERGMIN

RESOLUCIÓN QUE APRUEBA EL PROC.	PROCEDIMIENTO DE SUPERVISIÓN	ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DEL PROC.
GENERACIÓN		
316-2005-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de la disponibilidad y estado operativo de las unidades de generación del SEIN.	Anexo 10 de la Escala de Multas de la GFE
399-2006-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de los programas de mantenimiento aprobados por el COES-SINAC.	
220-2010-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad de la Generación en Sistemas Eléctricos Aislados.	Anexo 9 de la Escala de Multas de la GFE
489-2008-OS/CD	Procedimiento para supervisar la implementación y actuación de los esquemas de rechazo automático de carga y generación.	
304-2009-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión y Fiscalización del Desempeño de las Unidades de Generación despachadas por el COES.	
TRANSMISIÓN		
264-2005-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de deficiencias en seguridad en líneas de transmisión y en zonas de servidumbre.	Anexo 11 de la Escala de Multas de la GFE
091-2006-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión y Fiscalización del performance de los Sistemas de Transmisión.	Anexo 14 de la Escala de Multas de la GFE
DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN		
074-2004-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de la operación de Sistemas Eléctricos.	Anexo 13 de la Escala de Multas de la GFE
161-2005-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión del cumplimiento de las normas sobre corte y reconexión del servicio público de electricidad.	Anexo 12 de la Escala de Multas de la GFE
078-2007-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público.	Anexo 5 de la Escala de Multas de la GFE
182-2007-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión del cumplimiento de la normatividad sobre contribuciones reembolsables en el servicio público de electricidad.	
722-2007-OS/CD	Procedimiento para la supervisión de los reintegros y recuperos de energía eléctrica en el servicio público de electricidad.	Anexo 18 de la Escala de Multas de la GFE
680-2008-OS/CD	Procedimiento de fiscalización de contrastación y/o verificación de medidores de electricidad.	Anexo 6 de la Escala de Multas de la GFE
686-2008-OS/CD	Procedimiento para la supervisión de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos y su Base Metodológica.	Anexo 17 de la Escala de Multas de la GFE
047-2009-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de la facturación, cobranza y atención al usuario.	Anexo 8 de la Escala de Multas de la GFE
228-2009-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de las Instalaciones de Distribución Eléctrica por Seguridad Pública.	Anexo 16 de la Escala de Multas de la GFE
305-2009-OS/CD	Procedimiento para la Supervisión de la Calidad de Atención Telefónica de las Empresas de Distribución Eléctrica.	

283-2010-OS/CD	Procedimiento para la supervisión del Cumplimiento de la normatividad sobre contribuciones reembolsables en el servicio Público de electricidad.	Anexo 15 de la Escala de Multas de la GFE
213-2011-OS/CD	Procedimiento de Supervisión de los Suministros Provisionales Colectivos de Venta en Bloque.	
OTROS		
091-2003-OS/CD	Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica.	
010-2004-OS/CD	Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución.	
107-2010-OS/CD	Procedimiento para la Atención y Disposición de Medidas ante Situaciones de Riesgo Eléctrico Grave.	

Fuente: OSINERGMIN

Elaboración: Propia

Es preciso indicar, que si bien estos procedimientos abarcan parte importante de las labores de supervisión y fiscalización, éstas no se agota en ellos, pues como se ha señalado líneas arriba, se supervisa el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector electricidad, el cumplimiento de las obligaciones de las supervisadas contenidas en los contratos de concesión eléctrica, las referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, disposiciones y/o mandatos emitidos por OSINERGMIN, lo dispuesto en el artículo 101º de la LCE, entre otras establecidas por la ley. En tal sentido, existen para estos casos, supervisiones específicas y especiales que son reguladas por las normas de sector y que son de competencia de OSINERGMIN. Por ejemplo, la supervisión de los contratos de concesión, supervisiones especiales por riesgo eléctrico, entre otras.

Como se puede observar, la supervisión del sector eléctrico es muy amplia, teniéndose en cuenta el número de entidades supervisadas a nivel nacional, por ello los procedimientos de supervisión tienen mucha importancia. Para los demás casos que no se supervisan directamente a través de estos procedimientos, la GFE desarrolla supervisiones especiales (que involucra la visita a las instalaciones de la supervisada), solicita la información correspondiente y/o utiliza la información obtenida a través de los procedimientos de supervisión procesándola a fin de verificar el cumplimiento de otras obligaciones de las empresas supervisadas.

4. LA SUPERVISIÓN DEL ALUMBRADO PÚBLICO

4.1 Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público

De acuerdo con nuestra metodología de estudio, consideramos necesario describir y analizar la labor de supervisión de OSINERGMIN, específicamente de la GFE, a través de uno de los procedimientos que supervisa, pues a partir de su desarrollo, se podrán determinar los criterios y la metodología de supervisión, que finalmente nos llevará a analizar los criterios que se utilizan al momento de imponer las sanciones.

En tal sentido, trataremos los alcances del Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público, aprobado mediante Resolución N° 078-2007-OS/CD, que hemos elegido como estudio de caso, pues consideramos que tiene una adecuada metodología para su estudio, los resultados de la supervisión de este procedimiento han sido satisfactorios desde su entrada en vigencia, el servicio de alumbrado público involucra a todos los usuarios del servicio y es uno de los primeros procedimientos de supervisión implementados por OSINERGMIN.

Este procedimiento de supervisión (en adelante el Procedimiento), tiene sus antecedentes en el *Procedimiento para la Atención de Deficiencias y Fiscalización del servicio de Alumbrado Público, aprobado por Resolución N° 192-2003-OS/CD*, vigente desde abril de 2004 hasta la entrada en vigencia del Procedimiento en el año 2007, el cual ha sido modificado mediante Resoluciones Nos. 220-2011-OS/CD (28.21.2011) y 224-2012-OS/CD (06.10.2012). Si bien se habían logrado resultados favorables con el primer procedimiento, vigente en el momento en que OSINERGMIN comenzó a implementar el nuevo esquema de supervisión, este organismo consideró oportuno

mejorar ciertos aspectos debido a la experiencia obtenida en la supervisión del alumbrado público y en la evaluación de su modelo de gestión.

El Procedimiento en su numeral 1 señala: "... tiene como objetivo definir y clasificar las deficiencias que afectan la operatividad de las unidades de alumbrado público, así como fijar los plazos máximos para que el concesionario subsane las mismas. Asimismo, el procedimiento establecerá las pautas que deben seguir tanto el OSINERGMIN como los concesionarios para realizar la supervisión de la operatividad de las unidades de alumbrado público."³²

De lo señalado se desprende que el Procedimiento define con antelación los aspectos que afectan la operatividad de las unidades de alumbrado público y las obligaciones que tienen las empresas concesionarias. Asimismo, fija la metodología que se va a aplicar tanto para las concesionarias como para OSINERGMIN, siendo las reglas claras. En tal sentido, las obligaciones de las empresas concesionarias se encuentran en el cumplimiento de la metodología prevista y en la subsanación de las deficiencias detectadas.

El Procedimiento en su numeral 4, define lo que representa una deficiencia de alumbrado público, cuáles son las deficiencias típicas, deficiencias desestimadas, entre otros aspectos que son de utilidad para la supervisión.

Respecto a las deficiencias típicas, que son consideradas para la supervisión de la operatividad de las Unidades de Alumbrado Público (en adelante UAP), reportes de deficiencias (denuncias) y plazos de subsanación, son clasificadas en 5 grupos: Lámpara inoperativa (DT1), Pastoral roto o mal orientado (DT2), Falta de UAP (DT3), Interferencia de árbol (DT4) y Difusor inoperativo (DT5)³³. Si bien no vamos a definir cada una de ellas, se debe indicar que OSINERGMIN en base a criterios técnicos y a la luz de la normativa vigente, ha identificado y determinado que estas deficiencias típicas deben subsanarse en la forma y plazos previstos en el Procedimiento³⁴, correspondiendo a OSINERGMIN el

³² Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público. OSINERGMIN. 2007.

³³ En octubre de 2012, se modificó el Procedimiento mediante Resolución N° 224-2012-OS/CD, incluyéndose una nueva deficiencia típica: Difusor inoperativo (DT5). A partir del primer trimestre de 2014 en el cálculo del indicador de deficiencias atendidas fuera de plazo (supervisión de denuncias) y a partir del primer semestre del mismo año, para el caso del cálculo del indicador de UAP deficientes (supervisión de operatividad del alumbrado público). Esta modificación atiende a otorgar un plazo de adecuación de las empresas concesionarias para el cumplimiento del Procedimiento, dada la incorporación de una nueva deficiencia típica.

³⁴ 5.3.1 Plazos máximos para la subsanación de deficiencias:

deber de supervisar su correspondiente subsanación para garantizar la adecuada prestación del servicio.

- De las denuncias de Alumbrado Público

El Procedimiento ha previsto que las denuncias por deficiencias típicas pueden ser formuladas por los usuarios a través de: llamada telefónica, correo electrónico, fax, por escrito o personalmente en las oficinas del concesionario o por la web de la concesionaria (que previamente la hayan implementado como alternativa). La concesionaria deberá registrar todas las deficiencias reportadas por los denunciantes, por lo que llevará una base de datos con el Registro Histórico de Deficiencias (RHD) reportadas. Asimismo, el Procedimiento dispone que la concesionaria entregue al denunciante un código de denuncia a fin de que pueda realizar el seguimiento de su denuncia.

- De la subsanación de deficiencias

Una vez recibida la denuncia la empresa concesionaria deberá subsanar las deficiencias típicas de alumbrado público en los plazos previstos en el numeral 5.3.1, los cuales variarán si las deficiencias se encuentran en zona urbana, urbano-rural o rural (Hoy Sistemas Eléctricos Rurales - SER, definido por la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural). En los mismos plazos debe desestimar la denuncia si ello corresponde. Una vez atendida la denuncia, la concesionaria llenará los campos del RHD en la forma y plazos previstos en el numeral 5.4 del Procedimiento.

Por otro lado, si al momento de la subsanación, la concesionaria verifica que no se trata de una deficiencia típica, puede considerarla como desestimada; sin embargo, esta situación debe ser informada al denunciante y deberá ser consignada en el campo 27 del

Código	Deficiencia	Zona Urbana	Zona Urbano-Rural o Rural
DT1	Lámpara inoperativa (*)	Tres (03) días hábiles	Diez (10) días calendario
DT2	Pastoral roto o mal orientado	Tres (03) días hábiles	Siete (07) días hábiles
DT3	Falta de Unidad de Alumbrado Público	Siete (07) días hábiles	Catorce (14) días hábiles
DT4	Interferencia de Árbol (**)	Cuarenta y cinco (45) días hábiles	Cuarenta y cinco (45) días hábiles
DT5	Difusor inoperativo	Siete (07) días hábiles	Catorce (14) días hábiles

(*) Cuando afecten a todas las UAP de una SED, debe ser resuelta dentro de las 24 horas. El incumplimiento de este plazo será tomado en cuenta para el cálculo del parámetro de control definido en el numeral 7.4.3 de este procedimiento.

(**) Cuando no sea posible resolver la deficiencia, ya sea por negativa del municipio, otro organismo del Estado o terceros; durante la supervisión, el concesionario demostrará documentadamente la solicitud y reiteración efectuada dentro del plazo de los 45 días hábiles, ante el ente que se opone a la solución de la deficiencia.

RHD, a su vez, debe reportar los registros repetidos o incluidos por error en el RHD, de acuerdo a lo previsto en el numeral 5.2.4 del Procedimiento.

Otro aspecto importante del Procedimiento es que el RHD de la concesionaria debe estar permanentemente actualizado, debiendo contener como mínimo, todas las denuncias registradas del día hábil anterior y debiendo cumplir los plazos previstos en los numerales 5.1.2 y 5.2.2. Asimismo, el RHD debe estar siempre disponible en el portal de Internet (Web) de la concesionaria para el acceso, consulta, impresión y descarga de los archivos por parte de OSINERGMIN. Este aspecto es fundamental para la supervisión de la información proporcionada por la concesionaria.

En caso OSINERGMIN detecte deficiencias en ejercicio de sus labores de supervisión, el tratamiento es similar a las denuncias previstas en el Procedimiento, cuyo plazo será contado desde el día hábil siguiente a la suscripción del acta respectiva o la recepción de la disposición de subsanación, según sea el caso.

Por otro lado, el Procedimiento prevé una ampliación del plazo para la subsanación de las deficiencias sólo en los casos debidamente justificados por la concesionaria y previamente evaluados por OSINERGMIN, es decir, la concesionaria debe solicitar a OSINERGMIN, dentro del plazo de subsanación previsto, que por motivos debidamente justificados subsanará las deficiencias detectadas en un mayor plazo. Esta solicitud, debe ser previamente evaluada por la GFE para su autorización en un plazo determinado.

Asimismo, se ha previsto que las deficiencias que no fueron atendidas dentro de los plazos indicados en el numeral 5.3.1, o excepcionalmente al vencimiento de la ampliación a la que se refiere el numeral 5.3.3, deben ser subsanadas en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, es decir, en todos los casos se otorga un plazo máximo de 5 días hábiles. Sin embargo, el otorgamiento de este plazo adicional no exime de considerar estas denuncias para el cálculo del indicador consignado en el Anexo 3 del Procedimiento.

❖ Pautas para la supervisión de la operatividad del servicio de alumbrado público

Para el caso de UAP deficientes, el Procedimiento se supervisa semestralmente, dos veces al año (periodos enero-junio y junio-diciembre) y comprende a las empresas que hasta fines del año anterior, cuentan con un parque instalado de alumbrado público mayor o igual a 5000 UAP. Para el caso de empresas con menos de 5000 UAP, la GFE

determinará la frecuencia de supervisión que es comunicada a las empresas. En cada uno de los periodos de evaluación de la operatividad de las UAP, se utilizan hasta dos muestras representativas y aleatorias, una para las zonas urbanas y otras para las zonas urbano rurales, rurales y SER, según corresponda.

De esta evaluación se determina el porcentaje de UAP deficientes respecto del total de UAP inspeccionadas de forma separada: un indicador para las zonas urbanas y otro para las zonas urbano rurales, rurales y SER. Para zonas urbanas el cálculo del indicador considera las deficiencias típicas con excepción de la interferencia de árbol (DT4); para las zonas urbano rurales, rurales y SER, solo se considera la deficiencia típica lámpara inoperativa (DT1). En lo que respecta a la empresa concesionaria, ésta remitirá a OSINERGMIN, el quinto día hábil posterior a la finalización de cada semestre, la base de datos de su parque de alumbrado público en la forma prevista en el numeral 6.2 del Procedimiento.

La operatividad de las UAP se supervisa a través de muestras aleatorias y representativas en base a la información del parque de alumbrado público que el concesionario remite a OSINERGMIN. Para el caso de las zonas urbanas, la selección de muestras de UAP se hace por subestación (SED), lo que involucra que se supervisen todas las UAP atendidas por la SED. En el caso de zonas urbano rurales, rurales y SER, la muestra de UAP a supervisar se efectúa por localidad, es decir se supervisan todas las UAP de las SED que existen en la localidad. El procedimiento prevé la selección de muestras alternativas que podrán ser usadas como reemplazo de subestaciones o localidades que no puedan ser inspeccionadas. La concesionaria participa en el acto de selección de muestras.

En lo que se refiere a las inspecciones de campo, la GFE debe comunicar a la concesionaria el inicio de la inspección con una mínima anticipación de dos (2) días hábiles para efectos de que esta última designe a sus representantes. En la inspección de cada SED se suscribirá un acta entre el supervisor de OSINERGMIN y los representantes de la concesionaria. En caso se encuentre dificultades para la supervisión de una SED, sea por imposibilidad de acceso, zona peligrosa u otro factor, que evaluará el supervisor de OSINERGMIN, se escogerá como reemplazo una o varias SED de la muestra alternativa que corresponda.

- Indicador de la operatividad del servicio de alumbrado público

El indicador se obtiene del porcentaje de UAP deficientes de la muestra efectuada respecto del total de UAP inspeccionadas. El indicador relaciona el número de UAP con deficiencias típicas con el número de UAP de la empresa supervisada. Se expresa en porcentaje y se calcula con la siguiente fórmula:

$$D_i = \frac{UAPD}{UAP} \times 100$$

Si el indicador resultante excede las tolerancias exigidas, la concesionaria será pasible de sanción.³⁵

❖ Pautas para la supervisión de la atención de denuncias de alumbrado público

Para este caso, el Procedimiento ha establecido supervisiones trimestrales (periodos enero -marzo, abril-junio, julio-setiembre y octubre-diciembre) a fin de evaluar la atención de las deficiencias típicas reportadas, relacionadas con la operatividad de las UAP unidades de alumbrado público en la concesión de las empresas que tienen un parque instalado de alumbrado público mayor o igual a 5000 UAP y se evalúa trimestralmente la información contenida en el RHD de cada concesionaria de acuerdo a lo señalado en el numeral 5.2.5 del Procedimiento, comentado líneas arriba.

En esta parte del procedimiento, se revisa de manera permanente o a través de inspecciones de campo, la veracidad de la información contenida en el RHD de la concesionaria supervisada a fin de determinar si existen: denuncias no registradas en el RHD, información no actualizada en los plazos previstos, inexactitud de la información consignada en la deficiencia registrada y las modificaciones en el RHD. OSINERGMIN comunica a la concesionaria los incumplimientos verificados luego de la revisión del RHD.

³⁵ **6.5 TOLERANCIA**

Del resultado de las inspecciones de campo, se obtiene el indicador que es el porcentaje de UAP deficientes respecto al total de UAP inspeccionadas, el cual no debe exceder de las siguientes tolerancias:
“En Zonas Urbanas

Año	Tolerancia Semestral
2010	1,9%
2011	1,8%
2012	1,7%
2013	1,6%
2014 en adelante	1,5%

Para el cálculo, se consideran las deficiencias tipificadas en el presente procedimiento con excepción de la deficiencia por interferencia de árbol.
En Zonas Urbano Rurales, Rurales y SER:
La tolerancia es de 2%, conforme lo establece la NTCSE, por lo que solo se considera la deficiencia DT1 del presente procedimiento.
En ambos casos, se sancionará cuando el indicador supere la tolerancia establecida”

- Indicador de la atención de denuncias de alumbrado público

Este indicador se obtiene del porcentaje de denuncias de Alumbrado Público que se atendieron fuera de plazo respecto al total de denuncias de Alumbrado Público del trimestre en evaluación. Para el cálculo del indicador no se toman en cuenta las deficiencias desestimadas, previstas en el numeral 4 del Procedimiento. Se utiliza la siguiente fórmula:

$$\%DFP = \frac{g}{a + b - d} \times 100$$

Donde:

- $\%DFP$: Porcentaje de denuncias atendidas fuera de plazo.
- g : Número de deficiencias que han sido subsanadas fuera de los plazos establecidos. Resulta de la suma de dos grupos de deficiencias:

$$g = afp + bfp^{36}$$

$$d = da + db^{37}$$

La tolerancia del indicador de control de la atención de denuncias de alumbrado público ha sido establecida por el Procedimiento, siendo a partir del año 2008 de 2.0%.³⁸ Asimismo, el Procedimiento establece taxativamente los supuestos que se consideran infracciones al procedimiento, los cuales se señalan a continuación:

Se consideran como Infracciones al procedimiento por parte del concesionario, los siguientes casos:

- Transgredir las tolerancias indicadas en los numerales 6.5 y 7.4.3 de este procedimiento.
- No registrar en el RHD las denuncias de A.P.

³⁶ Donde:

- afp : Número de deficiencias que han sido subsanadas fuera de los plazos establecidos (excluyendo las desestimadas), de las deficiencias pendientes del trimestre anterior.
- bfp : Número de deficiencias que han sido subsanadas fuera de los plazos establecidos (excluyendo las desestimadas), de las deficiencias presentadas en el trimestre actual.
- a : Número de deficiencias denunciadas y registradas en el trimestre anterior cuyos plazos máximos de subsanación vencieron dentro del trimestre actual, incluidas las deficiencias desestimadas determinadas por el concesionario, independientemente si fueron subsanadas o no en el trimestre anterior.
- b : Número de deficiencias denunciadas y registradas en el trimestre actual cuyos plazos máximos de subsanación vencieron dentro del trimestre, incluidas las deficiencias desestimadas por el concesionario.
- d : Número de deficiencias desestimadas por el concesionario. Resulta de la suma de dos grupos de deficiencias.

³⁷ Donde:

- da : Número de deficiencias que han sido consideradas como desestimadas por el concesionario en las deficiencias pendientes del trimestre anterior.
- db : Número de deficiencias que han sido consideradas como desestimadas por el concesionario en las deficiencias pendientes del trimestre actual.

³⁸ 7.4.3. Se sancionará al concesionario cuyo indicador de control calculado de acuerdo al numeral 7.4.2 en cada periodo de evaluación trimestral exceda a las siguientes tolerancias:

Año	Tolerancia Trimestral
2007	3,0%
2008 en adelante	2,0%

7.4.2. Los criterios para el cálculo del indicador de Control se detallan en el anexo 3 de este procedimiento. El OSINERGMIN efectuará el cálculo del indicador.

- Incumplir los plazos de registros estipulados en los numerales 5.1.2 y 5.2.2 de este procedimiento.
- Variar o presentar información inexacta en el RHD.
- No subsanar las deficiencias en los plazos dispuestos por OSINERGMIN y que corresponden a denuncias de A.P. que no fueron atendidas por el concesionario en los plazos fijados en el procedimiento.
- Que OSINERGMIN se encuentre imposibilitado de acceder al RHD mostrado en el portal Internet (Web) del concesionario, por causas imputables a este último.
- Incumplir reiteradamente los plazos de atención de casos de deficiencias DT1 cuando afecten a todas las UAP de una SED.
- Reporte inexacto o deficiente de la información prevista en el numeral 6.2.1 de este Procedimiento.

Por otro lado, el Procedimiento en su primera disposición complementaria señala que la GFE de OSINERGMIN tiene la facultad de emitir las disposiciones necesarias para la aplicación del presente procedimiento. Se debe entender que estas facultades están circunscritas y limitadas al objeto del Procedimiento y las disposiciones que se emitan se encuentren acordes con los principios del procedimiento administrativo, previstos en la LPAG.

4.2 Supervisión de la calidad del alumbrado público

Teniéndose en cuenta que en el sector eléctrico, específicamente en la actividad de distribución eléctrica, existe monopolio natural en la prestación del servicio, éste debe ser regulado. OSINERGMIN además de regular las tarifas eléctricas al usuario final, en los procedimientos de supervisión ha establecido estándares de calidad que miden el nivel de cumplimiento de las empresas del servicio que prestan. Es decir, este organismo fija tolerancias mínimas y plazos de cumplimiento, que son estándares de calidad que representan lo que la sociedad valora como prestación óptima del servicio de alumbrado público. Asimismo, la calidad del servicio de alumbrado público está regulada por normas emitidas por el Ministerio de Energía y Minas y OSINERGMIN las cuales también establecen estándares de calidad para el servicio de alumbrado público, los cuales son supervisados por dicho organismo regulador.

Vamos a referirnos brevemente al alcance de estas normas a efectos de conocer los aspectos de la calidad que regulan. En tal sentido, citamos a Murillo (2007) quien señala que en nuestro país la regulación de la calidad del servicio de Alumbrado se encuentra establecida en las siguientes normas:

- Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE), aprobada mediante Decreto Supremo N° 020-97-EM, fija las tolerancias en vías con alumbrado público deficiente y establece el procedimiento para efectuar las mediciones de parámetros

lumínicos. Asimismo, establece las compensaciones para los usuarios en caso que las empresas excedan los límites definidos. Esta norma definió los aspectos que componen la calidad: 1). Calidad del producto de la electricidad, 2). Calidad de suministro en relación a las interrupciones del suministro eléctrico, 3). Calidad de alumbrado de las vías públicas en términos de iluminancia y luminancia y; 4). Calidad comercial referido a plazos de atención de los servicios comerciales y precisión de la medición de la electricidad.

- Norma Técnica de Alumbrado de Vías Públicas en Zonas de Concesión (NTAP)³⁹, que establece los tipos de Alumbrado y los niveles mínimos de iluminación de las vías, de acuerdo a la clasificación vial aprobada por los municipios provinciales. Para la zona rural, especifica el mecanismo que permite determinar la cantidad de unidades de Alumbrado Público que debe tener cada localidad.
- Norma Base Metodológica para la aplicación de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 1535-2001-OS/CD, que describe los principios conceptuales y procedimientos para una efectiva aplicación y control de la NTCSE. Esta norma tiene como objetivo: 1). Estructurar la base de datos que permita una efectiva aplicación y control de la NTCSE, 2). La transferencia de información a la autoridad, 3). La ejecución de las campañas de medición y registro y 4). La aprobación de especificaciones técnicas del equipamiento a utilizarse para el control de calidad.
- El Procedimiento de Operatividad del Servicio de Alumbrado Público, el cual es materia de análisis en el presente estudio.

La NTCSE establece los niveles mínimos de calidad de los servicios eléctricos, que incluye el Alumbrado Público, y las obligaciones de las empresas concesionarias y los usuarios que operan bajo el régimen de la LCE.⁴⁰ En caso las empresas de distribución superen dichas tolerancias, deberán compensar al usuario en la forma prevista en el NTCSE.

