

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

SALA 1

RESOLUCIÓN Nº 002-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 12 de enero de 2018

VISTO:

El Expediente Nº 2014-189¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por LUZ DEL SUR S.A.A.², representada por el señor David Mendiola Flórez, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 223-2016-OS/OR-LIMA del 3 de febrero de 2016, mediante la cual se la sancionó por incumplir la normativa sobre contribuciones reembolsables en el servicio público de electricidad, detectada en las supervisiones muestrales correspondientes a los años 2007 y 2008³.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 223-2016-OS/OR-LIMA del 3 de febrero de 2016, se sancionó a LUZ DEL SUR S.A.A. con una multa total de 3,62 (Tres con sesenta y dos centésimas) UIT, por no haber garantizado la recuperación real de las contribuciones reembolsables, de acuerdo con su carácter financiero, incumpliendo el artículo 84° de la Ley de Concesiones Eléctricas y el numeral 1.4 de la Directiva Nº 001-96-EM/DGE, "*Directiva sobre Contribuciones Reembolsables y su Devolución a Usuarios de Energía Eléctrica*"⁴ (en adelante, la Directiva sobre Contribuciones Reembolsables).

Cabe indicar que la autoridad de primera instancia señaló que el incumplimiento imputado a LUZ DEL SUR S.A.A. se encuentra tipificado como infracción administrativa en el numeral 1.10⁵ del Anexo Nº 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, comprendida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución Nº 028-2003-OS/CD.

2. Por escrito de registro Nº 201300131571 del 3 de marzo de 2016, LUZ DEL SUR S.A.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 223-2016-OS/OR-LIMA, en atención a los siguientes argumentos:

¹ El expediente SIGED es el Nº 201300131571.

² LUZ DEL SUR S.A.A. es una empresa de distribución de tipo 4 que tiene en su zona de concesión algunos distritos del sur-este de Lima.

³ Cabe precisar que la supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin correspondiente al año 2007 se efectuó del 21 de agosto al 20 de setiembre de 2008 y la supervisión correspondiente al año 2008 se efectuó del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 2009.

⁴ Aprobada por Resolución Ministerial Nº 346-96-EM/VME.

⁵ El numeral 1.10 del Anexo 1 de la Resolución Nº 028-2003-OS/CD sanciona la siguiente conducta:

"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 1 000 UIT en caso de trate de empresas de tipo 4.



RESOLUCIÓN N° 002-2018-OS/TASTEM-S1

- a) La potestad sancionadora de Osinergmin para imponer sanciones ha prescrito:
- De acuerdo con el artículo 233° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en un plazo de cuatro años contados a partir de la fecha en que se cometió la infracción.
 - Del mismo modo, el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin señala que la potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro años de cometida la infracción.
 - En este sentido, la sanción impuesta debe revocarse por cuanto la potestad de Osinergmin para imponer sanciones ya prescribió, al haber transcurrido un plazo mayor a cuatro años entre el momento en que se cometió la supuesta infracción y el momento en que se le notificó la resolución sancionadora.
- b) Corresponde el archivo de la sanción de multa al haber operado la retroactividad benigna en materia sancionadora:
- El 24 de setiembre de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1221, que modificó, entre otras disposiciones, el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas.
 - Así, se modificó el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas, estipulándose que al momento de efectuarse la devolución de las contribuciones reembolsables, éstas serán actualizadas con los factores de reajuste de las tarifas, es decir, con la fórmula establecida en el artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
 - De lo señalado en los informes de supervisión como en el informe que acompaña a la resolución apelada, se la ha sancionado por no haber garantizado la recuperación real de las contribuciones reembolsables debido a que utilizó los factores de reajuste de las tarifas previstos en el artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas y no las fórmulas polinómicas del FAVAD.
 - Sin embargo, con la modificación introducida en el artículo 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas la conducta en la que habría incurrido LUZ DEL SUR S.A.A. ya dejó de ser sancionable. En tal sentido, corresponde dejar sin efecto la multa impuesta en aplicación de la retroactividad benigna en materia sancionadora, ya que a la fecha la supuesta conducta sancionable ha dejado de existir.
 - La aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa en materia de sanciones se encuentra recogida en el numeral 5) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el numeral 30.2 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD.
 - En el presente caso, se ha producido una modificación de la norma que complementa a la norma sancionadora y por ende también cabe su aplicación retroactiva, tal como fue establecido por el TASTEM en la Resolución N° 285-2010-OS/TASTEM.
3. Mediante Memorándum N° DSR-281-2016, recibido el 14 de marzo de 2016, la Oficina Regional de Lima Sur 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 exponen en los numerales siguientes.

4. En cuanto a lo alegado en el literal a) del numeral 2) de la presente resolución, debe señalarse que el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin⁶, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, norma vigente cuando se inició el presente procedimiento sancionador, establecía que la potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones, prescribía a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada⁷.

Asimismo, dicha norma indicaba que el cómputo del plazo de prescripción se suspendía con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanudaba si el trámite del procedimiento sancionador se mantenía paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado. Además, la prescripción ganada sólo podía ser alegada por los administrados en vía de defensa, precisándose que la Administración únicamente debía hacer una mera constatación de los plazos establecidos, debiéndose pronunciar de modo estimatorio o desestimatorio.

En el caso bajo análisis, LUZ DEL SUR S.A.A. ha interpuesto recurso de apelación en cuanto a la sanción de multa impuesta por no haber garantizado la recuperación real de las contribuciones reembolsables, incumplimiento detectado en las supervisiones muestrales correspondientes a los años 2007 y 2008. Por tanto, corresponde que este Órgano Colegiado evalúe si se configuró la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de tal infracción en cada uno de dichos periodos.

