

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

**SALA 1**

**RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1**

Lima, 13 de Julio de 2018

**VISTO:**

El Expediente N° 2017-091<sup>1</sup> que contiene el recurso de apelación interpuesto por ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, ENEL)<sup>2</sup>, representada por la señora Ana María Otoy Torero, contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1417-2018 del 6 de junio de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento del Plan de Inversiones de los Sistemas Secundarios y Complementarios de Transmisión", aprobado por Resolución N° 198-2013-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), en el periodo 2013.

**CONSIDERANDO:**

1. Mediante Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1417-2018 del 6 de junio de 2018, se sancionó a ENEL con una multa ascendente a 27.24 (veintisiete con veinticuatro centésimas) UIT, por haber incumplido el plazo para poner en operación comercial seis (6) elementos previstos para el año 2013 en el Plan de Inversiones en Transmisión para el periodo 2013-2017.

Cabe señalar que la infracción mencionada se encuentra tipificada como infracción administrativa en el numeral 4.4 del Procedimiento<sup>3</sup> y es sancionable conforme al numeral 1.10 del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> El expediente SIGED es el N° 201700175299.

<sup>2</sup> Enel Distribución Perú S.A.A. es una empresa de distribución de tipo 4 y su ámbito de concesión comprende la zona norte de Lima Metropolitana, Provincia Constitucional del Callao y las provincias de Huaura, Huaral, Barranca y Oyón

<sup>3</sup> **PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE INVERSIONES DE LOS SISTEMAS SECUNDARIOS Y COMPLEMENTARIOS DE TRANSMISIÓN**, aprobado mediante Resolución N° 198-2013-OS/CD

**"4. TÍTULO CUARTO**

**SANCIONES Y MULTAS**

*Constituyen infracciones pasibles de sanción, aplicables al TITULAR de instalaciones de transmisión contempladas en el plan de inversiones vigente, los siguientes hechos:*

(...)

**4.4** *No cumplir con poner en operación comercial algún elemento, en el plazo previsto en el plan de inversiones vigente"*

<sup>4</sup> **ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACION ELECTRICA**, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS7CD

**ANEXO 1**

N°	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCION	E-TIPO 4
(...)				
1.10	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.	Art. 201°, inc. p) del Reglamento	De 1 a 1000 UIT	Multa hasta 1000 UIT

2. A través del escrito de registro N° 201700175299 del 27 de junio del 2018, ENEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1417-2018, en atención a los siguientes argumentos:

a) Con relación al elemento previsto para el año 2013 que permanece sin servicio<sup>5</sup>:

- En el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017 se consideró la implementación de este elemento debido al incremento de la potencia de 25 MVA a 40 MVA del transformador de la SET Tomás Valle. Sin embargo, en plena ejecución del proyecto, y en la etapa de ingeniería básica, se verificó que la celda de transformador existente y en servicio permitiría cumplir con las nuevas condiciones para el incremento de potencia, por tanto, y en aplicación del criterio de mínimo costo señalado en la Resolución N° 123-2008-OS-CD Norma "Tarifas y Compensaciones para Sistemas Secundarios de Transmisión y Sistemas Complementarios de Transmisión" se decidió seguir utilizando los elementos del SET existentes.
- Respecto a lo señalado por la primera instancia, de que se debió optar por modificar el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017, corresponde indicar que la razón que justificaba la no puesta en operaciones de la celda en la SET Tomas Valle, era que la celda ya existente era lo suficientemente útil; por lo que no se encontraba en alguno de los supuestos señalados en la norma para pedir la modificación (cambio en la demanda, modificaciones en la configuración de las redes, y/o modificaciones de las condiciones técnicas o constructivas), por lo que no se pidió la modificación.
- Carece de sustento lo señalado en la resolución apelada, puesto que, si se hubiera hecho lo que se planteó en ella, se tendría que reconocer la puesta en operación (innecesaria) del mencionado elemento, a efectos de la recuperación de los costos, generando un despropósito con perjuicio a terceros.
- Adicionalmente, la primera instancia no tomó en cuenta que si se pudieran plantear las modificaciones al Plan de Inversión en Transmisión por elementos que aún no cumplen su vida útil, se estaría generando un incentivo perverso al permitir cambios innecesarios en dicho plan (generándose un reconocimiento de costos no necesarios).



