

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 27 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201400015195 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 21 de agosto de 2017 por Empresa Regional de Servicio de Electricidad Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, ELECTRO SUR ESTE)¹, representada por el señor Amílcar Tello Álvarez, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO de fecha 31 de julio de 2017, mediante la cual se la sancionó por haber incumplido diversas normas relacionadas con la promoción del suministro del servicio público de electricidad en zonas urbano marginales del país.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO del 31 de julio de 2017, se sancionó a ELECTRO SUR ESTE con una multa de 214,79 (Doscientos catorce con setenta y nueve centésimas) UIT, por haber incumplido el Decreto de Urgencia N° 116-2009, modificado por el Decreto de Urgencia N° 032-2010, y el Decreto Supremo N° 010-2010-EM, normas relacionadas con la promoción del suministro del servicio público de electricidad en zonas urbano marginales del país, detectado durante una supervisión especial realizada a solicitud del Ministerio de Energía y Minas, según el siguiente detalle:
 - a) Haber incumplido el Convenio de Financiamiento N° 035B-2010-MEM del 22 de octubre de 2010, debido que el Ministerio de Energía Minas financió, con carácter reembolsable, la suma de S/. 3 826 000,00 para que ELECTRO SUR ESTE realice las obras "Electrificación departamento del Cusco, Sector Cusco, Zona Marginal 4", "Electrificación departamento del Cusco, Sector Cusco, Zona Marginal 5" y "Electrificación departamento del Cusco, Sector Cusco, Zona Marginal 6", que comprendía la ejecución de 3 826 conexiones domiciliarias, con un importe máximo a financiar de S/. 1 000,00 por cada conexión domiciliaria; sin embargo, ELECTRO SUR ESTE liquidó solo 3 548 conexiones atendidas. En consecuencia, en la medida que ELECTRO SUR ESTE incumplió el citado convenio, al no haber instalado 278 conexiones domiciliarias del total al que se comprometió, debió devolver al Ministerio de Energía y Minas el importe de S/. 278 000,00 por las conexiones que no fueron atendidas.
 - b) Haber incumplido con lo establecido en el Compromiso de Devolución del 22 de octubre de 2010, modificado el 24 de abril de 2012, referido a la devolución por parte del Ministerio de Energía y Minas del costo de las conexiones eléctricas correspondientes a las obras "Electrificación departamento del Cusco, Sector Cusco, Zona Marginal 4", "Electrificación



¹ ELECTRO SUR ESTE es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión los departamentos de Cusco, Apurímac y Madre de Dios.

RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

departamento del Cusco, Sector Cusco, Zona Marginal 5" y "Electrificación departamento del Cusco, Sector Cusco, Zona Marginal 6", debido a que ELECTRO SUR ESTE liquidó 3 548 conexiones domiciliarias por un monto total de S/. 1 371 335,90; por lo que debió devolver al Ministerio de Energía y Minas el importe de S/. 164 309,48, que es la diferencia entre el monto desembolsado por el citado ministerio y el monto liquidado por la concesionaria.

Asimismo, en la supervisión se observó que en la liquidación de conexiones que ELECTRO SUR ESTE presentó al Ministerio de Energía y Minas, los costos por conexión no correspondían a los costos regulados por Osinergmin en cuanto a 3 548 conexiones domiciliarias y 678 mástiles, correspondiendo que ELECTRO SUR ESTE devolviera S/. 204 988,50 por estos conceptos. Además, se determinó que, en 7 casos de una muestra de 253 suministros evaluados, ELECTRO SUR ESTE había incluido inmuebles que ya contaban con conexión domiciliaria. Por tanto, al extrapolar aquellos casos a la población que representaba la muestra evaluada (3 548 suministros), resultaba un total de 98 suministros que no debieron ser incluidos por ELECTRO SUR ESTE en la liquidación presentada al Ministerio de Energía y Minas, correspondiendo que la concesionaria también devolviera S/. 32 215,91 por este concepto.

En este sentido, se determinó que ELECTRO SUR ESTE debió devolver al Ministerio de Energía y Minas el importe total de S/. 401 513,89, relacionado con las observaciones advertidas respecto al Compromiso de Devolución del 22 de octubre de 2010, modificado el 24 de abril de 2012.