³⁹ La norma DGE 016-T-2/1996 "Alumbrado de Vías Públicas" fue aprobada con R.M N° 405-96- EM/VME del 18.10.1996 y vigente hasta el 01 de marzo de 2003, fecha que entró en vigencia la Norma Técnica DGE "Alumbrado de Vías Públicas en Zonas de Concesión de Distribución" aprobada con R.M. N° 013-2003-EM/DM.

⁴⁰ 8.1.1 Indicador de Calidad.- El indicador principal para evaluar la Calidad del Alumbrado Público es la longitud de aquellos tramos de las vías públicas que no cumplen con los niveles de iluminación especificados en la Norma Técnica DGE-016-T-2/1996 o la que la sustituya. Este indicador denominado Longitud Porcentual de Vías con Alumbrado Deficiente, I(%), está expresado como un porcentaje de la Longitud Total de las Vías con Alumbrado (L) cuyo responsable es el suministrador, y está definido como:

$$I(\%) = (I/L) \cdot 100\%; \text{ (expresada en: \%)}$$

Donde:

I : Es la sumatoria de la longitud real de todos los tramos de vías públicas con Alumbrado Deficiente. En la evaluación de este parámetro se deberán tomar en cuenta los correspondientes tipos de revestimiento de calzadas y factores de uniformidad.

8.1.2 Tolerancias.- Las tolerancias admitidas para la Longitud Porcentual de Vías con Alumbrado Deficiente, I(%), es del diez por ciento (10%).

➤ **Indicadores de calidad del Procedimiento**

Los indicadores de la operatividad del servicio de alumbrado público y de la atención de denuncias de alumbrado público cuentan con *tolerancias* respecto de los indicadores del Procedimiento, es decir, estándares o topes que si son sobrepasados por la empresa concesionaria, será pasible de sanción de acuerdo con lo previsto en la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento, cuyos criterios serán analizados más adelante.

Estas tolerancias representan niveles de calidad que han sido fijados por el regulador en los procedimientos de supervisión utilizando para ello, criterios técnicos, económicos y legales, es decir, son niveles mínimos de calidad exigidos en la supervisión, pero también se incorporan incentivos para que la empresa cumpla con la norma y cuente con niveles adecuados de calidad para la prestación del servicio de alumbrado público, representan “niveles deseables” para la sociedad. En tal sentido, estas tolerancias representan niveles de calidad que permiten brindar un óptimo servicio de alumbrado público.

Los niveles de calidad se establecen teniendo en cuenta los beneficios y los costos. Los procedimientos de supervisión aprobados por OSINERGMIN tienen como fines el monitoreo de los indicadores de calidad y seguridad previstos en los procedimientos, dado que en ellos se establecen la forma como las empresas deben medir y reportar los niveles de calidad, por ejemplo, el tipo de información que deben reportar y las tolerancias de los indicadores establecidos para cada procedimiento de supervisión. En el caso del alumbrado público, la evaluación de la calidad se mide por muestreo y en el caso que los niveles encontrados se encuentren por debajo de lo dispuesto por las normas, se aplican las sanciones establecidas por incumplimiento del procedimiento de supervisión.

Asimismo, es importante señalar que la calidad del servicio está relaciona a la tarifa, pues los costos de las empresas dependen del nivel de calidad. Si se regulan tarifas sin indicadores y parámetros de calidad claramente definidos, no será eficiente, pues permitirá a las empresas supervisadas limiten su inversión y presten el servicio con un nivel de calidad inferior al deseable teniendo en cuenta los grandes niveles de asimetría de información.

Murillo (2007) considera que la calidad del servicio de Alumbrado Público depende de un mantenimiento adecuado de las instalaciones y la ejecución oportuna de inversiones.

Como la vida útil de los activos fijos empleados en esta actividad es muy prolongada, pueden pasar varios años antes de que se observe un deterioro importante y cuando ello ocurra podría ser oneroso restablecer un servicio adecuado. En tal sentido, una inversión menor a la prevista en las tarifas y las deficiencias de mantenimiento pueden pasar desapercibidas durante muchos años. En dicho supuesto la supervisión sería onerosa.

Por otro lado, consideramos adecuado referirnos a las etapas de la supervisión de la calidad, que deben ser tomadas en cuenta en todo procedimiento de supervisión e incluso en supervisiones especiales donde se supervisan normas especiales, por ejemplo, normas de alumbrado público. Dammert, García y Molinelli (2008) distinguen 5 etapas las que se mencionan a continuación:

1. La autoridad administrativa establece los niveles requeridos de calidad para cada caso teniendo en cuenta los beneficios y costos. Esto ha sido tratado en la parte referida a la determinación del nivel óptimo de calidad (acápite 2.2 del presente estudio).
2. El órgano supervisor diseña los procedimientos de supervisión con el fin de alcanzar los niveles fijados en las normas, la forma como las empresas deben medir y reportar sus niveles de calidad así como las sanciones por incumplimientos.
3. La empresa concesionaria informa al supervisor los niveles de calidad alcanzados en cumplimiento del requerimiento de información prevista en el procedimiento.
4. El supervisor verifica que la información reportada por la empresa es correcta. Dependiendo del indicador de calidad que se trate, este proceso se puede realizar a través de muestreo, como es el caso del alumbrado público, facturación, entre otros, para el caso de interrupciones.
5. Cuando los niveles de calidad encontrados se encuentran por debajo de lo dispuesto por la norma, el supervisor aplicará las sanciones que por lo general son pecuniarias, sin embargo, puede disponer de medidas más drásticas como la paralización de los servicios, para casos de peligro inminente o daño irreversible, esto dependiendo de la actividad que se supervisa.

Por lo expuesto, se considera oportuno recomendar que para mejorar los estándares de calidad previstos en los procedimientos de supervisión, específicamente en el Procedimiento, debería implementarse una metodología de encuestas a la población

sobre su percepción del servicio de alumbrado público a fin de evaluarlas, y de ser el caso, fijar estándares de calidad más ajustados al nivel óptimo que la sociedad valora.

Las encuestas serían referenciales, pues el Regulador tiene que equilibrar los estándares de calidad con las tarifas eléctricas, para que la concesionaria pueda asumir y cumplir las obligaciones previstas en el Procedimiento. Por el desempeño del Procedimiento, si bien se infiere que los estándares de calidad son adecuados, estas encuestas podrían mejorar el nivel de calidad óptimo, pues podría ser que hoy en día la población esté dispuesta a pagar un poco más por más calidad en el alumbrado público.

4.3 La Muestra Aleatoria Representativa

A efectos de reflejar lo más confiablemente posible el desempeño del indicador del Procedimiento, las UAP supervisadas deben provenir de un muestreo representativo del total de lámparas existentes. Si bien no es posible evaluar el número de UAP del total del parque de medidores a nivel nacional, (que son más de un millón), se requerirá la aplicación de muestras representativas que deben seguir estrictamente los parámetros estadísticos a fin de que se garantice la mayor confiabilidad de la muestra y por ende, una adecuada supervisión, y en caso de incumplimiento del Procedimiento, permitirá imponer una correcta multa administrativa.

La determinación de la muestra debe hacerse sobre la base de criterios técnicos atendiendo estrictamente a los fines del procedimiento. Primero, se determinan las subestaciones de distribución (SED) a ser evaluadas, para posteriormente evaluar a todas las UAP de cada SED incluidas en la muestra. De las deficiencias encontradas en las UAP, se evalúa el indicador de calidad. El tamaño de la muestra dependerá de la composición de los sectores típicos en la empresa supervisada.

En el caso del Procedimiento, OSINERGMIN ha considerado determinar el tamaño de la muestra, primeramente evaluando la población infinita y luego de ello se ajusta este resultado a una población finita.

$$n_0 = \frac{p \cdot q \cdot Z^2}{d^2} \quad 41$$

⁴¹ Donde:

- n_0 : es el tamaño de muestra de UAP a verificar.
- p : es la proporción de UAP con deficiencias (valor asumido = 0.1)
- q : es la proporción de UAP sin deficiencias (valor asumido = 0.9)
- Z : valor para un nivel de confianza en la curva normal (Campana de Gauss).
($Z=1.96$ con grado de confianza del 95%)

El segundo paso es el cálculo del *Factor de corrección por finitud poblacional*:

$$n = \frac{n_0}{\left(1 + \frac{n_0}{N}\right)^{42}}$$

Para entender la estimación de la muestra representativa, se cita un ejemplo elaborado con fines académicos (Dammert, Gallardo, Quiso 2004):

En el caso de la empresa Luz del Sur, por ejemplo, se requiere de una muestra de 3,405 de unidades de alumbrado público, lo que corresponde a la supervisión de 64 subestaciones aproximadamente. Este cálculo ha sido obtenido considerando un universo de fiscalización de 222,986 unidades, una varianza de 0.09 (que corresponde a una proporción de U.A.P. con deficiencias de 0.10 asumiendo una distribución Bernoulli), un margen de error de 1%, un nivel de confianza de 95% (lo que implica un valor z de 1.96)⁴³. Del resultado obtenido se observa que la empresa Luz del Sur S.A.A. requiere una muestra de 3,405 UAP, lo que significa que se supervisarán 64 SED aproximadamente.

Cuadro Nº 3: Parque de alumbrado público y muestra - Supervisión GFE 2008

d: es el nivel de precisión deseado para la estimación (1%)

⁴² n: constituye el tamaño de muestra final a evaluar (UAP).

N: es la población de UAP del parque de alumbrado público del concesionario, que se evalúa en periodos semestrales.

⁴³ En base a esta información tenemos:

$$n_0 = \frac{1.96^2 \cdot 0.1(1-0.1)}{0.01^2} = 3,457.4$$

Dado que el universo de fiscalización para Luz del Sur comprende 222,986 U.A.P. se tiene que el tamaño de muestra es:

$$n = \frac{n_0}{1 + \frac{n_0}{N}} = \frac{3,457.4}{1 + \frac{3,457.4}{222,986}} = 3,404.65 \approx 3,405 \text{ U.A.P.}$$

Mientras que el tamaño de la muestra en SED es:

$$n_{SED} = \frac{n}{N / N_{SED}} = \frac{3,404.7}{222,986 / 4,188} = 63.94 \approx 64 \text{ S.E.D.}$$

Empresa		Cant SED		Muestra	
		Cant SED	Cant UAP	Cant SED	Cant UAP
ECA	Edecafiete	275	7735	71	2240
EDN	Edelnor	6265	281228	56	2539
EDS	Luz del Sur	4390	220673	60	3409
ELC	Electrocentro	6209	114779	112	3302
ELN	Electronorte	1742	57597	77	3281
ELS	Electrosur	906	36187	70	3137
ENO	Electronoroeste	2040	81992	71	3331
EOR	Electro Oriente	1068	46335	69	3144
EPU	Electro Puno	1167	47355	50	3048
ESE	Electro Sur Este	1848	63327	71	3206
ESM	Electro Sur Medio	1378	41665	82	3198
EUC	Electro Ucayali	364	17263	69	2882
HID	Hidrandina	3552	127442	93	3373
SEA	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste	3081	99486	102	3373

Fuente OSINERGMIN (*)⁴⁴

Finalmente, el cuadro anterior consigna los datos del parque de alumbrado público de 14 empresas distribuidoras (cantidad de SED y UAP) y el tamaño de las muestras (SED y UAP) obtenidas por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica para la supervisión del Procedimiento en el año 2008. Dicha información es usada con fines académicos y como ejemplo del total de instalaciones y la muestra obtenida, siendo esta última materia de supervisión por parte de OSINERGMIN.

4.4 Aplicación de la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento

Como ya se ha señalado, el Procedimiento establece taxativamente las infracciones pasibles de sanción ante el incumplimiento de sus disposiciones. Tales infracciones se encuentran contempladas en el Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, modificado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 142-2008-OS/CD, que integra la Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD (en adelante la Escala de Multas y Sanciones). Dicha escala es un anexo de la escala general de OSINERGMIN, exclusivamente aplicable al Procedimiento.

En esta parte se va a desarrollar la aplicación del Anexo 5, a fin de poder entender el criterio adoptado por OSINERGMIN para la imposición de sanciones, que nos será de mucha utilidad para el análisis de la razonabilidad respecto de los criterios previstos en la

⁴⁴ De la Publicación de OSINERGMIN: Iluminando Mejor el Perú Mediante Participación Ciudadana y Supervisión Efectiva. 2009.

LPAG. Para tales efectos, vamos a seguir el análisis de sus aspectos más relevantes desarrollados por Molinelli (2008).

➤ **Por exceder la tolerancia de deficiencias en alumbrado público**

Luego de evaluada la muestra obtenida, si se verifica que la empresa supervisada ha superado los niveles de tolerancia previstos en el Procedimiento, será multada de acuerdo a lo previsto en la Escala de Multas y Sanciones.

Como ya se ha referido en los párrafos precedentes, el criterio de OSINERGMIN, recogido en las escalas de multas y sanciones de los procedimientos de supervisión, es establecer multas disuasivas, por lo que desde esta perspectiva, el beneficio esperado u obtenido por las empresas por que sus UAP no se encuentren funcionando, sería igual al monto que han dejado de invertir en la reparación de las deficiencias del servicio de alumbrado público para cumplir con los estándares establecidos en el Procedimiento.

La multa aplicable se basa en los criterios de disuasión usándose la siguiente fórmula:

$$m = \frac{B}{q \cdot p(e)}$$

Para su aplicación al caso de alumbrado público, se asume que $q=1$, dada la probabilidad de aplicación una vez detectada la infracción y también se asume que no existe corrupción en la acción de supervisión. Adicionalmente, se ha tomado en cuenta que $p(e)$ es cercano a 1, debido a que el muestreo es representativo y para B se considera el costo evitado.

Un aspecto que se debe tomar en cuenta, es que la proporción de los tipos de luminarias cambia por área de concesión, pues la proporción depende de las características de las vías a iluminar. En calles principales o avenidas se utilizan luminarias con una potencia de 250W o 150W, mientras que en otras calles se usan luminarias de 70W. Entonces, se ponderarán los costos por tipo de deficiencia, pues en la muestra se pueden encontrar los tres tipos de luminaria y cada una tiene distintos costos.

Para calcular el monto de la multa por UAP, se ha tenido en cuenta la composición del parque de alumbrado público, los costos estándares y una proporción por tipo de deficiencia de 85% para DT1, 7% para DT2 y 8% para DT3, obteniendo una multa de 61.2 nuevos soles por UAP deficiente, para el caso de las empresas concesionarias de

Lima, y 56.1 nuevos soles para los concesionarias de provincias. (Dammert, García y Molinelli 2008: 310)

Cuadro N° 4: Composición del parque de alumbrado público

Descripción	Lima	Provincias
U.A.P. Na 70W	0,6	0,85
U.A.P. Na 150W	0,3	0,10
U.A.P. Na 250W	0,1	0,05

Fuente (Dammert, García y Molinelli 2008)

La muestra obtenida tiene siempre un margen de error, por lo que se debe hacer ajustes al esquema de las sanciones para que el cálculo final sea aún más preciso. Entonces, al considerarse que el margen de error del muestreo es de +/- 1% se debe ajustar el importe unitario de la multa por UAP deficiente para el intervalo entre 3% y 4%.

Fijando el tamaño de la muestra y la varianza, se obtiene una función que relaciona el nivel de confianza con el margen de error. En tal sentido, Dammert, Gallardo y Quiso (2004: 53) establecen dicha relación.

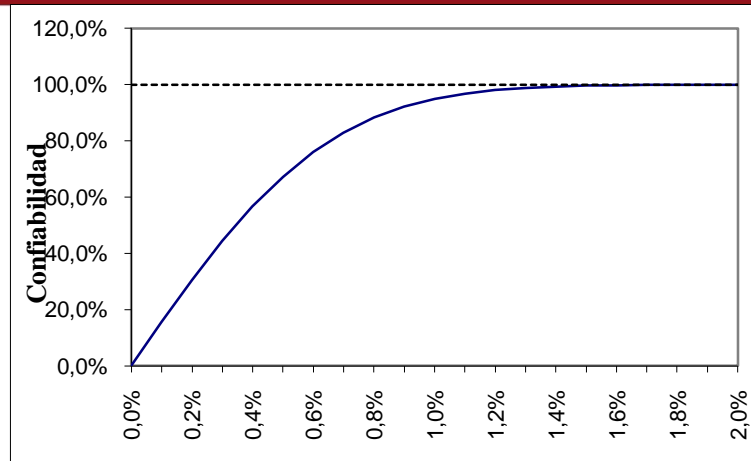
La metodología seguida para este caso, viene dada por la ecuación del tamaño de muestra. Para un muestreo por proporciones con población infinita, la fórmula del tamaño de muestra viene dada por $n = \sigma^2 z^2 / e^2$, donde n es el tamaño de muestra, σ^2 es la varianza, d el margen de error requerido y z es el punto crítico de la distribución normal para un determinado nivel de confianza. Este punto crítico viene dado por la siguiente fórmula:

$$\int_z^{\infty} \frac{1}{\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{1}{2}x^2} dx = \frac{\alpha}{2}$$

De esta manera es posible expresar implícitamente el nivel de confianza estadístico en función del punto crítico z , que puede ser obtenido para un determinado margen de error. Es decir que fijando el tamaño de muestra y la varianza

Una vez fijada el tamaño de muestra y la varianza, se puede definir una función que relacione la confiabilidad de los resultados a medida que nos alejamos del margen permitido.

Gráfico N° 2: Margen de error y confiabilidad



Fuente (Dammert, García y Molinelli 2008)

Entonces, el promedio de confiabilidad en el tramo de 0% a 0.5% es aproximadamente 30%, siendo la multa para el tramo de 3 a 3.5% (tramo L a L+0.5% de la Escala) el 30% del monto de la multa calculada previamente, en el tramo del 0.5% al 1% es de aproximadamente 80% y del tramo de 3.5% al 4% (tramo de L+0.5% al L+1%) el monto es de 80% del monto calculado. Respecto de los valores superiores a 1%, la confiabilidad se acerca al 100%, por lo que a partir del 4% (L +1%), el monto de la multa debe ser igual al 100% del monto calculado previamente.

La multa se calcula del porcentaje de UAP con deficiencias obtenido de la muestra supervisada durante el semestre de evaluación. La multa está expresada para cada 0.1% en exceso del porcentaje permitido (L) en el Procedimiento, considerando el número de unidades del universo supervisado al concesionario. Este último criterio podría ser considerado como el tamaño de la empresa, que constituye un criterio para la razonabilidad de la multa. El monto de la multa, expresada en UIT, por cada 0.1% sobre el límite establecido se fija por tramos de acuerdo con lo establecido en el Cuadro N° 5 que se consigna líneas abajo.

Para entender la aplicación de la referida Escala, supongamos que la empresa Distribuidora S.A. que tiene un universo en su concesión de 35,000 UAP, ha sido supervisada en el primer semestre del 2011 y se verificó que obtuvo el 3.1% de UAP deficientes, siendo la tolerancia para ese año de 1.8% (numeral 6.5 del Procedimiento). Entonces, $3.1\% - 1.8\% = 1.3\%$, el cual resulta de la diferencia entre el porcentaje obtenido por la empresa luego de la supervisión y el porcentaje de la tolerancia en el año 2011, por lo que 1.3% es el exceso. Del cuadro de rangos precedente, se verifica que está en el rango mayor a L+1.0% hasta L+10%, por lo que el valor que obtiene para el

cálculo de la multa será 0.614. Entonces si cada 0.1% de exceso equivale a 1 UAP, 1.3% equivale a 13 UAP.

Cuadro N° 5: Multa por tramo por cada 0.1% de deficiencias en exceso de la tolerancia establecida (L) por rangos según tramos (en UIT)

Rango según el número de Unidades de Alumbrado Público (U.A.P.) del universo fiscalizado de las empresas concesionarias	Exceso de deficiencia			
	Mayor a L	Mayor a L+0,5%	Mayor a L+1,0%	Más de L+10.0%
	Hasta L+0,5%	Hasta L+1,0%	Hasta L+10,0%	
Menos de 2 500 U.A.P.	0,010	0,026	0,033	0,049
De 2 500 a 5 000 U.A.P.	0,013	0,035	0,044	0,066
De 5 001 a 10 000 U.A.P.	0,039	0,105	0,132	0,197
De 10 001 a 15 000 U.A.P.	0,066	0,175	0,219	0,329
De 15 001 a 20 000 U.A.P.	0,092	0,245	0,307	0,460
De 20 001 a 30 000 U.A.P.	0,132	0,351	0,438	0,658
De 30 001 a 40 000 U.A.P.	0,184	0,491	0,614	0,920
De 40 001 a 50 000 U.A.P.	0,237	0,631	0,789	1,183
De 50 001 a 100 000 U.A.P.	0,394	1,052	1,315	1,972
De 100 001 a 200 000 U.A.P.	0,789	2,104	2,630	3,945
De 200 001 a más U.A.P.	1,434	3,825	4,781	7,172

Fuente: Resolución N° 142-2008-05/CD

Elaborado por OSINERGMIN

Parámetro	Valor	Descripción
Exceso	13	1 unidad por cada 0,1% en exceso respecto a la tolerancia (%UAP obtenido= 3.1%, Tolerancia (L) = 1.8%)
Factor	0.614	Obtenido de la tabla contenida en el ítem 1.A del Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE considerando para el caso supervisado: 35,000 30001 UAP <= Universo Fiscalizado <= 40000 UAP y L +1% < 3.1% <= L + 10%

Distribuidora S.A. será multada aplicando la siguiente fórmula: $Multa = Exceso \times Factor = 7.9820$ UIT.

- **Por exceder el indicador de control de denuncias no atendidas dentro del plazo previsto en el Procedimiento**

Las denuncias recibidas por la concesionaria, deben ser informadas a OSINERGMIN, quien con esta información supervisa el cumplimiento de la atención de las denuncias formuladas por los usuarios dentro del plazo establecido en el Procedimiento.

En tal sentido, la multa por incumplimiento de los plazos establecidos, se calcula en relación directa al porcentaje de denuncias no atendidas dentro del plazo que han sido verificados en la muestra supervisada y será calculada de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Multa} = M.P.D^{45}$$

De igual forma, para este supuesto de sanción supongamos que en trimestre de evaluación en el año 2011, Distribuidora S.A. obtuvo 2.3% de denuncias atendidas fuera del plazo previsto en el Procedimiento, de un total de 500 denuncias.

Parámetro	Valor	Descripción
Factor	0.05	Multa unitaria para una denuncia atendida fuera de plazo (expresada en UIT)
Denuncias	500	Cantidad de denuncias del trimestre en evaluación
Exceso	0.3%	Es el porcentaje en que se excede la tolerancia para el indicador de %DAFP establecida en 2%

Para este incumplimiento, Distribuidora S.A. será multada aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Multa} = M.P.D, \quad M = 0.05 \times 0.3\% \times 500 = 0.075 \text{ UIT.}$$

- **Por no registrar las denuncias de Alumbrado Público en el Registro Histórico de Deficiencias (RHD)**

La multa será aplicada en función del número de denuncias no registradas el RHD en el trimestre. Se toma como multa base de referencia el valor de 7.7 UIT.

Cuadro N° 6: Multas por no registrar las denuncias de alumbrado público en el RHD

Denuncias no registradas	Aplicación
1 denuncia	10% (7,7 UITs)
2 denuncias	50% (7,7 UITs)
3 o más denuncias	100% (7,7 UITs)

Fuente: Resolución N° 142-2008-OS/CD

Elaborado por OSINERGMIN

- **Por variar o presentar información inexacta en el RHD**

Para este caso, la multa se calculada de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$MPE = N^{\circ} Ri \times 0,33UIT \quad 46$$

⁴⁵ Donde:

M: Multa por denuncia no atendida en el plazo establecido equivalente a 0.05 UIT.
P: Porcentaje de denuncias que exceden la tolerancia de denuncias atendidas fuera de plazo según valores establecidos en el numeral 7.4.3 del Procedimiento. Esta proporción es determinada por el muestreo de denuncias presentadas por la concesionaria para el trimestre de evaluación.
D: Número total de denuncias cuyo plazo de subsanación está dentro del trimestre en evaluación (las pendientes del trimestre anterior y las presentadas en el primer trimestre). Se excluyen las denuncias desestimadas presentadas en el mismo periodo.

⁴⁶ Donde:

MPE: Multa promedio por empresa.
N°Ri: Número de registros inexactos (*Ri*) menos el número de registros inexactos admisibles (*RA*).

