

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 094-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 08 de junio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600139210 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 30 de enero de 2018, por Empresa Municipal de Servicios Eléctricos de Utcubamba S.A.C. - EMSEU (en adelante, EMSEU), representada por el señor John Manuel Morales Flores, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 23-2018-OS/OR AMAZONAS del 5 de enero de 2018, a través de la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento de Supervisión de la Operatividad del Servicio de Alumbrado Público", aprobado por Resolución N° 078-2007-OS/CD (en adelante, el Procedimiento) en el periodo supervisado correspondiente al año 2015.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 23-2018-OS/OR AMAZONAS de fecha 5 de enero de 2018, se sancionó a EMSEU con multa ascendente a 30.62 (treinta con sesenta y dos centésimas) UIT, por incumplir el numeral 6.5 del Procedimiento en el año 2015¹.

En particular, se determinó que en la supervisión muestral EMSEU excedió la tolerancia de 1.5% de unidades de alumbrado público deficientes en zonas urbanas establecida en el Procedimiento al obtener un valor de 47.90% en el año 2015.

¹ PROCEDIMIENTO DE SUPERVISIÓN DE LA OPERATIVIDAD DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO -RESOLUCIÓN N° 078-2007-OS/CD MODIFICADO POR RESOLUCIÓN N° 220-2011-OS/CD

"6. PAUTAS PARA LA SUPERVISIÓN DE LA OPERATIVIDAD DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO

(...)

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 aquellas 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."

RESOLUCIÓN N° 094-2018-OS/TASTEM-S1

Cabe señalar que la infracción antes mencionada se encuentra tipificada en el literal A) del numeral 1 del Anexo N° 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 142-2008-OS/CD, que forma parte de la Tipificación y Escala de Multas de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD² (en adelante, el Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE).

2. Con escrito de registro N° 201600139210 del 30 de enero de 2018, EMSEU interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 23-2018-OS/OR AMAZONAS, solicitando se declare su nulidad en atención a los siguientes argumentos:

a) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que en la resolución apelada no se expone de manera lógica y ordenada la existencia de intencionalidad para ocasionar algún tipo de daño ni tampoco se señala el perjuicio causado a la sociedad ni las circunstancias de la comisión de la infracción. Ello, mas aun cuando no existe medio probatorio que evidencie el peligro a la seguridad pública.

Precisa que para levantar la observación referida a superar el valor de la tolerancia requiere de un presupuesto con el que no cuenta y que, además, tampoco cuenta con difusores y es necesario el cambio del kit de la luminaria completa. En ese sentido, solicita se le otorgue mayor tiempo para cumplir de acuerdo con su disponibilidad presupuestaria.



² ANEXO N° 5 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA - RESOLUCIÓN N° 142-2008-OS/CD

"1. TRANSGREDIR LAS TOLERANCIAS INDICADAS EN LOS NUMERALES 6.5 Y 7.4.3 DEL PROCEDIMIENTO

A. Multa para el numeral 6.5:

Se aplicará la multa por cada 0.1% de deficiencias de exceso respecto al porcentaje permitido (L) en el semestre, de acuerdo al siguiente cuadro:

Rango según el número de Unidades de Alumbrado Público del universo fiscalizado	Tramo			
	L a L+0.5%	Más de L+0.5% a L+1.0%	Más de L+1.0% a L+10%	Más de L+10%
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 5,000 a 10,000 U.A.P.	0.039	0.105	0.132	0.197
De 10,000 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	0.46
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	0.92
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	2.63	3.945
De 200,001 a más U.A.P.	1.434	3.825	4.781	7.172

RESOLUCIÓN N° 313-2008-OS/CD

"Artículo 1°.- Precisar respecto al literal A) del numeral 1 del Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 142-2008-OS/CD, lo siguiente:

"Se aplicará una multa en función del porcentaje de unidades de alumbrado público (U.A.P.) con deficiencias de la muestra fiscalizada, obtenido en el semestre evaluado. La multa a pagar está expresada para cada 0.1% en exceso de la tolerancia (L) establecida en el numeral 6.5 del Procedimiento de supervisión de la operatividad del Servicio de Alumbrado Público, tomando en consideración el número de U.A.P. del universo fiscalizado. El monto de la multa por cada 0.1% de la tolerancia establecida se fija por tramos de acuerdo al cuadro previsto (en el literal A del numeral 1) y expresado en UIT (Unidad Impositiva Tributaria)."

Agrega que de las deficiencias citadas en el numeral 2.1.1 de la resolución apelada, ha cumplido con subsanar de forma inmediata aquellas referidas a DT1, DT2, DT3 y DT4, quedando pendiente las setecientos treinta y ocho (738) deficiencias DT5³ respecto de las cuales se encuentra elaborando un plan de trabajo de acuerdo con su disponibilidad presupuestal, considerando que es necesaria una inversión aproximada de un millón de Soles. Ello, toda vez que las luminarias con las que cuenta son antiguas y no existen en el mercado el tipo de difusores que requieren siendo necesario cambiar el kit completo (pastoral, abrazaderas, cable NLT y conectores).

En ese sentido, alega que está cumpliendo con levantar las observaciones formuladas siendo que existe una causa justificada, como es la disponibilidad presupuestal, que no le permite subsanar totalmente todas las observaciones, lo cual realizará en el mediano plazo.



- b) Se ha vulnerado la presunción de veracidad en favor de los administrados. Precisa que en sus descargos manifestó las limitaciones presupuestales que tiene para levantar la observación referida a superar en 47% el valor de la tolerancia permitida siendo que, además, no se cuenta con difusores y que se requiere el cambio completo del kit de la luminaria, por lo que solicitó mayor tiempo para cumplir con ello. Del mismo modo, señaló que ha cumplido con subsanar las deficiencias DT1, DT2, DT3 y DT4, quedando pendiente subsanar setecientos treinta y ocho (738) deficiencias DT5 para lo cual está elaborando un plan de trabajo.

No obstante, lo manifestado en sus descargos, la primera instancia en el numeral 2.1.3 de la resolución impugnada, señala que no se han desvirtuado las observaciones formuladas afirmando que se encuentra pendiente de subsanar setenta y tres (73) deficiencias en instalaciones de media tensión, por lo que se ha incumplido con el literal b) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844.



Alega que en virtud del Principio de Veracidad se presume que las declaraciones de los administrados corresponden a la verdad en tanto no se cuente con evidencia en contrario, no siendo suficientes las conjeturas o indicios de probabilidad. Sostiene que se ha vulnerado este principio al señalarse que los descargos no desvirtúan las observaciones formuladas en su contra, es decir, no se ha otorgado credibilidad a sus afirmaciones. Ello, más aún cuando no se ha demostrado con pruebas que su accionar no sea acorde con lo que manifestó en sus descargos.

- c) Se ha vulnerado el Principio de Motivación de las resoluciones administrativas por cuanto no se ha expresado de forma coherente y concreta los hechos y razones legales que justifiquen la decisión adoptada. Asimismo, sostiene que la resolución apelada adolece de oscuridad, ambigüedad y vaguedad, siendo contradictoria e insuficiente. Ello, toda vez que no se establece de forma clara la imputación, lo que le genera un estado de indefensión, habiéndose limitado sólo a señalar los antecedentes, sin precisar cuál sería el riesgo para la seguridad pública.

³ Cabe señalar que de acuerdo con el numeral 4 del Procedimiento, la deficiencia DT5 corresponde a difusor inoperativo.

3. A través del Memorándum 6-2018-OS/OR AMAZONAS, recibido con fecha 8 de febrero de 2018, la Oficina Regional Amazonas remitió los actuados al TASTEM. Al respecto, este Tribunal luego de la revisión correspondiente ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
4. En cuanto a lo afirmado en el literal a) del numeral 2), en el sentido que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, debe precisarse que la sanción impuesta ha sido determinada conforme con la metodología prevista en el Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, la cual, para el caso de la infracción al numeral 6.5 del Procedimiento, establece el cálculo sobre la base del porcentaje de unidades de alumbrado público con deficiencias así como según el rango que corresponda atendiendo al universo de unidades de alumbrado público fiscalizado, previsto en la tabla contenida en el literal A del numeral 1 del citado Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE. Cabe señalar que la Resolución N° 142-2008-OS/CD, que aprobó la escala de multas mencionada, es de conocimiento público al haber sido publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 23 de febrero de 2008.