- c) Haber incumplido el Convenio de Financiamiento N° 038A-2010-MEM del 19 de noviembre de 2010, modificado el 24 de abril de 2012, debido que el Ministerio de Energía Minas financió, con carácter reembolsable, la suma de S/. 1 170 000,00 para que ELECTRO SUR ESTE realice la obra "Electrificación departamento de Apurímac, Sector Andahuaylas 5", que comprendía la ejecución de 1 170 conexiones domiciliarias, con un importe máximo a financiar de S/. 1 000,00 por cada conexión domiciliaria; sin embargo, ELECTRO SUR ESTE liquidó solo 809 conexiones atendidas. En consecuencia, en la medida que ELECTRO SUR ESTE incumplió el citado convenio, al no haber instalado 361 conexiones domiciliarias del total al que se comprometió, debió devolver al Ministerio de Energía y Minas el importe de S/. 361 000,00 por las conexiones que no fueron atendidas.
- d) Haber incumplido con lo establecido en el Compromiso de Devolución del 19 de noviembre de 2010, modificado el 24 de abril de 2012, referido a la devolución por parte del Ministerio de Energía y Minas del costo de las conexiones eléctricas correspondientes a la obra "Electrificación departamento de Apurímac, Sector Andahuaylas 5", debido a que ELECTRO SUR ESTE liquidó 809 conexiones domiciliarias por un monto total de S/. 294 609,14; por lo que debió devolver al Ministerio de Energía y Minas el importe de S/. 162 183,43, que es la diferencia entre el monto desembolsado por el citado ministerio y el monto liquidado por la concesionaria.

Asimismo, en la supervisión se observó que en la liquidación de conexiones que ELECTRO SUR ESTE presentó al Ministerio de Energía y Minas, los costos por conexión no



RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-51

correspondían a los costos regulados por Osinergmin en cuanto a 809 conexiones domiciliarias, correspondiendo que ELECTRO SUR ESTE devolviera S/. 69 318,82 por este concepto. Además, se determinó que, en 2 casos de una muestra de 204 suministros evaluados, ELECTRO SUR ESTE había incluido inmuebles que ya contaban con conexión domiciliaria. Por tanto, al extrapolar aquellos casos a la población que representaba la muestra evaluada (809 suministros), resultaba un total de 8 suministros que no debieron ser incluidos por ELECTRO SUR ESTE en la liquidación presentada al Ministerio de Energía y Minas, correspondiendo que la concesionaria también devolviera S/. 2 227,84 por este concepto.

En este sentido, se determinó que ELECTRO SUR ESTE debió devolver al Ministerio de Energía y Minas el importe total de S/. 233 730,09, relacionado con las observaciones advertidas respecto al Compromiso de Devolución del 19 de noviembre de 2010, modificado el 24 de abril de 2012.



Cabe indicar que la primera instancia señaló que los incumplimientos imputados a ELECTRO SUR ESTE se encuentran tipificados como infracción administrativa en el numeral 1.10² del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

2. Por escrito de registro N° 201400015195 del 21 de agosto de 2017, ELECTRO SUR ESTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO, en atención a los siguientes argumentos:



- a) En sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 389-2017-OS/OR-CUSCO, ha sostenido que los convenios suscritos con el Ministerio de Energía y Minas en el marco del Decreto de Urgencia N° 116-2009, corresponden a contratos de naturaleza civil y, por lo tanto, su ejecución se rige por las normas de derecho privado contenidas en el Código Civil, excluyéndose cualquier posibilidad de que Osinergmin use sus facultades de supervisión y fiscalización.
- b) Si bien es cierto las transferencias y compromisos de devolución suscritos por el Ministerio de Energía y Minas con ELECTRO SUR ESTE tienen como sustento legal lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 116-2009 y sus normas modificatorias, estas normas son solo autorizaciones necesarias para las entidades y empresas públicas, puesto que éstas no pueden celebrar actos jurídicos sin la habilitación previa. Por esta razón, los mencionados decretos solo configuran un marco habilitante, pero por sí mismos no establecen obligación

² ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA – ANEXO 1

N°	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4
1.10.	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	Art. 201° inc. P) del Reglamento	Amonestación De 1 a 1000 UIT	– (M) Hasta 200 UIT	– (M) Hasta 300 UIT	– (M) Hasta 500 UIT	– (M) Hasta 1000 UIT

RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

alguna para ELECTRO SUR ESTE. Las obligaciones nacen estrictamente de los acuerdos entre ELECTRO SUR ESTE y el Ministerio de Energía y Minas, que finalmente se materializan en los convenios de inversión.

- c) Cuando la ley habilita a Osinergmin a supervisar las obligaciones de las concesionarias, lo hace evidentemente en las obligaciones de origen regulatorio, que nacen de su condición de concesionaria de distribución. En el mismo sentido, queda claro que no toda obligación asumida por un distribuidor tiene origen regulatorio y, en el caso que nos concierne, el Ministerio de Energía y Minas pudo emplear otro mecanismo para hacer inversiones. No hay una obligación de la concesionaria de realizar inversiones en nombre del Ministerio de Energía y Minas, tanto así que tuvo que habilitarse un marco especial para que se pudieran suscribir convenios.
- d) Osinergmin puede supervisar el cumplimiento de las obligaciones de la concesionaria, incluyendo las de los contratos de concesiones eléctricas. Sin embargo, los convenios celebrados no tienen origen regulatorio ni son contratos de concesiones eléctricas; por lo cual el ejercicio de la función de supervisión carece de sustento en el presente caso y hace evidente la incompetencia de Osinergmin sobre la materia.
- e) La actuación de la Oficina Regional Cusco atenta contra el contenido de los mismos convenios que supuestamente busca hacer cumplir. La Oficina Regional Cusco indica que existe un incumplimiento, mientras que ELECTRO SUR ESTE sostiene que no ha incumplido los convenios celebrados con el Ministerio de Energía y Minas. En consecuencia, existe indubitablemente una controversia sobre el cumplimiento del convenio que debe ser solucionada por las partes mediante trato directo o mediante un proceso arbitral, conforme a lo estipulado en la cláusula décimo segunda de los convenios.
- f) La actuación sancionadora de la Oficina Regional Cusco es ilegal, al carecer de cualquier sustento legal, pues se trata de compeler el cumplimiento de convenios actuando como Estado cuando son las partes las que deben solucionar las controversias mediante trato directo o un proceso arbitral.
- g) La Oficina Regional Cusco sostiene que ELECTRO SUR ESTE debió realizar las liquidaciones de las obras construidas en el marco de los convenios celebrados bajo los alcances del Decreto de Urgencia N° 116-2009, basándose en lo establecido en la Resolución N° 153-2011-OS/CD. Sin embargo, tal argumento carece de sustento, puesto que la mencionada resolución nunca fue contemplada por las partes al momento de celebrar los convenios por los cuales se establece la relación de crédito que es reclamada a favor del Ministerio de Energía y Minas. ELECTRO SUR ESTE no se encuentra sometida a la mencionada disposición, siempre que ésta no sea incorporada en el texto contractual como una obligación.
- h) Las limitaciones previstas por otras normas relacionadas al Decreto de Urgencia N° 116-2009 no pueden ser aplicables a la relación contractual establecida por los convenios celebrados entre el Ministerio de Energía y Minas y ELECTRO SUR ESTE, pues involucraría



RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

una modificación a las condiciones contractuales y, en consecuencia, una violación a la libertad contractual reconocida por la Constitución.

- i) La utilización de métodos estadísticos en un procedimiento administrativo sancionador atenta contra el Principio de Verdad Material establecido en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), dado que la Oficina Regional Cusco tiene la carga de probar que todos los hechos en los que se sustenta la imposición de su sanción sean verdaderos. Por tal motivo, el uso de métodos estadísticos para calcular las presuntas infracciones es incompatible, ya que la estadística parte de una inferencia de la realidad, que nunca involucra una comprobación objetiva de los hechos.
- j) En este sentido, carece de cualquier fundamento jurídico que la Oficina Regional Cusco sustente la validez del uso de los métodos estadísticos en la supuesta oportunidad de ELECTRO SUR ESTE de poder presentar pruebas que contradigan la sanción, pues la Oficina Regional Cusco tiene la carga de probar la responsabilidad administrativa y, por ende, la sanción. No existe ninguna disposición legal que sustente una obligación de ELECTRO SUR ESTE de probar que las imputaciones en su contra son falsas. Por el contrario, toda la normativa dispone que es el deber de la Administración acreditar los hechos que sustentan su imputación y no utilizar simples estadísticas.
- k) En sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 389-2017-OS/OR-CUSCO, argumentó que había pasado ampliamente el plazo establecido por el reglamento de Osinergmin para resolver el procedimiento. Sin embargo, la Oficina Regional Cusco no hace referencia al plazo para resolver, sino al plazo para ejercer la potestad sancionadora.
- l) En consecuencia, la Oficina Regional Cusco cometió un error al revisar los descargos presentados por ELECTRO SUR ESTE, en tanto ha confundido el plazo máximo para resolver (concluir) el procedimiento con el plazo para la prescripción de la potestad sancionadora. Por consiguiente, al no haber respondido los argumentos que fueron expuestos en sus descargos, la resolución impugnada incurrió en causal de nulidad, por adolecer de una motivación aparente.
- m) Solicita que se le otorgue el uso de la palabra.
3. Mediante Memorándum N° 36-2017-OS/OR CUSCO, recibido el 29 de agosto de 2017, la Oficina Regional Cusco remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
4. Previamente al análisis de los argumentos expuestos por ELECTRO SUR ESTE en su recurso de apelación del 21 de agosto de 2017, este Órgano Colegiado considera necesario indicar que el numeral 18.8 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador



RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

de Osinergmin³, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, vigente cuando se inició el presente procedimiento, establecía que los administrados podían solicitar por escrito el uso de la palabra durante la tramitación del procedimiento sancionador, quedando a criterio de los órganos competentes de Osinergmin la realización de dicha diligencia. Además, precisaba que la negativa a la solicitud de uso de la palabra debía encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.

De la revisión del escrito de registro N° 201400015195 del 19 de abril de 2016, a través del cual ELECTRO SUR ESTE presentó sus descargos al oficio de inicio del presente procedimiento sancionador, se aprecia que dicha concesionaria solicitó que se le otorgue el uso de la palabra, al amparo del citado numeral 18.8 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin.

Sin embargo, del análisis del expediente no se advierte que en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO, ni en alguno otro documento, la primera instancia administrativa haya emitido pronunciamiento alguno sobre la solicitud de uso de la palabra presentada por ELECTRO SUR ESTE, conforme lo exige la normativa vigente.

Al respecto, debe tenerse presente que el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el Principio del Debido Procedimiento, conforme al cual los administrados tienen derecho a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer sus argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente; y a impugnar las decisiones que los afecten⁴.

³ "Artículo 18°.- Inicio del Procedimiento.

(...)

18.8. Los administrados podrán solicitar por escrito el uso de la palabra durante la tramitación del procedimiento sancionador. Quedará a criterio de los Órganos competentes de OSINERGMIN la realización de dicha diligencia. La negativa a la solicitud de uso de la palabra deberá encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento. Asimismo, los administrados tendrán acceso a las actuaciones, documentos e información generada o recopilada en el procedimiento sancionador, pudiendo obtener copias, así como solicitar y acceder a la lectura del expediente en cualquier etapa del procedimiento, conforme a lo señalado en las disposiciones legales sobre la materia."

⁴ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2 Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer sus argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo."

RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

Asimismo, el numeral 4) del artículo 3^{o5} del TUO de la LPAG establece como requisito de validez de los actos administrativos, la motivación en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

En este sentido, en la medida que no se emitió un pronunciamiento debidamente motivado sobre la solicitud de uso de la palabra planteada por ELECTRO SUR ESTE, la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) (contravención a la ley y a las normas reglamentarias) y 2) (defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo: motivación) del artículo 10° del TUO de la LPAG⁶.

En consecuencia, al amparo de los numerales 211.1 y 211.2 del artículo 211^{o7} del TUO de la LPAG, corresponde que este Órgano Colegiado declare de oficio la nulidad de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO del 31 de julio de 2017, así como de lo actuado con posterioridad a ésta, y devolver los actuados a la primera instancia administrativa a efectos de que emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a las consideraciones expuestas en la presente resolución, motivando debidamente su decisión respecto a la solicitud de uso de la palabra planteada por ELECTRO SUR ESTE.

5. Atendiendo a lo indicado en el numeral precedente, este Órgano Colegiado considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los alegatos de la concesionaria a los que se ha hecho mención en el numeral 2) de la presente resolución. Además, considerando que se está declarando la nulidad de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO y de lo actuado con posterioridad, este Órgano Colegiado no considera necesaria la realización de un informe oral en este estado del procedimiento.

⁵ "Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. **Motivación.**- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."

⁶ "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 a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
(...)"

⁷ "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.

(...)"

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 1

RESOLUCIÓN N° 275-2018-OS/TASTEM-S1

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

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar de oficio la **NULIDAD** de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1077-2017-OS/OR CUSCO del 31 de julio de 2017, así como de lo actuado con posterioridad a ésta, y **DEVOLVER** los actuados a la primera instancia administrativa a fin de que emita un nuevo pronunciamiento, conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

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