La infracción imputada a LUZ DEL SUR S.A.A., consistente en no haber garantizado la recuperación real de las contribuciones reembolsables, tiene el carácter de infracción instantánea, toda vez que la conducta se produjo y se consumó en un momento determinado, sin perdurar sus efectos en el tiempo.

En particular, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin observó que al momento de suscribir los convenios de reembolso de las contribuciones, LUZ DEL SUR S.A.A. no había



⁶ "Artículo 32°.- Prescripción

La potestad sancionadora de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada. Dicho plazo corresponde al ámbito propio del ejercicio de la potestad sancionadora, la cual finaliza con la resolución sancionadora y la consiguiente notificación.

La prescripción ganada podrá ser alegada por los administrados solo en vía de defensa, para lo cual, la Administración resolverá sin más trámite que la mera constatación del plazo, debiéndose pronunciar de modo estimatorio o desestimatorio.

El cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado. También se suspenderá el cómputo del plazo en aquellos casos que, por mandato judicial expreso o supuestos establecidos en la Ley que generen la suspensión, la Entidad se encuentre impedida de ejercer su función sancionadora."

⁷ Esta disposición normativa guardaba concordancia con el numeral 233.1 del artículo 233° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1029, el cual disponía lo siguiente:

"233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años".

RESOLUCIÓN Nº 002-2018-OS/TASTEM-S1

considerado intereses compensatorios o había considerado intereses menores a los que correspondían, según el cálculo efectuado por el supervisor.

Por tanto, al tratarse de una infracción instantánea, el inicio del cómputo del plazo de prescripción comienza en la fecha en que se cometió la infracción imputada anteriormente señalada.

En este sentido, en el caso de la infracción correspondiente a la supervisión del año 2007, para efectos del presente análisis este Órgano Colegiado tomará como referencia la fecha de detección de la infracción, esto es, el 20 de setiembre de 2008, día de culminación de la supervisión muestral realizada a LUZ DEL SUR S.A.A.

Así, desde el 20 de setiembre de 2008, fecha de detección de la comisión de la infracción correspondiente a la supervisión del año 2007, hasta el 4 de setiembre de 2014, fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, el plazo para que Osinergmin ejerza su potestad sancionadora ya había prescrito. En efecto, tal como se indica en el cuadro siguiente, el ejercicio de la potestad sancionadora prescribió el 20 de setiembre de 2012, fecha en la que se cumplió el plazo de cuatro (4) años previsto por el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin.

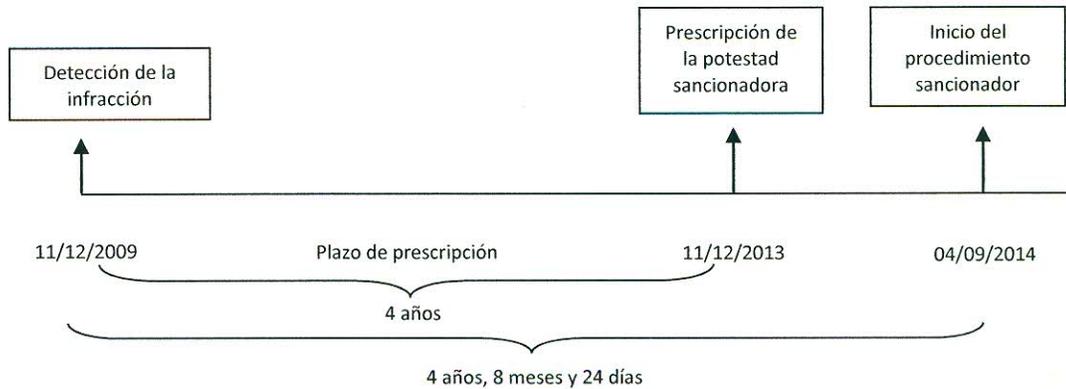


De manera similar, en el caso de la infracción correspondiente a la supervisión del año 2008, para efectos del presente análisis este Órgano Colegiado tomará como referencia la fecha de detección de la infracción, esto es, el 11 de diciembre de 2009, día de culminación de la supervisión muestral realizada a LUZ DEL SUR S.A.A.

Ahora bien, desde el 11 de diciembre de 2009, fecha de detección de la comisión de la infracción correspondiente a la supervisión del año 2008, hasta el 4 de setiembre de 2014, fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, el plazo para que Osinergmin ejerza su potestad sancionadora ya había prescrito. Conforme se indica en el cuadro siguiente, el ejercicio de la potestad sancionadora prescribió el 11 de diciembre de 2013, fecha en la que se cumplió el plazo de cuatro (4) años previsto por el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin.



RESOLUCIÓN N° 002-2018-OS/TASTEM-S1



En consecuencia, considerando que la Resolución de Oficinas Regionales N° 223-2016-OS/OR-LIMA fue emitida el 3 de febrero de 2016, esto es, con posterioridad a la fecha en que se configuró la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción consistente en no haber garantizado la recuperación real de las contribuciones reembolsables, de acuerdo con su carácter financiero, detectada en las supervisiones muestrales correspondientes a los años 2007 y 2008, procede amparar el pedido de prescripción formulado por LUZ DEL SUR S.A.A. y declarar el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 2014-189 (Expediente SIGED N° 201300131571).

5. Acerca de lo alegado en el literal b) del numeral 2) de la presente resolución, carece de objeto que este Órgano Colegiado se pronuncie sobre el particular, dado que se ha dispuesto el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador, al haberse declarado la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa que fue imputada a LUZ DEL SUR S.A.A.

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 1º.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por LUZ DEL SUR S.A.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 223-2016-OS/OR-LIMA del 3 de febrero de 2016, en virtud de los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, y disponer el **ARCHIVO DEFINITIVO** del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 2014-189 (Expediente SIGED N° 201300131571).

Artículo 2º.- 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