

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 173-2017-OS/TASTEM-S1

Lima, 15 de diciembre de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201500130148 que contiene el recurso de apelación interpuesto por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. (en adelante, ELECTRO ORIENTE)¹, representada por el señor Alejandro Navas Meza, contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2638-2016-OS/OR LORETO del 20 de octubre de 2016, mediante la cual se la sancionó por incumplimiento del "Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento de la Normativa sobre Contribuciones Reembolsables en el Servicio Público de Electricidad", aprobado por Resolución N° 283-2010-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), en el período de supervisión muestral correspondiente al año 2014².

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2638-2016-OS/OR LORETO del 20 de octubre de 2016, se sancionó a ELECTRO ORIENTE con una multa de 6 (Seis) UIT por haber incumplido el estándar del indicador DCR (Desviación del Reconocimiento de Contribuciones Reembolsables), previsto en el numeral 3.1 del Procedimiento.

Cabe indicar que el incumplimiento imputado a ELECTRO ORIENTE se encuentra tipificado como infracción administrativa en el literal c) del Título Cuarto del Procedimiento (Sanciones y Multas)³ y es sancionable conforme al literal a) del numeral III del Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, incorporado por Resolución N° 286-2009-OS/CD en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN.

2. A través del escrito de registro N° 201500130148 del 11 de noviembre de 2016, presentado a las 14:45 horas, complementado con escrito de registro N° 201500130148 del 11 de noviembre de 2016, presentado a las 17:28 horas, ELECTRO ORIENTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2638-2016-OS/OR LORETO. Alegó lo siguiente:

¹ ELECTRO ORIENTE es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión los departamentos de Loreto, San Martín, Amazonas y Cajamarca.

² Cabe precisar que la supervisión por parte de OSINERGMIN se efectuó en el mes de octubre de 2015 y dicha supervisión comprendió todo el año 2014.

³ "Única.- Constituyen infracciones pasibles de sanción, los siguientes hechos:

(...)

- c) Cuando los indicadores determinados de acuerdo a lo previsto en este procedimiento, excedieran las tolerancias establecidas en el Anexo N° 15 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2009-OS/CD o la que la modifique".



RESOLUCIÓN Nº 173-2017-OS/TASTEM-S1

- a) ELECTRO ORIENTE no ha intentado dejar de reconocer y pagar la contribución reembolsable a favor de ESSALUD, materia de observación en la supervisión, ya que por ley le corresponde a la citada entidad estatal; pero no se ha podido concretar el pago por muchos factores ajenos a su voluntad.
- b) Las obras que ha ejecutado ESSALUD están referidas al *"Sistema de Utilización en Media Tensión 22,9 kV para el Hospital I – Tarapoto"*, cumpliendo ELECTRO ORIENTE con brindarles el servicio de energía eléctrica. Por tanto, se tiene que reconocer su derecho a la contribución reembolsable, habiendo efectuado las conversaciones con los funcionarios de dicha entidad, a fin de determinar los bienes instalados en el sistema de utilización para el reconocimiento respectivo.
- c) Los funcionarios de ESSALUD han sido rotados y en algunos casos cesados de sus cargos, impidiendo de esta forma coordinar y determinar el pago por concepto de contribución reembolsable. Inclusive varios equipos eléctricos instalados en el hospital fallaron, situación que ha dificultado su funcionamiento, lo cual generó que algunos equipos sean cambiados por la misma entidad y otros equipos (como un recloser) fueron prestados por ELECTRO ORIENTE, todo ello con la finalidad de viabilizar la entrada en funcionamiento del hospital.
- d) No es posible que se le inicie un procedimiento administrativo sancionador por la supuesta falta de reconocimiento de una sola contribución reembolsable, como si ESSALUD hubiese denunciado este presunto incumplimiento. Si bien OSINERGMIN cuenta con facultades de supervisión, deberían notificar a los interesados, ya sean personas naturales o jurídicas, como ESSALUD, para que expliquen los pormenores del incumplimiento del pago de la contribución reembolsable y si es que hubo un requerimiento de ESSALUD solicitando el pago, lo cual nunca ocurrió. Por tanto, lo expuesto evidencia que la única intención de OSINERGMIN es imponerle multas a toda costa.
- e) OSINERGMIN afirma que ELECTRO ORIENTE ha incumplido el indicador DCR; sin embargo, no ha cumplido con señalar las razones que sustentan su decisión, tanto en el aspecto fáctico como jurídico. Asimismo, ha omitido indicar los medios probatorios que demostrarían la configuración de la infracción imputada.
- f) El hecho de que no haya presentado descargos a la imputación de la infracción no quiere decir que automáticamente se determine su responsabilidad, pues tal razonamiento es contrario a derecho y vulnera la presunción de inocencia, garantía constitucional que exige a la Administración Pública demostrar plenamente la responsabilidad de ELECTRO ORIENTE que conlleve a la imposición de una sanción.
- g) Si bien es cierto en virtud al Principio de Verdad Material OSINERGMIN debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, debiendo adoptar todas las medidas probatorias para tal fin, también es cierto que nada obsta para que los administrados aporten nuevas pruebas en el procedimiento administrativo a fin de acreditar sus afirmaciones, toda vez que la finalidad de este principio es el de privilegiar la verdad material, esto es, la verdad de los hechos comprobados, sobre la formalidad pura y simple.