El valor de “RA” (número de registros inexactos admisibles) está definido según los criterios presentados en la siguiente tabla:

Cuadro N° 7: Criterios para determinar el número de RA, según el número de denuncias registradas por la concesionaria en el trimestre

Número de denuncias registradas por la empresa	Número de registros inexactos admisibles (RA) en la revisión del Registro Histórico de Deficiencias (RHD)
(A) Hasta 500 denuncias	1 denuncia
(B) Entre 501 y 5000 denuncias	3 denuncias
(C) Más de 5000 denuncias	5 denuncias

Fuente: Resolución N° 142-2008-OS/CD

Elaborado por OSINERGMIN

Cuadro N° 8: Multas por empresa según rango de “I_e”

Rango de “I _e ”	$I_e \leq 0,8 T$	$0,8 T < I_e \leq 0,9 T$	$0,9 T < I_e \leq 1 T$	$I_e > 1 T$
Multa a aplicar por empresa (MPA)	1 x MPE	1,6 x MPE	2 x MPE	2 x MPE

Fuente: Resolución N° 142-2008-OS/CD

Elaborado por OSINERGMIN

Asimismo, de acuerdo al valor del “I_e”, la multa por empresa a aplicar (MPA) es como se señala en la tabla anterior.⁴⁷

➤ **Por incumplir plazos de registro**

Caso A: Cuando el concesionario reciba la denuncia y no la registre de inmediato en el RHD (Registro Histórico de Deficiencias).

Caso B: Cuando efectuada la subsanación de deficiencia, el concesionario no realice el registro en el RHD dentro de los dos días hábiles siguientes para el caso de zonas urbanas, y de los tres días hábiles siguientes para denuncias en zonas urbano-rurales y rurales. La fórmula que se aplica para el cálculo de estas multas es:

$$Multa = \left(\frac{N_{inc}}{N_{rev}} \right) \times (4,33 \text{ UITs})$$

⁴⁷ Donde:

MPA: Multa a aplicar por empresa de acuerdo a la tabla anterior.

I_e: Valor obtenido en el trimestre del indicador de control de cumplimiento de plazos en la atención de denuncias de alumbrado público reportadas.

T: Tolerancia establecida para el indicador de denuncias atendidas fuera de plazo (numeral 7.4.3 del Procedimiento).

⁴⁸ Donde:

N_{rev}: Número total de revisiones del RHD (Registro Histórico de Deficiencias) realizadas en el trimestre.

Cuadro N° 9: Tipificación de incumplimientos en el RHD según el número de denuncias que superan el plazo indicado en cada inspección del RHD

Tipificación del incumplimiento	SE DEFINE COMO INCUMPLIMIENTO CUANDO El número de denuncias que superan el plazo indicado en cada inspección del RHD es:
Caso (A): Cuando el concesionario reciba la denuncia y no la registre de inmediato en el RHD (Registro Histórico de Deficiencias).	
	Una o más denuncias
Caso (B): Cuando, efectuada la subsanación de deficiencia, el concesionario no realice el registro en el RHD dentro de los plazos establecidos.	
Rango de denuncias	
(B.1) Hasta 500 denuncias (*)	Más de una denuncia
(B.2) Entre 501 y 5 000 denuncias (*)	Más de tres denuncias
(B.3) Más de 5 000 denuncias (*)	Más de cinco denuncias

(*) La cantidad de denuncias corresponde al total de denuncias cuyo plazo de subsanación están dentro del trimestre en evaluación, es decir, este número de denuncias incluye las denuncias pendientes del trimestre anterior y las presentadas en el trimestre, incluidos en ambos casos, las denuncias desestimadas (i.e. aquellas que no cumplen con la condición de encontrarse dentro de plazo de subsanación)
Fuente: Resolución N° 142-2008-OS/CD

Elaborado por OSINERGMIN

➤ **Por no subsanar las deficiencias dentro de los plazos estipulados**

La empresa concesionaria tiene como obligación subsanar todas las deficiencias de alumbrado público que los usuarios denuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. Cabe indicar que el plazo adicional no la exime de considerar estas denuncias en el cálculo del parámetro “g” del indicador “I_e”. En tal sentido, se aplica una multa de 2 UIT por el incumplimiento de cada deficiencia detectada en el trimestre.

➤ **Multa en el caso que OSINERGMIN se encuentre imposibilitado de acceder al RHD mostrado en el Portal de Internet (Web) del concesionario**

En caso que dicho incumplimiento haya sido por causa de la empresa concesionaria, se aplica la multa de acuerdo al número de veces detectado en el trimestre. Se tomará como multa base de referencia, el valor de 5 UIT.

Cuadro N° 10: Multas a aplicarse cuando OSINERGMIN no pueda acceder a la información del RHD publicada en la página web del concesionario

Ninc: Número de revisiones del RHD (Registro Histórico de Deficiencias) realizadas en el trimestre y en las que se incumplió el registro de la deficiencia.

Frecuencia de veces que OSINERGMIN se encuentre imposibilitado al acceso	Aplicación de la sanción respectiva
(A) Primera vez	Amonestación
(B) Segunda vez	20% (1,0 UIT)
(C) Tercera vez	50% (2,5 UIT)
(D) Cuarta vez o más	100% (5,0 UIT)

Fuente: Resolución N° 142-2008-OS/CD

Elaborado por OSINERGMIN

- **Por incumplir reiterativamente los plazos de atención de casos de deficiencias DT1 cuando afecten a todas las UAP de una SED**

Finalmente, por dicho incumplimiento la multa se calcula a través de la siguiente fórmula:

$$Multa = N^{\circ} SED \times 0,12UIT \text{ }^{49}$$

Es preciso indicar que el nuevo esquema de supervisión que involucra la implementación del Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones ha dado buenos resultados desde su aplicación a la fecha, pues se ha verificado que las UAP sin funcionar han disminuido, lo cual ha determinado la disminución de las sanciones, es decir, el carácter disuasivo de las multas impuestas cumple con sus objetivos.

Consideramos que debe llegar a niveles de calidad óptimos y multas con menores montos, y en el caso del Procedimiento, se ha ido cumpliendo de manera progresiva. En otras palabras, la disminución de las deficiencias, reduce el tamaño de la muestra y los gastos de supervisión. Estos resultados permiten el ajuste de los parámetros de supervisión a fin de seguir mejorando aún más la calidad del servicio fijándose estándares de calidad más altos y mejorando en la eficiencia de la supervisión con la disminución de sus costos y reasignado esta reducción en otras actividades de la supervisión para obtener mayor eficiencia.

Finalmente, para complementar lo señalado en los párrafos precedentes, se ha considerado señalar de manera referencial, el proceso de supervisión y sanción (correspondiente al periodo de evaluación 2012), que realiza la GFE de OSINERGMIN del Procedimiento. Para tal efecto, se consigna como Anexo 1 del presente estudio, 2 casos reales de supervisión y sanción a concesionarias al haberse verificado que

⁴⁹ Donde:

N°SED: Cantidad de SED con todas las UAP afectadas y atendidas fuera de plazo, producidas en el trimestre. Se entiende "reiterativamente", cuando en el trimestre, se registran más de una SED con todas sus UAP afectadas que no fueron atendidas dentro del plazo de 24 horas, infringiendo lo dispuesto en el numeral 5.3.1 del Procedimiento 078.

excedieron la tolerancia de deficiencias en alumbrado público y el indicador de control de denuncias no atendidas dentro del plazo previsto en el Procedimiento.

Cabe indicar que dicha información proporcionada por la GFE, será utilizada solamente con fines académicos para el presente estudio.

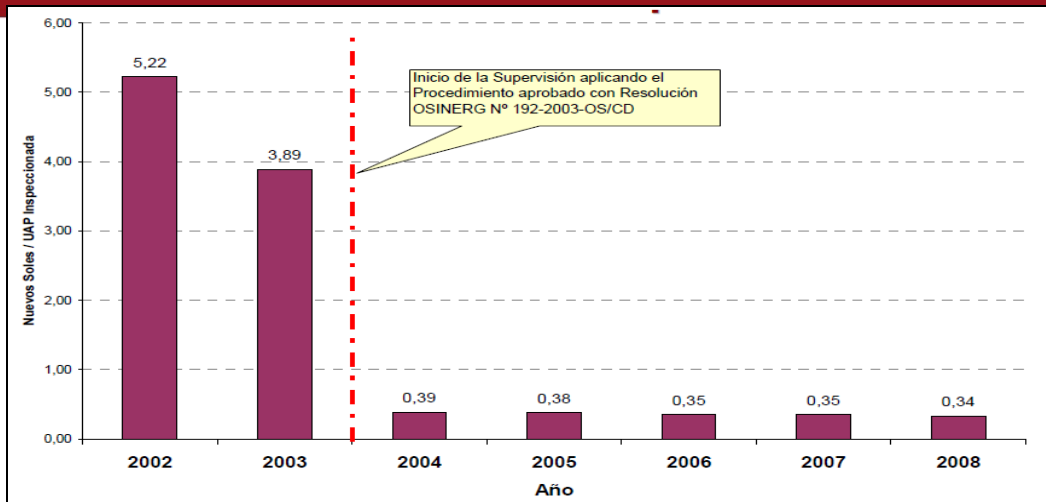
4.5 Resultados de la aplicación del Procedimiento

Con la aplicación de esta nueva metodología de supervisión, OSINERGMIN concentra sus esfuerzos en el resultado del servicio prestado por las empresas concesionarias, no estará pendiente del mantenimiento del alumbrado público y las redes asociadas de las concesionarias al momento de prestar el servicio, pues la aplicación del Procedimiento permite mayor eficiencia por sus indicadores específicos de resultados. Asimismo, se han fijado las responsabilidades de la concesionaria, es decir, la información que debe reportar para la supervisión y las condiciones que debe adoptar para cumplir con lo dispuesto en el Procedimiento, ello permite un mejor monitoreo al momento de supervisar y fiscalizar sus alcances.

Por otro lado, este modelo de supervisión reduce costos al regulador, que se traducen en mayor eficiencia en la supervisión, pues la información es analizada y es verificada en campo, ya no se efectúan las visitas periódicas a las instalaciones de la concesionaria, por el contrario, las visitas a las instalaciones serán excepcionales dependiendo de su necesidad o que el Procedimiento lo establezca.

Asimismo, la selección de muestras representativas y aleatorias ha permitido extrapolar los resultados a todas las instalaciones a nivel nacional y reducir de manera muy significativa el costo de supervisar una UAP. En tal sentido, Quintanilla (2012) señala que para el año 2008 los costos de supervisión por cada luminaria se redujeron sustancialmente desde 5.22 Soles/UAP a 0.34 Soles/UAP, es decir, con un menor presupuesto para la supervisión, se logró la verificación global del servicio de alumbrado público como producto de la nueva metodología empleada.

Gráfico N° 3: Evolución del costo de la supervisión del alumbrado público

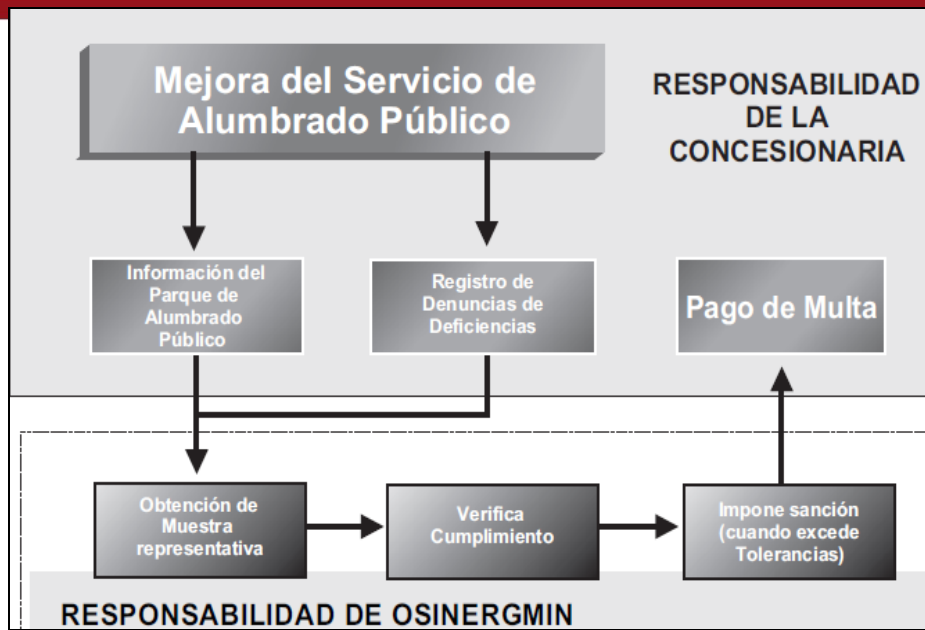


Fuente: Quintanilla (2012)

Otro aspecto que consideramos relevante señalar es que: “En el caso de las distribuidoras estatales, se acordó inicialmente con quienes ejercen su accionariado (FONAFE) una fijación de metas sujetas a bonos de reconocimiento por cumplimiento de los indicadores lo que dio lugar a un incentivo adicional por los resultados de parte de los funcionarios de las empresas distribuidoras de capital público”. (Quintanilla 2012: 15)

Es así, que la metodología del procedimiento contribuye a una mejor labor de supervisión y fiscalización de OSINERGMIN con la correspondiente reducción de costos, las empresas concesionarias conocen las obligaciones previstas en el Procedimiento, lo que les permite monitorear y proyectar una mejor prestación del servicio, y finalmente, el Procedimiento permite al usuario final formular oportunamente sus denuncias, hacer el seguimiento de las mismas y obtener en definitiva, un mejor servicio de alumbrado público.

Gráfico N° 4: Pautas de los concesionarios y OSINERGMIN para realizar la supervisión de la operatividad de las UAP



Finalmente, consideramos adecuado consignar este cuadro donde se grafica la mejora del servicio de alumbrado público a través de las responsabilidades asignadas por el Procedimiento a las empresas supervisadas (Dammert, Molinelli y Martinelli 2008: 89).

5. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES POR ALUMBRADO PÚBLICO CON EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD PREVISTO EN LA LEY Nº 27444

5.1 Modelo adoptado por OSINERGMIN para la imposición de sanciones. Análisis desde la perspectiva económica

Los criterios para la imposición de las multas y sanciones por parte de OSINERGMIN han sido elaborados en base a estudios realizados por el propio regulador con el objeto de determinar las multas y sanciones a las empresas supervisadas por el incumplimiento de la normativa aplicable al sector eléctrico peruano⁵⁰. En tal sentido, nuestro análisis tiene como referencia publicaciones realizadas por OSINERGMIN referidas específicamente a este tema y será complementado con el modelo de Polinsky y Shavell y la solución del Segundo Mejor cuyos aspectos conceptuales han sido tratados en el numeral 2.2.2. del presente estudio.

➤ **La opción del “Segundo Mejor”. La Multa Disuasiva**

OSINERGMIN ha optado por la *solución del Segundo Mejor* para el cálculo de las multas por el incumplimiento de las normas que supervisa y fiscaliza. Es así, que teniendo en cuenta el marco teórico desarrollado en el acápite correspondiente, la naturaleza de las actividades eléctricas que OSINERGMIN supervisa y los problemas que pueden surgir al estimar el daño asociado a las infracciones, en el estudio de Dammert, Gallardo y Quiso (2004) se señalan las razones que motivan a pasar de una sanción óptima (Primer Mejor) a una multa disuasiva (Segundo Mejor), las que se indican a continuación.

La sanción óptima no tiene necesariamente una relación directa con una estrategia de disuasión. Puede ocurrir que los costos para la sociedad originados por la infracción cometida son menores que el beneficio esperado, por lo que el monto de la multa óptima no será disuasivo. Si bien es económicamente eficiente dejar que en equilibrio existan infracciones, OSINERGMIN tiene entre sus objetivos disuadir el incumplimiento de las normas bajo su competencia, por lo que sería necesario modificar la multa óptima por una multa disuasiva.

En el supuesto que el daño y los costos administrativos son mayores que el beneficio esperado, la multa no debería ser alta, pues será disuasiva en tanto la infracción no la haga rentable para los intereses de la empresa, siendo este el caso donde se establecen ex ante, niveles de tolerancia máximos a los incumplimientos en alumbrado Público. Por otro lado, si estos costos son menores que el beneficio ilegalmente obtenido, el monto óptimo de la multa no será disuasivo. Asimismo, una multa que incorpora el daño cuando éste es significativamente grande, puede resultar excesivamente disuasiva.

⁵⁰ La sanciones que impone OSINERGMIN obedecen a la aplicación de la regla *per se*, es decir, se sanciona la infracción por el sólo hecho de infringir la norma, no se evalúan los motivos de la infracción. Esta situación tiene estrecha relación con el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, la cual es reconocida por el ordenamiento jurídico peruano.

Un escenario de adecuada aplicación de la multa disuasiva es donde los infractores son neutrales al riesgo; sin embargo, cuando el infractor es tomador de riesgos, una sanción proporcional al beneficio puede ser insuficiente, por lo que podría optarse por calcular un valor entre el beneficio y el daño (caso especialmente relevante cuando $B < d$) o un monto lo suficientemente superior al beneficio (relevante cuando $B > d$).

Se debe tener en cuenta que las empresas tienen diferente reacción respecto al riesgo de cometer la infracción a las normas. Molinelli (2008) señala que toda multa será disuasiva si supera el beneficio ilícito obtenido, si se verifica neutralidad al riesgo, será suficiente una sanción proporcional al beneficio ilegal. Si nos encontramos ante tomadores de riesgo, la sanción debería superar la multa del segundo mejor, lo que justificaría la aplicación de multas no pecuniarias, como la suspensión del servicio o cierre del local. Finalmente, frente a empresas adversas al riesgo, la multa deberá ser menor a la multa del segundo mejor, pero deberá ser mayor al beneficio ilegal de infringir las normas, pues de ser menor al beneficio ilícito, la multa no será disuasiva.

Ante la ausencia de recursos para la supervisión y/o cuando el esfuerzo de fiscalización no incrementa significativamente la probabilidad de detección de las infracciones, es eficiente incrementar el monto de las multas; sin embargo, cuando los recursos de supervisión son suficientes y la probabilidad de detección es sensible al esfuerzo de supervisión⁵¹, es posible disminuir el monto de las multas incrementando el esfuerzo de supervisión.

Otro aspecto señalado por Dammert, Gallardo y Quiso (2004) es que el uso de la estadística permite maximizar los efectos de los instrumentos de supervisión. Un muestreo bien estructurado refuerza significativamente los procesos de supervisión, lo que lleva a lograr buenos resultados de supervisión, dado un esfuerzo de supervisión y un nivel de multa⁵². El uso adecuado de las estadísticas permitiría reducir el esfuerzo de

⁵¹ OSINERGMIN recibe aportes por regulación de las empresas supervisadas para desarrollar sus labores de supervisión y fiscalización, por lo que se asume que no será necesario considerar los componentes de la multa óptima referidos a los costos administrativos y legales en las sanciones por lo que $k=0$. Esta situación tiene una gran ventaja, que es la eliminación de cualquier incentivo de generar ingresos al regulador través de las multas. Dicha situación reduce la discrecionalidad del regulador al momento de imponer las sanciones, pues no forman parte de sus ingresos. En el caso de OSINERGMIN, el cobro por concepto de multas se destina a la electrificación rural.

⁵² Cuando los recursos de supervisión existen y la probabilidad de detección se condice con el esfuerzo de supervisión, es posible disminuir el monto de las multas incrementando el esfuerzo de fiscalización. En el caso de OSINERGMIN, los recursos existen y el esfuerzo de supervisión se refleja en la nueva metodología adoptada a partir del año 2003, a la que nos hemos referido en el acápite correspondiente, por lo que económicamente es óptimo calcular un monto de multa razonable (es decir no excesiva) que tenga efecto disuasivo y que no se vea disminuido el beneficio social que el regulador cautela. Asimismo, los costos administrativos del seguimiento de los procesos no pueden considerarse como parte de la multa debido a que ellos están financiados por el aporte de regulación, por lo que este costo tendría como valor cero.

supervisión y el nivel de la multa, que dependerá en buena cuenta del cumplimiento de de la normativa por parte de las empresas.

Cabe indicar que en la aplicación del modelo se debe asumir que OSINERGMIN impondrá con éxito la multa y ésta será confirmada en el Poder Judicial, entonces la probabilidad de sanción (q) es = 1. Asimismo, se asume que la multa y el esfuerzo de fiscalización (e) son suficientes para disuadir a las empresas de cometer infracciones, por lo que el tiempo óptimo de suspensión de las actividades (t) es igual a cero, pues este instrumento es costoso tanto para OSINERGMIN como para la empresa.

Al existir un estándar de calidad previamente determinado, no se requeriría utilizar el concepto del daño (como se contempla en la multa óptima), dado que el establecimiento en el Procedimiento de *niveles de tolerancia*, implícitamente considera el daño, lo cual coadyuva a establecer que las multas que se impongan serán disuasivas; sin embargo, se considera que en los casos donde no exista tolerancia, debería incorporarse el daño. Es decir, la existencia de estándares de calidad y el uso de la muestra aleatoria representativa, dificulta la evaluación del daño en la forma prevista por la opción de Primer Mejor, pues sería muy compleja y sujeta a errores de cálculo, considerado además, que por la estructura del esquema de supervisión, el daño deberá ser considerado como agravante, debiendo ser evaluado caso por caso.

Los procedimientos a través de las muestras detectan las infracciones que superan los estándares previstos, por lo que se considera que el beneficio ilícito esperado por la empresa infractora por el incumplimiento detectado sería la base para el cálculo de la multa, dada la alta probabilidad de detección que tiene OSINERGMIN. En tal sentido, la multa disuasiva no toma en cuenta el daño sino el beneficio ilícito, que podría equipararse en el caso del Procedimiento, al costo evitado por la empresa en cumplir la norma.

Se desprende de la definición de Beneficio Ilícito Neto, que la multa disuasiva será siempre mayor (un poco más) respecto de la multa indiferente, esa diferencia (aún siendo mínima) es calculada por el Regulador de tal forma que no disminuya el bienestar social, que por ser muy alta podría perjudicar el cumplimiento de las obligaciones de la empresa y su gestión interna, tampoco debe ser baja para que incentive a la empresa a arriesgar e incumplir la norma.

$$\text{Beneficio Ilícito Neto Esperado} = GI + CE - \text{Multa Indiferente} * P(d)$$

BI bruto Costo esperado de incumplir

$$\text{Beneficio Ilícito Neto} < \text{GI} + \text{CE} - \text{Multa Disuasiva} * P(d)$$

$$\text{Multa Disuasiva} > \text{GI} + \text{CE} / P(d)$$

Bajo este concepto, si la probabilidad de detección es baja, la multa debería ser más alta; sin embargo, la probabilidad de detección depende del costo de la supervisión y una baja probabilidad de detección de la infracción podría indicar una inadecuada supervisión, por lo que la multa tendría que ser muy alta para que sea disuasiva, lo cual no es óptimo, por lo que podría ser cuestionada.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, donde se sostiene que para el diseño de la multa disuasiva no es necesario el análisis del daño, existen ciertas diferencias respecto de las multas por incumplimiento de la normativa sobre seguridad en el subsector electricidad, referida a accidentes mortales e incapacitantes⁵³. La multa disuasiva, para estos casos, debe considerar el costo que evitó la empresa por no cumplir con las normas y agregar un porcentaje del daño causado, pues a diferencia del incumplimiento de un procedimiento de supervisión, en este caso se ha producido un daño a la persona con consecuencias mortales o de incapacidad.

Los accidentes pueden producirse por el incumplimiento de una o varias normas del sector eléctrico, por lo cual su costo evitado debe ser la suma de los costos evitados de todas las infracciones cometidas que originaron el accidente; sin embargo, se puede asumir que estos costos han sido considerados en los procedimientos de supervisión de OSINERGMIN que son supervisados imponiéndose sanciones antes que se produzca el daño (ex - ante), entonces los costos evitados resultantes no serían considerados en el cálculo de la multa, por lo que tampoco sería considerada la probabilidad de detección.

En tal sentido, la multa que correspondería imponer sería igual a *un porcentaje del valor del daño* causado por las infracciones de la norma, esto en razón de que la legislación peruana faculta a los perjudicados por la infracción (accidentes) a recurrir al Poder Judicial para exigir que la empresa infractora los indemnice por el daño ocasionado. En estos casos, no se aplicaría el costo evitado derivado de la solución del Segundo Mejor, ni tampoco la multa óptima sino un porcentaje del daño ocurrido.

⁵³ Si bien no es objeto del presente estudio realizar un análisis detallado de estos casos, se ha considerado oportuno hacer algunos comentarios sobre este tema, los cuales están basados en el Informe Técnico N° 013-2011-OEE/OS, elaborado por la Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN.

Por lo señalado en los párrafos precedentes, las escalas de multas y sanciones de OSINERGMIN deben contener mecanismos disuasivos de conductas ilegítimas de las empresas supervisadas, buscando que las empresas cumplan con la normativa. Las empresas tendrán incentivos a incumplir en la medida que sus beneficios ilícitos o costos evitados sean mayores a la multa que consideran les será impuesta, teniendo además en cuenta una probabilidad de detección y sanción. Entonces, la multa disuasiva deberá ser proporcional a la ganancia ilícita, pues se ha considerado que la probabilidad de detección y el éxito de la aplicación de la sanción son óptimos.

5.2 El nivel de calidad establecida a través de indicadores

Teniéndose en cuenta la importancia del servicio de alumbrado público, éste no puede ser prestado en las condiciones que fije la empresa concesionaria, pues su posición monopólica la incentivaría a otorgar un nivel de calidad inferior al nivel óptimo o socialmente deseado, y debido a la gran asimetría de información respecto del usuario final, se justifica la aplicación de medidas de regulación. OSINERGMIN en uso de las facultades previstas en la ley, ha aprobado procedimientos de supervisión que complementan los diferentes aspectos de la calidad y seguridad del servicio.