<sup>5</sup> Cuadro contenido en el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-83, a fojas 18 reverso del expediente:

Elementos previstos para el año 2013 que permanecen sin servicio

PLAN DE INVERSIONES 2013-2017						
Ítem	EMPR.	NOMBRE DEL ELEMENTO	INSTALACIÓN	MÓDULO ESTÁNDAR	AÑO PES	Observación
1	ENEL DP	Celda de Transformador	SET AT/MT TOMAS VALLE	CE-060COU1C1ESBTR3	-	No ejecutado

RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

- b) Respecto a los elementos previstos para el año 2013 que fueron puestos en servicio en los años 2014<sup>6</sup> y 2015<sup>7</sup>:
- Los elementos fueron puestos en operación (culminación de equipamiento) mucho antes de la fecha señalada en el Plan de Inversiones, sólo que fueron puestos en tensión sin carga. Además, la fecha que se indica como de puesta en servicio (2014 - 2015) se refiere a la fecha en que estas celdas tomaron carga, y no a la fecha en que éstas fueron culminadas.
  - La fecha en que los elementos se ponen en servicio con carga sólo marca la etapa a partir de la cual se reconocerá la liquidación; dado que la toma de carga depende de la demanda. Por ello, la diferencia entre ambas fechas sólo perjudica a la empresa en el retorno de la inversión.
  - Sin perjuicio de ello, los elementos fueron finalmente puestos en servicio y su ejecución en dichas fechas extemporáneas (2014 – 2015) no ocasionaron ningún perjuicio; considerándose, además, que la puesta en servicios de estos elementos se realizó mucho antes de que se inicie el presente procedimiento sancionador.
- c) En cuanto la resolución apelada ha trasgredido el Principio de Tipicidad:
- Conforme a la resolución impugnada el incumplimiento consistió en *“no poner en operación comercial algún elemento del Plan de Inversiones dentro del plazo previsto”*, el cual se encuentra tipificado como infracción administrativa en el numeral 4.4 del Procedimiento; que entró en vigencia a partir del 18 de octubre de 2013, es decir, cuando el incumplimiento estaba en *“plena ejecución”*.



<sup>6</sup> Cuadro contenido en el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-83, a fojas 18 reverso del expediente:

Elementos previstos para el año 2013 que fueron puestos en servicio en el año 2014

PLAN DE INVERSIONES 2013-2017						
Ítem	EMPR.	NOMBRE DEL ELEMENTO	INSTALACIÓN	MÓDULO ESTÁNDAR	AÑO PES	Observación
1	ENEL DP	Celda Medición	SET AT/MT TOMAS VALLE	CE-023COU1MCISBMD1	2014	Con APES 015-2014-EDELNOR
2	ENEL DP	Celda de Transformador	SET AT/MT TOMAS VALLE	CE-023COU1MCISBTR1	2014	Con APES 015-2014-EDELNOR
3	ENEL DP	Celda de Alimentador	SET AT/MT ZARATE	CE-010COU1MCISBAL1	2014	Con APES 017-2014-EDELNOR

APES: Acta de Puesta en Servicio

<sup>7</sup> Cuadro contenido en el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-83, a fojas 18 reverso del expediente:

Elementos previstos para el año 2013 que fueron puestos en servicio en el año 2015

PLAN DE INVERSIONES 2013-2017						
Ítem	EMPR.	NOMBRE DEL ELEMENTO	INSTALACIÓN	MÓDULO ESTÁNDAR	AÑO PES	Observación
1	ENEL DP	Celda de Alimentador	SET AT/MT HUACHO	CE-023COU1MCISBAL1	2015	Con APES 24-2015-EDELNOR
2	ENEL DP	Celda de Alimentador	SET AT/MT PERSHING	CE-010COU1MCISBAL1	2015	Con APES 007-2015-EDELNOR