RESOLUCIÓN N° 173-2017-OS/TASTEM-S1

h) El artículo 6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, referido a la motivación del acto administrativo, exige a la Administración Pública que sus decisiones contengan una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. Sin embargo, esta exigencia ha sido incumplida por OSINERGMIN, al resolver sin pronunciarse sobre los hechos probados por ELECTRO ORIENTE, vulnerándose de esta manera su derecho a la motivación.



3. Mediante Memorándum N° DSR-1436-2016, recibido el 25 de noviembre de 2016, la Oficina Regional de Loreto 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. En cuanto a lo alegado en los literales del a) al c) y del e) al h) del numeral 2) de la presente resolución, debe señalarse que el indicador DCR⁴, previsto el numeral 3.1 del Procedimiento, determina el grado de incumplimiento de la concesionaria en relación al reconocimiento de las contribuciones reembolsables realizadas por los usuarios o interesados para financiar o construir instalaciones eléctricas en vías públicas, con excepción de los costos regulados que correspondan a las conexiones eléctricas.



Respecto a ello, el artículo 34° de la Ley de Concesiones Eléctricas⁵ establece que las distribuidoras están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión en un plazo no mayor de un (1) año y que tengan carácter de servicio público de electricidad.

⁴ "3.1 DCR: Desviación del Reconocimiento de Contribuciones Reembolsables

Con este indicador se determina el grado de incumplimiento de la concesionaria, en relación al reconocimiento de las Contribuciones Reembolsables realizadas por los usuarios o interesados para construir o financiar instalaciones eléctricas en vías públicas (nuevos suministros, reforzamiento o extensión de redes de distribución, electrificación de zonas habitadas, electrificación de nuevas habilitaciones urbanas o electrificación de nuevas agrupaciones de viviendas, promovidos por el Estado o por inversionistas privados, etc).

$$DCR_i = (NIN_i \times N_i / NCM_i)$$

Donde:

NIN = Número de casos de Contribuciones Reembolsables no reconocidas en cada muestra del Anexo N° 2 y 5.

N = Tamaño de las poblaciones del Anexo N° 2 y 5

NCM = Número de casos de cada muestra del Anexo N° 2 y N° 5.

Y;

i = A2, según la información de la muestra del Anexo N° 2.

i = A5, según la información de la muestra del Anexo N° 5.

La información para la determinación del indicador se obtiene de la muestra de nuevos suministros o modificación de suministros existentes y de la muestra de obras, informadas en los Anexos N° 2 y 5, respectivamente."

⁵ "Artículo 34°.- Los Distribuidores están obligados a:

a) Suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas, en un plazo no mayor de un (1) año y que tengan carácter de Servicio Público de Electricidad;

(...)"

RESOLUCIÓN N° 173-2017-OS/TASTEM-S1

Concordante con tal disposición, el artículo 82° de la Ley de Concesiones Eléctricas⁶ estipula que es obligación de las empresas concesionarias brindar el servicio público de electricidad a todos los solicitantes ubicados dentro de su zona de concesión, previo cumplimiento de los requisitos y pagos legalmente establecidos y conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas⁷, para la dotación de nuevos suministros o ampliación de una potencia contratada, la concesionaria puede exigir una contribución, con carácter reembolsable, para el financiamiento de la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega y/o para la ampliación de la capacidad de distribución necesaria. Dicha contribución puede ser principalmente: a) la construcción de obras, en cuyo caso los interesados realizan la construcción de infraestructura eléctrica consistente en extensiones de la red de distribución; o b) el financiamiento de obras, modalidad en la cual la concesionaria es la encargada de ejecutar las obras, que son financiadas por el solicitante mediante un aporte dinerario.

Por su parte, el artículo 84°⁸ de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que el usuario tendrá derecho a que se le reconozcan las contribuciones que realice mediante la entrega de acciones de la empresa, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real.