Es así, que el Procedimiento fija estándares de calidad que si bien están relacionados directamente con el objeto del procedimiento, son niveles de calidad para la prestación del servicio, relacionados al cumplimiento de los niveles de iluminación en las zonas, el mantenimiento de las UAP, entre otros aspectos.

Los estándares de calidad son establecidos por el Ministerio de Energía y Minas a través de las normas técnicas del sector, OSINERGMIN a través de sus procedimientos de supervisión, supervisa que esos estándares se cumplan a través de niveles de calidad previstos en el procedimiento para medir resultados en la prestación del servicio, ello determina la forma como las concesionarias deben medir y reportar sus niveles de calidad. Asimismo, OSINERGMIN verifica la información proporcionada y mide el indicador de calidad correspondiente a través de muestras aleatorias representativas. Si los niveles de calidad están por debajo de los estándares previstos, se aplicarán las sanciones que correspondan de acuerdo a lo previsto en la escala de Multas y Sanciones del Procedimiento.

Si bien se pueden establecer niveles óptimos de calidad, éstos deben guardar estrecha relación con el sistema tarifario vigente, pues los niveles de calidad exigidos a las concesionarias deben tener su contraparte en una adecuada remuneración de la tarifa.

Para exigir un determinado porcentaje máximo de UAP defectuosas y un tiempo máximo para su reparación (estándares de calidad previstos en el Procedimiento), las tarifas deberán remunerar adecuadamente a las instalaciones de las empresas, para que las empresas cuenten con personal que supervise sus instalaciones y subsane las deficiencias, así como tener el capital suficiente para que cuente con los repuestos que se requieran en la cantidad y en la oportunidad correspondiente. Es tarea del regulador fijar el estándar de calidad que requiere para una óptima prestación del servicio de alumbrado público.

Tamayo, Vásquez y García (2013) señalan que OSINERGMIN ha desarrollado procedimientos de supervisión que buscan garantizar al consumidor eléctrico que las empresas eléctricas brinden un servicio confiable, seguro y de calidad, por lo que se ha buscado mejorar y complementar aspectos del servicio como la calidad de producto, la calidad del suministro, la calidad comercial, la calidad del alumbrado público y la seguridad en la provisión de electricidad.

Estos aspectos son evaluados y supervisados periódicamente utilizándose para ello, indicadores de performance, con nuevos esquemas de supervisión y monitoreo del cumplimiento de las normas del sector eléctrico, así como un enfoque pionero en el Perú basado en una política de sanciones que busca disuadir las infracciones de las empresas mediante la aplicación de incentivos económicos.⁵⁴

Consideramos que los estándares de calidad previstos en los procedimientos de supervisión a través de indicadores de resultados y el establecimiento de plazos de cumplimiento, representa haber efectuado un análisis de proporcionalidad de los medios empleados y los fines públicos tutelados, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.4 del Art. IV y el numeral 3 del Art. 230 de la LPAG, estableciéndose con estos indicadores

⁵⁴ Dichos autores señalan que la metodología de supervisión y cálculo de sanciones desarrollada e implementada por OSINERGMIN, a la que nos hemos referido a lo largo del presente estudio, ha sido adoptada por otras entidades públicas en el Perú como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI), principalmente en aspectos como la implementación de multas disuasivas y muestreo. Asimismo, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia está adoptando el enfoque implementado por OSINERGMIN.

de calidad un análisis de razonabilidad de las decisiones que toma el regulador para supervisar las normas del sector eléctrico.

Se considera para efectos del presente estudio, que los indicadores de calidad, específicamente las tolerancias previstas en el Procedimiento, incorporan un nivel del daño que resulta tolerable en la prestación del servicio; sin embargo, si las empresas superan las tolerancias, serán sancionadas. Esta evaluación del daño, si bien no ha sido efectuado ex post y caso por caso, se considera válida, pues el análisis de la proporcionalidad y razonabilidad de los medios empleados y los fines públicos tutelados, se encuentran contemplados en los estándares de calidad del Procedimiento.

Finalmente, se debe señalar que la incorporación de indicadores de calidad en el Procedimiento, involucra la existencia del análisis de razonabilidad y proporcionalidad exigido por la LPAG, lo cual se hace extensivo a la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento.

5.3 Consideraciones respecto del impacto de las sanciones

Para analizar con mayor precisión el impacto de las sanciones a las empresas concesionarias de distribución por incumplimiento del Procedimiento, se revisará y consolidará las sanciones impuestas por incumplimiento del Procedimiento para la Atención de Deficiencias y Fiscalización del Servicio de Alumbrado Público, aprobado por Resolución N° 192-2003-OS/CD (vigente desde abril de 2004) y el Procedimiento que entró en vigencia en el año 2007.

Para ello, se ha elaborado un cuadro consolidado de todas las sanciones impuestas hasta el mes de junio de 2013, consignándose el estado final de los procedimientos administrativos sancionadores, que incluye aquellos que han sido apelados y resueltos por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería - OSINERGMIN (en adelante el TASTEM).

De los expedientes resueltos en última instancia administrativa por el TASTEM, se ha verificado que la mayoría de las apelaciones (a las que se ha podido tener acceso), no han cuestionado la razonabilidad de las sanciones impuestas en relación con el Principio de Razonabilidad previsto en la LPAG. Consideramos que dicha situación se ha producido pues el Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones, establecen de manera objetiva las sanciones a imponer, es decir, se consigna la forma de cálculo de la

multa, sustentada en los criterios técnicos, económicos y legales a los cuales nos hemos referido anteriormente, por lo que el nivel de discrecionalidad de la autoridad administrativa se encuentra en relación de equilibrio respecto del Principio de razonabilidad al que se refiere la LPAG. Además, la propia empresa supervisada haciendo uso de la Escala de Multas y Sanciones puede conocer la multa que podría obtener.

OSINERGMIN ha considerado criterios previamente analizados e incorporados en los procedimientos de supervisión a fin de que se garantice una adecuada supervisión, que involucre una reducción eficiente de costos y establecer obligaciones claras que definan el objeto del Procedimiento respecto de la operatividad de las UAP, a fin de que las empresas supervisadas presten un óptimo servicio. En tal sentido, la siguiente es la relación histórica de multas y sanciones impuestas por incumplimiento del Procedimiento:

Cuadro N° 11: Sanciones impuestas por OSINERGMIN por incumplimiento de los procedimientos aprobados por Resolución 078-2007-OS/CD y 192-2003-OS/CD Del año 2004 a junio de 2013

Años	Agotada la vía administrativa en Ejecutoría Coactiva	En Ejecutoría Coactiva	Pagadas	Archivadas y/o concluidas	En procedimiento administrativo	Otros	Observaciones	Total por año
2004	5	1	3					9
2005	5	3	4					12
2006	4	3	6	9			9 amonestaciones	22
2007	6	3	11					20
2008		10	4					14
2009		8	7					15
2010	8		8		1			17
2011	11	3	24			2	2 Improcedente por extemporáneo	40
2012		2	9					11
2013		1	5		4			10
	39	34	81	9	5	2	TOTAL	170

Fuente OSINERGMIN

Elaboración propia

Cuadro N° 12: Número de empresas infractoras y total de sanciones por año Del 2004 a junio de 2013

Años	Número de empresas infractoras	Total sanciones por año
2004	9	9
2005	10	12

2006	16	22
2007	11	20
2008	9	14
2009	10	15
2010	7	17
2011	13	40
2012	7	11
2013	9	10

Fuente OSINERGMIN
Elaboración propia

De dichos cuadros se puede apreciar que del año 2004 a junio de 2013, las sanciones impuestas en promedio están entre 9 a 22, con excepción del año 2011 donde se impusieron 40 sanciones y 13 fueron las empresas infractoras, verificándose que algunas de las concesionarias supervisadas han cometido más de una infracción al Procedimiento en ese año. Además, de las 22 sanciones impuestas en el año 2006, 9 han sido amonestaciones. Entonces, el promedio de sanciones por año ha sido de 15 (exceptuando el año 2011), de un total de 14 empresas concesionarias representativas supervisadas en la zona urbana.

Asimismo, tomándose en cuenta que la periodicidad de evaluación de los indicadores es semestral (Indicador de la operatividad del servicio de alumbrado público) y trimestral (Indicador de la atención de denuncias de alumbrado público), se infiere que las empresas concesionarias no han tenido elevados ni reiterados índices de incumplimientos del Procedimiento. Situación que se verifica de los cuadros estadísticos que se consignan más adelante.

Por otro lado, existe un alto índice de multas pagadas (aproximadamente 81), respecto del total de sanciones impuestas (170), consideramos que esto se debe a que los montos de las multas no han sido altos dado que las infracciones cometidas no han ameritado la imposición de multas elevadas, lo que corrobora que las empresas concesionarias no han tenido graves ni reiterados incumplimientos del Procedimiento.

En tal sentido, el esquema de supervisión del Procedimiento y el modelo de multa disuasiva, han logrado buenos resultados, incluso las empresas han preferido pagar las multas que continuar con el procedimiento sancionador, pues les resulta más oneroso continuar con el procedimiento que pagarlas o han considerado correctas la imposición de las multas.

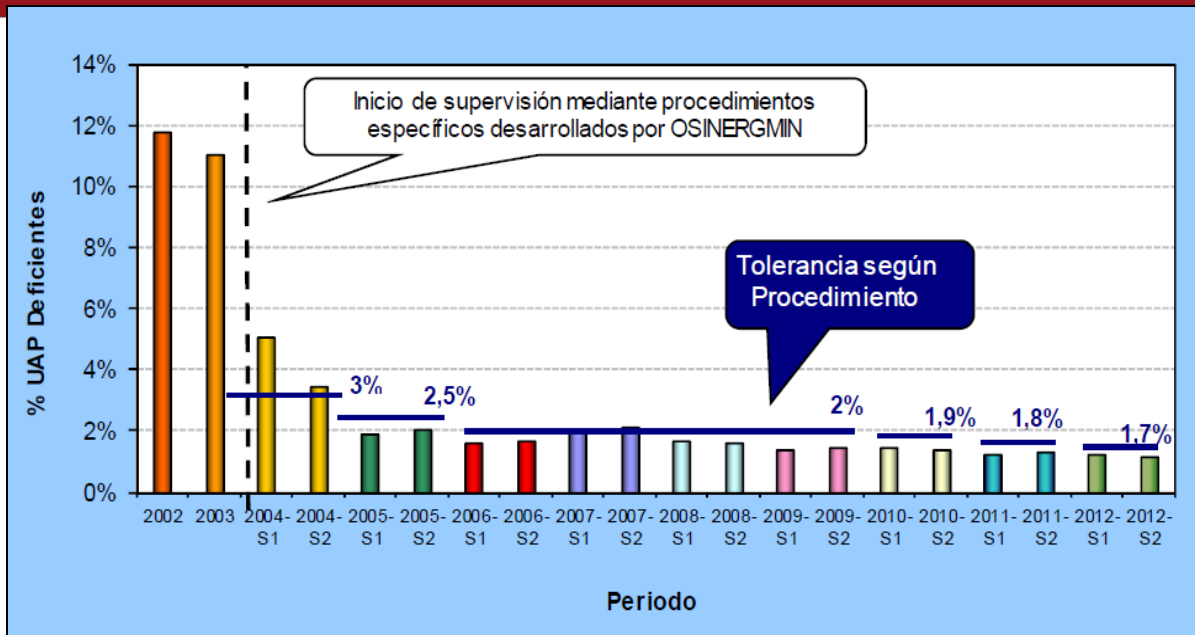
Por otro lado, de los casos revisados las multas apeladas que fueron resueltas en última instancia administrativa por el TASTEM, han sido declaradas infundadas en todos sus extremos (o en parte), siendo en todos los casos, remitidas para su ejecución coactiva. Ningún recurso de apelación fue declarado fundado en todos sus extremos ni declarado el procedimiento archivado. Por estos resultados consideramos que la supervisión del Procedimiento y el uso de la muestra aleatoria representativa permite una adecuada supervisión habiéndose obtenido buenos resultados, pues las empresas concesionarias no tienen incumplimientos graves del Procedimiento y no se han verificado reiteradas infracciones de las disposiciones del Procedimiento en los semestres y trimestres evaluados.

En el Gráfico N° 5 que se muestra a continuación, se aprecian los resultados históricos del porcentaje de UAP deficientes a nivel nacional del año 2004 al 2012. Se verifica la disminución de UAP deficientes desde la entrada en vigencia del Procedimiento, teniendo en cuenta que las tolerancias se van reduciendo de 3% para el 2004 a 1.7% para el 2012.

En el Gráfico N° 6 se muestran los resultados históricos del porcentaje de UAP deficientes y de denuncias atendidas fuera de plazo a nivel nacional del año 2005 al 2012. En estos casos, las empresas supervisadas han estado por debajo de las tolerancias, teniendo en cuenta que estas se van reduciendo de 5% (hasta el segundo trimestre de 2007) a 2% desde el segundo trimestre de 2008.

De acuerdo con lo previsto en el Procedimiento, el porcentaje de las tolerancias va disminuyendo haciendo más exigente su cumplimiento; sin embargo, se observa que las concesionarias han ido cumplido con el Procedimiento, dado que en promedio no han superado de manera importante las tolerancias hasta el año 2012.

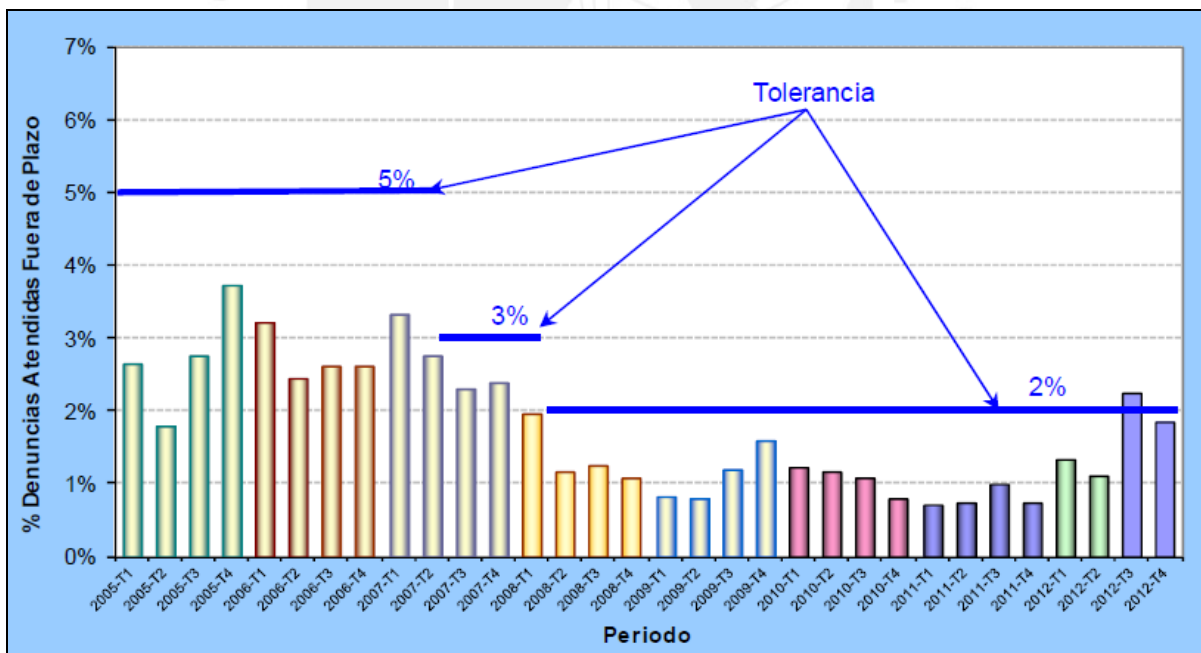
Gráfico N° 5: Supervisión de deficiencias del servicio de alumbrado público a nivel nacional (Registro Histórico)



Porcentajes históricos de UAP deficientes a nivel nacional
Años 2004 – 2012

Fuente OSINERGMIN

Gráfico N° 6: Porcentaje de denuncias atendidas fuera de plazo
Datos históricos a nivel nacional



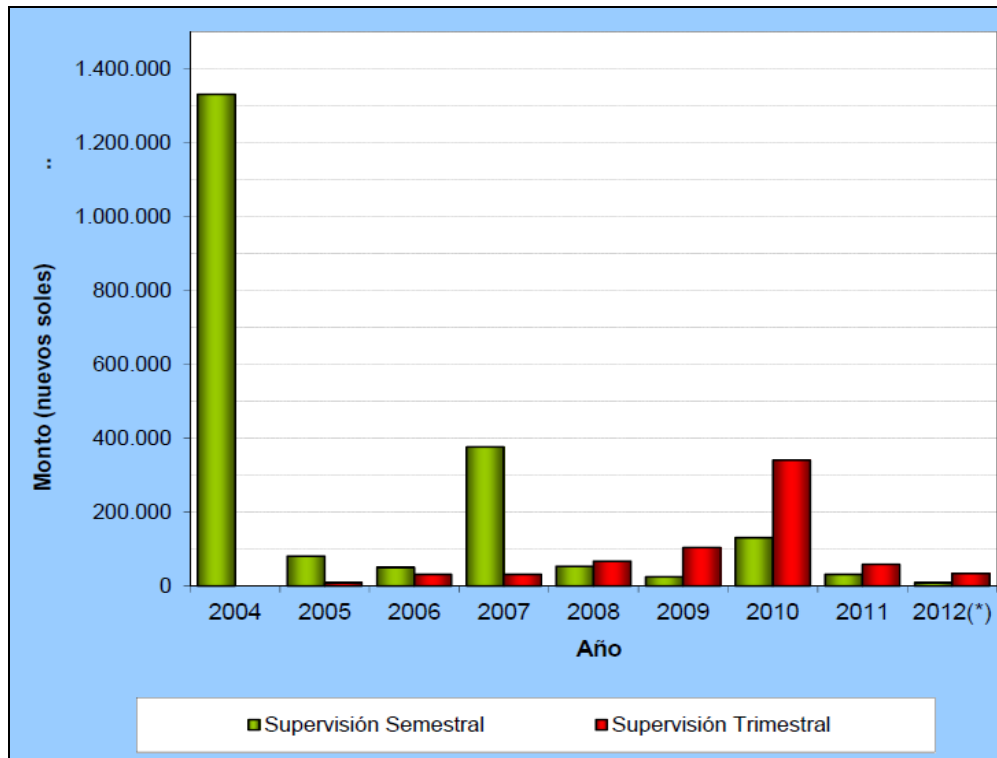
Porcentajes históricos de denuncias atendidas fuera de plazo por empresas
Años 2005 – 2012

Fuente OSINERGMIN

Finalmente, respecto del Gráfico N° 7, se verifica que los montos históricos de las multas por incumplimiento del Procedimiento desde el 2004 al 2012, no han sido elevados y en razón de lo señalado en los párrafos anteriores, las multas han cumplido su carácter

disuasivo.⁵⁵ Asimismo, se incluye en el Anexo 2 del presente estudio, cuadros estadísticos elaborados por OSINERGMIN que corresponden a los años 2010 y 2011, con el objeto de graficar la evolución de la supervisión del Procedimiento.

Gráfico N° 7: Montos de multas en aplicación del Procedimiento de Supervisión del Alumbrado Público



Procedimientos aprobados por Res. N° 078-2007-OS/CD y 192-2003-OS/CD Años 2004 – 2012

Año	Supervisión Semestral	Supervisión Trimestral
2004	S/. 1.330.711	S/. 0
2005	S/. 81.456	S/. 9.297
2006	S/. 50.070	S/. 31.023
2007	S/. 376.134	S/. 31.450
2008	S/. 53.883	S/. 67.706
2009	S/. 24.846	S/. 104.337
2010	S/. 130.442	S/. 340.344
2011	S/. 31.149	S/. 58.428
2012(*)	S/. 8.775	S/. 33.300

(*) Montos estimados a la fecha

Fuente OSINERGMIN

5.4 Compatibilidad del Procedimiento, su escala de multas y sanciones y el Principio de Razonabilidad

⁵⁵ Datos estadísticos obtenidos de la página web de OSINERGMIN. URL: <http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/uploads/GFE/EstadisticasSupervisionElectrica/2/ESTADISTICA%20AP.pdf?5156>.

El Principio de Razonabilidad previsto en el Art. 230º, numeral 3 de la LPAG, ha sido analizado en sus aspectos legales en el numeral 2.1.2 del presente estudio. Teniendo en cuenta dicho análisis, en esta parte se va a evaluar si el Principio de Razonabilidad y sus correspondientes criterios para la graduación de las multas administrativas han sido considerados en el Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones. Asimismo, nos referiremos a algunos pronunciamientos del TASTEM respecto de cuestionamientos realizados por las empresas concesionarias en vía de apelación de la aplicación del Principio de Razonabilidad al momento de la imposición de las sanciones administrativas por incumplimiento del Procedimiento.

Al respecto, se han encontrado algunos cuestionamientos al Principio de Razonabilidad, especialmente a los criterios de graduación previstos en el numeral 3 del Art. 230 de la Ley N° 27444, teniéndose en cuenta que estos últimos fueron incorporados a la LPAG en junio de 2008. A continuación se analizarán 3 pronunciamientos del TASTEM en última instancia administrativa respecto de multas impuestas por incumplimiento del Procedimiento y se evaluarán 2 resoluciones referidas a multas por incumplimiento del Procedimiento para la Supervisión de la Facturación, Cobranza y Atención al Usuario, aprobado por Resolución N° 193-2004-OS/CD, donde existe pronunciamiento sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad.

5.4.1 Pronunciamientos del TASTEM sobre cuestionamientos de la aplicación del Principio de Razonabilidad

El detalle de los procedimientos administrativos sancionadores seleccionados para el presente estudio, cuyas apelaciones fueron resueltas por el TASTEM en última instancia administrativa, es el siguiente:

Cuadro N° 13: Expedientes que cuyas apelaciones se cuestionaba el Principio de Razonabilidad y que fueron resueltas por el TASTEM

Expediente	Incumplimiento	Resolución de multa/Año	Monto en S/.	Resolución TASTEM	Resuelve
2010-138	Procedimiento 078	008340 (2010)	6475.32	091-2011-OS/TASTEM-S1	Infundado
2010-192	Procedimiento 078	009472 (2010)	10324.80	211-2011-OS/TASTEM-S1	Infundado
2010-131	Procedimiento 078	008341 (2010)	38730.24	203-2011-OS/TASTEM-S1	Infundado
2009-273	Procedimiento 193	006955 (2010)	76417.42	361-2011-OS/TASTEM-S1	Infundado
2009-264	Procedimiento 193	006953 (2010)	87710.88	380-2011-OS/TASTEM-S1	Infundado

En los primeros 3 casos, el TASTEM se pronuncia respecto de la aplicación del Principio de Razonabilidad con muy similares fundamentos, los mismos que literalmente se señalan a continuación:

(...) los criterios fijados en el Anexo 5 de la Escala de Multas de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica guardan relación con aquellos contemplados en el Principio de Razonabilidad, según el cual las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas.

En efecto, debe tenerse presente que el objetivo de la aplicación de sanciones es disuadir a las empresas concesionarias de incumplir las normas que regulan el sector eléctrico, dado que dichos incumplimientos ocasionan perjuicio a los usuarios del servicio público de electricidad. Así, para la determinación de las multas se han considerado los siguientes criterios básicos:

- i) Determinar el beneficio económico que tienen las concesionarias al incumplir algunas de las normas vigentes.
- ii) Aplicar el beneficio calculado al periodo que comprende el incumplimiento de cada indicador (trimestre o semestre).
- iii) Con la base calculada del beneficio por indicador, definir los importes de las respectivas multas.
- iv) Considerar en los importes de las multas, el tamaño de las concesionarias.

Cabe señalar que los criterios antes señalados se vinculan con aquellos que invoca la recurrente establecidos en el numeral 3) del artículo 230º de la Ley N° 27444, como es el caso de la gravedad del daño al interés público que se manifiesta en el perjuicio económico ocasionado a los usuarios del servicio público de electricidad, el beneficio ilegalmente obtenido que es el beneficio económico obtenido por las concesionarias al incumplir las normas que regulan el sector, las circunstancias de la comisión de la infracción que contempla aspectos como el tamaño de la empresa, el periodo en que se cometió la infracción, entre otros. Asimismo, debe tenerse presente que para efectos de la determinación de la sanción se tiene en cuenta que la conducta sancionable no resulte más beneficiosa para el infractor que cumplir las normas infringidas.

Asimismo, sobre este punto, en unas de las citadas resoluciones se señala lo siguiente:

“(...) habiéndose considerado adicionalmente las circunstancias agravantes y atenuantes correspondientes, al momento de fijarse el importe de la sanción.

En el presente caso, debe señalarse que la multa impuesta a la recurrente se encuentra acorde con los criterios establecidos en el Anexo 5 de la Escala de Multas de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, toda vez que se han tomado en cuenta los valores obtenidos durante la supervisión, en particular el porcentaje de denuncias que exceden la tolerancia, así como la cantidad total de denuncias objeto de evaluación en el periodo supervisado, criterios además que son de conocimiento público”

Al respecto, se debe señalar que el TASTEM en su análisis considerada que los criterios contenidos en la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento guardan relación con aquellos contemplados en el Principio de Razonabilidad, dado que con ellos se busca prever que las conductas sancionables no resulten más ventajosas para el infractor que cumplir las normas vigentes, siendo el objeto de las sanciones disuadir el incumplimiento de las normas supervisadas.

