

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 026-2019-OS/TASTEM-S1

Lima, 01 de febrero de 2019

VISTO:

El Expediente N° 2012-114¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto el 9 de noviembre de 2018 por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL)², representada por el señor Giancarlo Herrera Lavalle, contra la denegatoria ficta del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989 de fecha 28 de mayo de 2013, mediante la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento de la Normatividad sobre Contribuciones Reembolsables en el Servicio Público de Electricidad", aprobado por Resolución N° 182-2007-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), en el período de supervisión muestral correspondiente al año 2010³.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989 del 28 de mayo de 2013, se sancionó a SEAL con una multa de S/. 1 181 163,78 (Un millón ciento ochenta y un mil ciento sesenta y tres y 78/100 Soles), debido a que en la supervisión muestral correspondiente al año 2010 se detectó que incumplió el estándar de los indicadores DPO (Desviación de los Presupuestos o Valorización de las Obras Financiadas o Construidas por los Usuarios o Interesados), DPA (Desviación de los Plazos de Atención sobre Aportes y Devolución de las Contribuciones Reembolsables) y DMI (Desviación del Monto de Intereses), previstos en los numerales 3.3, 3.4 y 3.5 del Procedimiento, respectivamente.



Las sanciones que comprenden la multa anteriormente señalada se detallan en la siguiente tabla:

Infracción	Sanción
Desviación del indicador DPO	S/. 1 157 930,93
Desviación del indicador DPA	S/. 15 926,69
Desviación del indicador DMI	S/. 7 306,16

¹ El expediente SIGED es el N° 201100145973.

² SEAL es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión el departamento de Arequipa.

³ Cabe precisar que la supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin se efectuó del 5 al 14 de setiembre de 2011 y dicha supervisión comprendió todo el año 2010.

RESOLUCIÓN N° 026-2019-OS/TASTEM-S1

Además, se sancionó a SEAL con una multa de 5 (cinco) UIT, por proporcionar información inexacta relativa al Anexo N° 5 del Procedimiento.

2. A través del escrito de registro N° 201100145973 del 24 de junio de 2013, complementado con el escrito de registro N° 201100145973 del 23 de julio de 2013, SEAL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989, el cual fue declarado infundado mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1120-2015 de fecha 14 de mayo de 2015.
3. Por escrito de registro N° 201100145973 del 10 de junio de 2015, SEAL interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1120-2015.
4. Mediante Resolución N° 138-2017-OS/TASTEM-S1 del 17 de octubre de 2017, este Órgano Colegiado declaró de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1120-2015, así como de lo actuado con posterioridad a ésta, y devolvió 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° 18989⁴.
5. A través de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA del 13 de diciembre de 2017, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por SEAL contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989.
6. Con escrito de registro N° 201100145973 de fecha 4 de octubre de 2018, SEAL presentó queja por defecto de tramitación contra la Oficina Regional Arequipa. Alegó básicamente que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA no le fue notificada de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente y, por tanto, no habría surtido efectos legales, correspondiendo que se rehaga la notificación, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido y, de esta forma, computarse nuevamente el plazo para la interposición del respectivo recurso administrativo.
7. Por escrito de registro N° 201100145973 de fecha 9 de noviembre de 2018, SEAL se acogió al silencio administrativo negativo respecto de su recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989 e interpuso recurso de apelación contra la denegatoria ficta, en atención a los siguientes argumentos:
 - a) Con fecha 3 de junio de 2013, SEAL fue notificada con la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989, mediante la cual se le impuso diversas sanciones de multa por supuestamente haber incumplido el estándar de los indicadores previstos en los numerales 3.3, 3.4 y 3.5 del Procedimiento.

⁴ En la Resolución N° 138-2017-OS/TASTEM-S1 se determinó que la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1120-2015 fue emitida por un órgano incompetente; por lo que había incurrido en causal de nulidad.

RESOLUCIÓN N° 026-2019-OS/TASTEM-S1

- b) El 24 de junio de 2013, SEAL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989, el cual fue resuelto mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1120-2015 del 14 de mayo de 2015. Esta última resolución fue apelada y a través de la Resolución N° 138-2017-OS/TASTEM-S1 del 17 de octubre de 2017, se declaró de oficio la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1120-2015, así como de todo lo actuado con posterioridad a esta, ordenándose que se emita un nuevo pronunciamiento en primera instancia sobre el recurso de reconsideración presentado.
- c) Habiéndose vencido en demasía el término establecido, es decir, 30 (treinta) días hábiles consecutivos contados desde el 26 de octubre de 2017, sin que se le haya sido válidamente notificada la decisión de la primera instancia respecto del recurso de reconsideración interpuesto el 24 de junio de 2013 contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989, al amparo del numeral 197.3 del artículo 197° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, deduce la aplicación del silencio administrativo negativo, condición que la habilita para interponer el presente recurso de apelación.
- d) Con relación a la multa por haber proporcionado información inexacta, precisó que cumplió con proporcionar la información de todas las obras que estaban bajo la aplicación del régimen de supervisión de contribuciones reembolsables.
- e) Respecto a la multa por haber incumplido el estándar del indicador DPO, señaló que:
- e.1 *No se ha realizado una interpretación correcta sobre la aplicación del artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas*
- La potestad sancionadora administrativa se encuentra limitada por los Principios de Legalidad y de Tipicidad, previstos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. De acuerdo con dichos principios, para que exista una infracción debe existir una conducta contraria a las disposiciones establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas.
 - En el presente caso, la Ley de Concesiones Eléctricas no habilitó al reglamento u otra norma a crear nuevos supuestos sancionables.
 - La discusión central entre Osinergmin y SEAL respecto a las modificaciones y suspensión del artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, es determinar si se encontraban dentro de los supuestos de hecho regulados por esta norma y si la disposición de dicho artículo en relación al momento de fijación del Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante, VNR) era exigible a SEAL.
 - Sobre el particular, SEAL sostiene que las obras materia de supervisión y sanción se enmarcan en el supuesto de "nuevas habilitaciones urbanas", por lo que se debería aplicar el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, que regula específicamente este supuesto en el caso de contribuciones reembolsables. No obstante, hay dos hitos importantes sobre la aplicación del artículo 85° que no



RESOLUCIÓN N° 026-2019-OS/TASTEM-S1

fueron advertidos por Osinergmin: i) en el periodo del 24 de julio de 2006 al 3 de enero de 2008, se dejó de regular el supuesto de “nuevas habilitaciones urbanas”, conforme se puede ver en la primera modificación al artículo 85°; por tanto, no corresponde aplicar el citado artículo en este periodo, sino el régimen general establecido por el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas; y ii) en el periodo del 18 de diciembre de 2009 al 31 de diciembre de 2012, se suspendió la aplicación del artículo 85°; por lo que, a pesar de que nuevamente se había incluido el supuesto de “nuevas habilitaciones urbanas” en el artículo 85°, éste devenía en inaplicable debido a la suspensión efectuada en virtud del Decreto de Urgencia N° 116-2009.

- Como consecuencia de lo anterior, en el caso de “nuevas habilitaciones urbanas” se aplica el régimen general establecido por el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas y, por tanto, el VNR no se fija en el momento de la recepción de la obra, sino en el momento de la aprobación del proyecto.
- La sanción impuesta a SEAL se sustenta en el hecho de que no habría calculado el VNR de las obras materia de la supervisión muestral en la oportunidad en que éstas fueron recibidas, tal como dispone el texto vigente del artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual se encontraba suspendido al momento de realizarse la supervisión. Por el contrario, SEAL, en atención estricta a la regulación vigente, fijó el VNR al momento de aprobar los proyectos, tal como lo disponía el artículo 83° de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- En este orden de ideas, no se puede sostener jurídicamente que las infracciones se han originado por una inobservancia de las normas reglamentarias, siendo que estas normas sólo tienen su razón de ser en el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual estuvo suspendido al momento de realizarse la supervisión.
- Los argumentos anteriormente expuestos son aplicables a las obras de los ítems N° 1, N° 2, N° 6, N° 7, N° 8, N° 9, N° 10, N° 11, N° 12, N° 13, N° 14, N° 15, N° 16, N° 17, N° 18, N° 19, N° 20, N° 21, N° 22, N° 23, N° 24, N° 25, N° 26, N° 27, N° 28, N° 29, N° 30, N° 31, N° 32, N° 33 y N° 34 del Informe de Supervisión N° 030/2010-2011-09-02.