De lo expuesto, se advierte que de acuerdo con la normativa vigente el requerimiento de una contribución reembolsable a los interesados en la dotación de nuevos suministros es facultativo u opcional por parte de las empresas concesionarias, pues éstas pueden financiar y ejecutar directamente la extensión de sus instalaciones hasta el punto en que entregará la electricidad a los usuarios que requieren la instalación de suministros o reforzar las redes de distribución existentes, ya que es su responsabilidad suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión. Sin embargo, en caso fuesen los interesados quienes, a exigencia de la concesionaria, construyeran o financiaran la



⁶ "Artículo 82°.- Todo solicitante, ubicado dentro de una zona de concesión de distribución, tendrá derecho a que el respectivo concesionario le suministre energía eléctrica, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fije la presente Ley y el Reglamento, conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área.
(...)."

⁷ "Artículo 83°.- Para la dotación de nuevos suministros o ampliación de una potencia contratada, el concesionario podrá exigir una contribución, con carácter reembolsable, para el financiamiento de la extensión de las instalaciones hasta el punto de entrega y/o para la ampliación de la capacidad de distribución necesaria.

Estas contribuciones tendrán la siguiente modalidad, a elección del usuario:

- Aportes por kW, previamente fijado por el concesionario para los diferentes casos;
- Construcción de las obras de extensión por el solicitante, previa aprobación del proyecto por el concesionario, fijándose el valor nuevo de reemplazo de estas instalaciones en la oportunidad de aprobar el proyecto; y,
- Financiamiento por el solicitante para ejecutar las obras requeridas, al valor determinado por el concesionario, obligándose éste a ejecutarlas en un plazo determinado."

(Versión antes de la modificación efectuada mediante el Decreto Legislativo N° 1221, publicada el 24 de setiembre de 2015).

⁸ "Artículo 84°.- El usuario tendrá derecho a que se le reconozca las contribuciones que realice mediante la entrega de acciones de la Empresa, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real. La actualización de las contribuciones, a efectos de garantizar su recuperación real, se efectuará teniendo en cuenta los factores de reajuste establecidos en el Reglamento.

La elección de la forma de devolución corresponderá al usuario. La Empresa concesionaria, por ningún motivo, podrá cobrar gastos y/o comisiones por conceptos de esta devolución."

RESOLUCIÓN N° 173-2017-OS/TASTEM-S1

infraestructura eléctrica necesaria para que ésta los atienda, dicho aporte tiene carácter reembolsable.

En el presente procedimiento sancionador, se imputó a ELECTRO ORIENTE el incumplimiento del estándar del indicador DCR debido a que luego de la evaluación de la muestra seleccionada se determinó que no había cumplido con reconocer la contribución reembolsable correspondiente a una (1) obra de infraestructura eléctrica.



Así, conforme se indicó en la resolución impugnada, así como en el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 2362-2016-OS/OR-LORETO, que constituye parte integrante de la citada resolución, en el Informe de Supervisión N° 072PN-S1-2015/2015-10-01 se señaló que para atender el sistema de utilización en media tensión solicitado por ESSALUD para el Hospital I – Tarapoto, ELECTRO ORIENTE otorgó el punto de diseño en la celda de salida de la Central Térmica de Tarapoto, a tensión de 22,9 Kv, alimentador TA 09. Asimismo, se indicó que ESSALUD realizó trabajos de adecuación dentro de las instalaciones de dicha central térmica, de propiedad de la concesionaria, los cuales consistieron en: i) diseño y ejecución de la salida del alimentador en media tensión 22,9 Kv de la subestación en la Central Térmica de Tarapoto; y ii) diseño y ejecución del equipamiento del patio de llaves del alimentador TA 09 de la mencionada central térmica. Sin embargo, ELECTRO ORIENTE no había reconocido el carácter reembolsable de la inversión realizada por ESSALUD en los trabajos anteriormente detallados.



Debe tenerse presente que de conformidad con el numeral 18.6⁹ del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, aplicable al presente caso, los informes técnicos y las actas de supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellas se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ésta se afirma, salvo prueba en contrario.

De la revisión de la documentación que se encuentra en el expediente se advierte que cuando la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN realizó la supervisión, esto es, en el mes de octubre de 2015, ELECTRO ORIENTE no había reconocido la contribución reembolsable correspondiente a los trabajos de adecuación que realizó ESSALUD dentro de las instalaciones de la Central Térmica de Tarapoto de propiedad de la concesionaria, a fin de atender el sistema de utilización solicitado para el Hospital I – Tarapoto, pese a que la obra ya había sido puesta en servicio aproximadamente un año antes de la supervisión.

En efecto, cabe señalar que recién en el escrito de registro N° 201500130148 del 27 de noviembre de 2015, a través del cual ELECTRO ORIENTE remitió sus descargos al Informe de Supervisión N° 072PN-S1-2015/2015-10-01, indicó que si bien la obra "*Sistema de Utilización en Media Tensión 22,9 kV para el Hospital I – Tarapoto*" se encontraba en servicio, aún no se habían subsanado las observaciones pendientes que correspondían a las instalaciones afectas al reembolso, por lo que no se podía iniciar el proceso de reconocimiento de contribución reembolsable, al estar inconclusa la ejecución de la obra.

⁹ "Artículo 18°.- Inicio del Procedimiento

(...)

18.6 Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario."

RESOLUCIÓN N° 173-2017-OS/TASTEM-S1

Cabe precisar que la concesionaria no puede sustentar su falta de reconocimiento de la contribución reembolsable en el incumplimiento por parte de la recurrente y/o de la empresa ejecutora de la obra (Incot S.A.C. Contratistas Generales) en la subsanación de las observaciones a la obra en cuestión, dado que de conformidad con lo establecido en los numerales 12.3 y 12.4 de la "Norma de Procedimientos para la Elaboración de Proyectos y Ejecución de Obras en Sistemas de Distribución y Sistemas de Utilización en Media Tensión en Zonas de Concesión de Distribución", aprobada por Resolución Directoral N° 018-2002-EM/DGE, la concesionaria debió requerir la subsanación de observaciones antes de dar la conformidad a la obra y ponerla en servicio, lo cual ocurrió referencialmente en junio de 2014, conforme se desprende de la Carta N° GS-1377-2014 de fecha 2 de junio de 2014 (fojas 27 del expediente), cursada por ELECTRO ORIENTE a Incot S.A.C. Contratistas Generales.



Asimismo, pese al tiempo transcurrido, tampoco consta en el expediente ningún documento que acredite que con posterioridad a la supervisión muestral ELECTRO ORIENTE haya comunicado a ESSALUD que la inversión realizada en los trabajos de adecuación ejecutados dentro de las instalaciones de la Central Térmica de Tarapoto, de propiedad de la concesionaria, tienen carácter reembolsable.



En atención a lo expuesto, en la medida que ELECTRO ORIENTE no reconoció oportunamente el carácter reembolsable de la inversión realizada por ESSALUD en los trabajos de adecuación dentro de las instalaciones de la Central Térmica de Tarapoto a fin de atender el sistema de utilización en media tensión para el Hospital I – Tarapoto, se verifica el incumplimiento del indicador DCR.

5. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2) de la presente resolución, corresponde indicar que de conformidad con el literal c) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley de Creación de OSINERGMIN, es función de este Organismo supervisar que las actividades del subsector electricidad se desarrollen de acuerdo a las disposiciones legales y normas técnicas vigentes. Asimismo, el artículo 31° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establece que la función supervisora permite a OSINERGMIN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las entidades¹⁰ y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.

De igual forma, según lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, el Consejo Directivo está facultado para aprobar procedimientos administrativos vinculados, entre otros, con las funciones supervisora y fiscalizadora.

En tal sentido, y en concordancia con las normas anteriormente citadas, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 283-2010-OS/CD, se aprobó el "Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento de la Normativa sobre Contribuciones Reembolsables en el Servicio Público de Electricidad", a través del cual se busca verificar que las concesionarias cumplan permanentemente las disposiciones establecidas en la normativa vigente referida

¹⁰ El artículo 2° del Reglamento General de OSINERGMIN define a las entidades como las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos.

RESOLUCIÓN Nº 173-2017-OS/TASTEM-S1

al proceso comercial de contribuciones reembolsables y su devolución a los usuarios o interesados en el servicio público de electricidad, en todo el ámbito de su responsabilidad.

Debe tenerse presente que el subsector electricidad tiene una extensa normativa tanto técnica como legal, de ahí que exista una evidente e innegable asimetría informativa entre las empresas concesionarias y los usuarios, siendo que las primeras cuentan con mayor y mejor información que estos últimos. Por tal motivo, a través de disposiciones como las señaladas anteriormente, se busca corregir distorsiones que podrían presentarse en las relaciones a ser entabladas entre concesionarias y usuarios. De ahí que lo regulado por el indicador DCR, previsto en el numeral 3.1 del Procedimiento, guarda concordancia con lo establecido en el artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas, salvaguardando el derecho de los usuarios a que se le reconozcan las contribuciones que realicen.

En consecuencia, se desestima la alegación formulada por ELECTRO ORIENTE en este extremo, pues, conforme se ha expuesto, este Organismo tiene competencia para supervisar que las empresas concesionarias cumplan con reconocer las contribuciones realizadas por los usuarios o interesados para construir o financiar obras de infraestructura eléctrica, sin que sea necesaria una denuncia previa por parte de estos.

De conformidad con el artículo 19° 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 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto el 11 de noviembre de 2016 por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN Nº 2638-2016-OS/OR LORETO del 20 de octubre de 2016 y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

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