

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

SALA 1

RESOLUCIÓN Nº 045-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 24 de abril de 2018

VISTO:

El Expediente N° 2010-354¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A.² (en adelante, ELECTRO ORIENTE), representada por el señor Alejandro Navas Meza, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO de fecha 1 de diciembre de 2017 (emitida en atención a lo dispuesto en la Resolución N° 235-2016-OS/TASTEM-S1 del 27 de diciembre de 2016), mediante la cual se la sancionó por incumplir la normativa vigente sobre contribuciones reembolsables en el servicio público de electricidad, detectada en la supervisión muestral efectuada en el año 2007³.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO de fecha 1 de diciembre de 2017⁴, se sancionó a ELECTRO ORIENTE con una multa de 172,84 (ciento setenta y dos con ochenta y cuatro centésimas) UIT, por no haber reconocido los aportes reembolsables realizados por terceros, incumpliendo lo establecido en el artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Cabe señalar que la conducta anteriormente mencionada se encuentra tipificada como infracción administrativa en el numeral 1.10⁵ del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Tipificación de



¹ El expediente SIGED es el N° 201300044269.

² ELECTRO ORIENTE es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión los departamentos de Loreto, San Martín, Amazonas y Cajamarca.

³ La supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin se efectuó del 21 de setiembre al 20 de octubre de 2007.

⁴ Cabe señalar que mediante Resolución N° 235-2016-OS/TASTEM-S1 de fecha 27 de diciembre de 2016, este Órgano Colegiado declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por ELECTRO ORIENTE en cuanto a la comisión de la infracción administrativa consistente en no haber cumplido con reconocer los aportes reembolsables realizados por terceros; sin embargo, se declaró de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 18293 del 1 de marzo de 2013 respecto al importe de la multa impuesta por la comisión de la infracción anteriormente mencionada, debido a que no se había motivado debidamente el importe de dicha multa. Por tal motivo, se devolvieron los actuados a la primera instancia administrativa a fin de que emita un nuevo pronunciamiento en este extremo.

⁵ El numeral 1.10 del Anexo 1 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD sanciona la siguiente conducta:

“Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, Resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u OSINERG, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico”.

Asimismo, por dicha infracción se prevé como sanción una de multa de 1 hasta 500 UIT en caso se trate de empresas de tipo 3.

RESOLUCIÓN N° 045-2018-OS/TASTEM-S1

Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

2. Con escrito de registro N° 201300044269 del 22 de diciembre de 2017, ELECTRO ORIENTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO, en atención a los siguientes argumentos:

- a) La resolución apelada no ha meritado que recién mediante el Oficio N° 1304-2011-GRL/ORA de fecha 17 de octubre de 2011, el Gobierno Regional de Loreto puso en conocimiento la modalidad de reembolso, optando por la devolución en efectivo; razón por la cual, considerándose que el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de la obra "*Subsistema de Distribución Primaria y Subsistema de Distribución Secundaria – Ampliación y Mejoramiento – PSE Nauta*" tiene un valor referencial que supera con creces las 3 (tres) UIT, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 3.3.2 de la Directiva N° 001-96-EM/DGE, "*Directiva sobre Contribuciones Reembolsables y su Devolución a Usuarios de Energía Eléctrica*" (en adelante, Directiva sobre Contribuciones Reembolsables), norma vigente durante el periodo supervisado, el plazo máximo para el reembolso íntegro de la contribución era de 5 (cinco) años. Por tanto, al no haber transcurrido dicho plazo, no se ha incurrido en la infracción administrativa imputada.
- b) Se ha inobservado el Principio de Verdad Material, puesto que no se ha verificado plenamente, sobre la base de los documentos presentados como prueba, que el Gobierno Regional de Loreto, entidad ejecutora de la obra "*Subsistema de Distribución Primaria y Subsistema de Distribución Secundaria – Ampliación en la localidad de Requena*", no cumplió con presentar el correspondiente expediente del proyecto para su aprobación, de acuerdo con lo establecido en el literal a) del numeral 2.2.2 de la Directiva sobre Contribuciones Reembolsables. En consecuencia, no puede atribuírsele un incumplimiento cuando la responsabilidad corresponde íntegramente al interesado.
- c) Se le ha impuesto una sanción a pesar de que la obra "*Subsistema de Distribución Primaria y Subsistema de Distribución Secundaria – Electrificación de la Comunidad de Canaán de Cachiyacu con Interconexión al Sistema Eléctrico de Contamana*" corresponde estrictamente a un proyecto de electrificación rural que se encuentra fuera de su área de concesión y que ha sido ejecutado en los términos que establece el artículo 3° de la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural, teniendo las características de un sistema de distribución desarrollado en una localidad aislada y de preferente interés social.