Dicho colegiado sustenta que para la determinación de las multas se han considerado los *criterios generales para la determinación de la escala de multas y sanciones*, recogidos del Documento de Trabajo N° 10-GFE (Quintanilla y Jané 2008: 13), que es la referencia directa de la metodología y el diseño de la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento. Además, señala que se han tomado en cuenta, los valores obtenidos en la supervisión que han sido evaluados de acuerdo a lo previsto en el Procedimiento.

A continuación mencionaremos algunos criterios de supervisión, fiscalización y sanción para la imposición de sanciones, que complementan los criterios mencionados por el TASTEM para la determinación de las multas (Molinelli 2008):

- Fiscalización de indicadores de desempeño cuyo objeto es obtener un óptimo cumplimiento de la normativa aplicable al sector eléctrico.
- Se toma en cuenta aspectos económicos y estadísticos en la supervisión y fiscalización.
- Se aplica un modelo de cálculo de multas que involucra la racionalidad del regulador (maximizar el bienestar social) y la racionalidad de las empresas (maximizar beneficios). Asimismo, se incorpora métodos estadísticos como el caso de la muestra representativa del universo de empresas para supervisarlas de acuerdo a un calendario de supervisión y metas de desempeño anteriormente previstas.

- Por otro lado, se considera para el cálculo de multa las situaciones ex ante y ex post, por ejemplo: incumplimiento sin daños ambientales y los casos que efectivamente se producen, respectivamente. En el primer caso, la empresa supervisada no genera daños al incumplir la norma; sin embargo, se le impondría una sanción dada la ilegalidad de la conducta, por cuanto la infracción se encuentra previamente establecida en la normativa. En tal sentido, la infracción se produciría si se calcula que los beneficios de incumplir las normas son mayores que cumplirlas. En el caso ex post, el incumplimiento genera daños a la sociedad y además de aplicarse la multa correspondiente, la empresa podría estar sujeta a medidas correctivas y al pago de la reparación civil fijada por el Poder Judicial.
- No se exige que en un primer momento las supervisadas cumplan con el 100% de restablecimiento del daño, sino que se permite mejorar por año, en sus indicadores de desempeño.

De lo señalado se desprende que para el análisis de la razonabilidad, se toma en cuenta la metodología del cálculo de las multas y los criterios técnicos, económicos y legales del Procedimiento, por lo que estarían relacionados con los criterios de razonabilidad previstos en la LPAG. Es así, que el TASTEM considera que la gravedad del daño al interés público se manifiesta en el perjuicio económico ocasionado a los usuarios del servicio público de electricidad, el beneficio ilegalmente obtenido representa el beneficio económico obtenido o esperado por las concesionarias al incumplir las normas, las circunstancias de la comisión de la infracción involucra contemplar aspectos como el tamaño de la empresa, el periodo en que se cometió la infracción, entre otros.

Si bien en dichos pronunciamientos no se realiza un análisis exhaustivo de cada uno de los criterios contenidos en el numeral 3 del Art. 230 de la LPAG, dicho Colegido entiende que al existir vinculación entre todos los criterios y habiendo OSINERGMIN cumplido con lo dispuesto en el Procedimiento en el momento de la supervisión, fiscalización y sanción, no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad.

Para los casos del Procedimiento 193, el TASTEM mantiene básicamente el mismo criterio de análisis, pero además, se refiere al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del Art. IV de la LPAG, el cual establece que las decisiones de la autoridad administrativa deben ser adoptadas dentro de los límites de las facultades otorgadas, manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Bajo este criterio, consideramos que el medio utilizado es el Procedimiento, el

fin público tutelado es el servicio de alumbrado público respecto de los usuarios del servicio y la metodología y diseño del Procedimiento, determinan los estándares de proporción para la satisfacción del objetivo del Procedimiento.

Asimismo, los argumentos del TASTEM refieren que la supervisión de la gestión comercial se realiza a través de muestras aleatorias representativas de los universos analizados y que por medio de Indicadores se infiere el nivel de cumplimiento del universo al que representan las muestras, teniéndose en cuenta la probabilidad de detección de los incumplimientos a la normativa vigente.

Finalmente, es importante señalar que OSINERGMIN se ha preocupado por la aplicación y/o adecuación de la metodología para la imposición de multas y sanciones respecto del Principio de Razonabilidad prevista en la LPAG. En tal sentido, este organismo ha ido evaluado a través de estos años, la metodología para la imposición de sanciones, tal como se desprende del Informe Técnico N° 012-2009-OEE/OS elaborado por la Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN a solicitud de la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos:

(...) en el año 2003 se inició un proceso de revisión de los mecanismos de supervisión y fiscalización llevados a cabo por OSINERGMIN buscándose maximizar los resultados en base al empleo de herramientas analíticas y estadísticas adecuadas entre las cuales se encontraba la aplicación de una metodología de sanciones basada en los avances logrados por el campo del análisis económico del derecho. Estas teorías indican que si bien las faltas tienen un costo social, que incluye el daño causado a los usuarios, que debe ser tomado en cuenta, sobre todo en algunos casos donde no existen mecanismos de compensación ex post, el cumplimiento de las leyes está asociado principalmente a la imposición de multas “disuasivas” que se enfocan en los costos evitados, postergados y ganancias ilícitas que pueden obtener los administrados y las probabilidades de detección y sanción de estas conductas. Este criterio se ha aplicado en los diferentes anexos a la escala de multas y sanciones en el sector eléctrico.⁵⁶

5.4.2 Análisis de los criterios de graduación del Principio de Razonabilidad establecidos en el numeral 3 del Art. 230 de la Ley N° 27444

⁵⁶ Informe Técnico N° 012-2009-OEE/OS. Consulta sobre los criterios utilizados en las multas y sanciones contenidas en la Resolución N° 028-2003-OS/CD.

En este punto corresponde analizar si en la Escala de Multas y Sanciones se encuentran incluidos los criterios previstos en la Ley o si el criterio disuasivo de las multas incluye sólo algunas de ellas, o si en su caso, no sería aplicable cada uno de estos criterios en la forma prevista en la LPAG, debido a la naturaleza de la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con multa.

El numeral 3 del Art. 230º de la LPAG establece que 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. Se considera que este aspecto ha sido tomado en cuenta en la Escala de Multas y Sanciones a través del diseño de multas disuasivas por incumplimiento del Procedimiento, cuya definición y criterio de aplicación han sido desarrollados en numerales anteriores del presente estudio. A continuación nos referiremos a cada uno de los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG⁵⁷.

➤ ***La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido***

El Procedimiento supervisa la operatividad de las UAP a nivel nacional, teniendo como objeto determinar las deficiencias que afectan dicha operatividad, los plazos máximos para que las empresas concesionarias subsanen las deficiencias detectadas en la supervisión y las pautas que se deben seguir para realizar la supervisión de la operatividad de las UAP. En tal sentido, dentro de los alcances del Procedimiento, se considera que *el interés público y/o bien jurídico protegido* sería el servicio de alumbrado público que debe ser prestado por las empresas concesionarias en condiciones óptimas que garantice un servicio confiable, seguro y de calidad.

Consideramos que *la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido* estaría comprendido como criterio de graduación de la multa, en el sentido *del nivel de afectación a la calidad del servicio de alumbrado público* que se encontraría previsto en el

⁵⁷ Mediante Decreto Legislativo N° 1029 publicado el 24.06.2008, se modificó el numeral 3 del Art. 2130 de la LPAG, materia de análisis en el presente estudio. El texto anterior guardaba similitud con el actual; sin embargo, el texto actual precisa que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción y establece la observancia en orden de prelación de los criterios de graduación, algunos de ellos ya mencionados en el anterior texto y otros incluidos por la modificación como: la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el beneficio ilegalmente obtenido y perjuicio económico causado (este último criterio, era llamado perjuicio causado).

Consideramos que con la modificación efectuada a dicho numeral en el año 2008, se busca limitar la discrecionalidad administrativa en el sentido de que la decisión de la cuantía se encuentre sustentada en los referidos criterios de graduación, para que la infracción sea proporcional al incumplimiento calificado como infracción y evitar que la sanción sea arbitraria o no se debidamente motivada.

Indicador de la operatividad del servicio de alumbrado público y el Indicador de la atención de denuncias de alumbrado público. En tal sentido, la Escala de Multas y Sanciones establece sanciones disuasivas, las cuales desincentivan la comisión de infracciones y buscan garantizar la calidad de la prestación del servicio de alumbrado público.

Un aspecto importante es que el Procedimiento y la Escala de Multas y Sanciones no consideran expresamente la evaluación del daño al momento de determinarse la sanción a imponer por el incumplimiento del Procedimiento. Consideramos que esto se debe a las siguientes consideraciones:

La supervisión del sector eléctrico se realiza a través de Procedimientos de Supervisión que, como se ha señalado, contribuyen a una mejor labor de supervisión y fiscalización de OSINERGMIN con la correspondiente reducción de costos de supervisión y es a través de estos procedimientos que las empresas supervisadas conocen sus obligaciones, lo que les permite monitorear y proyectar una mejor prestación del servicio. En tal sentido, esta metodología de supervisión no permite analizar el daño, que consideramos que debe ser analizado caso por caso, ya sea éste potencial o que efectivamente se haya producido.

Sin embargo, el Procedimiento ha previsto que los usuarios pueden presentar a las concesionarias denuncias por deficiencias en la prestación del servicio de alumbrado público, las cuales deben ser atendidas en los plazos previstos en el Procedimiento. Esta facultad de los usuarios complementa de manera importante la supervisión del Procedimiento, pues se identifican y registran las deficiencias que podrían no haberse incluido en la muestra representativa, lo cual contribuye a la mejora en la supervisión y en la prestación del servicio y consideramos que a través de estas denuncias se incorpora de alguna manera el daño (UAP defectuosa).

Por ejemplo, en una calle de la ciudad se han producido robos a varias personas que transitan por allí y/o han sufrido accidentes (caídas seguidas de lesiones por la falta de visibilidad) debido a la mala calidad del alumbrado público por la falta de luminarias en varios postes.⁵⁸ En estos casos, los afectados podrán recurrir al Poder Judicial para

⁵⁸ En el mismo sentido, en el supuesto de sanción previsto para las infracciones al Procedimiento donde se sanciona el número de UAP que exceden el porcentaje límite fijado en el Procedimiento, tomándose en cuenta el costo evitado de haber reparado las UAP para su funcionamiento óptimo, no se considera el daño potencial a la sociedad que podría ocurrir al no tener alumbrado público en una calle, pues podrían ocurrir robos o asaltos en la zona. Sería muy complejo calcular la gravedad del daño potencial al interés público para cada caso, pues hay zonas que son más peligrosas que otras y así podría agregarse otras posibilidades que influyan en el daño.

demandar una indemnización por los daños sufridos, situación que no podría hacerse efectiva en vía administrativa, ni a través del Procedimiento.

Los daños sufridos por robo o lesiones, podrían ser denunciados por los agraviados ante el Poder Judicial, teniendo como denunciada a la empresa concesionaria. El caso se podría tornar más interesante si suponemos que el usuario presentó una denuncia a la concesionaria que en su calle hay varias luminarias apagadas que no permiten la visibilidad en las noches, teniéndose en cuenta que la zona donde vive es muy insegura (existe mucha delincuencia) y ocurre el robo de su domicilio o un accidente seguido de lesiones graves. En nuestro ejemplo, la concesionaria se encuentra dentro del plazo previsto en el Procedimiento para subsanar las deficiencias. ¿Esta situación la eximiría de responsabilidad civil en la vía judicial?. En instancia administrativa no habría incumplido lo dispuesto por el Procedimiento; sin embargo, consideramos que el Poder Judicial podría atribuir responsabilidad a la concesionaria, fijando una indemnización por el daño individual producido, aunque directamente no lo haya ocasionado.

Dicha situación no podría ser prevista en un procedimiento administrativo, pues el regulador no cuenta con facultades para evaluar dicha responsabilidad y/o fijar indemnizaciones, dado que OSINERGMIN supervisa las obligaciones previstas en el Procedimiento que se enmarcan en el cumplimiento de la normativa del sector eléctrico. Se considera que estos casos estarían relacionados al daño potencial al usuario debido a las deficiencias en la prestación del servicio, como es el caso de UAP deficientes.

Por otro lado, si pensamos en calcular el daño producido por el incumplimiento de tolerancias e indicadores, plazos de información y atención de denuncias, remitir información inexacta, previstos en el Procedimiento, correspondería determinar el daño que ocasiona cada deficiencia no subsanada, que entendemos no sería igual en todos los casos. Además, siendo el Procedimiento de periodicidad semestral y trimestral y dada la gran cantidad de deficiencias que OSINERGMIN supervisa, sería sumamente complejo calcular el daño.

Por ello, consideramos que los criterios empleados en la Escala de Multas y Sanciones considerarían de alguna forma el daño por el *nivel de afectación a la calidad del servicio de alumbrado público*, que está representado por los estándares de calidad previstos en el Procedimiento, es decir, estos indicadores, específicamente las tolerancias previstas en el Procedimiento, incorporan un nivel del daño que resulta tolerable en la prestación

del servicio; sin embargo, el interés público y/o bien jurídico debe ser protegido, por lo que a un determinado nivel de daño, esto es, cuando las empresas superan las tolerancias o indicadores de calidad establecidos, serán sancionadas.

Asimismo, la multa disuasiva minimiza el daño que pudiera generarse, pues desde que se ha implementado el Procedimiento, el nivel de incumplimiento de todas las empresas supervisadas se ha ido reduciendo, o en todo caso, no se ha incrementado.

Consideramos que sólo en los casos que se produzcan incumplimientos por periodos largos muy por encima del nivel de tolerancia prevista y que produzcan un daño relevante en la prestación del servicio, se podría establecer una tolerancia para estos casos, además de la multa correspondiente. Se podría considerar el agravante del daño producido, cuyo porcentaje debería ser mínimo, pues este incremento no debe desnaturalizar la multa disuasiva prevista en la Escala dado el gran número de deficiencias supervisadas y la periodicidad de la supervisión.

Por lo expuesto, el criterio de *la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido previsto* en el literal a) del numeral 3 del Artículo 230º de la LPAG, no se encontraría recogido en la Escala de Multas y Sanciones de forma expresa, pues la naturaleza de los procedimientos de supervisión de OSINERGMIN que utilizan la muestra representativa para supervisar, no permitirían elaborar el cálculo del daño, que en definitiva, debe efectuarse caso por caso. Asimismo, sostenemos que la multa disuasiva que corresponda imponer por el incumplimiento del Procedimiento, atenúa el daño al que se refiere la LPAG, ello se refleja en la disminución de incumplimientos al Procedimiento por parte de las empresas distribuidoras de electricidad.

En consecuencia, consideramos que la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento considera implícitamente el *daño al interés público y/o bien jurídico protegido*, por lo que cumple con lo dispuesto en el literal a) del numeral 3 del Art. 230º de la LPAG.

➤ ***El perjuicio económico causado***

Partiendo del esquema de la multa disuasiva, el beneficio que podrían obtener las empresas concesionarias de distribución eléctrica por no tener las UAP en funcionamiento, sería equivalente a lo que ha dejado de invertir para subsanar las

deficiencias detectadas. Es decir, habiendo superado las tolerancias previstas en el Procedimiento, se calculará la multa en función al costo de las luminarias que la empresa concesionaria dejó de invertir para subsanar las deficiencias, lo que se denomina Costo Evitado.

Consideramos adecuado que la Escala de Multas y Sanciones haya reconocido el Costo Evitado como equivalente al beneficio ilícito obtenido, pues al ser el servicio de alumbrado público permanente en el tiempo, las UAP siempre deben encontrarse operativas de acuerdo con los estándares previstos, por lo que es razonable señalar que si se detecta una deficiencia en la supervisión del Procedimiento, será disuasivo para la empresa saber que si no subsana la deficiencia detectada, se le multará por la inversión no realizada de la UAP deficiente, por lo que se puede inferir que el perjuicio económico causado se encuentra comprendido en la graduación de la multa disuasiva.

Asimismo, el perjuicio económico causado por la deficiencia detectada, se reduciría dados los plazos previstos en el Procedimiento para subsanar las deficiencias, que son estándares razonables para que las empresas subsanen sus deficiencias y se garantice el servicio de alumbrado público. Bajo este criterio, las tolerancias previstas se encuentran asociadas a los plazos para la subsanación de las deficiencias, es decir, si bien la sola deficiencia ya produce un perjuicio económico, los plazos para subsanar las deficiencias reducirían su incidencia, pues una vez cumplidos los plazos y manteniéndose la deficiencia sin subsanar, se aplica la multa correspondiente. En tal sentido, el perjuicio económico causado estaría implícitamente considerado dentro de la multa disuasiva.

Finalmente, respecto del perjuicio causado por los robos y/o accidentes de los ejemplos antes indicados, los usuarios podrían recurrir al Poder Judicial para obtener una indemnización por el perjuicio económico causado. Administrativamente se reconoce en la multa disuasiva el perjuicio económico causado en la prestación del servicio y la posibilidad de que el usuario recurra al Poder Judicial en caso considere que se han vulnerado sus derechos a fin de solicitar una indemnización, por lo que no será necesario utilizar el criterio del perjuicio económico causado como agravante al momento del cálculo de la multa.

➤ ***La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción***

Si bien la Escala de Multas y Sanciones no establece expresamente agravantes por la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se debe recordar que los procedimientos de supervisión se basan en muestras aleatorias representativas, y en el

caso particular del Procedimiento, debido al universo de instalaciones de alumbrado público a nivel nacional y la muestra obtenida de las deficiencias detectadas en cada periodo de evaluación del Procedimiento, no es posible revisar la repetición y/o continuidad de las deficiencias, debido a la cantidad de deficiencias a supervisar. La muestra en otro semestre puede encontrar otras deficiencias y no estar necesariamente comprendidas deficiencias que aún no han sido subsanadas en el siguiente semestre de supervisión.

Además, sería muy complejo calcular las multas para deficiencias que se siguen repitiendo en el tiempo. Es más eficiente sancionar las deficiencias no subsanadas sólo en el periodo de evaluación que corresponde, pues si la deficiencia vuelve a ser detectada se le sumaría nuevamente el costo evitado, lo cual consideramos que ya no sería disuasivo pues la multa sería mayor y no se ajustaría a los criterios propios de la multa disuasiva. Sin embargo, es razonable considerar que la concesionaria preferirá subsanar la deficiencia en la primera detección antes que dejarla sin subsanar en el tiempo, pues es posible que la misma deficiencia sea detectada nuevamente en la muestra.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que los criterios que establece la LPAG deben ser considerados expresamente como agravantes o atenuantes de la sanción en los casos que sean claramente individualizables; sin embargo, en los procedimientos de supervisión aprobados por OSINERGMIN, las deficiencias si bien son plenamente identificadas, no son individualizables para la aplicación de los criterios de graduación, además de que muchas de las deficiencias detectadas no serán las mismas (UAP distintas) en cada periodo de supervisión evaluado y los usuarios perjudicados tampoco serán los mismos.

Asimismo, tanto para la supervisión del cumplimiento de los plazos de atención de denuncias y de la supervisión de la operatividad del servicio de alumbrado público, realizadas de forma trimestral y semestral, respectivamente, se usan tolerancias. Ello no permite individualizar plenamente los incumplimientos, incluso en el caso de las denuncias, además de considerar que el incumplimiento se origina cuando se superan las tolerancias establecidas. Sin embargo, sí se podría hacer un seguimiento de algunas denuncias que evidencien una reiteración de la falta. Esto no está previsto en el Procedimiento pero consideramos importante mencionarlo como un aporte de mejora continua.

Respecto a la operatividad del alumbrado público en las zonas urbanas, la selección de muestras se hace por subestación, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6.3.2 del Procedimiento, esto dificulta la verificación del cumplimiento de la subsanación de las deficiencias que ya han sido sancionadas y que se encuentran en otra subestación, pues en otro periodo de supervisión, la muestra puede o no abarcar una subestación anteriormente supervisada, ello dependerá del universo de UAP que tenga la concesionaria.⁵⁹

Sin embargo, como ya se ha señalado, la multa disuasiva debe cumplir su objetivo cuando se sanciona por primera vez, además, en el caso de verificarse en un periodo posterior de supervisión, con otra muestra representativa, que la misma infracción no ha sido subsanada, se cumpliría con el criterio bajo análisis, pues se le aplicaría nuevamente el costo evitado dentro del grupo de deficiencias que han superado la tolerancia.

En todo caso, consideramos que el carácter aleatorio de la muestra y las supervisiones semestrales y trimestrales, no permiten supervisar las deficiencias que ya han sido sancionadas para verificar su repetición y/o continuidad; sin embargo, por la muestra puede detectarse nuevamente la deficiencia no subsanada; no siendo posible su aplicación de manera individual para cada deficiencia reiterada, pues sería difícil de identificar.

Finalmente, al igual que para el criterio de *gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido*, consideramos que sólo en los casos que se produzcan incumplimientos por periodos largos muy por encima del nivel de tolerancia prevista y que produzcan un daño relevante en la prestación del servicio, se propondría establecer una nueva tolerancia para estos casos, además de la multa correspondiente, se podría considerar como agravante, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.

➤ ***Las circunstancias de la comisión de la infracción***

La evaluación de este criterio, como los demás previstos en el numeral 3 del artículo 230º de la LPAG, dependerá estrictamente de cada caso en particular. Se desprende que los

⁵⁹ El Procedimiento establece periodos de supervisión semestral y trimestral. Si se detectó a una empresa sancionada, las mismas o algunas deficiencias, el Procedimiento no ha previsto considerar la reincidencia por el mismo incumplimiento detectados en los semestres y trimestres; sin embargo, esta situación beneficiaría al administrado, dado que no se incluye en el cálculo de la multa la figura de la reincidencia o pertinacia, debido al diseño del esquema de supervisión.

criterios de razonabilidad previstos en la LPAG involucran realizar su análisis caso por caso; sin embargo, como ya se ha señalado en párrafos precedentes, la metodología de los procedimientos de supervisión no permite efectuar el análisis caso por caso, en el sentido al que se refiere la Ley.

Las circunstancias de la comisión de la infracción podrían ser tomadas en cuenta desde la etapa de la supervisión y la verificación de los incumplimientos de la concesionaria, pues el Procedimiento al establecer las pautas de supervisión, las empresas conocen las “reglas de juego” y sus obligaciones, incluso podrían calcular anticipadamente el monto de las multas que les correspondería. Somos de la opinión que las circunstancias de la comisión de la infracción son aspectos que les son comunes a todas las empresas supervisadas, pues este criterio se deriva del incumplimiento del Procedimiento, razón por la cual no correspondería su aplicación ni como agravante ni como atenuante.

Finalmente, consideramos que este criterio de graduación se encuentra relacionado con los demás criterios previstos en el numeral 3 del artículo 230º, por lo que le son aplicables los argumentos señalados en cada uno de ellos. Es decir, la supervisión por periodos (semestrales y anuales), el uso del muestreo para la determinación de las deficiencias, el costo evitado dejado de invertir, el concepto de multa disuasiva que incentiva a la empresa a cumplir o no cumplir con lo dispuesto en el Procedimiento, entre otros. En consecuencia, todos estos aspectos tienen relación con las circunstancias de la comisión de la infracción y la evaluación de su razonabilidad ha sido efectuado ex - ante.

➤ ***El beneficio ilegalmente obtenido***

Este criterio de graduación se encuentra relacionado con el criterio referido al *perjuicio económico causado*, analizado en los párrafos precedentes, dado que para el caso del Procedimiento, el costo evitado es equivalente al beneficio ilícito obtenido por la empresa por no cumplir con lo dispuesto en el Procedimiento, representado por el costo no incurrido por la empresa para cumplir con las obligaciones establecidas en el Procedimiento, siendo la base para el cálculo de la multa.

El beneficio ilícito esperado sería el mismo para todas las empresas que cometan la misma infracción; sin embargo, para el caso del incumplimiento de la tolerancia para la operatividad del servicio de alumbrado público, los rangos varían dependiendo del número de UAP de las empresas tal como lo señala la Escala de Multas y Sanciones en su numeral 1.A. Todas las empresas concesionarias son supervisadas en igualdad de

condiciones, pues todas ellas deben prestar el servicio de alumbrado público en las mismas condiciones que establece la normativa, ya sea en la zona urbana o en las zonas urbano rurales, rurales o SER, para lo cual el Procedimiento establece las directivas correspondientes.

La aplicación del nuevo esquema de supervisión y el uso de la multa disuasiva han llevado a las empresas distribuidoras a que disminuyan considerablemente sus incumplimientos del Procedimiento, lo que determinaría que la utilización del costo evitado para la imposición de sanciones, que equivale al beneficio ilícito y perjuicio económico, ha sido acertada para la supervisión del Procedimiento. Además, se debe tener en cuenta que el costo evitado está relacionado con la posibilidad de detección de la infracción que en el caso del Procedimiento es alta. En consecuencia, se puede considerar que la evaluación de este criterio de graduación ha sido realizada en el diseño de la multa disuasiva.