De otro lado, con relación a lo alegado respecto de las limitaciones presupuestarias para cumplir con subsanar las deficiencias, debe tenerse presente que acuerdo con el artículo 9° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, vigente al iniciarse el presente procedimiento, en concordancia con el artículo 89° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, así como con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, la responsabilidad de los administrados en el marco de los procedimientos sancionadores a cargo de OSINERGMIN, es objetiva⁴.



⁴ **REGlamento DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 272-2012-OS/CD**

“Artículo 9°.- Determinación de la 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. (...)”

REGlamento GENERAL DE OSINERGMIN – DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM

“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.”

LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN – LEY N° 27699

“Artículo 1°.- Facultad de tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, 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 administrativamente, de acuerdo a 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.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados.”

RESOLUCIÓN N° 094-2018-OS/TASTEM-S1

La responsabilidad objetiva constituye un criterio previsto en las normas que regulan los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de OSINERGMIN siendo que su aplicación resulta de la constatación del hecho y su calificación como infracción en el tipo administrativo sancionable.

En tal sentido, si bien la recurrente alega que viene adoptando medidas a fin de cumplir con subsanar las deficiencias de su parque de alumbrado público, ello no la exime de la responsabilidad administrativa respecto de los hechos constatados en el presente caso, como es haber superado la tolerancia de 1.5% de deficiencias de alumbrado público establecida en el Procedimiento, al obtener 47.9% de deficiencias del universo fiscalizado.

Asimismo, el plazo solicitado a fin de cumplir con subsanar todas las observaciones formuladas a su parque de alumbrado público, así como lo afirmado en el sentido que subsanará dichas observaciones en el mediano plazo, no constituyen un eximente de responsabilidad. Debe tenerse presente que es obligación de la recurrente cumplir con los estándares establecidos en el Procedimiento, al cual se sujetan todas las empresas del sector.

Debe tenerse presente que conforme se establece en el literal b) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844, corresponde a EMSEU, como titular de la concesión, la obligación permanente de mantener y conservar su infraestructura eléctrica en condiciones adecuadas para su operación eficiente. En tal sentido, atendiendo al estándar legal antes indicado la recurrente debió adoptar las medidas necesarias a fin de mantener permanentemente operativas sus unidades de alumbrado público de tal manera que no se exceda el porcentaje de tolerancia de 1.5% de unidades deficientes en zonas urbanas, establecido en el numeral 6.5 del Procedimiento.

Del mismo modo, es importante destacar que corresponde a la recurrente adoptar las medidas necesarias a fin de que las dificultades que alega no afecten el cumplimiento de sus obligaciones. Ello más aun cuando la supervisión de la operatividad del servicio de alumbrado público se efectúa periódicamente y los resultados son notificados a los concesionarios, por lo que tienen conocimiento de sus niveles de cumplimiento de los estándares requeridos, lo que les permitiría disponer anticipadamente de las medidas necesarias a fin de no exceder las tolerancias previstas en el Procedimiento.

En ese sentido, se desestima lo alegado en este extremo.

5. Respecto de lo señalado en el literal b) del numeral 2) en cuanto a la vulneración del Principio de Presunción de Veracidad de los descargos de la recurrente, debe tenerse presente que en virtud del Principio de Licitud establecido en el numeral 9) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes en tanto no cuenten con evidencia en contrario.

Al respecto, como se ha señalado en el numeral anterior, se constató que EMSEU excedió el porcentaje de tolerancia de deficiencias de sus unidades de alumbrado público ascendente a



RESOLUCIÓN N° 094-2018-OS/TASTEM-S1

1.5% al obtener 47.90%. Ello, tal como se indica en el Informe de Supervisión N° 086PJ/2015-2016-12-05, obrante de fojas 6 a 11 del expediente, por lo que al haberse acreditado el incumplimiento en cuestión se revierte la presunción de inocencia prevista por el Principio de Licitud, correspondiendo al administrado desvirtuar los hechos que se le imputan y evidenciar que su actuar ha sido conforme a ley.

En el presente caso, si bien la recurrente alega la existencia de dificultades presupuestarias y técnicas para subsanar las deficiencias identificadas en su parque de alumbrado público, dichas circunstancias no resultan relevantes a efectos de desvirtuar los hechos constatados. Como se ha señalado en el numeral 4), la responsabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin es objetiva. Por lo tanto, no es materia de análisis, a efectos de establecer la responsabilidad administrativa, analizar circunstancias como las alegadas por la recurrente.

En tal sentido, al margen de la veracidad que puedan revestir las afirmaciones de la recurrente respecto de las dificultades presupuestarias y técnicas que vendría enfrentando, ello no implica que constituyan un eximente de responsabilidad.

En consecuencia, se desestima lo alegado en este extremo.

6. En cuanto a lo señalado en el literal c) del numeral 2), respecto a la vulneración del Principio de Motivación de las resoluciones, debe señalarse que de la revisión de la resolución apelada se advierte que en ella se ha consignado expresamente la imputación formulada contra la recurrente, así como los fundamentos legales que sustentan dicha imputación. En efecto, en el numeral 1.3 de la mencionada resolución se consigna el cuadro conteniendo la descripción de la conducta imputada, esto es, exceder la tolerancia de deficiencias de unidades de alumbrado público deficientes al obtener un 47.90% que supera el 1.5% establecido como tolerancia. Asimismo, se consigna expresamente la obligación normativa incumplida, en este caso, el numeral 6.5 del Procedimiento, así como la tipificación aplicable como es el literal A del numeral 1 del Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE.

Asimismo, no se aprecia en el pronunciamiento apelado vaguedad, oscuridad, insuficiencia o contradicción como se alega. Por el contrario, se han descrito los hechos que sustentaron la imputación, como son los resultados de la supervisión efectuada al parque de alumbrado público, así como la evaluación efectuada a los descargos de la recurrente y la determinación de la sanción aplicada con el sustento normativo aplicable, no encontrándose contradicción alguna en la evaluación y decisión adoptada por la primera instancia.

De otro lado, en cuanto al riesgo que señala la recurrente no habría sido tomado en cuenta, se reitera lo señalado en el numeral) en el sentido que la sanción impuesta ha sido determinada conforme a la metodología establecida en el Anexo 5 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE.

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas, este Tribunal considera oportuno advertir que la existencia de un alto número de deficiencias tipo DT5 en el parque de alumbrado público de la



RESOLUCIÓN N° 094-2018-OS/TASTEM-S1

recurrente⁵ podría constituir un riesgo para la seguridad pública en tanto no se adopten medidas inmediatas a efectos de corregir ello. En efecto, la deficiencia tipo DT5 está referida a la inoperatividad de luminarias de tal manera que no puedan cumplir con su función operativa⁶, esto es brindar alumbrado. El alto porcentaje de unidades con esta deficiencia también fue advertido durante la supervisión habiéndose indicado, además, que gran parte de las luminarias eran tipo MIR antiguas y que se encontraron luminarias tipo ECOM de Na. 70W sin difusor.

En virtud de lo antes indicado es importante tener presente que corresponde a la recurrente adoptar las medidas que correspondan a fin de subsanar las deficiencias de su parque de alumbrado público, lo que resulta consecuente con la obligación a la que se encuentra sujeta en virtud del literal b) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844, citada en el numeral 4), esto es mantener su infraestructura en condiciones adecuadas para una operación eficiente.

En tal sentido, se desestima lo alegado en este extremo.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Empresa Municipal de Servicios Eléctricos de Utcubamba S.A.C. - EMSEU contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 23-2018-OS/OR AMAZONAS del 5 de enero de 2018 y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE

⁵ Conforme se verificó durante la supervisión de las mil quinientas noventa y nueve (1 599) unidades de alumbrado público inspeccionadas, setecientas treinta y ocho (738) presentaban deficiencias tipo DT5. Ello, según se consigna en el Informe de Supervisión N° 086PJ/2015-2016-12-05, a fojas 8 del expediente.

⁶ PROCEDIMIENTO DE SUPERVISIÓN DE LA OPERATIVIDAD DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO -RESOLUCIÓN N° 078-2007-OS/CD MODIFICADO POR RESOLUCIÓN N° 220-2011-OS/CD

"4. DEFINICIONES

Deficiencias típicas: grupo de deficiencias de alumbrado público consideradas en el procedimiento para efectos de la supervisión de la operatividad de la UAP, reportes de deficiencias (denuncias) y plazos de subsanación. Se clasifican de la siguiente manera:

(...)

DT5: Difusor inoperativo.- Cuando el difusor de la luminaria esté roto, desprendido fuera de su posición de diseño, inexistente u opacado, que no permite el cumplimiento de su función operativa."