e.2 *Inclusión indebida de componentes en el cálculo del VNR*

- En el caso de las obras de los ítems N° 15, N° 16, N° 17 y N° 20 del Informe de Supervisión N° 030/2010-2011-09-02, en el cálculo del VNR se han incluido componentes que no corresponden a vías públicas sino a instalaciones particulares de lotes únicos.
- Estas obras fueron realizadas en habilitaciones urbanas de lotes únicos, por lo que no hay obras en vías públicas.
- Además, en la valorización Osinergmin insiste en utilizar los costos estándar de inversión de las instalaciones de distribución eléctrica del año 2008, cuando por disposición legal SEAL debía valorizar las obras al momento de aprobar los proyectos, es decir, considerando los costos estándar de inversión de las instalaciones de distribución eléctrica del año 2004.

f) Acerca de la multa por haber incumplido el estándar del indicador DPA, sostuvo que:

- SEAL sí cumplió con todos los plazos establecidos en la normativa sobre contribuciones reembolsables. Por el contrario, a pesar de los buenos oficios de SEAL, los usuarios no se presentaron a suscribir sus respectivos convenios de devolución dentro de los plazos acordados.
- A pesar de ello, según se lee en los argumentos de Osinergmin sobre este punto, se la ha sancionado porque no logró probar la responsabilidad de los usuarios en el incumplimiento del plazo para concretar la modalidad y fecha de entrega del reembolso.
- Osinergmin debe probar que SEAL cometió una conducta omisiva o pasiva que se ha previsto sancionar. No basta que la administración suponga o especule sobre el incumplimiento de una obligación, sino que debe adjuntar las pruebas que sustentan su imputación.
- En el presente caso, Osinergmin no ha logrado probar la falta de responsabilidad de los usuarios en el cumplimiento del plazo para concretar la modalidad y fecha de entrega del reembolso. Además, contraviniendo el Principio de Presunción de Licitud, previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, ha establecido una presunción de ilicitud, dejando de lado su obligación de sustentar y probar que se cometió una infracción administrativa.
- Al no haberse adjuntado documentos que de manera concluyente acrediten que fue responsabilidad de SEAL no haber cumplido con el plazo para suscribir los acuerdos de devolución, entonces no es posible que se le imponga una sanción por el incumplimiento del estándar del indicador DPA.

g) En cuanto a la multa por haber incumplido el estándar del indicador DMI, manifestó que:

- Osinergmin no ha sustentado cuál es exactamente la infracción cometida, pues no realiza una explicación clara de la metodología empleada para el cálculo de los intereses. Por el contrario, SEAL ha sostenido que sus cálculos son correctos, conforme a la normativa sobre contribuciones reembolsables.
- Osinergmin señala que SEAL no ha presentado argumentos que desvirtúen la imputación realizada. Sin embargo, Osinergmin no ha logrado explicar por qué se produce la diferencia en el cálculo de intereses que se le imputa a SEAL y en qué parte específicamente se ha dejado de cumplir con la normativa sobre contribuciones reembolsables, demostrando cuál fue el error en el que habría incurrido.
- SEAL no puede ejercer apropiadamente su derecho de defensa si no se realizan imputaciones claras y precisas, con sustento legal.
- Las normas sobre recuperación real de las contribuciones reembolsables están muy claras y, por lo tanto, Osinergmin no puede realizar cálculos que no cuentan con un sustento legal, es decir, utilizando fórmulas de intereses que no se encuentran sustentadas en ninguna norma legal.

8. Mediante Memorándum N° 105-2018-OS/OR AREQUIPA, recibido el 19 de noviembre de 2018, la Oficina Regional de Arequipa remitió al TASTEM el recurso de apelación interpuesto por SEAL.

9. A través de la Resolución N° 260-2018-OS/TASTEM-S1 del 20 de noviembre de 2018, este Órgano Colegiado declaró infundada la queja por defectos de tramitación formulada por SEAL contra la Oficina Regional de Arequipa, al haberse determinado que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA fue notificada a SEAL el 13 de diciembre de 2017 de conformidad con la normativa vigente.
10. Este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se mencionan en los numerales siguientes.
11. Con relación a lo alegado en los literales a), b) y c) del numeral 7), corresponde señalar que de la revisión del expediente se observa que mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por SEAL contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18989.



De conformidad con lo previsto en los numerales 27.1, 27.2 y 27.3 del artículo 27° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD⁵, aplicable al presente caso por razón de temporalidad, en caso el administrado no se encontrara de acuerdo con la resolución que se pronunciara sobre su recurso de reconsideración, tenía expedito el derecho de interponer recurso de apelación contra dicho acto administrativo dentro del plazo de 15 (quince) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.



Asimismo, la indicada norma señalaba que en caso los recursos de reconsideración y apelación fueran presentados fuera del plazo, estos serían declarados improcedentes por el mismo órgano que emitió la resolución impugnada, debiéndose tener presente que de acuerdo con el artículo 222⁶ del vigente Texto Único Ordenado de la Ley del

⁵ "Artículo 27°.- Recursos administrativos.

27.1 Los recursos administrativos de reconsideración y apelación proceden únicamente contra las resoluciones que ponen fin a la instancia, contra aquellos actos administrativos que disponen mandatos, medidas correctivas, cautelares y de seguridad y contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses de los administrados.

27.2 Los recursos de reconsideración y de apelación se interpondrán ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación, quien evaluará si el escrito es presentado dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de notificado el acto impugnado, y si cuenta con los demás requisitos establecidos en los artículos 113° y 211° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, para proceder a resolverlo o elevarlo ante el superior jerárquico, según corresponda. El plazo para elevar el recurso de apelación será de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de recibido.

27.3 En los casos en que los recursos de reconsideración y apelación sean presentados fuera del plazo, éstos serán declarados improcedentes por el mismo órgano que emitió la resolución impugnada. Si no cumplen con los requisitos señalados en el numeral anterior, el órgano instructor le dará un plazo de dos (2) días hábiles para que subsanen las omisiones. De no subsanar las omisiones dentro del plazo indicado, serán declarados inadmisibles.
(...)"

⁶ "Artículo 212.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

(Texto según el artículo 212 de la Ley N° 27444)"

RESOLUCIÓN N° 026-2019-OS/TASTEM-S1

Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos, quedando firme el acto.

Si bien antes de la interposición del presente recurso de apelación SEAL presentó una queja por defectos de tramitación, cuestionando la notificación de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA, debe tenerse presente que mediante la Resolución N° 260-2018-OS/TASTEM-S1 del 20 de noviembre de 2018, este Órgano Colegiado declaró infundada dicha queja, al haberse determinado que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA fue notificada a SEAL el 13 de diciembre de 2017 de conformidad con la normativa vigente.

Asimismo, cabe señalar que el artículo 6^o del "Procedimiento para Atención de Queja por Defectos de Tramitación", aprobado por Resolución N° 105-2011-OS/CD, establece que la resolución que resuelve una queja es irrecurrible.

En este sentido, en la medida que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA fue notificada a SEAL el 13 de diciembre de 2017, el plazo de 15 (quince) días hábiles establecido en la normativa vigente para impugnar dicho pronunciamiento vencía el 8 de enero de 2018. Sin embargo, la referida empresa no interpuso recurso de apelación dentro del mencionado plazo.

Por lo expuesto, al haber transcurrido el plazo para impugnar la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2358-2017-OS/OR AREQUIPA, esta quedó consentida, concluyendo válidamente el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra SEAL y, en consecuencia, resulta improcedente el recurso de apelación interpuesto el 9 de noviembre de 2018 por dicha concesionaria en aplicación del silencio administrativo negativo.

12. Atendiendo a lo indicado en el numeral precedente, este Órgano Colegiado considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por SEAL en su recurso de apelación del 9 de noviembre de 2018, señalados en los literales del d) al g) del numeral 7) de la presente resolución.

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:

7 "Artículo 6°.- Plazo

El superior jerárquico o la autoridad competente deberá emitir una resolución resolviendo la queja en un plazo máximo de tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente de admitida la misma. Dicha resolución deberá ser notificada al administrado y a la unidad orgánica quejada en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles de ser emitida. La resolución es irrecurrible.
(...)"

RESOLUCIÓN N° 026-2019-OS/TASTEM-S1

Artículo Único. - Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto el 9 de noviembre de 2018 por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. en aplicación del silencio administrativo positivo, 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