➤ ***La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor***

Consideramos que este criterio es tomado en cuenta por el Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones en el sentido que las empresas conocen las obligaciones previstas en el Procedimiento, no existiendo excepciones establecidas en la propia norma que las eximan de su cumplimiento.

Para determinar la responsabilidad administrativa bastará con verificar el incumplimiento de las normas, no siendo necesario demostrar la intención y/o dolo en la conducta del infractor, dado que la responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales y técnicas es objetiva⁶⁰. Si bien esta definición no se encuentra consagrada expresamente en la LPAG, esta norma ha establecido como criterio de

⁶⁰ La objetividad de la responsabilidad administrativa del infractor se encuentra recogida en el Artículo 9° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD y en el Artículo 89° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM:

Artículo 9.- Determinación de responsabilidad.

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas, procedimientos y/o disposiciones bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. Cuando el incumplimiento corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria por las infracciones que se cometan.

Artículo 89.- Responsabilidad del infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva.

La responsabilidad administrativa del infractor es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera originarse por las acciones u omisiones que configuraron la infracción administrativa.

graduación de las sanciones la existencia de intencionalidad en la conducta del infractor, lo cual determina que la intencionalidad no constituye requisito para sancionar, sino que será tomada en cuenta como agravante o atenuante de la sanción.

El solo incumplimiento de las normas no demuestra la existencia de intencionalidad; sin embargo, este criterio es considerado como agravante a fin de incrementar el monto de la multa. Aunque resulta muy difícil evaluar la intención y/o dolo de una empresa, lo será aún más verificar dichas condiciones por cada deficiencia. En tal sentido, somos de la opinión que no debería ser evaluada como atenuante la existencia de intencionalidad dado que la responsabilidad administrativa es objetiva.

Para efectos de la evaluación de este criterio de graduación, se considera que las empresas supervisadas tienen una razonabilidad similar, dado que prestan el mismo servicio (de distribución y alumbrado público) y se encuentran reguladas por la misma normativa.⁶¹ En vista que las empresas concesionarias supervisadas por el Procedimiento se circunscriben al ámbito del procedimiento administrativo del sub sector electricidad, su conducta respecto de la comisión de infracciones es predecible ante el ente regulador; sin embargo, nos estamos refiriendo estrictamente a la conducta respecto de los procedimientos de supervisión, pues en otros ámbitos la razonabilidad de estas empresas podría variar, por ejemplo, respecto de la atención de reclamos, remisión de información a sus usuarios, gestión de recursos, etc., la intencionalidad podría variar en cada uno de estos casos.

Las empresas concesionarias, dado el esquema de supervisión vigente y la alta probabilidad de detección de las infracciones por parte de OSINERGMIN, no tendrían incentivos para asumir un riesgo alto en cometer una infracción, podrían asumir un riesgo moderado, el cual ya ha sido tomado en cuenta al momento de diseñarse el sistema de multas para desincentivar las conductas infractoras. Además, como la Escala de Multas y

⁶¹ Los intereses empresariales de las empresas públicas y privadas son distintos. Estas últimas siempre buscarán maximizar sus beneficios pues es uno de los aspectos inherentes a la empresa; sin embargo, ello no impide que deban cumplir las normas que le son aplicables en el ámbito de su actuación en el mercado. Las empresas pueden tener un similar comportamiento que les es inherente, pero tienen distintos objetivos. Las empresas públicas no tienen o no deben tener el ánimo de lucro de la empresa privada, que las lleva a crecer y maximizar beneficios, sino que deben cumplir los objetivos para los cuales han sido creadas. Por ejemplo, el Banco de la Nación, sólo deberá cumplir las funciones que la ley les asigna. Sin embargo, sin entrar a mayores discusiones sobre este tema, que no forman parte de nuestro objetivo, es preciso señalar:

Respecto a las diferencias en el grado de algunas de sus características, destacaremos solamente dos: la persecución del beneficio y el control a que están sometidas por los poderes públicos. Sin olvidar el objetivo del beneficio, está muy claro que la razón de la existencia de la empresa pública no es la obtención de beneficios. Aquí la diferencia no es sustancial, sino de grado, por cuanto en las grandes empresas privadas, además del objetivo del beneficio, concurren otros objetivos igualmente destacados, como lo son el crecimiento y el poder de dichas organizaciones; circunstancias que no tienen por qué estar mediata ni inmediatamente al servicio del beneficio. Respecto del grado de control, las empresas públicas están sometidas, además, al control específico que deriva de su pertenencia al sector público (...). (Texto tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Empresa_p%C3%BAblica).

Sanciones establece la forma de cálculo de las multas, las empresas pueden conocer ex - ante el monto de la multa que les podría corresponder por incumplir el Procedimiento, por lo que tienen la posibilidad de evaluar su incentivo a cumplir o incumplir la norma.⁶²

Asimismo, en los procedimientos de supervisión implementados por OSINERGMIN se han previsto periodos de adecuación, es decir, plazos referidos a periodos de adaptación con el objeto de que las empresas puedan planificar sus inversiones para poder adaptarse a las disposiciones del nuevo procedimiento así como familiarizarse con la estructura de supervisión. Asimismo, los procedimientos incluyen la imposición gradual de las multas, es decir, en las escalas de multas y sanciones se han hecho estimaciones razonables, que dependen de cada procedimiento, de un porcentaje de multa total que correspondería imponer.

Por otro lado, es preciso indicar que la evaluación de la intencionalidad y el dolo es subjetiva, siendo tratadas desde la perspectiva del incentivo que tendría la empresa de cumplir o incumplir y esto está determinado objetivamente por la multa disuasiva. En la normativa de OSINERGMIN la intención está expresamente regulada como infracción para los casos de remisión de información falsa a la que se refiere el Art. 87 del Reglamento General de OSINERGMIN⁶³.

Situación distinta se presenta en la intencionalidad de las personas naturales, cuya razonabilidad dependerá de muchos factores como edad, instrucción, estado emocional y mental, tipo de interés, entre otros aspectos, por lo que es más probable que puedan actuar de manera diferente ante distintos tipos de situaciones⁶⁴. Consideramos que en el caso en que el administrado sea una persona natural podría la Administración evaluar

⁶² En algunos casos, las empresas privadas cuidan su reputación, pues manejan estándares para evaluar su propio desempeño; por ejemplo, una empresa minera concesionaria de una línea de transmisión se preocupará por no tener varias multas y/o procedimientos administrativos sancionadores en trámite, decidirá cumplir con las normas o pagar la multa.

⁶³ **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.

⁶⁴ Para entender el criterio de intencionalidad en la conducta del infractor, ponemos como ejemplo el caso de una persona que tiene a su hijo muy enfermo y que no es atendido en un hospital por carecer de recursos económicos. En su desesperación de salvar la vida de su hijo, roba medicinas de una farmacia y deja muy mal herida a la persona que atiende. Dicha persona prioriza la protección del bien jurídico vida, incluso conociendo que los delitos cometidos se sancionan con prisión efectiva. Este simple ejemplo grafica que la razonabilidad del individuo depende de muchos factores, tales como las circunstancias que se presentan en determinado momento, el nivel de educación, situación económica, estado emocional, el dolo, negligencia, entre otros aspectos.

con más rigurosidad el criterio de graduación de la intencionalidad de acuerdo lo previsto en el numeral 3 del Art. 230° de la LPAG.

Dado el esquema de supervisión vigente, la alta probabilidad de detección de las infracciones del Procedimiento y el diseño de la multa disuasiva, consideramos que no correspondería el análisis de la intención y/o dolo en la comisión de cada infracción al Procedimiento, pues se desprende de la propia norma que debería analizarse caso por caso, situación que no sería posible respecto del Procedimiento. Consideramos que la multa disuasiva incorpora la intencionalidad en la conducta infractora debido al incentivo de la empresa en cumplir o no cumplir la norma.

En nuestra opinión, los criterios de graduación previstos en la LPAG que guardan estrecha relación y que pueden analizarse de manera conjunta al momento de la imposición de la multa serían: *las circunstancias de la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor*, previstos en los literales d) y f) del citado numeral de la LPAG. Sin embargo, si se verificara que la intencionalidad es relevante para la gravedad de la infracción, si podría aplicarse este criterio de graduación como agravante. Por ejemplo, negarse reiterada e injustificadamente a remitir una información que involucra gravemente el incumplimiento del Procedimiento que perjudicará seriamente la prestación del servicio de alumbrado público.

De acuerdo con el análisis de todos los criterios de graduación previstos en el numeral 3 del Art. 230 de la LPAG, se concluye que éstos se relacionan con los criterios previstos en el Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones, los cuales complementan y refuerzan el análisis de razonabilidad que exige la LPAG.

▪ **Las empresas públicas y privadas de distribución eléctrica y su relación respecto de la supervisión e imposición de sanciones**

Si bien no es materia del presente estudio evaluar la situación de las empresas públicas y privadas que conforman el grupo de empresas concesionarias de distribución eléctrica, consideramos importante señalar algunos aspectos relacionados a la situación de las empresas públicas respecto de la imposición de sanciones a fin de determinar si su actual situación podría significar que se adopten ciertos criterios para equilibrarlas con las

empresas privadas dentro de la supervisión y al momento de la imposición de las sanciones por incumplimiento de los procedimientos de supervisión⁶⁵.

En el sector eléctrico concurren empresas concesionarias privadas y aquellas que son de propiedad del Estado, lo cual en una primera impresión sugeriría algún trato diferenciado en la aplicación de las normas del sector; sin embargo, la normativa no hace ninguna distinción, por lo que es aplicable por igual a ambos tipos de empresa en el ámbito de la supervisión y fiscalización. En ninguna de las escalas de multas y sanciones se hace distinción alguna de la condición de las empresas privadas y las que son propiedad del Estado.

Desde la implementación del nuevo esquema de supervisión, las empresas públicas han venido presentando problemas en la gestión de su concesión, lo cual trae como consecuencia la imposición de reiteradas sanciones administrativas. Dicha situación va más allá del aspecto netamente técnico, pues involucra problemas de asignación eficiente de recursos y de gestión. Principalmente estas empresas tienen problemas presupuestales y de capacidad técnica, legal y administrativa, sobre todo de gestión de recursos.⁶⁶

Para entender mejor este problema, Parra (2012) ha desarrollado un estudio sobre la mejora de la gestión de las empresas públicas de electricidad, donde sostiene que gran parte de las causas de los incumplimientos sancionados a las empresas públicas se derivan de una mala gestión de la propia empresa, reflejada en la falta de organización, capacitación del personal y de sistematización y orden en las actividades que realiza. Un factor importante es la falta de inversión en la mejora de infraestructura y/o equipos necesarios para realizar las actividades de distribución eléctrica.

Asimismo, señala que si bien la empresa privada y la empresa pública tienen el mismo marco normativo regulatorio, esta última tiene una regulación adicional, propia de la

⁶⁵ Sin perjuicio de haberse señalado a lo largo del presente estudio que la supervisión del Procedimiento ha tenido buenos resultados, puede ocurrir que sea necesario adaptar los criterios de la multa disuasiva, modificar ciertos aspectos del Procedimiento para ajustarla a la realidad de estas empresas o se mantenga la situación actual y se proponga cambios en la normativa que regula a las empresas públicas para su mejor desempeño como concesionaria de distribución eléctrica.

⁶⁶ Las empresas públicas manifiestan de manera recurrente en sus descargos y recursos de administrativos derivados de un procedimiento administrativo sancionador, que no cuentan con el presupuesto adecuado y oportuno (posibilidad de corregir las deficiencias antes de la supervisión correspondiente) para la subsanación de las deficiencias detectadas y son continuamente sancionadas. Se considera que esta situación perjudica la eficiencia en la prestación del servicio sin que las propias empresas puedan hacer por ellas mismas un avance significativo dado que dependen presupuestariamente del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE). Nos preguntamos si este problema debería ser tomado en cuenta al momento de fijar los criterios para la graduación de las sanciones o el tratamiento debería ser igual, pues concurren como empresas concesionarias que han cumplido los requisitos legales para obtener el título habilitante de la concesión. ¿Razonablemente se justificaría un trato diferenciado a las empresas públicas en la supervisión y al momento de la imposición de sanciones?.

Administración Pública que condiciona su gestión, control, financiamiento e inversión. La diferencia entre ambas debería darse principalmente respecto de la propiedad de las acciones; sin embargo, las empresas públicas adicionalmente tienen regulaciones que tienen más relación con el desempeño de una entidad administrativa que con una empresa. Estos condicionamientos hacen compleja y lenta la gestión de la empresa pública y la expone a manejos con criterios políticos, situación que la limita a que tenga los incentivos inherentes del mercado, los cuales permiten el mejor uso de los recursos y la maximización de beneficios.⁶⁷

La gestión de las empresas públicas no genera retornos que les permita realizar nuevas inversiones que enfrenten este problema de infraestructura, lo que deriva necesariamente en un incremento de procedimientos sancionadores. En tal sentido, Parra (2012) considera que los condicionamientos al desempeño de estas empresas derivados de un marco normativo burocrático, diseñado para controlar el actuar de las entidades públicas, resulta ser una de las más grandes trabas para una gestión más eficiente. Por ello, considera necesario adoptar, desde la perspectiva de la supervisión y fiscalización, medidas que permitan razonablemente nivelar este trato diferenciado que el marco normativo le ha impuesto a las empresas públicas.⁶⁸

Bajo este orden de ideas, debemos indicar que las empresas públicas se encuentran en desventaja respecto de las empresas privadas en la aplicación del Procedimiento y su

⁶⁷ Las empresas públicas no pueden financiarse como una empresa privada, por lo que podrían agruparse en holdings para tener facilidades de financiamiento o acceder al crédito a largo plazo. Esto motivaría a que se reformule el tamaño de las concesiones y la forma como el modelo tarifario actual establece las tarifas que causa un mayor impacto en las empresas públicas dado que son la mayor parte de las empresas distribuidoras. Asimismo, Parra (2012) señala que el diseño de regulación peruano tiene como base la existencia de una empresa privada que busca maximizar su beneficio que revierte en beneficio para el servicio prestado; sin embargo, la empresa pública no tiene como objetivo una maximización de sus beneficios, no muestra un comportamiento económico racional, no solo por la presencia de un importante componente político en sus acciones, sino por las restricciones legales en aspectos fundamentales como el financiamiento, inversión y contratación, además que estas empresas tienen a cargo zonas que no necesariamente son rentables económicamente, pero que cuentan con gran densidad de demanda. Asimismo, estas empresas tienen un bajo nivel de endeudamiento y rentabilidad frente a la empresa privada.

Por otro lado, se sostiene que las empresas públicas en vez de corregir y mejorar el servicio, buscan la judicialización de las sanciones impuestas, en algunos casos se desperdician recursos en evitar hacer efectiva la sanción que en corregir aspectos básicos del servicio. Por ejemplo, se tienen redes antiguas que requieren de inversiones para reforzamiento y expansión. Las multas involucran inversiones dejadas de realizar, dados los problemas de financiamiento o de demoras en conseguirla y se calculan en función del costo evitado que constituye un gasto adicional que incrementa los pasivos de la empresa y afecta su financiamiento.

⁶⁸ Parra (2012) señala que los procedimientos de supervisión implementados por OSINERGMIN deberían otorgar a la empresa pública períodos razonables más largos para la subsanación de las observaciones detectadas a fin de mejorar su desempeño y evitar el trámite de reiterados procedimientos sancionadores. Para ello, será necesario analizar los aspectos que más han sido sancionados y determinar qué procedimientos deberían ser adecuados a esta propuesta. Esta medida podría ser aplicada conjuntamente con metas o compromisos de gestión, que pueden constar en contratos de gerencia. Podría disponerse que el incumplimiento a estos acuerdos signifique una sanción mayor a fin de no incentivar conductas oportunistas de las empresas públicas.

Por otro lado, con el fin de asegurar que los recursos del subsector electricidad se reinviertan en beneficio de los usuarios, en los procedimientos de supervisión se debe establecer que las empresas estatales puedan destinar los montos de las multas a las inversiones requeridas. Finalmente, existe la figura del Compromiso de Cese (Art. 83° del Reglamento General de OSINERGMIN), por el cual la empresa dentro del procedimiento sancionador puede comprometerse con OSINERGMIN en cesar la conducta infractora, cumpliendo la normativa con las inversiones requeridas, y en caso de incumplimiento, se aplicará la multa que corresponde.

Escala de Multas y Sanciones, por aspectos que no son de responsabilidad de las normas del subsector electricidad, sino de las normas aplicables a las empresas públicas, pues estas empresas cuentan con el título habilitante de la concesión para desarrollar la actividad de distribución eléctrica.

Actualmente las empresas públicas no responden a los incentivos del Procedimiento, pues no maximizan beneficios, no tienen libertad para contratar, no operan adecuadamente sus instalaciones y no subsanan las observaciones detectadas en los plazos establecidos, dada las restricciones legales que tienen. Por ello, el Estado debe dictar las normas que permitan que estas empresas puedan desarrollar sus actividades de distribución en condiciones no menos ventajosas que las empresas privadas.

Si bien esta situación no se presenta de manera significativa en la supervisión y fiscalización del Procedimiento, dado que los niveles de inversión y gestión que tiene que realizar la empresa para su cumplimiento no son muy grandes y las obligaciones del Procedimiento ya han sido internalizadas en gran medida por gran parte de las empresas concesionarias, el problema se presenta en otros procedimientos de supervisión y es en estos donde podría realizarse una revisión de la normativa a fin de implementar ciertos beneficios a las empresas públicas para la mejora de su gestión, por lo que podría incluirse en determinados casos, un mayor plazo para la subsanación de observaciones (no en la mayoría), compromisos de cese, entre otros; sin embargo, las medidas que se adopten no deben desnaturalizar el modelo de supervisión.

Para estos casos, podría resultar que la multa disuasiva tenga que ser ajustada a la realidad de estas empresas, pues además de las restricciones anteriormente señaladas, las empresas públicas no maximizan beneficios, pudiendo utilizarse los criterios de graduación previstos en la LPAG como atenuantes.

Finalmente, si bien se ha señalado que el modelo de supervisión vigente es eficiente, podemos suponer que con el tiempo el nivel de calidad puede aumentar, pudiendo los usuarios estar dispuestos a pagar más por la prestación del servicio. En tal sentido, se sugiere que la supervisión se complemente y fortalezca con la supervisión regional, pues puede detectarse más deficiencias de las que pueden obtenerse a través del muestreo. Por ello, podrían efectuarse más inspecciones a las instalaciones de las empresas, y con ello la supervisión sería más ajustada a la realidad, y en su caso, podría revisarse la tolerancia de los procedimientos de supervisión a fin de mejorar la calidad en la prestación del servicio.



6. CONCLUSIONES

- 6.1 Los Principios de la Potestad Sancionadora previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, buscan mantener el equilibrio en la relación administración - administrado. Estos principios regulan la actuación de la autoridad administrativa para que sus decisiones se ajusten a derecho y se canalice el uso de su facultad discrecional. Asimismo, se considera que los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento y razonabilidad se encuentran relacionados para efectos de garantizar una decisión administrativa que se ajuste a derecho y que influye, en definitiva, en la facultad de imponer sanciones, por lo cual han sido desarrollados en la primera parte del presente estudio.
- 6.2 En el ámbito constitucional, la razonabilidad se entiende como las conductas generalmente aceptadas entre las que existe una relación de proporcionalidad. Se infringe el Principio de Razonabilidad cuando no hay correspondencia entre la sanción y la conducta sancionada. Este Principio debe ser analizado al momento en que se determina la conducta pasible de sanción y en el momento que se gradúa la sanción. Para tal finalidad, se considera que se debe tomar en cuenta el Test de Razonabilidad formulado por el Tribunal Constitucional a través del cual deberá elegirse adecuadamente las normas aplicables, comprender objetiva y razonablemente los hechos del caso y que la medida que se adopte sea la más idónea y afecte lo menos posible al administrado.
- 6.3 La contribución del Análisis Económico del Derecho en el mejoramiento de las instituciones jurídicas ha sido fundamental como metodología que utiliza los instrumentos de las ciencias económicas para entender y dinamizar las instituciones jurídicas. Para entender el diseño de multas y sanciones en el sector eléctrico, hemos considerado importante referirnos a los alcances puntuales de la teoría de Gary Becker, quien sostiene que los individuos hacen elecciones racionales para la toma de sus decisiones y conocen los costos y beneficios que involucra tomar tales decisiones, es decir, responden a incentivos, por lo que para desincentivar una conducta ilícita, propone imponer penas más severas. En consecuencia, los aspectos que influyen en la comisión de una infracción y el establecimiento del monto de la sanción o castigo, pueden ser analizados por instrumentos económicos que sirven de apoyo fundamental en el diseño de las normas y sanciones eficientes.
- 6.4 La teoría del *Public Enforcement of Law* es aquella a través de la cual el Estado mediante la aplicación de sanciones o penalidades puede inducir a los agentes a que cumplan las disposiciones legales para cautelar el bienestar social, tomando en cuenta que las infracciones a las normas responden a incentivos de orden económico. Esta teoría se

complementa con el modelo de Polinsky y Shavell que desarrolla un modelo óptimo de multa o sanción que tiene como variables: el beneficio para el infractor, el costo de la infracción para la sociedad (que incluye el daño directo a los usuarios), la probabilidad de detectar la infracción dado un nivel de esfuerzo de supervisión, el costo de aplicar la sanción, la probabilidad que esta se aplique una vez detectada, los costos administrativos de la medida (ejemplo, cierre de local) y la pérdida que le genera al infractor la sanción impuesta.

De este esquema general se deriva el modelo de *multa óptima* (solución de primer mejor), siendo muy complejo aplicar este modelo dado que la multa se encuentra directamente asociada al daño a la sociedad y los afectados podrían exigir al Estado compensaciones por los daños ocasionados. Se considera que dicho modelo no asume la existencia de un marco normativo que por el sólo hecho de ser infringido, corresponde una determinada sanción.

- 6.5 Para las sanciones en el sector eléctrico, OSINERGMIN ha optado por utilizar los criterios de la teoría del *Public Enforcement of Law* de la solución del “Segundo Mejor” estableciendo para tal efecto, indicadores de cumplimiento en los procedimientos de supervisión que este organismo aprueba. Las empresas tendrán incentivos a incumplir las normas en la medida que sus beneficios ilícitos o costos evitados sean mayores a la multa que les será impuesta, teniendo en cuenta una probabilidad de detección y sanción.

En tal sentido, bajo el esquema de supervisión implementado por OSINERGMIN, sólo se requerirá que la sanción y/o multa disuada a la empresa de incumplir las normas, por lo que la solución del “Segundo Mejor” incorpora criterios basados en el beneficio privado de incumplir las normas, asociándose al beneficio ilícito esperado entre la probabilidad de detección, y no en el daño a la sociedad, como en el caso de la multa óptima. Por tal motivo, la multa disuasiva deberá ser proporcional a la ganancia ilícita, pues se considera que la probabilidad de detección y el éxito de la aplicación de la sanción son óptimos, dados los resultados obtenidos en la aplicación del esquema de supervisión de OSINERGMIN.

- 6.6 Se considera que sancionar a las empresas concesionarias en base al daño causado no sería eficiente, pues las empresas tienen como obligación subsanar deficiencias para cumplir con lo dispuesto en los procedimientos de supervisión, por lo que estas deficiencias podrían ser consideradas como “daño” que ha sido ocasionado en la prestación del servicio. Por otro lado, según el marco legal vigente, las compensaciones o

indemnizaciones deben ser solicitadas ante el Poder Judicial, no pudiéndose crear en vía administrativa mecanismo de transferencia de compensaciones. El Ministerio de Energía y Minas y OSINERGMIN a través de las normas de su competencia, fijan estándares de calidad, por lo que será suficiente la utilización de la multa disuasiva. Asimismo, es función del OSINERGMIN hacer cumplir las normas que están bajo el ámbito de su competencia, no compensar el daño producido por el incumplimiento de las normas que supervisa. Cabe indicar que la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE) a través de sus estándares de calidad, compensa el daño ocasionado a los usuarios por el servicio deficiente.

- 6.7 El nuevo esquema de supervisión adoptado por OSINERGMIN se basa en la supervisión de resultados mediante indicadores de calidad, donde se miden los resultados basados en la información remitida por las empresas a través de una reglamentación adecuada (constituida por los procedimientos de supervisión) y el uso de muestras aleatorias representativas que implican bajos costos de supervisión. OSINERGMIN no ingresa ni interfiere en el ámbito interno de la empresa, será ésta quien opera, asigne los recursos y elija los métodos de trabajo para la prestación del servicio dentro de su gestión interna. La supervisión evaluará la información estrictamente necesaria que es reportada a OSINERGMIN por las empresas en la forma y condiciones previstas en los procedimientos de supervisión.

