

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 063-2020-OS/TASTEM-S1

Lima, 13 de marzo de 2020

VISTO:

El Expediente N° 201300192000 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 14 de octubre de 2019 por Luz del Sur S.A.A.¹ (en adelante, LUZ DEL SUR), representada por la señora Carla Deniss Barrón Taboada, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1769-2019-OS/OR LIMA SUR de fecha 23 de setiembre de 2019, mediante la cual se rectificó un presunto error material contenido en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR del 28 de mayo de 2018.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR del 28 de mayo de 2018, se sancionó a LUZ DEL SUR con una multa total de 0,25 (veinticinco centésimas) UIT, debido a que en el proceso de supervisión muestral correspondiente al primer semestre de 2014, se detectó el incumplimiento del indicador Gestión del Proceso de Contrastes establecido en el “*Procedimiento para la Supervisión de la Contratación de Medidores de Energía Eléctrica*”, aprobado por Resolución N° 227-2013-OS/CD (en adelante, el Procedimiento).

La sanción que comprende la multa total anteriormente indicada se detalla en la siguiente tabla:

Indicador Incumplido	Período de Evaluación	Importe de la Sanción
GCM (Gestión del Proceso de Contrastes de Medidores)	Primer semestre 2014	0,25

Cabe señalar que la indicada conducta se encuentra tipificada como infracción administrativa en el Título Cuarto² del Procedimiento y es sancionable conforme al Anexo N° 6 de la Escala de

¹ LUZ DEL SUR es una empresa de distribución de tipo 4 que tiene en su zona de concesión algunos distritos del sur-este de Lima.

² **PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA CONTRASTACIÓN DE MEDIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 227-2013-OS/CD.**

**“VI. TÍTULO CUARTO
SANCIONES Y MULTAS**

Constituyen infracciones pasibles de sanción los siguientes hechos:

(...)

- *Cuando los indicadores calculados exceden las tolerancias establecidas en la Escala de Multas y Sanciones aprobada por el OSINERGMIN.*

RESOLUCIÓN Nº 063-2020-OS/TASTEM-S1

Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin, incorporado por Resolución Nº 0192-2004-OS/CD y modificado por Resolución Nº 145-2014-OS/CD, comprendido en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin.

Asimismo, se aprecia que en el artículo 3° de la resolución de sanción se estableció que, conforme a lo dispuesto en el numeral 42.4 del artículo 42° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 272-2012-OS/CD, corresponde la reducción de la multa en un 25% si se cancela el monto de la misma dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución de sanción y la empresa sancionada no impugna administrativamente la resolución que impuso la multa.

2. Con Carta Nº LE-040-2018/RC recibida el 4 de julio de 2018, LUZ DEL SUR comunicó a la primera instancia que canceló la multa fijada en el artículo 1° de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1308-2018-OS/OR LIMA SUR (resolución de sanción), acogiéndose al descuento indicado en el artículo 3° de la misma. Asimismo, adjuntó el comprobante de pago que acredita tal depósito.
3. Por Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1769-2019-OS/OR LIMA SUR de fecha 23 de setiembre de 2019, la Oficina Regional Lima Sur resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°.- RECTIFICAR el primer párrafo del artículo 3° de la Resolución Nº 1308-2018-OS/OR LIMA SUR de la siguiente manera:

Donde dice:

“Artículo 3°.- De conformidad con lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución Nº 040-2017-OS/CD, los procedimientos administrativos sancionadores en trámite antes de la vigencia de la citada norma continuarán rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron; por lo tanto, corresponde aplicar lo establecido en el numeral 42.4 del artículo 42° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 272-2012-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo Nº 187-2013-OS/CD y en consecuencia la multa se reducirá en un 25% si se cancela el monto de la misma dentro del plazo fijado en el artículo anterior y la empresa sancionada no impugna administrativamente la resolución que impuso la multa. Asimismo, en caso la resolución imponga más de una multa, el administrado podrá acogerse al beneficio respecto de todas o sólo de las que considere no impugnar.”

Debe decir:

Dichas infracciones serán sancionadas de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo Nº 6 de la Escala de Multas y Sanciones aprobada por la Resolución Nº 028-2003-OS/CD o de acuerdo a la norma que la que la sustituya o complemente.”

“Artículo 3°.- De conformidad con el artículo 26° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el Agente Supervisado podría **acogerse al beneficio de pronto pago equivalente a una reducción del 10% del importe final de la multa impuesta en esta Resolución**, si se cancela el monto de la misma dentro del plazo fijado en el artículo anterior, siendo requisitos indispensables para su eficacia: a) no interponer recurso administrativo, b) que haya autorizado la notificación electrónica hasta la fecha otorgada para la presentación de sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y c) que mantenga vigente dicha autorización. Asimismo, en caso la Resolución imponga más de una multa, el administrado podrá acogerse al beneficio respecto de todas o solo de las que considere no impugnar”.

