

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 165-2017-OS/TASTEM-S1

Lima, 28 de noviembre de 2017

VISTO:



El Expediente N° 2013-389¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto el 24 de setiembre de 2015 por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, ELECTRONORTE)², representada por el señor Juan Miguel Lara Doig, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2008-2015 de fecha 26 de agosto de 2015, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 703-2014 del 15 de mayo de 2014, 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 Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 703-2014 del 15 de mayo de 2014, se sancionó a ELECTRONORTE con una multa de 285,74 (Doscientas ochenta y cinco y setenta y cuatro centésimas) UIT, por haber incumplido diversas normas relacionadas con la promoción del suministro del servicio público de electricidad en zonas urbano marginales del país, detectado durante una supervisión especial realizada en el año 2012 a solicitud del Ministerio de Energía y Minas, según el siguiente detalle:



- a) Por haber incluido en la liquidación de las obras materia del Compromiso de Devolución del costo de la conexión suscrito con el Ministerio de Energía y Minas el 24 de diciembre de 2010, conexiones existentes que no correspondían ser consideradas dentro del alcance y objetivo del Decreto de Urgencia N° 116-2009 y su modificatoria, así como conexiones inexistentes (no instaladas a los usuarios), contraviniendo el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 116-2009, modificado por el Decreto de Urgencia N° 032-2010, y el numeral 3.2 del Decreto Supremo N° 010-2010-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 017-2010-EM.
- b) Haber derivado los fondos transferidos en virtud de la Resolución Directoral N° 172-2011-EM/DGER del 8 de setiembre de 2011 a otros rubros que no son la atención de los costos de conexión eléctrica, además de haber incluido en la liquidación de las obras materia del Compromiso de Devolución del costo de la conexión suscrito con el Ministerio de Energía y Minas, conexiones ya preexistentes y conexiones ficticias, incumpliendo lo establecido en la citada resolución directoral.

Cabe indicar que los incumplimientos imputados a ELECTRONORTE se encuentran tipificados como infracciones administrativas en el numeral 1.10³ del Anexo 1 de la Tipificación de

¹ El expediente SIGED es el N° 201300030234.

² ELECTRONORTE es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión los departamentos de Lambayeque y Cajamarca.

³ El numeral 1.10 del Anexo 1 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD sanciona la siguiente conducta:

Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN (correspondiente a la Gerencia de Fiscalización Eléctrica), aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

2. A través del escrito de registro N° 201300030234 del 13 de junio de 2014, ELECTRONORTE interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 703-2014, el cual fue declarado infundado mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2008-2015 del 26 de agosto de 2015.
3. Por escrito de registro N° 201300030234 del 24 de setiembre de 2015, ELECTRONORTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2008-2015, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad previsto en el literal d) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como en los numerales 1) y 4) del artículo 230° de la misma ley, debido a que no existe una norma con rango de ley que tipifique la conducta infractora ni la sanción a aplicarse, ya que el Decreto de Urgencia N° 116-2009 en ninguno de sus artículos establece que se deben aplicar sanciones por el incumplimiento de cualquier disposición allí prevista.
- b) En la resolución apelada se indica que ELECTRONORTE no había acreditado que el Ministerio de Energía y Minas haya aprobado y/o aceptado la nueva liquidación de obras que fue presentada; sin embargo, está remitiendo documentos con los cuales acredita que la liquidación de las conexiones eléctricas instaladas relacionadas con el Compromiso de Devolución suscrito el 24 de diciembre de 2010, ha sido materia de múltiples coordinaciones con el Ministerio de Energía y Minas y se han ido levantando las observaciones realizadas.
- c) En virtud de las coordinaciones llevadas a cabo con el Ministerio de Energía y Minas respecto a la aludida liquidación, dadas las observaciones presentadas, y en el entendido que la citada entidad requería que realice las medidas correctivas, esto es, el levantamiento de observaciones y, por ende, la presentación de una nueva liquidación de obras, es que ELECTRONORTE rechaza categóricamente la imposición de una multa en su contra y posterior resolución declarando infundado su recurso de reconsideración.
- d) De otro lado, debe tenerse presente que con fecha 20 de junio de 2013 devolvió al Ministerio de Energía y Minas la suma de S/. 488 348,49 (Cuatrocientos ochenta y ocho mil trescientos cuarenta y ocho y 49/100 Soles), producto de la primera liquidación de obras realizada. Asimismo, mediante Oficio N° 134-2015-MEM/DGER-JAF del 23 de setiembre de 2015, el Ministerio de Energía y Minas ha requerido el depósito del saldo de la liquidación final, aceptando tácitamente que las liquidaciones anteriores a ésta son consideradas liquidaciones preliminares, sujetas a evaluación y subsanación.
- e) En este sentido, en la medida que se la ha sancionado sin motivar debidamente el importe de la multa por las infracciones imputadas, al haberse establecido en función a



"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.

proyecciones de error, se incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) y 2) del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4. Mediante Memorandum N° GFE-2015-1114, recibido el 12 de octubre de 2015, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica 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.
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 de OSINERGMIN para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 703-2014 del 15 de mayo 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 N° 006-2017-JUS, 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 Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 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 N° 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 2° de la Resolución N° 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 procedimientos administrativos sancionadores que se iniciaran por incumplimientos de las normas del subsector electricidad.



⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 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.

(...)”

RESOLUCIÓN N° 165-2017-OS/TASTEM-S1

En este sentido, se advierte que cuando la Gerencia de Fiscalización Eléctrica emitió la Resolución N° 703-2014, esto es, el 15 de mayo de 2014, sí tenía competencia para actuar en calidad de órgano sancionador en procedimientos sancionadores por incumplimientos de normas relacionadas con la promoción del suministro del servicio público de electricidad en zonas urbano marginales del país, tales como las normas señaladas en el numeral 1) de la presente resolución.

Posteriormente, mediante Resolución N° 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 N° 1 y el artículo 4^º de la citada resolución, se estableció que a partir del 30 de abril de 2015 el Gerente de Operaciones y las Oficinas Regionales de OSINERGMIN serían los órganos sancionadores en procedimientos sancionadores por incumplimientos derivados de las actividades de comercialización eléctrica.

En efecto, en el ítem 1) del Anexo N° 1 de la Resolución N° 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 comercialización eléctrica: a) Incumplimientos derivados de la supervisión de la contrastación de medidores de energía eléctrica. b) Incumplimientos derivados de la supervisión de la facturación y aplicación de las alícuotas de alumbrado público. c) Incumplimientos derivados de la supervisión de la aplicación de la opción tarifaria BT7, suministros prepago. d) Incumplimientos derivados de la supervisión del mecanismo de compensación para sistemas aislados. e) Incumplimientos derivados de la supervisión del desarrollo del FISE. f) Incumplimientos derivados de la supervisión de las normas sobre corte y reconexión del servicio público de electricidad. g) Incumplimientos derivados de la supervisión de la facturación, cobranza y atención al usuario. h) Incumplimientos derivados de la supervisión de la normativa sobre contribuciones reembolsables en el servicio público de electricidad.

⁵ "Artículo 4^º.- 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 N° 165-2017-OS/TASTEM-S1

			<p>i) Incumplimientos derivados de la supervisión de los reintegros y recuperos de energía eléctrica en el servicio público de electricidad.</p> <p>j) Incumplimientos derivados de la calidad del servicio comercial.</p> <p>k) Incumplimientos derivados de otras actividades de comercialización.</p> <p>l) Incumplimientos de medidas administrativas referidas a los temas señalados en los literales precedentes.</p>
--	--	--	---



En tal sentido, se advierte que, a partir del 30 de abril 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 las actividades de comercialización eléctrica (lo cual incluye la instalación de conexiones domiciliarias bajo los alcances de las normas relacionadas con la promoción del suministro del servicio público de electricidad en zonas urbano marginales del país), labor que, conforme se ha expuesto, fue encomendada al Gerente de Operaciones y las Oficinas Regionales de OSINERGMIN.

Cabe señalar que la norma modificatoria antes citada, es decir, la Resolución N° 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 75° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General estipula que si durante la tramitación de un procedimiento administrativo la competencia para conocerlo es 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 de fecha 15 de mayo de 2014, objeto del recurso de reconsideración interpuesto por ELECTRONORTE, fue emitida por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, órgano sancionador competente en esa oportunidad para conocer los procedimientos sancionadores por incumplimientos de las normas del subsector electricidad, es también cierto que a partir de la vigencia de la Resolución N° 073-2015-OS/CD, esto es, desde el 30 de abril de 2015, se dispuso que la autoridad competente para sancionar los incumplimientos derivados de las actividades de comercialización eléctrica sea, en el caso de ELECTRONORTE, 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 N° 073-2015-OS/CD.

⁶ "Artículo 75°.- 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)"

RESOLUCIÓN Nº 165-2017-OS/TASTEM-S1

Debe tenerse presente que el numeral 1 del artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General 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 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento General. Por ello, si un acto administrativo es emitido por un órgano que no resulta competente, éste será nulo de pleno derecho⁸.

En este sentido, en la medida que la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2008-2015 del 26 de agosto de 2015, que resolvió el recurso de reconsideración de ELECTRONORTE, fue emitida por un órgano incompetente, dicha resolución incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) y 2) del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En consecuencia, al amparo de los numerales 211.1 y 211.2 del artículo 211⁹ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde que este Órgano Colegiado declare de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2008-2015 del 26 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



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.
(...)"

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.

(...)"

RESOLUCIÓN N° 165-2017-OS/TASTEM-S1

ELECTRONORTE contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 703-2014 del 15 de mayo 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 N° 067-2008-OS/CD y modificado por la Resolución N° 075-2015-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar de oficio la **NULIDAD** de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 2008-2015 del 26 de agosto de 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 N° 703-2014 del 15 de mayo 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