La utilización de Indicadores de resultados evita duplicar esfuerzos, permite utilizar y evaluar la información que remite la empresa, lo cual refleja transparencia y una mejor distribución de responsabilidades. Asimismo, el uso de la estadística es fundamental, pues permite maximizar los efectos de los instrumentos de la política de supervisión. Un muestreo bien estructurado refuerza significativamente el esfuerzo de supervisión que se ve reflejado en la reducción de costos. Esta herramienta ayuda a lograr buenos resultados de supervisión y un adecuado nivel de multa. En consecuencia, en dichos procedimientos existe ex ante un análisis de razonabilidad del proceso de supervisión y sus consecuencias en caso de incumplimiento.

- 6.8 Asimismo, los estándares de calidad establecidos en los procedimientos de supervisión a través de indicadores de resultados y el establecimiento de plazos de cumplimiento, han sido fijados utilizando criterios técnicos, económicos y legales, que se puede traducir como un análisis de razonabilidad de los fines públicos tutelados y la proporcionalidad de los medios empleados, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1.4 del Art. IV y el numeral 3 del Art. 230 de la Ley N° 27444, estableciéndose a través de estos indicadores

un análisis ex ante de la razonabilidad de las decisiones que toma el regulador para supervisar las normas del sector eléctrico, las cuales se han plasmado en los procedimientos de supervisión. En tal sentido, contar con un marco legal uniforme para la supervisión y fijación de sanciones determina la predictibilidad de la entidad administrativa en sus decisiones y al momento de imponer sanciones, aspectos que sustentan la razonabilidad y proporcionalidad del sistema de multas y sanciones vigente.

- 6.9 Del análisis realizado a las multas y sanciones impuestas por incumplimiento del Procedimiento para la Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público y su antecedente (aprobado mediante Resolución N° 192-2003-OS/CD), desde el año 2004 a junio de 2013, se concluye que el modelo de supervisión del Procedimiento y la aplicación de la multa disuasiva, han logrado un mayor cumplimiento del Procedimiento y una disminución en el número de sanciones impuestas respecto de 14 empresas distribuidoras representativas del servicio de alumbrado público. Asimismo, las multas apeladas que fueron resueltas en última instancia administrativa por el TASTEM, han sido declaradas infundadas, siendo remitidas para su ejecución coactiva. Ningún recurso de apelación fue declarado fundado en todos sus extremos ni archivado. Estos resultados demuestran que las empresas no incurren en incumplimientos graves, y en promedio, no se han verificado reiteradas infracciones.
- 6.10 De la revisión y análisis del modelo para la imposición de sanciones, específicamente de las sanciones por alumbrado público, se concluye que las sanciones que se obtienen de la aplicación de la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento, no incluyen explícitamente el análisis de los criterios de graduación previstos en numeral 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444, en el orden de prelación previsto, debido a que el diseño de la multa disuasiva adoptada por OSINERGMIN y sus indicadores de calidad, establecen una sanción ex ante, que busca un balance adecuado entre el costo del esfuerzo de supervisión y el nivel de cumplimiento. Por tal razón, no es posible observar los criterios de prelación de manera ex post; sin embargo, se considera que sí deben utilizarse expresamente algunos de los referidos criterios, en particular, aquellos que no estén incluidos en el diseño de la multa y que sean especialmente relevantes, como agravantes y/o atenuantes, al momento de establecer las sanciones.
- 6.11 Asimismo, del análisis de cada uno de los criterios de graduación previstos en el numeral 3 del Art. 230 de la Ley N° 27444, se concluye que éstos deben ser vistos de manera conjunta a fin de contrastarlos con los criterios previstos en el Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones. Si bien la ley dispone que los seis criterios sean observados en

orden de prelación, las características del sector eléctrico, el modelo de supervisión y sanción adoptado por OSINERGMIN, permiten un análisis conjunto de dichos criterios, pues algunos de estos se relacionan y/o complementan con los criterios de sanción adoptados por este Organismo. Además, es importante señalar que al utilizarse el modelo de multa disuasiva, dentro de la aplicación de la teoría del *Public Enforcement of Law*, las sanciones y multas se encuentran previamente establecidas. En tal sentido, según nuestro análisis, estos criterios han sido implícitamente incorporados en dicho modelo.

- 6.12 Se considera que la aplicación estricta de los criterios de razonabilidad previstos en el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, estarían referidos a incumplimientos individuales, para los que sí se requería una mayor rigurosidad en el análisis y la aplicación de los atenuantes o agravantes que correspondan; sin embargo, de acuerdo al modelo de supervisión vigente y dada la naturaleza de las actividades eléctricas supervisadas, se utiliza el muestreo y no se supervisa caso por caso, pues sería ineficiente y muy costoso.

En tal sentido, en el proceso de supervisión se mide objetivamente a través de indicadores, no se evalúan incumplimientos individuales representados por cada deficiencia o información no reportada en las condiciones previstas, pues pueden existir incumplimientos individuales, pero si estos no superan las tolerancias, no infringen el Procedimiento. En tal sentido, los referidos criterios no podrán ser analizados en el orden de prelación establecido por la LPAG al momento de graduar la sanción.

- 6.13 De la conclusión anterior, se desprende que existiría un “conflicto” entre evaluar las deficiencias caso por caso (al que estarían relacionados los criterios previstos en la LPAG) y la eficiencia en la supervisión y en la imposición de sanciones, dado que OSINERGMIN ha optado por simplificar y reducir los costos de supervisión con un indicador fácil de medir, y además, para cautelar a los derechos de los usuarios, la supervisión se complementa con la atención de denuncias prevista en el Procedimiento.
- 6.14 Consideramos que el análisis de los criterios de graduación previstos en la Ley N° 274444, debe efectuarse atendiendo a la naturaleza de las actividades supervisadas y al modelo de supervisión y sanción adoptado por OSINERGMIN, es decir, analizar si las sanciones y multas impuestas por incumplimiento del Procedimiento guardan proporción entre los medios empleados y los fines públicos tutelados y que respondan a lo estrictamente necesario para lograr el objetivo de la supervisión, ello en concordancia con lo establecido en el numeral 1.4 del Art. IV y el numeral 3 del Art. 230 de la Ley N° 27444.

El modelo de supervisión y sanción adoptado por OSINERGMIN cumple con el análisis de razonabilidad previstas en las citas normas, la que es efectuada ex ante y al momento de fijar la sanción.

6.15 Finalmente, es preciso señalar que si bien concurren como concesionarias empresas privadas y empresas públicas que cuentan con un mismo marco normativo regulatorio, estas últimas tienen una regulación adicional, propia de la Administración Pública que condiciona su gestión, control, financiamiento e inversión. La diferencia entre ambas debería darse principalmente respecto de la propiedad de las acciones. Estos condicionamientos hacen complejo y lento la gestión de la empresa pública y la expone a manejos con criterios políticos, situación que le imposibilita tener incentivos inherentes del mercado, los cuales le permitirían el mejor uso de los recursos y la maximización de beneficios. En tal sentido, el Estado debe dictar las normas que permitan que estas empresas puedan desarrollar sus actividades de distribución en condiciones no menos ventajosas que las empresas privadas.

Aunque este problema no se presenta de manera importante en la supervisión y fiscalización del Procedimiento, se presenta en otros procedimientos de supervisión y es en estos donde podría realizarse una revisión de la normativa a fin de implementar ciertos beneficios a las empresas públicas para la mejora de su gestión, por ejemplo, autorizar un mayor plazo para la subsanación de observaciones, compromisos de cese, entre otros; sin embargo, las medidas que se adopten no deben desnaturalizar el modelo de supervisión. Para estos casos, podría resultar que la multa disuasiva tenga que ser ajustada a la realidad de estas empresas, pues además de las restricciones con las que cuentan, las empresas públicas no maximizan beneficios, pudiendo utilizarse los criterios de graduación previstos en la LPAG como atenuantes.

7. RECOMENDACIONES

- 7.1 En el presente estudio, se ha analizado la compatibilidad del Procedimiento y su Escala de Multas y Sanciones respecto de cada uno de los criterios de graduación señalados en el numeral 3 del artículo 230 de la N° 27444, desde la perspectiva del esquema de supervisión vigente. Si bien consideramos que la Escala no considera los referidos criterios de graduación de manera expresa o literal, ni en el orden de prelación establecido, sino se encuentran implícitamente incluidos en el diseño de la multa disuasiva, se recomienda utilizar expresamente estos criterios como agravantes al momento de establecer las sanciones, solo en casos excepcionales donde se verifiquen graves y reiterativos incumplimientos del Procedimiento por periodos razonablemente largos, teniéndose en cuenta el esquema de supervisión y la teoría de la multa disuasiva, la sanción ya se encuentra previamente establecida, razón por la cual no correspondería, en principio, un análisis posterior salvo las referidas excepciones.
- 7.2 Se recomienda que en determinados periodos de tiempo, OSINERGMIN revise el valor de *la tolerancia* establecida en el Procedimiento, la cual incluye el daño que la sociedad está dispuesta a tolerar por no contar con alumbrado público respecto de un determinado estándar de calidad que la sociedad está dispuesto a pagar. Si se establece una adecuada tolerancia se maximiza el bienestar social, pues la valorización que tengan los usuarios de la calidad afecta la tolerancia. Es decir, si baja la tolerancia (más estricta), las multas serán más altas, pues el costo por cumplir las normas será más alto pues se valora más la calidad, además, el costo evitado aumentaría (la relación entre costo y el daño es indirecta) como resultado de cumplir un estándar de calidad más exigente. En tal sentido, si bien la LPAG establece como criterio de graduación el daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el Procedimiento ya lo considera al establecer la tolerancia y siendo ésta parte del sistema de sanciones, no puede ser separada.
- 7.3 De la revisión de los procedimientos y escalas de sanciones de OSINERGMIN, se puede observar que si bien los aspectos más resaltantes del procedimiento de alumbrado público se encuentra en el diseño de las sanciones ex ante de forma general y no individualizada, existen indicadores, como el de atención de denuncias, que complementa y minimiza el daño a los usuarios al poner plazos máximos de atención. En estos casos, se recomienda que se individualice la sanción para incluir explícitamente algunos criterios de graduación como la repetición de la infracción, en la medida que sea muy reiterativa y cause gran perjuicio a los usuarios del servicio, para lo cual se tendría que crear una tolerancia adicional para estos casos.
- 7.4 Asimismo, se recomienda que OSINERGMIN consigne en las resoluciones de sanción la concordancia entre el numeral 1.4 *Principio de Razonabilidad*, del Art. IV, referido a los

Principios del Procedimiento Administrativo⁶⁹ y los criterios de graduación señalados en el numeral 3 del artículo 230 de la N° 27444, dado que ambos principios están referidos a la Razonabilidad de la decisión de la Autoridad Administrativa y deben ser concordados al momento de efectuarse al análisis de razonabilidad.

Dicha relación debe ser aplicada a la Escala de Multas y Sanciones del Procedimiento, en el sentido que los criterios que han sido adoptados por OSINERGMIN para fijar las sanciones por incumplimiento del Procedimiento tienen sustento técnico y legal, dado que la razonabilidad al momento de fijar las sanciones responden a criterios *estrictamente necesarios*, los cuales se encuentran sustentados por las multas disuasivas, que establecen un equilibrio para no gravar innecesariamente una multa no haciéndola ni muy elevada ni tampoco reducirla a tal punto que incentive a la empresa a cometer la infracción, y además, evitar un perjuicio social que la infracción pueda originar.

- 7.5 En igual sentido, a fin de cumplir con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 230 de la N° 27444, se recomienda que en las resoluciones se consignen los criterios utilizados para imponer las sanciones, a fin de motivar la resolución. Es así, que en la resolución deben ser analizados los referidos criterios de graduación previstos en la ley, indicándose qué criterios se están aplicando, cuáles se encuentran relacionados, cuáles de ellos no pueden ser aplicados, debiéndose sustentar cada caso, utilizándose para ello, los criterios del esquema de supervisión (en este caso del Procedimiento) y la multa disuasiva. Además, debe señalarse en las resoluciones que los criterios de graduación han sido considerados al momento de elaborarse la Escala de Multas y Sanciones, teniéndose en cuenta la naturaleza de las actividades eléctricas que se supervisa, el modelo de supervisión vigente de OSINERGMIN y las sanciones ex ante.
- 7.6 Por otro lado, respecto de la supervisión del Procedimiento, se recomienda que OSINERGMIN realice encuestas periódicas a los usuarios sobre la calidad del servicio de alumbrado público, pues ello ayudará a mejorar el criterio para establecer los índices de calidad, representados por las tolerancias y plazos de cumplimiento de obligaciones. Hay que considerar que en los últimos años, las ciudades y centros poblados han crecido significativamente, la situación económica del país ha mejorado, aunque también se ha

⁶⁹ (...)

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.
(...)

incrementado la inseguridad, además de existir un mayor número de necesidades, por lo que podría esperarse un incremento en la expectativa de calidad del servicio.

Asimismo, si bien el modelo de supervisión del Procedimiento ha dado buenos resultados, consideramos que atendiendo a la mejora continua, OSINERGMIN debe seguir revisando y evaluando en determinados periodos de tiempo, el esquema de supervisión adoptado y los criterios para la imposición de sanciones, a fin de verificar si corresponde efectuar mejoras al modelo vigente.

- 7.7 Finalmente, podría mejorarse la supervisión, creándose unidades de supervisión regional de apoyo que puedan efectuar más supervisiones a las instalaciones de las empresas concesionarias en las regiones y de esta manera obtener un mayor número de eficiencias detectadas a fin de obtener un indicador más real. Esto determinaría que se revise la tolerancia del Procedimiento y de los demás procedimientos supervisados por OSINERGMIN. Asimismo, al haberse incorporado una nueva deficiencia al Procedimiento Difusor inoperativo (DT5), que será incluido en el cálculo del indicador a partir del primer semestre de 2014, se recomienda que se revise la tolerancia, pues podrían incrementarse significativamente las deficiencias y la tolerancia no reflejaría el nivel de calidad del servicio que busca el Procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALARCÓN**, Patricia y Fidel **ROCHA**
2008 Inversión en Generación Eficiente Ante la Crisis del Mercado Eléctrico. Lima: Universidad ESAN.
- **BULLARD**, Alfredo
2002 Esquizofrenia Jurídica. El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú. En: Themis, Revista de Derecho, Lima. No. 44, pp. 17-35.
- **BECKER**, Gary
1968 Crime and Punishment: An Economic Approach. The Journal of Political Economy, Vol. 76, Nº 2, (Mar. - Apr., 1968), 169-217.
- **CAPCHA**, Olivia
2011 Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como Garantías del Administrado frente a la Facultad Punitiva del Estado. En: Manual de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, pp. 183-208.
- **CIOCCHINI**, Francisco
2012 El Crimen y el Castigo. Consulta: 28 de setiembre de 2012. URL: <<http://200.16.86.50/digital/658/revistas/vsi/ciocchini3-3.pdf>>
- **COLOMA**, Germán
2001 Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- **COMISIÓN MEM-OSINERG**. (Creada por Ley Nº 28447)
2005 Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Lima.
- **DAMMERT**, Alfredo, Raúl **GARCÍA** y Fiorella **MOLINELLI**
2011 Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano. Lima: OSINERGMIN.
- **DAMMERT**, Alfredo, Raúl **GARCÍA** y Fiorella **MOLINELLI**
2008 Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- **DAMMERT**, Alfredo, Fiorella **MOLINELLI** y Marifé **MARTINELLI**
2008 Estudio de Multas en el Sector Energía, Volumen 2: Supervisión y Fiscalización en el Sub Sector Electricidad. Documento de Trabajo - OSINERGMIN. Lima.
- **DAMMERT**, Alfredo, José **GALLARDO** y Raúl **GARCÍA**

- 2005** Reformas estructurales en el sector eléctrico Peruano. Documento de Trabajo N° 5, Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN. Lima.
- **DAMMERT**, Alfredo, José **GALLARDO** y Lennin **QUISO**
2004 La problemática de la supervisión de la calidad del servicio eléctrico en el Perú. Documento de Trabajo N° 6, Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN. Lima.
 - **DANÓS**, Jorge
1995 Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública. En: Ius Et Veritas. N° 10, PUCP, Lima, Año V, pp. 149-160.
 - **DANÓS**, Jorge
2004 Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 57, Año XIX.
 - **DÍAZ**, Jorge Luis
2007 El Derecho Administrativo Sancionador y los Principios que lo Regulan. En Revista Jurídica del Perú, N° 78 (Agosto 2007), pp. 57-65.
 - **GALLARDO**, José y Arturo **VÁSQUEZ**
2006 Sistemas de Supervisión y Esquemas de Sanciones para el Sector Hidrocarburos. Documento de Trabajo N° 10, Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN. Lima.
 - **GARRIDO**, Fernando
2012 Los Medios de la Policía y la Teoría de la Sanción Administrativa. Consulta: 28 de setiembre de 2012. URL:
http://cursosposgradopoderdepolicia.ecaths.com/archivos/cursosposgradopoderdepolicia/1959_028_011%20Garrido%20Falla%202.pdf.>
 - **GUERRA**, Carlos Augusto.
2012 Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho. Consulta: 4 de diciembre de 2012. URL:
<http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nroonce/Analisis%20Economico%20del%20Derecho.pdf>.
 - **GUZMÁN**, Christian
2007 El Procedimiento Administrativo. Régimen Jurídico y Procedimientos Especiales. Lima: ARA Editores.
 - **HARSANYI**, John C.
1977 Advances in understanding rational behaviour. En: Game Theory and Group Decision Making.

- **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI**
2012 Propuesta Metodológica para la Determinación de Multas en el INDECOPI. Documento de Trabajo N° 01-2012/GEE. Gerencia de Estudios Económicos. Consulta: 14 de diciembre de 2012. URL:
<<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/ger/docstrabajo/DocTrabN01-2012.pdf>.>
MOLINELLI, Fiorella
2008 Estudio de Multas del Sector Energía, Volumen 1: Análisis Económico de las Sanciones. Documento de trabajo de OSINERGMIN. Lima.
- **MORÓN**, Juan Carlos
2005 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 4ta. Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- **MURILLO**, Víctor
2007 Análisis del Impacto de la Fiscalización realizada por la Autoridad Regulatoria a la Calidad del Servicio de Alumbrado Público en el Perú. Tesis de Magister en Economía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias Sociales. Consulta: 16 de abril de 2013.

URL: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/T_VMH.pdf
- **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA**
2012 Proyecto de Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes para la Graduación de las Sanciones. Anexo III. Manual Explicativo de la Metodología. Consulta: 124 de febrero de 2013. URL:
<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/01/Anexo-III-Manual-Explicativo-de-la-Metodologia.pdf>
- **PARRA**, Carlos
2012 ¿Cómo mejorar la gestión de las empresas públicas eléctricas?. El caso de las empresas estatales peruanas de distribución eléctrica. Tesis de Magister en Regulación de Servicios Públicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- **PEREIRA**, Roberto
2005 La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores. Segunda Edición. Lima, pp. 265-289.

- **PEDRESCHI, Willy.**
2003 Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda Parte. ARA Editores. Lima, pp. 498-558.
- **PÉREZ-REYES, Raúl y Raúl GARCÍA**
2012 Desarrollo Sectorial: OSINERGMIN. En: Nuevas Rutas para una Mejor Regulación. Fortalecimiento de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Perú. Universidad del Pacífico. Lima, pp. 39-59.
- **POLINSKI, Mitchell y Steven SHAVELL**
2007 The Theory of Public Enforcement of Law. Handbook of Law and Economics. Volume 1. Elsevier B.V.
- **POSNER, Richard**
1998 El análisis Económico del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica.
- **POSNER, Richard A**
2002 Valores y Consecuencias: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho. En: El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en Honor de Ronald Coase. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, pp. 267-281.
- **QUINTANILLA, Edwin y Eduardo JANÉ**
2008 Metodología, diseño y compendio de Escala de Multas y Sanciones por incumplimiento de procedimientos de supervisión y fiscalización eléctrica. Documento de Trabajo N° 10-GFE. Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN. Lima.
- **QUINTANILLA, Edwin**
2012 Supervisión de Electricidad basada en Indicadores. Consulta: 28 de setiembre de 2012. URL:
<http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/2-ARIAE-SupervisionIndicadores.pdf. >
- **RUBIO, Marcial**
2005 La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- **RUBIO, Marcial**
2006 El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- **TAMAYO**, Jesús, Arturo **VÁSQUEZ** y Raúl **GARCÍA**
2013 La protección del consumidor en el sector eléctrico peruano. Una perspectiva preventiva. Documento de Trabajo N° 26, Oficina de Estudios Económicos - OSINERGMIN. Lima.
- **VERGARAY**, Verónica y Hugo **GÓMEZ**
2009 La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador. En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, pp. 405-439.





Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público Primer Semestre del 2012 – Luz del Sur

La supervisión en cifras:

Etapa	Parámetro	Valor
Selección de Muestras ⁷⁰	Cantidad de UAP ⁷¹ instaladas	235 789
	Cantidad de UAP resultantes de la selección de muestras	3 428
Inspección de Campo ⁷²	Cantidad de UAP inspeccionadas	3 433
	Cantidad de UAP deficientes	62
	Indicador: % UAP Deficiente	1,8%
Imposición de sanciones ⁷³	Indicador: % UAP Deficiente (después de la evaluación de descargos)	1,8%
	Tolerancia	1,7%
	Multa en UIT	1,4340



⁷⁰Ver Acta de Selección en las páginas siguientes

⁷¹UAP: Unidades de alumbrado público

⁷²Ver Resumen de Resultados de Inspección de Campo en las páginas siguientes

⁷³Multa = Exceso x Factor = 1,434 UIT

Parámetro	Valor	Descripción
Exceso	01	1 unidad por cada 0,1% en exceso respecto a la tolerancia (%UAP obtenido= 1,8%, Tolerancia (L) = 1,7%)
Factor	1,434	Obtenido de la tabla contenida en el ítem 1.A del Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE considerando para el caso supervisado: 200001 UAP <= Universo Fiscalizado y L < 1,8% <= L + 0,5%

**ACTA DE SELECCIÓN DE MUESTRAS
 SUPERVISIÓN DE LA OPERATIVIDAD DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO
 EN LA CONCESIÓN DE LUZ DEL SUR S.A.A.
 PRIMER SEMESTRE 2012**

Fecha : 2012-02-03
 Hora : 12:40 h
 Lugar : Bernardo Monteagudo 222 - Magdalena del Mar (OSINERGMIN)
 Representante del OSINERGMIN: Elí Noriega Gutarra
 Representante de Luz del Sur S.A.A.: Luis Vilcapoma Huapaya, Guido Yabar Melo.

La selección de muestras estuvo basada en la información reportada por la concesionaria en cumplimiento del numeral 6.2 del Procedimiento aprobado mediante Resolución N° 078-2007-OS/CD, cuyo resumen es:

Sector Típico de Distribución	Cantidad de SED	Cantidad de UAP
ST1	4557	235789

El resumen de instalaciones seleccionadas es el siguiente:

MUESTRA(S) PRINCIPAL(ES)

Sector Típico de Distribución	Cantidad de SED	Cantidad de UAP
ST1	74	3428

MUESTRA(S) ALTERNATIVA(S)


Sector Típico de Distribución	Cantidad de SED	Cantidad de UAP
ST1	68	3426


A solicitud de la concesionaria se ha considerado el parámetro estadístico "p" = 10%.

Estas relaciones impresas han sido suscritas por los representantes de la concesionaria y del OSINERGMIN, y serán guardadas en sobre lacrado en la Unidad de Distribución y Alumbrado Público de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN hasta su entrega a la concesionaria luego de culminada las inspecciones de campo.

En señal de conformidad, suscriben la presente acta.


 Por el OSINERGMIN
 Elí Noriega Gutarra


 Por Luz del Sur S.A.A.
 Luis Vilcapoma Huapaya


 Por Luz del Sur S.A.A.
 Guido Yabar Melo.

RESUMEN DE RESULTADOS DE INSPECCIONES DE CAMPO

Ítem	Fecha de Inspección	Localidad	Código de Ubigeo	Sector Típico	Nº de Acta de Inspección	Código de SED	UAP Infor.	UAP Inspec.	UAP Def.	UAPD (*)	DT1	DT2	DT3	DT4	DT5
1	2012-05-02	Ate Vitarte	150103	1	IFAP-EDS/192-12-05-01	11215A	93	93	0	0	0	0	0	0	0
2	2012-05-02	Ate Vitarte	150103	1	IFAP-EDS/192-12-05-02	00928S	12	12	0	0	0	0	0	0	0
3	2012-05-02	Ate Vitarte	150103	1	IFAP-EDS/192-12-05-03	10759A	38	38	2	2	1	1	0	1	0
4	2012-05-02	Ate Vitarte	150103	1	IFAP-EDS/192-12-05-04	04390A	2	2	0	0	0	0	0	0	0
5	2012-05-02	Ate Vitarte	150103	1	IFAP-EDS/192-12-05-05	04249A	119	119	2	2	2	2	0	0	0
6	2012-05-02	Ate Vitarte	150103	1	IFAP-EDS/192-12-05-06	01279S	8	8	0	0	0	0	0	0	0
7	2012-05-02	Santa Anita	150137	1	IFAP-EDS/192-12-05-07	07975C	85	85	0	0	0	0	0	0	0
8	2012-05-02	El Agustino	150111	1	IFAP-EDS/192-12-05-08	11150A	16	16	1	1	1	1	0	0	0
9	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-09	03598A	45	45	2	2	2	2	0	0	0
10	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-10	20154A	35	35	0	0	0	0	0	0	0
11	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-11	20146A	32	32	1	1	1	1	0	0	0
12	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-12	02183A	35	35	0	0	0	0	0	0	0
13	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-13	00945S	22	22	0	0	0	0	0	0	0
14	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-14	04509A	44	44	1	1	1	1	0	0	0
15	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-15	04956A	68	68	2	3	2	0	0	0	1
16	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-16	04884A	52	52	0	0	0	0	0	0	0
17	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-17	20955A	13	13	0	0	0	0	0	0	0
18	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-18	01841S	1	1	0	0	0	0	0	0	0
19	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-19	02229A	37	37	2	2	2	0	0	0	0
20	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-20	20615A	15	15	0	0	0	0	0	0	0
21	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-21	02458A	22	22	0	0	0	0	0	0	0
22	2012-05-03	Villa El Salvador	150142	1	IFAP-EDS/192-12-05-22	02456A	30	30	0	0	0	0	0	0	0
23	2012-05-04	Lurigancho Chosica	150118	1	IFAP-EDS/192-12-05-23	02643A	29	29	0	0	0	0	0	0	0
24	2012-05-04	Lurigancho Chosica	150118	1	IFAP-EDS/192-12-05-24	01353A	1	6	0	0	0	0	0	0	0
25	2012-05-04	Chaclacayo	150107	1	IFAP-EDS/192-12-05-25	50073A	37	37	0	0	0	0	0	0	0
26	2012-05-04	Chaclacayo	150107	1	IFAP-EDS/192-12-05-26	50064A	15	15	0	0	0	0	0	0	0
27	2012-05-04	Chaclacayo	150107	1	IFAP-EDS/192-12-05-27	10248A	84	84	1	1	1	1	0	0	0
28	2012-05-04	Lurigancho Chosica	150118	1	IFAP-EDS/192-12-05-28	11036A	36	36	1	1	1	1	0	0	0
29	2012-05-04	Lurigancho Chosica	150118	1	IFAP-EDS/192-12-05-29	10427A	15	15	0	0	0	0	0	0	0
30	2012-05-07	La Victoria	150115	1	IFAP-EDS/192-12-05-30	35074A	32	32	0	0	0	0	0	0	0
31	2012-05-07	La Victoria	150115	1	IFAP-EDS/192-12-05-31	07156C	6	6	0	0	0	0	0	0	0
32	2012-05-07	La Victoria	150115	1	IFAP-EDS/192-12-05-32	00698S	195	195	0	0	0	0	0	0	0
33	2012-05-07	La Victoria	150115	1	IFAP-EDS/192-12-05-33	00406S	141	141	3	3	3	0	0	0	0
34	2012-05-07	Lince	150116	1	IFAP-EDS/192-12-05-34	01531S	59	59	0	0	0	0	0	0	0
35	2012-05-07	Lince	150116	1	IFAP-EDS/192-12-05-35	00317S	105	105	0	0	0	0	0	0	0
36	2012-05-08	Huanza	150708	1	IFAP-EDS/192-12-05-36	02054A	85	85	8	8	8	0	0	0	0
37	2012-05-08	Santa Eulalia	150728	1	IFAP-EDS/192-12-05-37	10344A	9	9	0	0	0	0	0	0	0
38	2012-05-09	San Juan De Miraflores	150133	1	IFAP-EDS/192-12-05-38	04200A	80	80	2	2	2	0	0	0	0
39	2012-05-09	San Juan De Miraflores	150133	1	IFAP-EDS/192-12-05-39	20839A	51	51	1	1	1	1	0	0	0
40	2012-05-09	San Juan De Miraflores	150133	1	IFAP-EDS/192-12-05-40	20219A	11	11	0	0	0	0	0	0	0
41	2012-05-09	San Juan De Miraflores	150133	1	IFAP-EDS/192-12-05-41	20074A	40	40	0	0	0	0	0	0	0
42	2012-05-09	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-42	05177C	10	10	0	0	0	0	0	0	0
43	2012-05-09	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-43	21123A	6	6	1	1	1	1	0	0	0
44	2012-05-09	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-44	20218A	13	13	0	0	0	0	0	0	0
45	2012-05-09	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-45	06308C	22	22	0	0	0	0	0	0	0
46	2012-05-09	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-46	04211A	62	62	2	2	2	0	0	0	0
47	2012-05-09	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-47	06769C	19	19	1	1	1	1	0	0	0
48	2012-05-10	San Juan De Miraflores	150133	1	IFAP-EDS/192-12-05-48	03495A	73	73	3	4	3	0	0	0	1
49	2012-05-10	Villa Maria Del Triunfo	150143	1	IFAP-EDS/192-12-05-49	06601C	37	37	1	1	1	1	0	0	0
50	2012-05-10	Lurin	150119	1	IFAP-EDS/192-12-05-50	03357A	39	39	0	0	0	0	0	0	0
51	2012-05-10	Lurin	150119	1	IFAP-EDS/192-12-05-51	03255A	7	7	2	2	2	0	0	0	0
52	2012-05-10	Sto Salvador dePachacamac	150123	1	IFAP-EDS/192-12-05-52	20922A	20	20	0	0	0	0	0	0	0
53	2012-05-11	Calango	150503	1	IFAP-EDS/192-12-05-53	20555A	15	15	1	1	1	1	0	0	0
54	2012-05-11	Chicla	150705	1	IFAP-EDS/192-12-05-54	20475A	8	8	0	0	0	0	0	0	0
55	2012-05-11	Punta Hermosa	150126	1	IFAP-EDS/192-12-05-55	21015A	7	7	0	0	0	0	0	0	0
56	2012-05-14	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-56	06335C	38	38	0	0	0	0	0	0	0
57	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-57	02957A	48	48	2	6	2	0	0	0	4
58	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-58	03850A	31	31	0	1	0	0	0	0	1
59	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-59	06457C	11	11	0	0	0	0	0	0	0
60	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-60	01469S	70	70	1	1	0	1	0	0	0
61	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-61	07157C	27	27	1	1	1	1	0	0	0
62	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-62	02798A	49	49	0	0	0	0	0	0	0
63	2012-05-14	Chorrillos	150108	1	IFAP-EDS/192-12-05-63	20679A	27	27	3	3	3	0	0	0	0
64	2012-05-14	Surquillo	150141	1	IFAP-EDS/192-12-05-64	00412S	83	83	1	1	0	1	0	0	0
65	2012-05-14	Surquillo	150141	1	IFAP-EDS/192-12-05-65	00964S	31	31	2	2	2	0	0	0	0
66	2012-05-14	Lurigancho Chosica	150118	1	IFAP-EDS/192-12-05-66	10244A	23	23	0	0	0	0	0	0	0
67	2012-05-15	Miraflores	150122	1	IFAP-EDS/192-12-05-67	00065S	268	242	0	0	0	0	0	0	0
68	2012-05-15	San Borja	150130	1	IFAP-EDS/192-12-05-68	00599S	70	70	5	5	5	0	0	0	0
69	2012-05-15	La Molina	150114	1	IFAP-EDS/192-12-05-69	00665S	73	73	1	1	1	1	0	0	0
70	2012-05-15	La Molina	150114	1	IFAP-EDS/192-12-05-70	03924A	38	38	1	1	1	1	0	0	0
71	2012-05-15	La Molina	150114	1	IFAP-EDS/192-12-05-71	01995S	16	16	1	1	1	1	0	0	0
72	2012-05-16	San Luis	150134	1	IFAP-EDS/192-12-05-72	07188C	73	73	1	1	1	1	0	0	0
73	2012-05-16	San Borja	150130	1	IFAP-EDS/192-12-05-73	00790S	205	205	3	3	3	0	0	0	0
74	2012-05-16	San Borja	150130	1	IFAP-EDS/192-12-05-74	08578C	54	54	0	0	0	0	0	0	0
75	2012-05-16	Santiago De Surco	150140	1	IFAP-EDS/192-12-05-75	08340C	26	26	0	0	0	0	0	0	0

(*) UAP Deficientes considerando las DT5

Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público Primer Trimestre del 2012 – SEAL

La supervisión en cifras:

Etapa	Parámetro	Valor
Supervisión de Atención de Denuncias ^(*)	Indicador: Porcentaje de Denuncias Atendidas Fuera de Plazo (%DAFP)	4,5%
Imposición de sanciones ⁷⁴	Indicador: %DAFP (después de la evaluación de descargos)	4,5%
	Tolerancia	2,0%
	Multa en UIT	3,2062

(*)Sustento del cálculo del indicador en la página siguiente



⁷⁴Multa = Factor x Denuncias x Exceso = 3,2062 UIT

Parámetro	Valor	Descripción
Factor	0,05	Multa unitaria para una denuncia atendida fuera de plazo (expresada en UIT)
Denuncias	2565	Cantidad de denuncias del trimestre en evaluación
Exceso	2,5%	Es el porcentaje en que se excede la tolerancia para el indicador de %DAFP establecida en 2%

RESUMEN DEL LEVANTAMIENTO DE LAS DEFICIENCIAS REGISTRADAS

EMPRESA: SEAL

TRIMESTRE: I

AÑO: 2012

Tipo Deficiencia	N° de Casos Pendientes Trimestre Anterior	N° Casos Presentados en el Trimestre	LEVANTAMIENTO DEFICIENCIAS					
			N° Casos Resueltos en el Trimestre	N° Casos Desestimados en el Trimestre	N° Casos Pendientes próximo Trimestre	Dentro de Plazos Establecidos	Fuera de Plazos Establecidos	Con Solicitud de ampliación de plazos
DT1	147	2748	2519	376	155	2410	109	1
DT2	1	3	4	0	0	3	1	0
DT3	11	38	40	9	2	34	6	0
DT4	2	0	2	0	0	2	0	0
DT5	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTALES	161	2789	2565	385	157	2449	116	1

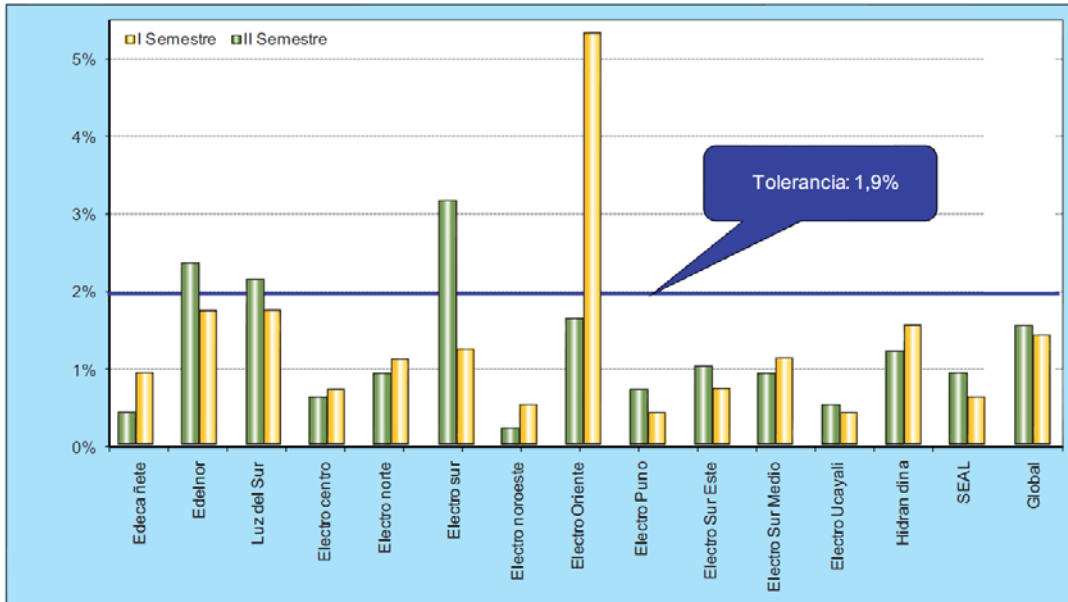
%DFP	4,5%
------	------

$$a \qquad b \qquad c = f + g \qquad d = d_a + d_b \qquad e \qquad f = a_{dp} + b_{dp} \qquad g = a_{fp} + b_{fp} \qquad h = h_a + h_b$$

Columna a =	Número de deficiencias registradas en el trimestre anterior cuyos plazos máximos de subsanación venció dentro del trimestre actual, incluidas las deficiencias desestimadas por el concesionario, independientemente si fueron subsanadas o no en el trimestre anterior
Columna b =	Número de deficiencias registradas en el trimestre actual cuyos plazos máximos de subsanación vencieron dentro del trimestre, incluidas las deficiencias desestimadas por el concesionario
Columna d =	Número de deficiencias desestimadas por el concesionario. Resulta de la suma de dos grupos de deficiencias: d_a : Número de deficiencias que han sido desestimadas por el concesionario en las deficiencias pendientes del trimestre anterior (columna a) d_b : Número de deficiencias que han sido desestimadas por el concesionario presentadas en el trimestre actual (columna b)
Columna e =	Número de deficiencias registradas en el trimestre actual cuyos plazos máximos de subsanación vencen en el próximo trimestre, incluidas las deficiencias desestimadas por el concesionario, independientemente si fueron subsanadas o no en el trimestre actual.
Columna f =	Número de deficiencias que han sido subsanadas dentro de los plazos establecidos. Resulta de la suma de dos grupos de deficiencias: a_{dp} : Número de deficiencias que han sido subsanadas dentro de los plazos establecidos (excluyendo las desestimadas), de las deficiencias pendientes del trimestre anterior (columna a) b_{dp} : Número de deficiencias que han sido subsanadas dentro de los plazos establecidos (excluyendo las desestimadas), de las deficiencias presentadas en el trimestre actual (columna b)
Columna g =	Número de deficiencias que han sido subsanadas fuera de los plazos establecidos. Resulta de la suma de dos grupos de deficiencias: a_{fp} : Número de deficiencias que han sido subsanadas fuera de los plazos establecidos (excluyendo las desestimadas), de las deficiencias pendientes del trimestre anterior (columna a) b_{fp} : Número de deficiencias que han sido subsanadas fuera de los plazos establecidos (excluyendo las desestimadas), de las deficiencias presentadas en el trimestre actual (columna b)
Columna c =	Número total de deficiencias que han sido subsanadas en el trimestre actual. Resulta de la suma de los valores de la columna f y la columna g.
Columna h =	Número de deficiencias, que para su levantamiento, el OSINERG concedió un plazo mayor de subsanación a solicitud del concesionario. Resulta de la suma de dos grupos de deficiencias: h_a : Número de deficiencias cuyos plazos de subsanación han sido ampliados por el OSINERG a solicitud del concesionario, de las deficiencias pendientes del trimestre anterior (columna a) h_b : Número de deficiencias cuyos plazos de subsanación han sido ampliados por el OSINERG a solicitud del concesionario, de las deficiencias presentadas en el trimestre actual (columna b)
Parámetro de control:	$\% DFP = \frac{g * 100}{(a + b - d)}$

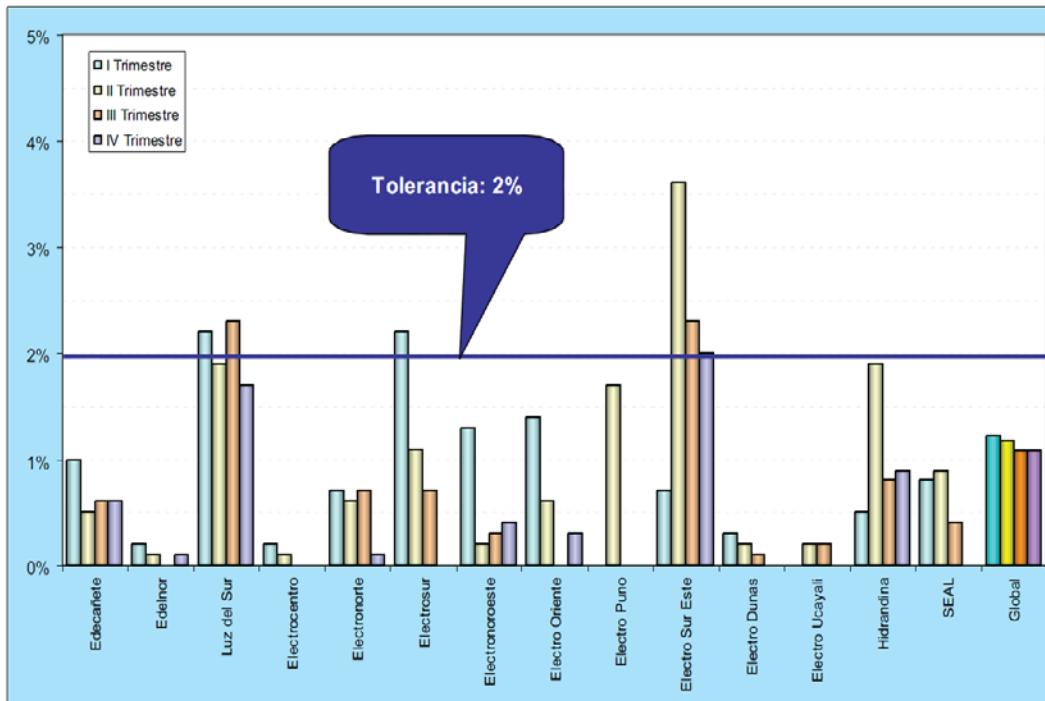


**CUADROS ESTADÍSTICOS DE LA SUPERVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE
SUPERVISIÓN DE LA OPERATIVIDAD DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO
AÑOS 2010 Y 2011**



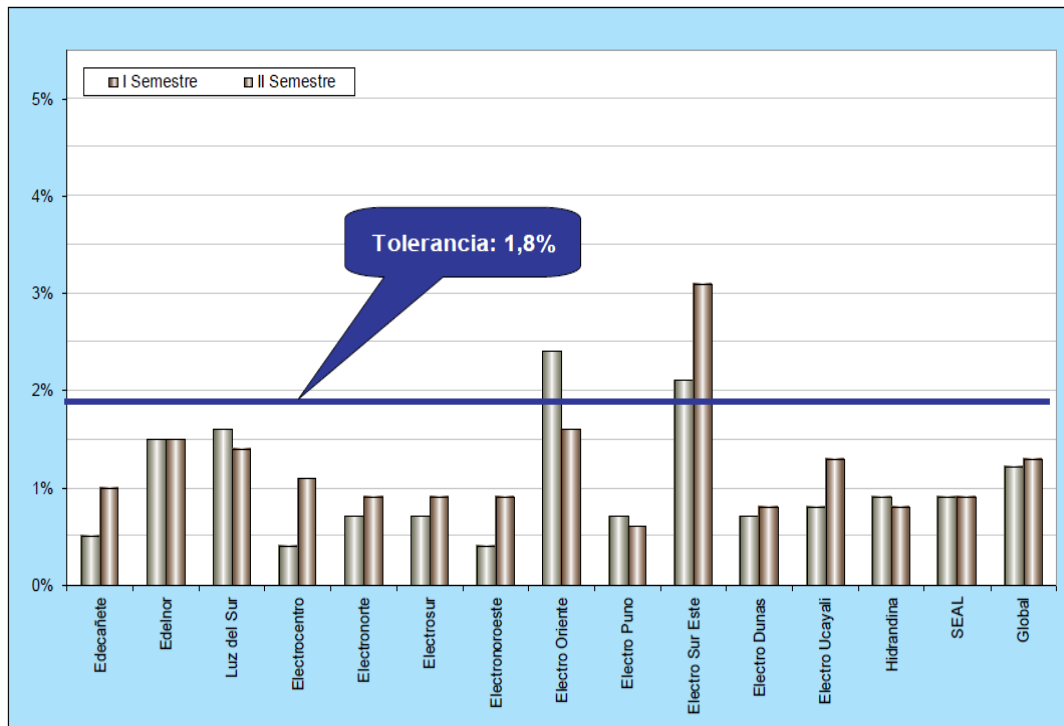
Porcentajes de UAP Deficientes por empresas - Año 2010

Fuente OSINERGMIN



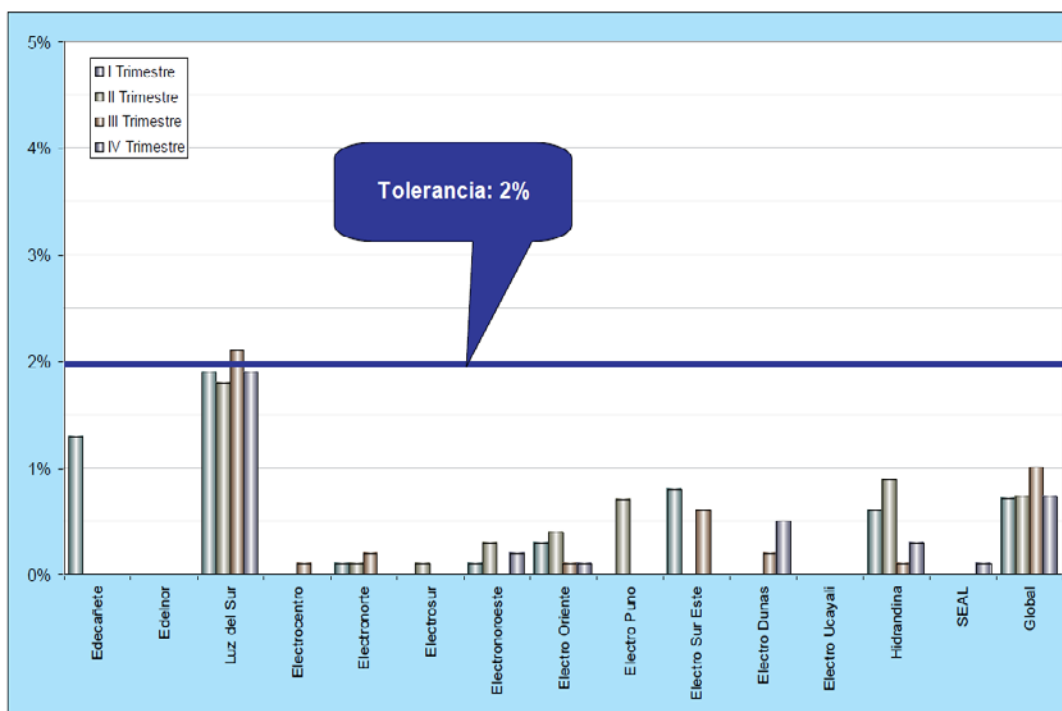
Porcentaje de Denuncias Atendidas Fuera de Plazo por empresas – Año 2010

Fuente OSINERGMIN



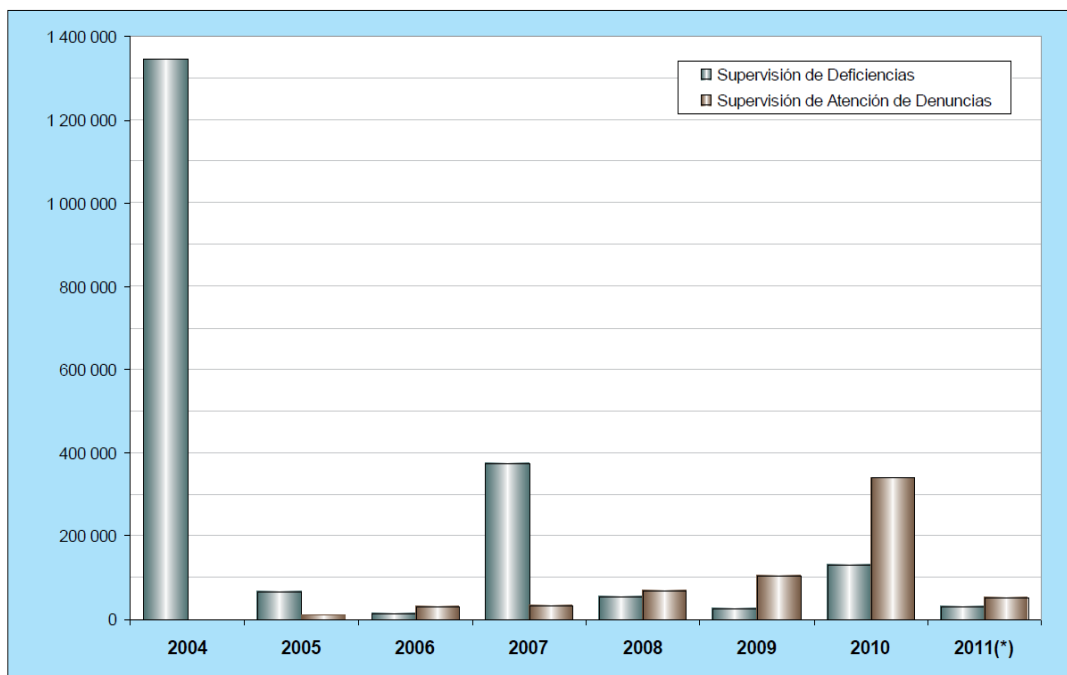
Porcentajes de UAP Deficientes por empresas - Año 2011

Fuente OSINERGMIN



Porcentaje de Denuncias Atendidas Fuera de Plazo por empresas - Año 2011

Fuente OSINERGMIN



Monto de Multas en Aplicación del Procedimiento de Supervisión de Alumbrado Público (en Nuevos Soles)

Fuente OSINERGMIN