Artículo 2°.- OTORGAR a la empresa Luz del Sur S.A.A. un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la presente Resolución, a efectos que realice el pago del saldo pendiente de la multa impuesta en el artículo 1 de la Resolución N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR, de lo contrario se derivará el presente expediente al área de Ejecutoría Coactiva de Osinergmin para el trámite correspondiente”.

4. Con escrito del 14 de octubre de 2019, LUZ DEL SUR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1769-2019-OS/OR LIMA SUR, solicitando se declare la nulidad de la resolución apelada y se ordene su archivo, en atención a los siguientes argumentos:
 - a) La resolución impugnada no cumple con los presupuestos contemplados en el artículo 212° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG).

Al respecto, afirma que, dado que el error material constituye un concepto jurídico indeterminado corresponde acudir a la doctrina para conceptualizarlo. Cita a diversos autores, entre ellos, Sanz Rubiales, Carbonell Porras y Meilán Gil, quienes consideran como características del error material susceptible de rectificación a las siguientes:

- El error no debe afectar el contenido o la voluntad real del acto.
- La rectificación del error no debe afectar aspectos sustanciales del acto.
- El error debe ser de hecho y no de derecho.
- El error debe ser evidente u ostensible.

De acuerdo a lo precisado por la doctrina, no puede perderse de vista que mediante la rectificación de errores materiales se busca adecuar la exteriorización a la voluntad real de la Administración, lo que no ocurre en el caso de la resolución apelada, pues pretende variar el beneficio de pronto pago establecido en la Resolución N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR, sin considerar que ésta cumplió con exteriorizar su voluntad de manera adecuada en la medida que determinó la aplicación de una sanción en contra de LUZ DEL SUR.

No debe dejar de considerarse que los efectos de la Resolución N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR se agotaron con el pago de la multa realizado por LUZ DEL SUR.

Además, si bien el artículo 1° de la resolución de sanción determina la responsabilidad administrativa de la concesionaria, el artículo 3° determina el régimen de beneficios a que podía acogerse la empresa. En tal sentido, contrariamente a lo que plantea la resolución impugnada, sí se están alterando aspectos sustanciales de la decisión, hecho que se corrobora de lo reseñado por el artículo 2° de la resolución bajo comentario, conforme a la cual LUZ DEL SUR, pese a haber efectuado el pago de la multa impuesta, deberá a raíz de la pretendida rectificación de error material pagar un saldo pendiente.

Añade que, sólo es susceptible de rectificación el error de hecho, siendo que, en caso de un error de derecho procede la revisión del acto. Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras del profesor Raúl Bocanegra que señala: *“la referencia legal a error material, aritmético o de hecho excluye, por de pronto, cualquier tipo de error de carácter jurídico, es decir, de aplicación del derecho al caso concreto, como pueden ser los errores consistentes en la elección de una norma o los de interpretación de la normativa aplicable”*.

De lo indicado, se advierte que, en todo caso, se pretende subsanar un error de derecho y no de hecho, con lo cual en la resolución impugnada se estaría haciendo uso indebido de la potestad de rectificación incurriendo en causal evidente de nulidad.

En el caso concreto no estamos frente a un error evidente, tan es así que fue necesario que la resolución impugnada efectúe un análisis de la fecha de publicación y entrada en vigencia de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, en virtud a la cual se pretende variar el régimen de beneficios que le fue aplicado.

Sobre la base de las consideraciones expuestas queda acreditado que la resolución impugnada no cumple con los presupuestos contemplados por el artículo 212° del TUO de la LPAG para el ejercicio de la potestad de rectificación, transgrediéndolos y generándole un perjuicio al pretender cobrarle el saldo de una multa que fue cancelada en el 2018.

- b) La resolución impugnada infringe el principio de buena fe procedimental regulado en el numeral 1.8 del Artículo IV del TUO de la LPAG, que prohíbe que la autoridad administrativa actúe contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la LPAG, no habiéndose configurado este último supuesto.

Resulta evidente que la resolución impugnada ha vulnerado la mencionada regla, así como la garantía de coherencia y respeto de los actos administrativos emitidos, generando además un perjuicio tangible a Luz del Sur al pretender cobrarle un monto no previsto en la Resolución N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR.

Asimismo, se transgrede el principio de seguridad jurídica pues en base a la resolución apelada LUZ DEL SUR decidió renunciar a su derecho a impugnar y acogerse al beneficio propuesto cancelando la multa; sin embargo, más de un año después, la Administración

advierte un presunto error no material sino de derecho, modifica un acto que agotó sus efectos y exige bajo apercibimiento un monto que ya no se encuentra provisionado.

En tal sentido, la resolución impugnada incurre en causal de nulidad contemplada en el numeral 1 del artículo 10° del TUO de la LPAG.

- c) Solicita se le conceda el uso de la palabra.
5. Mediante Memorándum Nº 25-2020-OS/OR LIMA SUR, recibido el 21 de febrero de 2020 (más de 4 meses después de haberse presentado el recurso), la Oficina Regional Lima Sur de Osinergmin remitió al TASTEM el recurso de apelación, por lo que este Tribunal Administrativo, 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.
6. En cuanto a lo señalado en literal a) del numeral 4 de la presente resolución, debe tenerse presente que, de acuerdo con el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1³ del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-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 conferidas.

