

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

SALA 1

RESOLUCIÓN Nº 152-2017-2017-OS/TASTEM-S1

Lima, 10 de noviembre de 2017

VISTO:

El Expediente Nº 2014-007¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto el 11 de setiembre de 2015 por Enel Distribución Perú S.A.A. (antes Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. - EDELNOR)², representada por el señor Joel Sandro Ivanor Principe, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 1878-2015 del 14 de agosto de 2015, mediante la que se declaró fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 855-2014 del 17 de junio de 2014, a través de la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión de las Instalaciones de Distribución Eléctrica por Seguridad Pública", aprobado por Resolución Nº 228-2009-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), en el periodo 2012.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 855-2014 del 17 de junio de 2014, se sancionó a Enel Distribución Perú S.A.A. con una multa de 277.39 (doscientos setenta y siete con treinta y nueve centésimas) UIT, por incumplir el procedimiento en el periodo 2012, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Ítem	Infracción	Sanción UIT
1	Incumplir la meta anual de subsanación de deficiencias de baja tensión y conexiones eléctricas para el periodo 2012, establecida conforme lo dispuesto en el numeral 7.2 del Procedimiento, toda vez que se ha verificado que se ha excedido las tolerancias conforme a lo dispuesto en el numeral 3.1 de la Escala de Multas del Procedimiento.	277.39
Total		277.39 UIT

Cabe señalar que el incumplimiento imputado en el cuadro anterior constituye infracción administrativa conforme a la tipificación contenida en el numeral 3.2 del Anexo 16 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución Nº 129-2011-OS/CD³.

¹ A este expediente se le ha asignado el número SIGED 201300025010.

² ENEL DISTRIBUCIÓN S.A.A. es una empresa de distribución de tipo 4, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 2 de la Resolución Nº 028-2003-OS/CD y su ámbito de concesión comprende la zona norte de Lima Metropolitana, Provincia Constitucional del Callao y las provincias de Huaura, Huaral, Barranca y Oyón.

³ ANEXO 16 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA, APROBADA POR RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 129-2011-OS/CD.

"3.2 Formula para el Cálculo de la Multa

$$Mst = (Ist - T) * Fst * Pst$$

Donde:

Mst : Multa parcial en UIT para cada deficiencia tipificada y por cada sector típico.

Ist : Nº def / Muestra st = Indicador de la deficiencia, según el sector típico y tipificación.

T : Tolerancia de la deficiencia tipificada (Cuadro Nº 3.1)

RESOLUCIÓN Nº 152-2017-OS/TASTEM-S1

2. Por escrito de fecha 14 de julio de 2014, complementado el 15 de julio de 2014, Enel Distribución Perú S.A.A. interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 855-2014, el cual fue declarado fundado en parte mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 1878-2015 del 14 de agosto de 2015, reduciéndose la multa impuesta de 277.39 (doscientos setenta y siete con treinta y nueve centésimas) UIT a 200.96 (doscientos con noventa y seis centésimas) UIT.
3. A través del escrito de registro Nº 201500025010 de 11 de setiembre de 2015, Enel Distribución Perú S.A.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 1878-2015, en atención a los siguientes argumentos:
 - a) Respecto al proceso de selección de las muestras (de conexiones eléctricas), señala que las razones expuestas en el Informe Técnico N° GFE-UDAP-18-2015, que buscan justificar la elección de un muestreo estadístico previsto en el Procedimiento, son deficientes dado que la identificación de un predio está plenamente reconocida, más aún en una zona urbana. Además, indica que, si bien se pueden definir zonas muestrales o conglomerados no se puede tener como variable influyente la carga de trabajo, más aún si esto afecta la selección aleatoria de la segunda unidad de muestreo y la dispersión muestral al unir ambas etapas del estudio.

Asimismo, sostiene que no se debería considerar un diseño muestral por conglomerados en una sola etapa dado que, tal como se indicó se seleccionarían subestaciones. Precisa que lo correcto sería la aplicación de un muestreo por conglomerados en dos etapas, consistentes en tomar – en una primera etapa – conglomerados (unidades primarias, PSU) y, a continuación, tomar un número específico de unidades de cada conglomerado seleccionado (unidades secundarias, SSU), cada etapa con un tipo de muestreo ya definido.

Finalmente, refiere que, de lo señalado por la primera instancia en cuanto a que el proceso de supervisión: una vez elegido el alimentador se registraría la información de todos los puntos fiscalizables que contiene el alimentador hasta completar la cuota muestral, se observa que sólo existiría una metodología para la primera etapa de muestreo, más no para la segunda etapa, es decir, sólo existiría una metodología para las subestaciones (PSU), mientras que para las conexiones/clientes (SSU) sólo existe la elección de unidades hasta completar cuotas.

- b) Respecto a la elaboración de la muestra para conexiones eléctricas, menciona que se han elegido diez (10) subestaciones como conglomerado de un total ocho mil trescientas sesenta y cinco (8365) subestaciones elegibles, demostrándose que no existe una metodología de selección para la segunda etapa de muestreo. Agrega, acerca del muestreo realizado, que tiene las siguientes cinco (5) consideraciones:

Pst : Parque de instalaciones, según el sector típico y tipo de instalación.

Fst : Valor unitario de la multa, según la tipificación y grupo de tolerancias (Cuadro Nº 3.1)

Y la multa total por incumplimiento de metas de subsanación de deficiencias en las instalaciones eléctricas de baja tensión es:

$$MBT = Mst1 + Mst2 + Mst3 + Mst4 + Mst5$$

- 
- 
- i) Sobre la determinación del tipo de muestreo, indica que las razones para trabajar con un muestreo complejo no son concluyentes ni mucho menos justificadas, que la concesionaria presta servicios de distribución eléctrica mayormente en zonas urbanas, por lo que todos ellos pueden comprender como posibles unidades muestrales por seleccionar. Destaca que, en la determinación del tipo de muestreo, no se usó un criterio de selección del número de conglomerados o número de unidades muestrales en primera etapa ni tampoco en la segunda etapa donde se selecciona a los suministros.
- ii) Sobre el tipo de muestreo, indica que en el informe técnico presentado se utiliza un diseño por conglomerados en una sola etapa, mientras que los resultados e identificación de unidades muestrales presume que éste tiene dos etapas. Precisa que sí se tiene un diseño por conglomerado en una sola etapa, la unidad final de muestreo no representaría el verdadero objetivo que busca esta supervisión, la cual se enfoca en las instalaciones eléctricas de los clientes o suministros y no de las subestaciones.
- iii) Sobre la selección en segunda etapa de muestreo, refiere que la forma de seleccionar los puntos fiscalizables, teniendo en cuenta el término *“hasta completar la cuota de la muestra”*, denota que no existe una metodología de selección para la segunda etapa de muestreo. Lo que quiere decir que no se utilizó la información brindada por la concesionaria, por tanto, el enfoque de muestreo por conglomerado replantaría el objetivo del estudio para tener a cada conglomerado como unidad final del estudio y no a las unidades fiscalizables o unidades de supervisión que están representados por los suministros o clientes, invalidando a las inferencias establecidas en esta etapa de muestreo.
- iv) Sobre la muestra, concluye que no existe un patrón de muestreo en la segunda etapa, es decir, no existe un criterio único para la selección de las cantidades muestrales en la segunda etapa. Sin embargo, en las diez (10) subestaciones materia de fiscalización se determinan variables en las SSU que evidencian que nunca se usó un criterio tangible que refleje la dispersión del universo de suministros de Enel Distribución Perú S.A.A. Por lo que, sostiene que en la medida que no existe un criterio para la selección de las unidades secundarias de muestreo, se invalida el método de selección en esta etapa, así como la aplicación del muestreo presentado.
- v) Sobre la dispersión de la muestra, refiere que la selección de las unidades primarias muestra poca dispersión, tomando en consideración el área total de la concesión, toda vez que no se tuvo en cuenta datos importantes como el tamaño del distrito, tamaño de las subestaciones y otros datos que permitirían que la muestra sea representativa. Agrega que las subestaciones que formaron parte de la fiscalización no se encuentran lo suficientemente dispersas tanto en el norte chico como en Lima y Callao e igualmente de manera conjunta esto debido a las pocas unidades de muestreo seleccionadas en la primera etapa del diseño y la falta de un criterio de selección tanto de la cantidad de unidades

RESOLUCIÓN Nº 152-2017-OS/TASTEM-S1

como de las unidades mismas en la primera etapa de muestreo, por lo que, no se ha cumplido con la aleatoriedad que establece el Procedimiento.

Por lo expuesto, en la etapa de supervisión y fiscalización, no se cumplió con garantizar que se haya efectuado un sistema de muestra de manera aleatoria, por lo que debe archiversse el presente procedimiento.

- 
4. A través del Memorandum Nº GFE-2015-1048, recibido el 21 de setiembre de 2015, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin remitió al TASTEM el expediente materia de análisis, el cual luego de su estudio y revisión permite llegar a las conclusiones que se señalan a continuación.
 5. Antes de proceder al análisis de las alegaciones formuladas en el numeral 3) de la presente resolución, este Órgano Colegiado considera pertinente pronunciarse sobre la competencia de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 855-2014 del 17 de junio de 2014.

Al respecto, debe tenerse presente que de acuerdo con el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS (en adelante TUO de la LPAG), las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas⁴.



Asimismo, de conformidad con el Principio del Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del TUO de la LPAG, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, los cuales comprenden, entre otros, a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente.

Mediante Resolución Nº 023-2013-OS/CD del 19 de febrero de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de marzo de 2013, el Consejo Directivo de Osinergmin modificó el artículo 2º de la Resolución Nº 642-2007-OS/CD, que determinó las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora de Osinergmin. Así, se estableció que, en primera instancia, sea la Gerencia de Fiscalización Eléctrica el órgano sancionador en los

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO Nº 006-2017-JUS**
"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:

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

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 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.

(...)"

procedimientos administrativos sancionadores que se iniciaran por incumplimientos de las normas del subsector electricidad.

En este sentido, se advierte que cuando la Gerencia de Fiscalización Eléctrica emitió la Resolución Nº 855-2014, esto es el 17 de junio de 2014, sí tenía competencia para actuar en calidad de órgano sancionador en los procedimientos sancionadores por incumplimientos derivados de la supervisión de la normativa sobre contribuciones reembolsables en el servicio público de electricidad.

Posteriormente, mediante Resolución Nº 073-2015-OS/CD, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 22 de abril de 2015, se modificaron las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora de Osinergmin. Así, de acuerdo con el ítem 1 del Anexo Nº 1 y el artículo 4^º de la citada resolución, se estableció que a partir del 15 de mayo de 2015 el Gerente de Operaciones y las Oficinas Regionales de Osinergmin serían los órganos sancionadores en procedimientos sancionadores por incumplimientos derivados de la supervisión de instalaciones eléctricas por seguridad pública.

En efecto, en el ítem 1 del Anexo Nº 1 de la Resolución Nº 073-2015-OS/CD, que forma parte integrante de la misma, se indicó lo siguiente:

Ítem	Órgano Instructor	Órgano Sancionador	Agentes	Materia
1.	Gerente de Operaciones (Lima y Callao) Oficinas Regionales (regiones distintas de Lima y Callao)		(...) EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA	(...) En ELECTRICIDAD Respecto de las actividades de distribución eléctrica: (...) n) Incumplimientos derivados de la supervisión de instalaciones eléctricas por seguridad pública.

En tal sentido, se advierte que, a partir del 15 de mayo de 2015, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica dejó de ser competente para ejercer la función sancionadora en el marco de los procedimientos sancionadores por incumplimientos derivados de la supervisión de instalaciones por seguridad pública, labor que, conforme se ha expuesto, fue encomendada al Gerente de Operaciones y a las Oficinas Regionales de Osinergmin.

Cabe señalar que la norma modificatoria antes citada, es decir, la Resolución Nº 073-2015-OS/CD, no estableció disposición alguna con relación a los procedimientos en trámite, para exceptuarlos de la competencia del Gerente de Operaciones o de las Oficinas Regionales de Osinergmin, según sea el caso.

Asimismo, debe precisarse que el artículo 75º del TUO de la LPAG estipula que si durante la tramitación de un procedimiento administrativo la competencia para conocerlo es

⁵ "Artículo 4º. - Vigencia

La presente norma entrará en vigencia de la siguiente manera:

- El ítem 1 respecto de las actividades de comercialización eléctrica, literales a) al l), el 30 de abril de 2015.
- El ítem 1 respecto de las actividades de distribución eléctrica, literales m) a t) a excepción del p), el 15 de mayo de 2015.
- Las demás disposiciones, a partir del día siguiente de su publicación."

RESOLUCIÓN Nº 152-2017-OS/TASTEM-S1

transferida a otro órgano o entidad administrativa por motivos organizacionales, éste continuará el procedimiento sin retrotraer etapas ni suspender plazos⁶.

En este orden de ideas, si bien la Resolución Nº 855-2014 de fecha 17 de junio de 2014, objeto del recurso de reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A., fue emitida por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, órgano sancionador competente en esa oportunidad para conocer los procedimientos sancionadores por incumplimientos derivados de la supervisión de instalaciones por seguridad pública, es también cierto que a partir de la vigencia de la Resolución Nº 073-2015-OS/CD, esto es, desde el 15 de mayo de 2015, se dispuso que la autoridad competente para sancionar los referidos incumplimientos sea, en el caso de Enel Distribución Perú S.A.A., la Oficina Regional correspondiente. Por tanto, este último órgano resultaba competente para continuar con el trámite del procedimiento, en particular, con la evaluación y resolución del recurso de reconsideración que se encontraba en trámite a la fecha de vigencia de la Resolución Nº 073-2015-OS/CD.

Debe tenerse presente que el numeral 1 del artículo 3º del TUO de la LPAG establece como requisito de validez del acto administrativo, entre otros, la competencia⁷.

El cumplimiento de los requisitos de validez del acto administrativo resulta imperativo, puesto que su inobservancia conlleva la nulidad del acto administrativo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2) del artículo 10º del TUO de la LPAG. Por ello, si un acto administrativo es emitido por un órgano que no resulta competente, éste será nulo de pleno derecho⁸.

⁶ **Artículo 75º. - Cambios de competencia por motivos organizacionales**

Si durante la tramitación de un procedimiento administrativo, la competencia para conocerlo es transferida a otro órgano o entidad administrativa por motivos organizacionales, en éste continuará el procedimiento sin retrotraer etapas ni suspender plazos.

(Texto según el Artículo 66 de la Ley N° 27444)

⁷ **Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. **Competencia.** - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. **Objeto o contenido.** - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. **Finalidad Pública.** - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. **Motivación.** - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. **Procedimiento regular.** - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."

⁸ **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.
 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.
- (...)"*

RESOLUCIÓN Nº 152-2017-OS/TASTEM-S1

En este sentido, en la medida que la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 1878-2015 del 14 de agosto de 2015, por la que se resolvió el recurso de reconsideración de Enel Distribución Perú S.A.A., fue emitida por un órgano incompetente, dicha resolución incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) y 2) del artículo 10º del TUO de la LPAG.

En consecuencia, al amparo de los numerales 211.1 y 211.2 del artículo 211º del TUO de la LPAG⁹, corresponde que este Órgano Colegiado declare de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 1878-2015 del 14 de agosto de 2015, así como de lo actuado con posterioridad a ésta, y devolver los actuados a la primera instancia administrativa a efectos de que ésta emita un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 855-2014 del 17 de junio de 2014.

6. 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 3) de la presente resolución.

De conformidad con el artículo 19º numeral 1) del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución Nº 067-2008-OS/CD y modificado por la Resolución Nº 075-2015-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar de oficio la **NULIDAD** de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 1878-2015 del 14 de agosto del 2015, 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 sobre el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica Nº 855-2014 del 17 de junio de 2014, en atención 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

⁹ "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.

(...)"