Adicionalmente, sostiene que al calificarse el supuesto incumplimiento tampoco se ha evaluado que los beneficiarios y/o usuarios finales de dicha obra no hicieron aporte económico con el carácter de contribución reembolsable, puesto que la obra fue financiada por el Gobierno Regional de Loreto. Por tanto, de acuerdo con los alcances del artículo 56° del Reglamento de la Ley General de Electrificación Rural, no corresponde reembolso alguno por dicha obra construida por el mencionado gobierno regional y cedida a ELECTRO ORIENTE para su administración, operación, comercialización y ejecución de mantenimiento.



RESOLUCIÓN N° 045-2018-OS/TASTEM-S1

3. Mediante Memorandum N° DSR-1901-2017, recibido el 5 de enero de 2018, la Oficina Regional de Loreto remitió al TASTEM el recurso de apelación, por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las siguientes conclusiones.
4. Respecto a lo alegado en los literales a) al c) del numeral 2) de la presente resolución, se advierte que lo señalado por ELECTRO ORIENTE tiene por objeto cuestionar nuevamente su responsabilidad en la comisión de la infracción consistente en no haber reconocido los aportes reembolsables realizados por terceros, incumpliendo lo establecido en el artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas, la cual fue detectada en la supervisión muestral ejecutada en el año 2007.



Sobre el particular, cabe indicar que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO, materia del presente recurso de apelación, fue emitida en atención a lo dispuesto por este Órgano Colegiado en la Resolución N° 235-2016-OS/TASTEM-S1 del 27 de diciembre de 2016, mediante la cual se declaró infundado un anterior recurso de apelación interpuesto por ELECTRO ORIENTE contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 20155 del 29 de octubre de 2013 en cuanto a su responsabilidad en la comisión de la infracción consistente en no haber cumplido con reconocer los aportes reembolsables realizados por terceros; pero se ordenó a la primera instancia que emita un nuevo pronunciamiento únicamente sobre el importe de la sanción de multa por la comisión de dicha infracción administrativa.



De lo anterior, se advierte que la responsabilidad administrativa de ELECTRO ORIENTE en la comisión de la infracción que ha sido materia de sanción en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO, ya fue confirmada en la Resolución N° 235-2016-OS/TASTEM-S1 del 27 de diciembre de 2016, declarándose incluso agotada la vía administrativa en este extremo.

Debe tenerse presente que de acuerdo con el artículo 226° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, concordante con el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, los actos administrativos que agotan la vía administrativa sólo son impugnables ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

En virtud de lo expuesto, dado que la Resolución N° 235-2016-OS/TASTEM-S1 del 27 de diciembre de 2016 no puede ser objeto de cuestionamiento en sede administrativa y que en ésta se confirmó la responsabilidad de ELECTRO ORIENTE en la comisión de la infracción consistente en no haber cumplido con reconocer los aportes reembolsables realizados por terceros, este Órgano Colegiado considera que el recurso de apelación de la concesionaria resulta improcedente.

⁶ "Artículo 226°.- Agotamiento de la vía administrativa

226.1. Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148° de la Constitución Política del Estado.

226.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa (...)".

RESOLUCIÓN N° 045-2018-OS/TASTEM-S1

5. Sin perjuicio de lo anterior, en lo que se refiere al importe de la sanción de multa impuesta a ELECTRO ORIENTE, cabe indicar que mediante la Resolución de Gerencia General N° 18293 de fecha 1 de marzo de 2013, se sancionó a ELECTRO ORIENTE con una multa de 168 (ciento sesenta y ocho) UIT, por no haber cumplido con reconocer los aportes reembolsables realizados por terceros, infracción detectada en la supervisión muestral efectuada en el año 2007. Dicha multa fue confirmada mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 20155 del 29 de octubre de 2013, a través de la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la concesionaria.



Esta última resolución fue apelada por ELECTRO ORIENTE, impugnación que, conforme se ha expuesto en el numeral precedente, fue declarada infundada por este Órgano Colegiado a través de la Resolución N° 235-2016-OS/TASTEM-S1 del 27 de diciembre de 2016, por haberse acreditado la responsabilidad de la concesionaria en la comisión de la infracción imputada. Sin embargo, se declaró de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 18293 respecto al importe de la multa impuesta, debido a que no se había motivado debidamente su importe. En consecuencia, se ordenó a la primera instancia que emita una nueva resolución, debidamente motivada, únicamente sobre el importe de la sanción de multa impuesta por la comisión de la infracción consistente en no haber cumplido con reconocer los aportes reembolsables realizados por terceros.