Asimismo, el numeral 1° del artículo 10° del TUO de la LPAG⁴ prevé como causal de nulidad del acto administrativo, la contravención a la ley.

Por su parte, el artículo 212° del TUO de la LPAG, establece lo siguiente:

³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO Nº 004-2019-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.

(...)”

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS**

“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.

(...)”

“212.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos, pueden ser rectificadas con efecto retroactivo en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. (...)” (resaltado añadido)

En el caso materia de autos, conforme se ha indicado en el numeral 3) de la presente resolución, la primera instancia resolvió *“rectificar”* el primer párrafo del artículo 3° de la Resolución N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR señalando que correspondía aplicar la Resolución N° 040-2017-OS/CD y no la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, por lo que el beneficio de pronto pago otorgado pasaría del 25% al 10% de reducción de la multa impuesta.

Al respecto, sustenta tal rectificación en el hecho que el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, fue publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017; por tanto, conforme al artículo 2° de la citada norma, entró en vigencia al día siguiente de su publicación, es decir, el día 19 de marzo de 2017.

Agrega que, el inicio del procedimiento administrativo sancionador se dio con la notificación del Oficio N° 789-2018-OS/OR LIMA SUR, esto es, el 19 de marzo de 2018, cuando ya se encontraba vigente la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Concluye señalando que ya no era aplicable la reducción de la multa descrita en el numeral 42.4 del artículo 42° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD correspondiendo el beneficio del pronto pago descrito en el artículo 26° del Reglamento actualmente vigente.

De los argumentos antes citados, se aprecia que, mediante la emisión de la resolución recurrida, se pretendió modificar o sustituir el régimen de beneficios aplicado a LUZ DEL SUR conforme a la Resolución N° 1308-2018-OS/OR LIMA SUR (resolución de sanción), lo cual generó 2 consecuencias inmediatas:

- Se modificó la normativa aplicable al caso, al indicarse que correspondía la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD (Reglamento de sanción vigente) y no la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, conforme se indicó en la resolución de sanción.
- Se modificó el contenido de la norma aplicable al caso, pues el beneficio otorgado en primer término ascendía al 25% de reducción pasando al 10% de reducción sobre el total de la multa impuesta.

Sobre el particular, resulta pertinente citar a García de Enterría⁵, que sobre este punto señala:

⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Palestra-Temis. Lima-Bogotá 2006. Pág.710.

*“La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. **El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación**, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equivoco...”* (resaltado añadido).

Adicionalmente, Casagne⁶ afirma lo siguiente:

*“La rectificación, en cambio, se refiere a la corrección de un error material del acto administrativo, especialmente cuando tal error sea manifiesto y de fácil verificación, y surja de la confrontación con las constancias del propio acto, **pues de lo contrario se estará ante el vicio de error en la voluntad administrativa...**”* (resaltado añadido).

En cuanto al error de derecho, este último autor⁷ sostiene que:

*“...se admite como principio general **la invocación del error de derecho para invalidar el acto administrativo**, solución que a nuestro juicio se funda en la necesidad de mantener el principio de la legalidad administrativa...”* (resaltado añadido).

En consideración de lo señalado anteriormente, este Tribunal considera que, la Resolución N° 1769-2019-OS/OR LIMA SUR, materia del presente recurso, no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 212° del TUO de la LPAG para ser considerada una resolución rectificatoria, pues de su revisión se constata que, mediante su expedición se pretende rectificar un error de derecho (invocar una norma que establece un régimen de beneficios distinto al aplicado en la resolución “corregida”), modificando con ello el contenido de la resolución de sanción, alterándose tanto la referencia al marco normativo aplicable como su contenido, pese a que éstos constituyen elementos sustanciales de la resolución.

Por lo indicado, este Órgano Colegiado concluye que la primera instancia ha excedido la potestad rectificatoria que le ha sido otorgada por Ley, por lo que corresponde amparar lo solicitado por la recurrente en este extremo y, en consecuencia, declarar fundado su recurso de apelación, declarándose la nulidad de la resolución recurrida.

7. Atendiendo a lo indicado en el numeral precedente, este Tribunal Administrativo considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por LUZ DEL SUR en su recurso de apelación del 14 de octubre de 2019, señalados en el literal b) del numeral 4) de la presente resolución. En idéntico sentido, carece de objeto conceder el informe oral solicitado al que se ha hecho mención en el literal c) del numeral 4).

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.

⁶ Juan Carlos Casagne. Derecho Administrativo. Tomo II. Palestra Editores. Lima 2010. Págs. 356.

⁷ Ibidem. Pág. 282.

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1769-2019-OS/OR LIMA SUR del 23 de setiembre de 2019 y; en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de la mencionada Resolución.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo y Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo Morelli.



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE