

Las Bases de la Potestad Sancionadora en el Sector Eléctrico Peruano

Marco Antonio Martínez Zamora¹

1.- PRESENTACIÓN

A lo largo de la historia, las organizaciones estatales, cualquiera sea la forma adoptada, han ejercido la coerción – efectiva o potencial - sobre sus administrados, a fin de lograr la concreción de la voluntad dominante. En este sentido, con prescindencia del nivel de legitimidad, de comunidad de intereses o de la envergadura de su administración, debe advertirse que todas las organizaciones estatales han acompañado sus mandatos con la posibilidad de sancionar su incumplimiento.

Nuestro presente no es menos pródigo en la abundancia de hechos incluidos en el ámbito de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, puesto que si bien dentro del Estado de Derecho Contemporáneo se ha reservado al Poder Judicial la imposición de sanciones en los casos de comisión de conductas delictivas, existen un nada desdeñable conjunto de incumplimientos cuya persecución corresponde a la administración pública, estatal o territorial.

Este universo no está circunscrito a situaciones aisladas o anecdóticas, sino que cubre toda la gama de funciones y tutelas de la administración pública moderna, existiendo casi una identidad entre el número de organizaciones estatales y el de los ordenamientos administrativo - sancionadores privativos, constituyendo de este modo un conglomerado complejo y disperso, cuyas reglas generales y principios comunes es necesario dilucidar; tal como señala Ramón Parada “(...) *la mayor parte de las leyes administrativas especiales o de intervención sectorial, por no decir todas, incluyen un capítulo dedicado a tipificar las infracciones a su normativa que son merecedoras de castigo, al tiempo que atribuyen a la Administración la competencia para imponer determinadas sanciones, que normalmente consisten en multa, incluso de cuantía ilimitada, pero que pueden ser también de otra naturaleza (...)*”².

De este modo, cuando conducimos un automóvil, edificamos una casa, iniciamos un negocio, talamos un árbol, cavamos un pozo, contratamos personal o desarrollamos

¹ Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el período 2002-2005, como Asesor Legal y Consultor de diversas instituciones estatales y privadas, habiendo ejercido la docencia en materias de su especialidad en diversas instituciones académicas del medio.

² PARADA, Ramón “Derecho Administrativo” Tomo I Parte General”, Marcial Pons 12ª Edición, Madrid 2000, pag. 427 – 428.

cualquier otra actividad que sin perjuicio de aquellas que impliquen una relación directa con la organización estatal, regional o municipal, involucren el uso de un recurso natural, la explotación de un bien renovable o no renovable, el uso de la vía pública o del espacio en general o cualquier otra conducta socialmente relevante, pocas veces somos conscientes que ante nosotros tenemos un conjunto amplio y no necesariamente armónico de regulaciones, que pretenden orientar nuestro accionar en cada una de las actividades en que el Estado participa de modo activo o a través de una actitud vigilante y cuyo cumplimiento va tratar de ser asegurado mediante el ejercicio de la actividad sancionadora.

Sobre este tema Felipe Isasi Cayo sostiene que *“La sanción es un medio indirecto con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho”*³.

En efecto, llegamos entonces al objeto de la Sanción Administrativa, que no es otro que el de incentivar a través de la disuasión, el cumplimiento de su ordenamiento jurídico - administrativo. De este modo y tal como se encuentra planteado en nuestro ordenamiento jurídico, la Sanción Administrativa mantiene una relación simbiótica con las exigencias formuladas por el ordenamiento administrativo, de modo tal que a través de la represión de sus transgresiones se obtenga el cumplimiento de las conductas que se consideran adecuadas.

Por ello, cuando se sanciona a los conductores de los vehículos que no se detienen con la luz roja, o al contribuyente

que no presenta su Declaración Jurada de Rentas en el plazo establecido, la multa impuesta no tiene principalmente un fin económico, esto es, la obtención de mayores recursos a favor del Estado, sino procurar que ese conductor y ese contribuyente, así como los demás conductores y contribuyentes que sean infractores potenciales, desistan de incumplir el respectivo ordenamiento jurídico - administrativo que los rige, de modo tal que será una administración pública más eficiente aquella que obtenga un mayor grado de cumplimiento de su normativa antes que aquella que tenga un mayor número de administrados sancionados.

Sobre este tema, sin embargo, se encuentran subyacentes diversas interrogantes: ¿Es coherente con el Estado de Derecho que la Administración Pública se arrogue facultades sancionadoras o se trata de un hecho meramente tolerado, provisional, condenado a desaparecer en tanto el órgano jurisdiccional pueda ejercer dicha función?; ¿Cómo funciona el régimen de sanciones en cada Administración específica?; ¿Cuál es el régimen aplicable al Sector Eléctrico?; las respuestas pasan necesariamente por el análisis de las diversas concepciones que sobre este tema se han dado, así como al análisis de los aspectos constitucionales, la normativa de desarrollo y la jurisprudencia emitida, con especial mención a lo concerniente en el Sector Eléctrico.

2.- LA FUENTE DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Lo expuesto implica necesariamente que la Administración Pública esté efectivamente facultada para imponer sanciones a las personas naturales o

³ ISASI CAYO, Felipe “Introducción al Derecho Administrativo”, Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, Lima, pág. 190.

jurídicas que se encuentren dentro de su ámbito de competencias.

Tal competencia, que puede parecer obvia y cotidiana para cualquier observador contemporáneo, debe ser refrendada por el respectivo análisis que confronte dicha “*obviedad*” con la vigencia del Estado de Derecho. Para ello, no basta recurrir a la simple comprobación de hecho a la que apela buena parte de la doctrina, inclusive las alegaciones de orden práctico, tales como un mejor conocimiento técnico de los hechos, una mayor celeridad en la respuesta otorgada a la comisión del ilícito, pero por sobre todo una aludida imposibilidad de los órganos judiciales de asumir – de modo eficiente – la carga procesal que implicaría el asignarle la función de decidir respecto a los casos en los que deba sancionarse la trasgresión de una norma administrativa⁴; sino a las razones sustantivas que justifican la existencia de un régimen sancionador administrativo propio e independiente, como figura ajena al simple argumento de la provisionalidad o la emergencia, cuyos límites – dentro de cada atribución específica, resulta necesario delimitar⁵.

2.1.- El tratamiento de la Función Pública en la Constitución.-

Tal como hemos adelantado, en la Constitución vigente no existe un tratamiento específico y centralizado de las

potestades de la Administración Pública en general, sino que ellas están dispersas – cuando no omitidas, al menos de modo expreso. Si bien nuestro texto constitucional vigente dedica el Capítulo IV a la Función Pública (artículos 39° al 42°), este se limita a regular las relaciones entre el Estado y quienes lo representan o entre el Estado y su personal. Es decir, se circunscribe a tratar las relaciones de responsabilidad o subordinación con sus funcionarios y trabajadores, constituyendo por ello un minimum de carácter eminentemente laboralizado, sin que se haga expresa mención a las potestades con las que dichos funcionarios y trabajadores públicos podrán actuar para el cumplimiento de los fines que se le encomienden.

Esta falta de mención expresa no constituye una opción nueva, sino que por el contrario, ha sido un elemento común en todas las constituciones nacionales aprobadas a partir de 1825, es decir, desde la Constitución Vitalicia de Simón Bolívar, de modo tal que la única excepción fue la Constitución de 1823, aprobada por el Primer Congreso Constituyente, en la que de modo adicional a la prohibición de conocer sobre asunto judicial y a la prohibición de privar de su libertad a cualquier ciudadano, se le impide también al Presidente de la República como “*jefe de la administración*” imponer pena alguna, bajo responsabilidad del Ministro que la

⁴ De hecho la carga procesal de los órganos judiciales se encuentra desbordada aun sin la sanción de las competencias asumidas por la administración. En un interesante estudio efectuado por el juez Henry Huerta Sáenz relativo a la escasez de recursos asignados a los jueces para el desempeño de sus actividades (“La función de control y los indicadores judiciales” En: Gaceta de la OCMA Año II N° 21-22, Lima Octubre de 2003), se establece que para el año 2002 la relación por cada juez entre causas ingresadas y resueltas fue de 1325 frente a 528, respectivamente, siendo que las demandas nuevas son solo uno de los ocho rubros de los que conocen los jueces. En este sentido y tomando como muestra a siete juzgados civiles de Lima, el autor constata que solo entre los meses de junio a agosto de 2003 se han presentado un total de 16,578 unidades de pedidos, que en promedio implican 2, 368 requerimientos por juzgado.

⁵ Coincidimos en este aspecto con Pereira Chumbe, cuando respecto al mismo tema señala que “(...) la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la administración no puede resolverse a través de la falacia naturalista y derivarse de su mera existencia, sino que ello debe ser el resultado de un esfuerzo de interpretación conforme a la Carta fundamental” (La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo, pág. 281. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Jorge Danós Ordoñez y otros, ARA Editores, Lima julio de 2001).

firmase y el funcionario que la ejecutase (artículo 81° numeral 5). Del mismo modo, las atribuciones del Prefecto, Intendente y Gobernador quedaban circunscritas estrictamente a mantener el orden y seguridad pública (públicas) en sus respectivos territorios, así como a cuidar que sus funcionarios cumplan con sus obligaciones (artículo 125°)⁶.

Si bien la Constitución de 1823 fue la única que proscribió el ejercicio de la potestad sancionadora a la Administración (así como cualquier otra facultad distinta de la estrictamente ejecutada por las decisiones del Congreso), esta no llegó a aplicarse sino de modo tardío, como consecuencia de la caída del régimen bolivariano y con él de su Constitución Vitalicia, teniendo una vigencia provisoria, en tanto se aprobase la nueva carta de 1828. Su contenido limitante no pasa entonces de una situación anecdótica, comprensible dentro del afán doctrinario de quienes la elaboraron, que concibieron un Poder Ejecutivo largamente subordinado al Poder Legislativo, en el que el Presidente era un mero ejecutor de la voluntad legislativa, sin injerencia en la formación de las leyes, ni iniciativa legislativa, capacidad de veto ni potestad reglamentaria, tal como lo refiere Pareja Paz-Soldán⁷.

2.2.- La referencia dispersa a las potestades administrativas en la Constitución.-

Esta aparente omisión en modo alguno quiere decir que la Administración Pública carezca de potestades propias. Algunas de ellas se encuentran explícitamente contempladas de modo disperso en su texto. Así, por ejemplo, tenemos que el artículo 11° de la Constitución atribuye al Estado la potestad de supervisar el eficaz funcionamiento de las prestaciones de salud y pensiones; el artículo 61° le confiere la vigilancia de la libre competencia y la adopción de medidas contra las prácticas que la limiten o contra el abuso de posiciones dominantes o monopólicas; el fomento y garantía del ahorro o el control de las empresas bancarias a través de la Superintendencia de Banca y Seguros según el artículo 87°.

Ello no es sino un mínimo reflejo de las funciones que le son inherentes al Estado, tales como la recaudación tributaria, mantener el orden público, promover la educación, garantizar la libertad de prensa, proteger al consumidor, contratar de modo transparente sus adquisiciones de bienes, servicios u obras, así como cualquier otra que efectúe en el ejercicio de una función pública, a fin de satisfacer el interés general.

⁶ Ésta limitante, insólita en nuestra historia constitucional, puede entenderse mejor si tenemos en cuenta su antecedente directo, el Estatuto Provisional de octubre de 1821 aprobado por José de San Martín, que en su Sección Quinta, también de modo insólito, confirió a los presidentes departamentales la atribución de actuar como “jueces de policía”. Ello, en el contexto idealista – liberal de los constituyentes de 1823, explica suficientemente la reacción de nuestra primera constitución, tanto en su prohibición al Presidente de la República de imponer penas, como a excluir como función del Prefecto, Intendente o Gobernador la posibilidad de actuar con las facultades sancionadoras o coercitivas a la que aludía el término previsto en la citada norma provisional.

⁷ PAREJA PAZ-SOLDÁN, José “Las Constituciones del Perú”, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954, pág.146-152 y 137-156. La Constitución de 1823, heredera directa de la Constitución de Cádiz de 1812 – también jurada en el Perú como primer y único texto constitucional de nuestro período colonial- constituyó el proyecto liberal en su máxima expresión ideal, procurando el más amplio ejercicio de las libertades individuales (con excepción de la libertad religiosa), la supeditación al Poder Legislativo del Poder Ejecutivo y la configuración de este último como una institución circunscrita al mero mantenimiento del orden público, sin facultades propias para afectar la esfera de derecho de sus ciudadanos. De ahí que se le haya conocido como un documento utópico (Jorge Basadre - Historia de la República del Perú Tomo I Editorial Universitaria, Séptima edición, Lima 1983, pág. 41 y ss.

Es coherente pensar que dichas potestades y funciones, deben estar acompañadas de la posibilidad de hacer cumplir las disposiciones que se dicten conforme a ellas, así como de generar consecuencias jurídicas a quienes las infrinjan. Por un lado, tendremos el ejercicio de la autotutela pública – es decir la autoejecutabilidad de las decisiones de la administración⁸- y por el otro el Derecho Administrativo Sancionador (en adelante DAS), ambos orientados a procurar el cumplimiento de las disposiciones de la Administración.

Sin embargo, previamente a sostener el carácter constitucional o, por lo menos no inconstitucional, del ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración Pública, debemos dilucidar si es posible atribuirle de modo implícito la potestad de sancionar y si, en su defecto de una atribución específica, dicha función le corresponde al Poder Judicial.

2.3.- Consideraciones en torno a la existencia de Potestad Sancionadora.-

Tal como se ha afirmado en el acápite anterior, existe un conjunto de atribuciones conferidas al Estado y, a través de él, a la Administración Pública, pero asimismo, existen otros tantos que no han sido expresamente previstos, pero que parecerían necesarios o hasta obvios para el cumplimiento de sus fines, tal como ocurre con la autotutela y con la potestad de imponer sanciones.

En estos casos, existe un deber público del administrado cuyo cumplimiento debe ser procurado, de tal forma que la potencialidad de aplicar una sanción nacería como una respuesta ante una eventual trasgresión. Estaríamos, como bien establece la doctrina administrativa ante una carga impuesta por el Estado, en aras del cumplimiento del interés público, de conducirse en las actividades privadas conforme a los estándares predeterminados por la autoridad, en una forma especial de sujeción que limita la libertad de actuación, en aras de poder ser compelido a desarrollar su voluntad de modo como la autoridad lo predetermina. Sobre este tema, GARRIDO FALLA expresa que:

“Así como de la situación de supremacía en que el Estado se encuentra, derivan las potestades administrativas, análogamente de la relación general de sumisión del individuo al Estado, derivan los deberes públicos subjetivos. Son pues, deberes públicos aquellos que se corresponden con el sistema de potestades administrativas y que consisten en una limitación por virtud de la cual un sujeto se ve compelido a una omisión o a una prestación positiva de hacer o dar”⁹.

Pero entonces volvemos a nuestra pregunta inicial: ¿Dicha situación de supremacía implica la asunción de respuestas hacia los administrados no

⁸ Para un mayor estudio de la autotutela pública, es recomendable el trabajo efectuado por José Antonio Tirado Barrera “La Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos”, Agosto de 2001.

⁹ GARRIDO FALLA, Fernando “Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I (Parte General). Cuarta Edición, p. 385. Instituto de Estudios Políticos, Madrid; España.

expresamente contempladas en el texto constitucional?¹⁰.

Ello pasa por analizar el problema desde tres aspectos: Si todo daño lícito sancionador debe ser reservado al Poder Judicial; si el Estado requiere literalidad en las atribuciones que le confiere el ordenamiento constitucional y; si de lo anterior puede inferirse la existencia de potestades implícitas.

2.4.- Sobre la reserva de judicialidad de todo daño lícito sancionador.

El primer aspecto por analizar nace de la antigua controversia de si todo daño lícito sancionador debe estar reservado al Poder Judicial. Evidentemente, ha existido una reiterada renuencia del constituyente a reconocer que un órgano distinto del judicial pueda imponer sanciones a los ciudadanos, el mismo que es común a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos vinculados a la tradición romano germánica¹¹. Ello es lo que ha llevado a autores como Suay Rincón a plantear una

identidad entre las sanciones administrativas y las penales¹², de modo tal que el Derecho Administrativo Sancionador no vendría a ser otra cosa que un Derecho Penal ejercido por un órgano administrativo, sostenido por razones pragmáticas¹³.

En este sentido, quienes muestran una mayor reticencia a aceptar la existencia de una potestad administrativa son quienes niegan en mayor o menor grado su carácter autónomo respecto del Derecho Penal, como directo reflejo de la reserva de administración de justicia al Poder Judicial y del principio de separación de poderes que constituyó una de las bases sobre las cuales se ha construido el Estado de Derecho Contemporáneo¹⁴.

Tal como lo señala De Palma del Teso¹⁵, con el advenimiento del Estado Liberal hubo países en los que la imposición de sanciones por la Administración devino en imposible, puesto que toda afectación a la libertad o la propiedad, tal como ocurre con la imposición de inhabilitaciones o multas, debía estar bajo la salvaguarda del Poder Judicial; este fue el caso, en su

¹⁰ Este tema no es nuevo. Caso ilustrativo fue el debate suscitado entre dos cercanos colaboradores de George Washington, cuando éste se desempeñaba como primer presidente norteamericano, en torno a la creación de un Banco Nacional: Alexander Hamilton y Thomas Jefferson; para este último tal posibilidad – al no estar expresamente prevista en su constitución – devenía en inviable, por considerar que las facultades del Gobierno Central debían estar expresamente contempladas, de modo tal que no podía atribuírsele otras distintas; Hamilton, por el contrario y en una posición que fue la que finalmente terminó por imponerse, argumentó que un gran conjunto de poderes debía estar implícito en cláusulas generales, de modo tal que si se podía regular el comercio y la navegación, tenía un poder resultante para construir faros; si se tenía poderes para fijar y recaudar impuestos, para contraer deudas y pagar empréstitos, se tenía también el poder implícito de crear un Banco Nacional que lo ayude en tal labor (NEVIS, Allan y otros, Breve Historia de los Estados Unidos, Fondo de Cultura Económica 1994 1ª Edición en Español)

¹¹ Ello sin perjuicio de la tendencia, aún minoritaria a nivel de derecho comparado, de incorporar un reconocimiento expreso constitucionalmente, de la potestad sancionadora de la administración para imponer sanciones, tal como ha ocurrido en el caso del Estado Español y Portugal.

¹² SUAY RINCÓN, José “Sanciones Administrativas” Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, pág. 201-202.

¹³ SUAY RINCÓN, José, Op.cit. pág.34.

¹⁴ Hablamos en este sentido del modelo ideal. Actualmente el esquema de separación de poderes ha sido significativamente desbordado por la creciente asunción de funciones del Poder Ejecutivo, ya sea a través de la delegación de facultades legislativas o la elaboración de reglamentación autónoma – es decir aquella que no reglamenta una ley. Asimismo, dicho esquema ideal se ha visto desbordado por la proliferación de entes constitucionalmente autónomos, funcionalmente autónomos de cualquiera de los tres poderes clásicos, como es el caso del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional o el Banco Central de Reserva, así como por el surgimiento de las administraciones independientes.

¹⁵ El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos 1996, pág. 21 y ss.

momento, de Francia, Alemania o Italia. Siguiendo a la misma autora, Suiza, Austria o España siguieron un modelo diferente, en el que la posibilidad de la Administración de aplicar sanciones nunca desapareció del todo, si bien se generó cierto “pudor”, por decirlo de alguna manera, de reconocerlo de modo expreso. Igual situación se produjo en los países de tradición hispánica como el nuestro.

Ello nos introduce, de modo tangencial, en el debate en torno a la naturaleza entre la potestad administrativa sancionadora, siendo que quienes alegan su naturaleza penal tienden asimismo a aceptarla como un hecho necesario pero no deseable, de modo tal que en los países que preservaron potestad sancionadora a sus órganos administrativos o que se las restituyeron gracias a determinados procesos despenalizadores, no debía haber diferencia de tratamiento (con independencia del órgano que conozca la controversia) para evaluar la existencia de infracción y delito ni para determinar la pertinencia de aplicar sanción o pena. En el otro lado, están quienes alegan su carácter autónomo, lo cual no solo lleva a sostener la legitimidad en sí misma de la potestad sancionadora administrativa, sino incluso a su independencia frente a los principios que rigen los ilícitos y sanciones penales.

Si bien, tal como hemos indicado, no es objeto del presente acápite agotar el análisis de la ubicación de la sanción administrativa, sino únicamente entender el por qué en el Derecho Comparado el Constituyente omite aún mayoritariamente adoptar una consagración definitiva del Derecho Administrativo Sancionador y, sin

ánimo de resolver la controversia, la más reciente doctrina y la jurisprudencia, han venido sosteniendo que si bien existen diferencias entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, ambos formarían parte de un Derecho Sancionador General que comprendería a ambos con reglas y principios comunes pero asimismo con las particularidades que hacen que estemos frente a materias vinculadas pero diferentes; ello implica por un lado el reconocimiento de la legitimidad de la actividad sancionadora administrativa en sí misma y ya no como una situación excepcional, pero también la existencia de principios comunes a ambos.

Ángeles de Palma del Teso sostiene al respecto que “(...) *Hoy podemos y debemos acometer el estudio del ilícito administrativo sin prejuicios y sin ruborizarnos al afirmar que existen ciertas diferencias con el penal. La tesis del **ius puniendi** único del Estado nos brinda un sustrato de principios punitivos sobre el cual edificar una teoría de la infracción administrativa que asegure adecuadamente el equilibrio entre el interés público y las garantías de las personas*”¹⁶.

Por su parte, Alejandro Nieto aludiendo a la potestad administrativa sancionadora, sostiene que “*Tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la **potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico “ius puniendi” del Estado, que es único***”

¹⁶ DE PALMA DEL TESO, Ángeles Op. Cit., pág. 35.

*aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones*¹⁷.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente de Amparo N° 2050-2002-AA/TC resuelto el 16 de abril de 2003, ha señalado de modo claro que “(...) *Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador* (...)”¹⁸. Se reconoce de este modo la existencia de un Derecho Sancionador General, común a toda actividad represiva lícita ejercida por el Estado, que si bien tiene en el Derecho Penal su principal desarrollo, lo desborda a fin de extenderse sobre otras áreas distintas de éste último.

2.5.- Sobre la falaz alternativa entre lo judicial y lo administrativo.-

Debe observarse que la disyuntiva respecto de si toda sanción que imponga el Estado debe ser competencia del Poder Judicial o, si por el contrario, una parte de estas puede estar reservada a la administración, tiene algo de efectista y mucho de falaz, puesto que toda decisión adoptada por la administración mediante

actos administrativos es, por regla general, susceptible de ser discutida en sede judicial, a través del proceso contencioso administrativo o, cuando correspondan, de las acciones de garantía. No se trata entonces de seccionar un rubro de competencias que debiesen ser asumidas por los jueces, sino de determinar la forma como estos pueden conocer un conflicto, que para los casos que nos conciernen involucran a la administración y a un administrado infractor.

Es decir, no se discute la preeminencia de la sede judicial, que siempre estará en aptitud de revocar un acto administrativo de la administración, inclusive aquellos que tienen un contenido sancionador¹⁹; el tema entonces debe circunscribirse a su real nivel, a fin de determinar si el conflicto surgido de la comisión de conductas trasgresoras del orden administrativo, puede ser sometido a un primer conocimiento de la administración, a fin de que adopte una decisión que será siempre provisional, en tanto quien se considere afectado pueda discutirla en la vía judicial. Dicho carácter revisable de las decisiones de la Administración Pública en cuanto aplica una sanción, no implica diferencia sustantiva alguna con cualquier otro acto administrativo que ella emita.

¹⁷ NIETO, Alejandro Op. Cit. Pág. 80. Para este autor, tal Derecho Sancionador General, contendría entonces la base de todo daño lícito que impone el Estado con el objeto de castigar la transgresión de su ordenamiento, lo que justificaría la existencia de reglas comunes a toda actividad sancionadora, así como la posible recurrencia a principios del Derecho Penal por parte del Derecho Administrativo Sancionador – atendiendo al mayor grado de desarrollo del primero respecto del segundo, pero también da un sólido sustento para sostener que dicha traslación en modo alguno puede ser directa e impensada, sino todo lo contrario: El Derecho Administrativo Sancionador – según dicho autor – seguiría siendo ante todo parte del Derecho Administrativo, del que se alimenta, tanto en sus objetivos, organización y medios.

¹⁸ Carlos Israel Ramos Colque contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹⁹ Este criterio ha sido recogido de modo sucinto en la resolución del 13 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° ACA 3041-2001 de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República (COVIEM S.A. contra CONSUCODE), en cuanto señala – como consecuencia de la sanción de inhabilitación administrativa impuesta al demandante que: “(...) a través del proceso de impugnación de resolución administrativa regulado por el Código Procesal Civil, se persigue el control de legalidad de las resoluciones y actos expedidos por la administración pública, y específicamente establecer si estas han incurrido en causal de nulidad (...)”.

En este sentido, Alfonso Parejo²⁰ sostiene que el problema de la “(...) *pervivencia en el Poder Ejecutivo, no obstante el triunfo de la revolución burguesa alumbradora del constitucionalismo, de una gran parte del acumulado por el monarca en el Estado absoluto (...)*” tiene como solución “(...) *la de mantener el estatuto del poder ejecutivo, que continúa sí pudiendo actuar y decidir por sí solo (acción gubernativa o administrativa) pero privar a esta actuación y capacidad de decisión de todo carácter último, gracias a la articulación - sucesiva a ella y cuando lo gubernativo o administrativo se torna, por su cuestionamiento por el particular, contencioso – de un control judicial de legalidad, lo que determina la configuración de la configuración de la jurisdicción contencioso – administrativa como revisora.*” (El subrayado es nuestro).

Dicho de otro modo, todo acto administrativo es, por regla general, revisable judicialmente, de modo tal que nuestro análisis no debe centrarse en si la Administración puede imponer sanciones mediante actos administrativos, sino en su provisionalidad, en tanto subsista la posibilidad de su impugnación judicial, así como las condiciones que deben observar dichos actos administrativos revisables a fin de evitar que devengan en arbitrarios.

3. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Nos corresponde, a estas alturas, abordar las manifestaciones jurídicas que refrendan la existencia de potestad sancionadora de la administración pública. La primera nace del propio y reiterado

reconocimiento normativo de dicha función, es decir, por la continua actividad legislativa en la que se da por sentada la existencia de dicha potestad, que – tal como lo señala Francisco Javier Díaz Revorio²¹, viene a ser una primera forma de interpretación del texto constitucional al optar entre varias líneas interpretativas, de modo tal que en cuanto a las atribuciones que le corresponden a la administración pública el legislador no cuestiona la posibilidad de aplicar sanciones administrativas.

3.1.- Los antecedentes normativos nacionales.-

Si bien históricamente el constituyente ha sido renuente a adoptar una posición definida en lo que a las sanciones administrativas se refiere, ello no ha ocurrido de igual modo en lo que respecta al legislador. Un temprano ejemplo del esfuerzo por dar un tratamiento ordenado de la potestad administrativa sancionadora viene a ser el Reglamento de Policía para la Capital de Lima y su Provincia, promulgado por el entonces Presidente provisorio de la República, Agustín Gamarra, el 11 de noviembre de 1839.

Dicho reglamento en sus 279 artículos, no solo estableció reglas relativas al personal del ramo de policía y su competencia territorial, sino principalmente un conjunto de obligaciones de los administrados, relativas a normas de seguridad pública, moral, orden público, salubridad, ornato y aseo público, así como normas relativas al movimiento de esclavos y otras personas en el ámbito de los valles comprendidos en la provincia; cuyas infracciones eran sancionadas con diversas sanciones debidamente preestablecidas.

²⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. Manual de Derecho Administrativo Volumen I, Editorial Ariel, Barcelona 1998, págs. 831 y 832.

²¹ DÍAZ REVORIO, Javier La “Constitución Abierta” y su Interpretación, Palestra Editores, Lima 2004, págs. 254 –257.

El reglamento descrito fue rápidamente replicado, en términos bastante similares, en otras zonas geográficas del país. Así tenemos que el Reglamento de Policía para el Departamento de Arequipa se promulgó el 25 de abril de 1845, el 10 de enero de 1846 el Reglamento de Policía de la provincia del Cuzco, el 30 de enero de 1846 el Reglamento de Policía del Departamento de Amazonas, el 28 de enero de 1847 el Reglamento de Policía de Puno y, el 30 de enero de 1847, el Reglamento de Policía de Trujillo. En el caso de Cerro de Pasco su reglamento fue promulgado el 19 de marzo de 1847, el de la Provincia Litoral del Callao el 21 de junio de 1847, el de Tacna el 9 de febrero de 1849, mientras que el de Ayacucho fue promulgado el 16 de abril de 1849.

Otras normas establecieron sanciones administrativas para un sector específico, así el Reglamento General de toques de campanas y funerales del 11 de noviembre de 1839, imponía una multa de seis pesos a duplicarse en cada reincidencia para las infracciones a las normas sobre repiques generales, así como una seis pesos y arresto de tres, ocho o quince días a quienes infringiesen las disposiciones relativas a repiques particulares, plegarias y dobles universales con todas las campanas.

3.2.- El régimen sancionador de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-

No vale la pena explayarnos en el período comprendido entre las normas administrativo sancionadoras de los albores republicanos y los años finales del pasado

Siglo XX. Más de lo mismo, salvo la natural decantación de los castigos que devinieron en incongruentes con el Estado de Derecho contemporáneo²², de modo que en podemos seguir observando, y en mayor grado, dispersión normativa, falta de reglas uniformes, heterogeneidad de modalidades de sanciones: en general, un tratamiento asimétrico y asistémico, esencialmente inconexo.

En lo que se refiere al aspecto procesal, tampoco existieron pautas claras ni aún para el Derecho Administrativo General. Tal como señala Morón Urbina *“Durante muchos años, instancias de la Administración Pública nacional tramitaron sus expedientes en forma desordenada y empírica. A falta de una norma procesal genérica en cada institución, los funcionarios seguían prácticas administrativas inconexas y heterogéneas (...)”*²³. La codificación parcial del procedimiento administrativo general se efectuó a partir del año 1967, con la promulgación del Decreto Supremo N° 006-SC del 21 de noviembre de 1967, el mismo que fue modificado de modo significativo en el año 1991 mediante la Ley N° 26111, reuniéndose ambas normas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos del 31 de enero de 1994, que no contemplaba aún reglas propias para el trámite de los procedimientos sancionadores a cuyo conocimiento se avocare la autoridad administrativa.

El punto de inflexión, viene dado por la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente a partir de

²² Es el caso de los castigos corporales, considerados contrarios con la dignidad humana, pero que aún se contemplaban en los Reglamentos de Policía antes estudiados, así como el caso de la sanción de privación de la libertad, actualmente reservada, al menos en el ámbito civil, al Derecho Penal.

²³ MORÓN URBINA, Juan Carlos “Derecho Procesal Administrativo”, Editorial Rhodas, Segunda Edición, Lima 1999, pág. 123.

octubre de 2001, que por primera vez establece de modo orgánico un tratamiento con vocación general, es decir que pretende ser aplicable a todo procedimiento administrativo general, con reglas uniformes, principios definidos y normas procesales mínimas. Hasta antes de su vigencia, podíamos especular sobre los principios que le resultaban aplicables, ya sea por traslación del Derecho Penal o del Derecho Administrativo General, sobre la observancia de las pautas que debía observar, o sobre su propia existencia como una categoría propia sobre un mar de tratamientos privativos.

Cualquier análisis que efectuemos debe partir de la confrontación de las disposiciones previstas en el Capítulo 2 del Título IV de la LPAG con los desarrollos normativos sectoriales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina, en lo que a sanción administrativa se refiere. Dicho Capítulo se abre con el artículo 229º, el cual establece que sus disposiciones “(...) disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados”.

De este modo, podemos afirmar que la potestad sancionadora administrativa, hasta entonces implícita en nuestro texto constitucional, cobra carta de ciudadanía con esta disposición y con las subsecuentes que, conforme a ella, fijan los principios, competencias, condiciones y reglas de procedimiento de la actividad sancionadora del Estado. No se discute entonces que exista potestad administrativa sancionadora, bastando para ello que exista una atribución específica, es decir, una norma que faculte a una entidad a ejercerla.

Ello no quiere decir que anteriormente no haya existido reconocimientos normativos aislados de tal manifestación de los poderes de la administración, ni que no se hayan dictado pautas para su mejor ejercicio, sino que por primera vez esto se efectúa con alcances generales, lo que nos lleva a sostener que cualquier ente administrativo estaría en aptitud – de modo abstracto- para ejercer potestad administrativa sancionadora, sin perjuicio de que para su ejercicio concreto requiera de una atribución concreta, acorde con las reglas previstas por el legislador, tal como su sometimiento a los denominados principios de legalidad, tipicidad y siempre dentro del marco del debido proceso.

Junto con dicho reconocimiento, general, amplio y común a todo ente público, la LPAG incorpora un conjunto de pautas orientadas a definir las reglas que debe observar la administración para determinar la existencia de infracción e imponer una sanción, al establecer principios, reglas de competencia, prescripción, así como normas procesales mínimas.

4.- DEL RECONOCIMIENTO DE LA POTESTAD SANCIONADORA A LA ATRIBUCIÓN CONCRETA. EL CARÁCTER HETEROGÉNEO DE LOS DESARROLLOS ESPECÍFICOS.

Si bien la LPAG constituye un necesario referente para el análisis de la potestad sancionadora de la administración, ella por sí misma no nos permite comprender de modo cabal los límites y extensión que ha venido alcanzando. En este sentido debe observarse el carácter supletorio autoimpuesto por dicha norma general respecto a la potestad sancionadora regulada por leyes especiales²⁴, así como la

²⁴ Párrafo 229.2 del artículo 229º de la LPAG. Ello sin embargo no obsta para que su contenido esencial mínimo, en tanto reflejo de las garantías mínimas de la persona a un trato no arbitrario y a su derecho de defensa, recogidos en la normativa constitucional y en tratados internacionales que vinculen al Perú, sea observado por las regulaciones particulares que regulen de modo específico la atribución sancionadora de una entidad pública determinada.

existencia de un vasto universo de normas que definen las reglas aplicables a sectores específicos de la administración, de modo tal que podemos prever tantos tratamientos privativos como entidades públicas con atribuciones sancionadoras existen o, incluso, más de un tratamiento privativo en el caso de administraciones que desempeñen sus funciones en más de un campo específico.

Ello se condice con el reconocimiento expreso, general y abstracto de una potestad administrativa sancionadora común a toda administración, respecto de la atribución específica que requiere para el ejercicio concreto de ella. La sanción administrativa ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico aun antes de la existencia de cualquier norma ordenadora de carácter general y ha sido ejercida por las entidades públicas sin mayor conexión entre ellas.

Ello ha devenido en que tales tratamientos privativos se caractericen por su heterogeneidad, que se manifiesta en tres aspectos: por su origen, su profundidad y su contenido. Así, en cuanto a su origen, se advierte que no existe un patrón único para atribuir potestad sancionadora, con la única salvedad de la infracción a la presunción de veracidad, que faculta a cualquier entidad a imponer una multa entre dos y cuatro Unidades Impositivas Tributarias prevista en el artículo 32° párrafo 32.3 de la LPAG. Para todos los demás casos, la atribución de potestad sancionadora o bien puede encontrarse prevista en la ley de organización de cada entidad, en leyes que regulan áreas de actuación pública específica o incluso en las normas reglamentarias.

De este modo, tenemos que existen entidades a las que la atribución de potestad sancionadora nace de su propia ley constitutiva, tal como ocurre, por ejemplo,

con el caso de las municipalidades (artículo 46° de la Ley Orgánica de Municipalidades – Ley N° 27972), la Comisión Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV (artículo 2° literal o de su Ley Orgánica - Decreto Ley N° 26126), el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (artículo 5° literal l) de su Ley Orgánica – Ley N° 27711) o el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (artículo 5° numeral 3 de su Ley de Organización y Funciones – Ley N° 27790).

En otras ocasiones, tal atribución aparece en la norma reglamentaria que rige la organización y funciones de la entidad, tal como ocurre en el caso del Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA (artículo 9° literales d) y e) de su Reglamento de Organización y Funciones - Decreto Supremo N° 002-2003-AG), la Oficina de Normalización Previsional – ONP (artículo 2° literal g) de su Reglamento de Organización y Funciones - Resolución Suprema N° 048-95-EF) o el Ministerio de Salud respecto a la Dirección Ejecutiva de Registros y Drogas (artículo 61° literales b) y e) de su Reglamento de Organización y Funciones - Decreto Supremo N° 0014-2002-SA).

Tenemos también los casos en los que la ley constitutiva o el reglamento de organización guardan silencio y la atribución sancionadora surge de una norma específica que regula materias de competencia de la respectiva entidad, es el caso de las entidades, tales como Ministerio de Agricultura, Ministerio de Educación o la Presidencia del Consejo de Ministros, que sin tener atribuciones sancionadoras expresamente previstas por su Ley constitutiva o su reglamento de organización y funciones, pueden imponer sanciones, específicamente multas de entre dos y cinco UIT cuando se afecte la presunción de veracidad, conforme al artículo 32° de la LPAG. Este es el caso,

también, de la Ley N° 27987, que autoriza al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a ejercer potestad sancionadora en los servicios postales, pese a que en su Ley Orgánica no se hacía referencia al ejercicio de potestad sancionadora y que su Reglamento de Organización y Funciones solo la menciona para el caso de la Dirección de Aeronáutica Civil²⁵.

En cuanto a su heterogeneidad por su profundidad, tampoco se advierte que exista un patrón definido, de modo que las normas que atribuyen potestad sancionadora específica, varían desde aquellas que lo hacen de un modo absolutamente escueto – como un simple enunciado, hasta aquellas que lo hacen fijando además un conjunto de pautas de cómo deberá ejercerse tal atribución. Dentro de este último grupo se encuentra la Ley Orgánica de Municipalidades, que no solo establece que la autoridad municipal puede imponer sanciones, sino que precisa la norma requerida para su aprobación (Ordenanza), el auxilio de la fuerza pública para su cumplimiento, la prohibición de aplicar multas sucesivas o multas sobre multas, el detalle de las sanciones imponibles, pautas para los casos de las sanciones de decomiso y retención, así como para la de clausura, retiro y demolición.

En lo que se refiere a materia tributaria, si bien la ley de creación de la SUNAT hace apenas referencia a su potestad sancionadora, el Código Tributario, norma con la que comparte el mismo rango y especialidad, es aún más explícita e incluye un exhaustivo

tratamiento de la materia, con inclusión de la definición y tipificación de la infracción tributaria, características de la sanción y de la norma sancionadora, régimen de incentivos y normas específicas para cada tipo de sanciones, además de las responsabilidades que corresponden a los funcionarios públicos.

En el lado contrario, la mayor parte de la organización administrativa estatal – en los casos en los que expresamente se han atribuido facultades sancionadoras expresas, hace apenas mención de dicha posibilidad en sus normas de constitución, creación o en otra que resulte equiparable, dejando la mayor parte de su regulación, tal como las características de su ejercicio e incluso el detalle de su tipicidad o la sanción aplicable, a normas de inferior rango, usualmente aprobadas por la propia entidad que las aplicará. Es el caso de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS), que luego de hacer una escueta mención en su Reglamento de Organización y Funciones a su atribución sancionadora²⁶, deriva todo el tratamiento de sus condiciones, características y ejercicio, así como de la definición de infracciones y sanciones aplicables a una norma aprobada por ella misma, en este caso una Resolución de Superintendencia; del mismo modo, la potestad sancionadora de CONASEV, apenas mencionada en el literal o del artículo 2° de su norma de creación, el Decreto Ley N° 26126, tiene un amplio desarrollo en la Resolución CONASEV N° 55-2001-EF/94.10, aprobada – evidentemente – por ella misma.

²⁵ En el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, su Reglamento de Organización y Funciones (Decreto Supremo N° 041-2002-MTC), incorpora para la Dirección General de Circulación Terrestre y la Dirección General de Servicios Postales facultades instructivas mas no sancionadoras, aspecto que de su texto no quedaba tampoco atribuido a ningún otro órgano.

²⁶ Aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 029-2001-SEPS pero conforme con una expresa delegación de funciones efectuada mediante el Decreto Supremo N° 010-2001-SA, en el marco de un proceso de reorganización que involucró a diversas entidades durante la primera mitad de dicho año.

Finalmente, en cuanto a la heterogeneidad por el contenido, no se observa asimismo, un comportamiento uniforme de la administración, tanto en lo que se refiere a la sanción que se impone como a su intensidad. Es quizás el rubro donde las diferencias sancionadoras de cada entidad administrativa se hacen mayores, pues ya no se trata de establecerlas por la norma que les atribuye potestad sancionadora, ni por aquella que establece el detalle de su ejercicio, sino por la forma e intensidad que adopta cada administración ante el quebrantamiento de la regulación que le compete.

De este modo, existen entidades que no solo no sancionan igual, sino que no deben o no pueden sancionar igual, por la naturaleza misma de las funciones que se encuentran a su cargo. No será la misma reacción la que se derive de pasarse un semáforo en rojo o contaminar con un derrame de petróleo el mar territorial, ni la que derive de la omisión de una obligación formal tributaria respecto de la que derive de contratar con el Estado estando impedido para ello. No existe nada más heterogéneo, que la respuesta represiva que puede dar la administración ante la infracción de sus disposiciones.

Tenemos así que existen entidades que principalmente imponen multas, otras que en esencia solo inhabilitan – temporal o definitivamente, otras más que imponen estas dos modalidades u cualquier otra como el decomiso clausura, retiro o demolición.

A diferencia de los casos planteados en los dos temas anteriores, en los que las diferencias de tratamiento entre entidades es producto solo de la inexistencia de reglas únicas como único obstáculo para un tratamiento uniforme, en el presente la variedad nace de la naturaleza de cada

administración específica, de modo tal que el contenido de su potestad sancionadora dependerá de sus propias necesidades y del modo particular como le corresponde enfrentar la infracción del ordenamiento jurídico administrativo a su cargo. Así por ejemplo, el contenido principal de las sanciones que impone el CONSUCODE, a través de su Tribunal, es el de la inhabilitación temporal o definitiva, es decir la exclusión del infractor – específicamente del proveedor postor o contratista que se encuentra bajo su supervisión - de la posibilidad de contratar con el Estado; mientras que en el caso de la SEPS tal opción resulta excepcional en atención al escaso número de administrados que se encuentran bajo su ámbito.

Tenemos que tener presente, entonces, que la potestad sancionadora de la administración debe asumir la diferencia de su contenido como algo inherente a su propia naturaleza, atendiendo a las características propias de cada área de acción de la administración. Ello no implica que no pueda llevarse a cabo una labor ordenadora, a fin de racionalizar tales diferencias, ni fijarse reglas claras aplicables a todos los casos, a fin de garantizar el derecho de los administrados en el marco del Estado de Derecho.

5.- EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Hemos visto en los acápites anteriores, las características, desarrollo y perspectivas propias del Derecho Sancionador Administrativo General, así como la problemática de su traslación a las administraciones específicas. En este sentido, nos compete pasar al análisis de su funcionamiento en el Sector Eléctrico en especial. Para ello, debemos centrar nuestra atención en el órgano rector a cargo de la supervisión y fiscalización de las empresas

que operan el sector eléctrico nacional, sus competencias y la forma en la cual ejerce su atribución sancionadora.

5.1.- Órgano rector del Sector Eléctrico.-

La Ley N° 26734 define al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, como la entidad encargada de ejercer la regulación, supervisión y fiscalización de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en electricidad, hidrocarburos y minería²⁷. De este modo, se constituye en el espejo de las materias a cargo del Ministerio de Energía y Minas, que de este modo circunscribe su actuación a la de un ente normativo y definidor de las políticas públicas de cada uno de los tres sectores o sub sectores citados, quedando a cargo del OSINERGMIN su desarrollo técnico y fiscalización²⁸.

El artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, define en su literal d) la función fiscalizadora o sancionadora, a la que describe como “(...) *la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los*

concesionarios en los respectivos contratos de concesión”. Dentro de lo explicado anteriormente, podemos señalar que esta es la norma atributiva de potestad sancionadora al OSINERGMIN, que le faculta a imponer sanciones como consecuencias de las infracciones detectadas en el ejercicio de su función fiscalizadora.

En cuanto al nivel y profanidad de dicha atribución sancionadora, podemos afirmar que estamos ante una asignación amplia, que involucra incluso la potestad de tipificar las infracciones mediante norma dictada por el Consejo Directivo de OSINERGMIN, tal como se puede apreciar de los párrafos segundo y tercero del artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, que señala lo siguiente:

“(...) El Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada

²⁷ Artículo 1° de la Ley N° 26734, según su versión modificada aprobada mediante la Ley N° 28964, de 24 de enero de 2007.

²⁸ Pese a ello el OSINERGMIN no se encuentra adscrito al ámbito del Ministerio de Energía y Minas, sino que, tal como el resto de los organismos reguladores definidos como tales (SUNASS, OSITRAN y OSIPTEL), se encuentra en el ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), de conformidad con el artículo 2° de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Ello no siempre fue así, de modo tal que el OSINERGMIN estuvo adscrito originalmente al Ministerio de Energía y Minas, pasando luego a la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía, para volver finalmente a la Presidencia del Consejo de Ministros, en cuyo ámbito se mantiene. Del mismo modo, en el campo del sector eléctrico, existían dos entidades públicas distintas, por un lado el OSINERG y por el otro la Comisión de Tarifas Eléctricas, que finalmente quedaron integradas al 31 de diciembre de 2000, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la citada Ley N° 27332.

administrativamente, de acuerdo con la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.”

En cuanto al tipo de sanciones para las cuales se ha facultado al OSINERGMIN, vemos que es igualmente amplia y abierta, pudiendo comprender los tres tipos de sanciones posibles, es decir, sanciones económicas, inhabilitantes y morales.

5.1.1 Sanciones Morales.-

Corresponden a este grupo las sanciones cuyo efecto aflictivo está circunscrito a un elemento no material. Su objeto es advertir, ya sea a la comunidad, a un grupo específico - o aun únicamente al propio administrado en su condición de infractor - de la existencia de un hecho nocivo para el ordenamiento jurídico administrativo, cuya comisión amerita el respectivo llamado de atención. Básicamente corresponden a este grupo las denominadas “Amonestaciones”.

La amonestación es la forma de expresión por excelencia de las sanciones morales. Guillermo Cabanellas la define como el “Requerimiento, advertencia, reprensión; acción y efecto de amonestar”²⁹. ¿Que por qué es considerada sanción?, una primera respuesta, la más simple, partiría por sostener que por haber sido tipificada como tal, pero el hecho no concluye allí. En este caso existe un efecto gravoso, que si bien no afecta de modo inmediato el patrimonio o las condiciones de actuación

del administrado, genera consecuencias subjetivas cuya relevancia dependerá de la forma que adopte la amonestación dispuesta, así como de la necesidad de prestigio del sujeto sancionado para el normal desenvolvimiento de sus labores.

5.1.2. Sanciones limitantes.- En este grupo se encuentran comprendidas todas las modalidades sancionadoras en las que el efecto aflictivo principal radica en un daño inmediato al patrimonio del infractor sancionado, ya sea a través del pago de una suma de dinero o de la privación de un bien de su propiedad, teniendo como su elemento central a la sanción de Inhabilitación, que según Guillermo Cabanellas, viene a ser la “Acción o efecto de inhabilitar o incapacitar. Declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra índole, desempeñar un cargo, realiza un acto jurídico o proceder en otra esfera de la vida jurídica.” En su segunda acepción, la define como la “Pena aflictiva que imposibilita para el ejercicio de determinados cargos o para el de determinados derechos”³⁰.

5.1.3 Sanciones Económicas.- Si bien toda sanción que imponga la Administración puede tener un efecto económico último, en este grupo clasificatorio nos referimos a las modalidades sancionadoras en las que el efecto aflictivo principal radica en un daño inmediato y directo al patrimonio del infractor sancionado, ya sea a través del pago de una suma de dinero o de la privación de un bien de su propiedad. Ello excluye a las modalidades sancionadoras en las que el eventual perjuicio económico solo puede inferirse – tal como ocurre con las sanciones morales, o cuando siendo

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L., 1° Edición 6° Reimpresión (junio de 1983) – Buenos Aires, pág. 22.

³⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Op.Cit., pág 161.

verificable es el resultado indirecto de una medida distinta, difícilmente cuantificable de modo inmediato – tal como ocurre con las sanciones limitantes.

Las formas que adoptan las sanciones económicas se cuentan entre las más características del DAS, contándose entre ellas a la multa, el comiso y la aplicación de penalidades, a cuyo detalle entraremos a continuación. Dentro de estas, la multa es una de las manifestaciones más características del DAS y a la que con más se recurre, constatación que lleva a Santa María Pastor a referirse a ella para el caso español – extrapolable a nuestro propio caso - como la “sanción pecuniaria consistente en la obligación de pago de una cantidad determinada de dinero es la medida prototípica del sistema sancionador (...)”³¹. Guillermo Cabanellas la define como la “*Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o de policía o por incumplimiento contractual (...) Hay, pues, multas penales, administrativas y civiles*”³².

Siendo así y dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, la multa se constituye como la modalidad sancionadora por la que se impone al infractor la obligación de pagar una suma de dinero, orientada a ocasionar un perjuicio económico lícito como consecuencia de una infracción al ordenamiento jurídico administrativo.

En los apartados siguientes, veremos cómo confluyen estas autorizaciones, en el

ejercicio de la facultad sancionadora del OSINERGMIN en el Sector Eléctrico.

5.2.- El marco de funciones en el ejercicio del régimen de sanciones

La Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD del 30 de octubre de 2007, en el ejercicio de su potestad autorreguladora de su régimen de sanciones, aprueba el nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, establece criterios orientados a fomentar la previsibilidad y transparencia en el ejercicio de su función sancionadora, tanto para las actividades energéticas como para las mineras, contándose entre sus principales características, la eliminación de la reiterancia como factor de cálculo de las sanciones, incorporándose a su vez la capacidad económica del administrado para afrontar los gastos evitados; así como la posibilidad del Órgano Sancionador para establecer criterios complementarios para la graduación. Igualmente, se diferencian las sanciones de las medidas de seguridad, cautelares, preventivas y correctivas³³.

Desde este marco, la Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, modificada por la Octava Disposición Complementaria de la Ley N° 26734, establece que compete al OSINERGMIN la fiscalización por parte del cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en dicha Ley, el Reglamento y el respectivo contrato de concesión; los demás aspectos que se relacionen con la prestación del Servicio

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L., 1° Edición 6° Reimpresión (junio de 1983) – Buenos Aires, pág. 22.

³⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Op.Cit., pág. 161.

³¹ SANTA MARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Op.Cit. pág.395

³² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Op.Cit., pág. 207

³³ Lo que implica, en esencia, que en su ejercicio no se aplicarán las reglas previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General para el ejercicio de la facultad sancionadora, ejerciéndose así de modo directo.

³⁴ Artículo 101° de la Ley.

Público de Electricidad, así como el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES³⁴. En ese sentido, el artículo 102° de la norma, delega a la norma reglamentaria el establecimiento de las compensaciones, sanciones y/o multas por el incumplimiento e infracciones en que incurran los administrados, estableciendo que los ingresos obtenidos por compensaciones serán abonados a los usuarios afectados, y los provenientes de sanciones y/o multas constituirán recursos propios del OSINERGMIN.

Los destinatarios del régimen de sanciones no están limitados a las empresas operadoras, o al COES, sino que incluso pueden comprender a los propios usuarios del servicio eléctrico.

El detalle de la función sancionadora y de la consecuente atribución sancionadora del OSINERGMIN en el ámbito eléctrico, es definido, en el Reglamento de dicha Ley de Concesiones Eléctricas, el mismo que fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 009-93-EM y modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 022-97-EM, en sus artículos 192° al 208°. Conforme a dichas disposiciones, especialmente del artículo 201°, se establece que el OSINERG sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, y/o clientes libres, así como al COES cuando incumpla sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 2 000 000 kilovatios-hora, en un amplio conjunto de casos.

Dentro de tales casos, cabe destacar, el operar sin la respectiva concesión o autorización; incumplir las obligaciones contenidas en los artículos 31°, 32°, 33°, 34° y 55° de la Ley, a excepción de aquellos que se refieren a la caducidad, las que se rigen

por lo específicamente establecido en la Ley y el Reglamento; incumplir sus obligaciones como integrante de un sistema interconectado, referidas a la entrega de la información a que están obligados dentro de los plazos establecidos, o la entrega de la misma en forma falseada; operar sus unidades generadoras y sistemas de transmisión sin sujeción a lo dispuesto por el Coordinador de la Operación del Sistema; efectuar el mantenimiento mayor de unidades generadoras y equipos de transmisión, sin sujeción al programa definitivo o no hubiere acatado las instrucciones impartidas para el efecto por el Coordinador de la Operación del Sistema; el incumplimiento de cualquier otra disposición vinculada a la operación que emita el COES y/o el Coordinador de la Operación del Sistema; no efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES.; incumplir con la obligación de compensar a los usuarios, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 57° y 86° de la Ley; no proporcionar, oportunamente, o hacerlo en forma inexacta, los datos e informaciones que establecen la Ley y el Reglamento, así como los contratos de los clientes sujetos a un régimen de libertad de precios; aplicar tarifas o fórmulas de reajuste fijadas por la Comisión sin la publicación previa a que se refiere el artículo 152° del Reglamento; no efectivizar el reembolso de las contribuciones efectuadas por los usuarios a que se refiere el artículo 84° de la Ley; variar las condiciones de suministro sin autorización previa del OSINERG o sin haber dado el aviso a que se refiere el artículo 87° de la Ley; denuncia del municipio, debido a deficiencia comprobada en el servicio de alumbrado público; no registrar las interrupciones; destinar a uso diferente los bienes de capital, importados que hayan obtenido el fraccionamiento de impuestos a que se refiere el inciso a) del artículo 106° de la

Ley; incumplir las obligaciones relacionadas con el uso de recursos naturales, así como de bienes públicos y de terceros; así como en general no ajustarse a las normas y disposiciones emitidas por el Ministerio de Energía y Minas o el OSINERGMIN.

En cuanto a los usuarios, el artículo 202° del Reglamento, establece que estos podrán ser sancionados por el OSINERGMIN cuando usen energía sin la debida autorización del concesionario o por variar unilateralmente las condiciones del suministro; alteren el funcionamiento de los instrumentos de medición y/o de las instalaciones del concesionario; y, por incumplimiento de las disposiciones señaladas en la Ley y el Reglamento de su cargo. El trámite de tales procedimientos sancionadores deberá efectuarse a instancia del administrado que presta el servicio, que para tales efectos deberá presentar los documentos sustentatorios.

Las sanciones impuestas por el OSINERGMIN podrán ser objeto reconsideración dentro de un plazo máximo de diez días calendario, siendo posible la apelación de la decisión de la administración ante el Consejo Directivo del OSINERG, dentro de los diez días calendario siguientes a la notificación de la resolución con la cual se disiente.

Este panorama es completado por un amplio conjunto de normas complementarias que, igualmente, establecen obligaciones cuya trasgresión da origen de modo expreso, a consecuentes sanciones aplicables por el OSINERGMIN. Dentro de ellas, debe destacarse al Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas (Decreto Supremo N° 029-94-EM), el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo en las Actividades Eléctricas (Resolución

Ministerial N° 161-2007-MEM-DM), la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (Decreto Supremo N° 020-97-EM) y la Norma Técnica para la Coordinación de la Operación en Tiempo Real de los Sistemas Interconectados (Resolución Directoral N° 014-2005-EM-DGE).

5.3.- La tipificación de las infracciones susceptibles de sanción en el Sector Eléctrico

Llegados a este punto, una vez definido el marco de actuación y las normas principales que sustentan el régimen de sanciones que sustenta la potestad sancionadora del OSINERGMIN en el Sector Eléctrico, cabe preguntarnos por las características que pueden observarse en la tipificación de las infracciones susceptibles de sanción por parte de dicho órgano.

Para tales efectos, pueden advertirse dos momentos distintos, marcados por el punto de inflexión generado por la Ley N° 27699, que faculta al OSINERGMIN a tipificar las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas en su ámbito. Así, tenemos que originalmente la tipificación de las infracciones estaba comprendida en una norma dictada por el Ministerio de Energía y Minas, que desde dicho contexto ejercía la potestad de detallar la tipificación de las sanciones correspondientes, conforme su propia norma delegatoria, para lo cual se dictó la Resolución Ministerial N° 176-1999-EM/SG.

Esta situación cambió con la asignación al OSINERGMIN de tales facultades. Bajo tal delegación de la atribución tipificadora, el OSINERGMIN – a través de su Consejo Directivo, ha aprobado diversas normas, debiendo destacar la Resolución N° 024-2003-OS/CD, que aprueba la Tipificación de

Infracciones Administrativas derivadas del Procedimiento de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Electricidad, así como la Resolución N° 028-2003-OS/CD, reiteradamente modificada, que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN.

No es nuestro objetivo hacer un largo y exhaustivo detalle de las infracciones tipificadas en ambas normas y en las disposiciones complementarias, dado los alcances introductorios del presente estudio, sino únicamente hacer referencia a las principales características resaltables, además de su marcada inclinación por las sanciones de índole económico, principalmente la sanción de multa. La existencia de un régimen sancionatorio que parte ya no solo de una atribución sancionadora asignada a OSINERGMIN, sino además de un régimen de sanciones cuya propia tipificación le ha sido encomendada al mismo órgano. Como toda tipificación encomendada por Ley (a efectos de mantener una conexión inicial con el Principio de Legalidad), se advierte que se trata de un régimen sumamente variable, ya sea en su tipificación o escala de multas, dada la relativa facilidad con que se modifica el marco normativo, en la esfera del propio organismo regulador, hecho que no ocurre con los regímenes que mantienen

una mayor rigidez en cuanto al Principio de Legalidad, tal como ocurre con el Régimen Tributario, por solo citar un ejemplo.

6.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal como hemos referido, ha sido objeto del presente trabajo introductorio, hacer referencia a la problemática existente en torno a la definición y marco de actuación de la potestad sancionadora de la Administración en general y del Sector Eléctrico en especial. En tal sentido, en este campo cabe destacar que el Legislador optó por asignar, ya no solo la función fiscalizadora y sancionadora al órgano rector de la materia, el OSINERGMIN, sino adicionalmente por encargarle la propia delimitación y definición del marco en el cual se ejercerá dicha función, al haberle encomendado la propia tipificación de aquello que será considerado sanción. Dentro del estudio comparado de la Administración Peruana, tal solución no resulta extraña, sino que constituye uno de los modelos, acaso el más recurrente, que existe en el marco del ejercicio de su atribución sancionadora, cuyo reconocimiento sustantivo ha tomado ya carta de ciudadanía, ya no solo en lo fáctico, sino incluso por parte del órgano rector supremo en materia constitucional, tal como largamente se ha explicado en el presente trabajo.