Es en atención a dicho mandato que se ha emitido la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO del 1 de diciembre de 2017, mediante la cual se ha impuesto a ELECTRO ORIENTE una sanción de multa de 172,84 (ciento setenta y dos con ochenta y cuatro centésimas) UIT, es decir, una sanción de mayor cuantía a aquella que le fuera impuesta mediante una resolución que fue declarada nula como consecuencia de su impugnación.

Al respecto, el numeral 256.3⁷ del artículo 256° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrán determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

Por su parte, el numeral 27.7 del artículo 27° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD⁸, actualmente vigente, establece que la impugnación de la resolución que impone una sanción no puede generar la imposición de una sanción más gravosa para el agente supervisado.

⁷ "Artículo 256.- Resolución

(...)

256.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

(Texto según el Artículo 237 de la Ley N° 27444)"

⁸ Cabe señalar que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del citado Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, establece que los procedimientos administrativos actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones de dicho Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción.

RESOLUCIÓN Nº 045-2018-OS/TASTEM-S1

En virtud de las normas antes señaladas, en Sesión de Sala Plena del TASTEM, realizada el 19 de diciembre de 2017, se aprobó el siguiente criterio resolutivo:

“Cuando se declare, a solicitud de parte o de oficio, la nulidad de una resolución sancionadora (en la que la multa se encuentre dentro del rango previsto en la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin) y se retrotraiga el procedimiento administrativo al estado en que el órgano sancionador emita un nuevo pronunciamiento, la nueva resolución sancionadora debidamente motivada a emitirse, no deberá contener una multa cuyo importe sea superior a la inicialmente impuesta en la resolución que fue declarada nula.”



Para la aprobación del mencionado criterio resolutivo se tuvo en consideración lo siguiente:

“Si bien el efecto jurídico de la nulidad de un acto es su inexistencia, dado que el artículo 256° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 27° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, prohíben que el TASTEM pueda incrementar la multa impuesta por el órgano sancionador, resultaría contrario a esta garantía normativa que el propio órgano sancionador pueda -al corregir su accionar viciado- agravar la sanción inicialmente impuesta al administrado.”



Por seguridad jurídica, corresponde al TASTEM velar por garantizar al administrado la confianza y certeza respecto de sus derechos, promoviendo el acceso a la jurisdicción de revisión en un accionar libre y desprovisto de peligros”.

En este sentido, al contener la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO del 1 de diciembre de 2017 una sanción de mayor cuantía que la contenida en la Resolución de Gerencia General N° 18293, en lo que se refiere a la infracción consistente en no haber cumplido con reconocer los aportes reembolsables realizados por terceros, se ha vulnerado el marco normativo vigente, incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el numeral 1) del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁹.

Ahora bien, conforme se dispone en los numerales 211.1 y 211.2 del artículo 211¹⁰ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, además de la

⁹ **Artículo 10.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)”

¹⁰ **Artículo 211.- Nulidad de oficio**

211.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.
211.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

RESOLUCIÓN N° 045-2018-OS/TASTEM-S1

declaración de la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello.

En el caso bajo análisis, de la revisión de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO se observa que la autoridad de primera instancia ha indicado los criterios que tomó en consideración para la determinación de la sanción impuesta a ELECTRO ORIENTE por no haber reconocido los aportes reembolsables realizados por terceros, los cuales cumplen con el deber de motivación de la multa resultante, teniendo la concesionaria la oportunidad de cuestionarlos al formular su recurso de apelación en caso no se encontrara conforme, lo cual no ha realizado.

Pese a que la multa resultante en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO fue determinada en 172,84 (ciento setenta y dos con ochenta y cuatro centésimas) UIT, corresponde reducirla a 168 (ciento sesenta y ocho) UIT, en atención a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO del 1 de diciembre de 2017.

Artículo 2°.- Declarar de oficio la **NULIDAD** de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 847-2017-OS/OR LORETO del 1 de diciembre de 2017 en el extremo referido al importe de la multa impuesta a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. por la infracción consistente en no haber reconocido los aportes reembolsables realizados por terceros, detectada en la supervisión muestral ejecutada en el año 2007, y **REDUCIR** dicha multa de 172,84 (ciento setenta y dos con ochenta y cuatro centésimas) UIT a 168 (ciento sesenta y ocho) UIT.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE

(...)"

(Texto según el Artículo 217 de la Ley N° 27444)"