APES: Acta de Puesta en Servicio

RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

- En ese sentido, la puesta en operación de los elementos del plan es una obligación sometida a un periodo de tiempo determinado, en el caso concreto a todo el año 2013; por lo que desde el 1 de enero de 2013 hasta el 17 de octubre de 2013, periodo en el cual también se le imputa el incumpliendo, la infracción no se encontraba tipificada en ninguna norma, es decir, existía la obligación, pero no existía un tipo infractor.
- Además, si bien el Procedimiento establece que éste es aplicable al Plan de Inversiones para el año 2013, ello debe interpretarse restrictivamente, dado que de acuerdo al Principio de Irretroactividad, contenido en el artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), sólo son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
- Conforme a lo expuesto, queda claro que no puede utilizarse dicho Procedimiento, el cual recién entró en vigencia cerrando el año 2013, para sancionar una conducta que fue exigible durante todo el año 2013. Sin embargo, la primera instancia les ha iniciado el presente procedimiento sancionador sin que los hechos imputados se encuentren debidamente tipificados como infracción, atentando claramente contra el Principio de Tipicidad que rige y limite la potestad sancionadora de la Administración.
- En efecto, el artículo 246.4 del TUO de la LPAG consagra el Principio de Tipicidad, el cual prevé que sólo cabe sancionar por una conducta que esté prevista en la ley como infracción administrativa. Asimismo, dicho principio no constituye una exigencia solamente para el legislador que tipifica la infracción, sino también para la Administración que aplica el tipo infractor, tal y como señala el autor SUAY RINCÓN, José: *“La exigencia de tipicidad también afecta a la imposición de las sanciones administrativas, es decir, en el momento que la Administración procede al ejercicio de sus potestades sancionadora. (...) igualmente se vulnera si la Administración al actuar su potestad sancionadora fuerza en exceso los tipos e infracciones y promueve una interpretación analógica o extensiva de los mismos.”*
- Del mismo modo, se resalta la relevancia de este aspecto del Principio de Tipicidad conforme señala el autor BUENO ARMIJO, Antonio: *“El segundo mandato contenido en el principio de tipicidad (...) impone que los hechos sancionados por la Administración encuentren perfecto acomodo en los tipos previstos por la norma sancionadora. Se trata, en consecuencia, de un mandato dirigido a los órganos sancionadores en sentido estricto, esto es, a los órganos aplicadores de la norma sancionadora (...).”*
- Por último, cabe destacar que, en esta labor la Administración debe hilar fino, de manera que no se someta al administrado a una decisión arbitraria. Por lo que, la Ley, al consagrar el Principio de Tipicidad, prohíbe ejercer a la Administración su potestad cuando no exista una norma legal previa que con certeza suficiente determine: (i) la existencia de una obligación exigible; (ii) la calificación de su inobservancia como infractor; y, (iii) la previsión de una sanción ante la verificación de la infracción.
- En ese sentido, en el caso concreto no se ha respetado dicho principio elemental de la potestad punitiva del Estado. Dado que la obligación cuyo incumplimiento se imputa es



RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

de exigibilidad anual, por lo que el régimen sancionador aprobado por el Procedimiento rige a partir del año siguiente de su aprobación, es decir, desde el 2014. Por lo tanto, no se les puede sancionar por una conducta cuya norma de tipificación no existía al momento de los hechos.

d) Con relación a la prescripción ganada y alegada:

- Considerando que la obligación contenida en el Procedimiento es de prioridad anual, la infracción que se les imputó tuvo como fecha de ejecución el 31 de diciembre de 2013, fecha de corte para el cumplimiento de las obligaciones de puesta en servicio de los elementos previstos para el año 2013 en el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017.
- Por lo que, desde cometida la infracción sancionada (31 de diciembre de 2013) hasta el inicio del procedimiento sancionador transcurrieron 3 años y 11 meses. Sin embargo, al haberse paralizado el procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles, desde la presentación de sus descargos hasta la emisión del Informe Final de Instrucción, el plazo de prescripción se reanudó, cumpliéndose así con el plazo prescriptorio de cuatro (4) años establecidos en el artículo 250° de la LPAG.
- En efecto, entre la presentación de los descargos (13 de diciembre de 2017) y la emisión del Informe Final de Instrucción (1 marzo de 2018), transcurrieron más de veinticinco (25) días hábiles, tiempo durante el cual el procedimiento estuvo paralizado; por lo que, la cuenta del plazo de prescripción se reanudó desde el 19 de enero de 2018, el cual cumplió los cuatro (4) años en febrero del año en curso. Es más, si quedara alguna duda, entre dicha fecha y la fecha de emisión de la resolución apelada han transcurrido cuatro (4) meses, por lo que el plazo de prescripción se ha superado en exceso.
- Sin embargo, en la resolución apelada se señaló que la presente infracción no sería de naturaleza instantánea con efectos permanentes, lo cual está alejado de la realidad y no tiene sustento alguno en la doctrina especializada en Derecho Administrativo.
- En efecto, este tipo de infracciones –conocidas también como infracciones de estado – se caracterizan, tal y como señala DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *“porque el tipo normativo sólo describe la producción de un estado antijurídico, pero no su mantenimiento. La infracción también crea un estado antijurídico duradero – como loas permanentes – pero, en este caso, la infracción se consume cuando se produce la situación antijurídica”*.
- Por ende, el plazo de prescripción se computa desde cometida la infracción; dado que, la conducta sancionada se consume en un solo momento de acuerdo con la tipificación prevista por el legislador (p.e. pago en exceso o indebido, inejecución en plazo determinado, etc.), aunque luego permanezca en el tiempo una situación antijurídica (p.e. devolución pendiente, elemento no ejecutado, etc.).
- El artículo 250° del TUO de la LPAG, establece que la prescripción tiene como efecto la pérdida de la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, de manera que transcurrido el plazo que establezca la norma común (o



RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

en su caso la norma especial), la autoridad quedará impedida para determinar la existencia de responsabilidad administrativa. Asimismo, el artículo 250.3 del TUO de la LPAG establece que la prescripción debe ser declarada de oficio, de manera que, al no haberlo hecho en el caso concreto, la primera instancia ha viciado de nulidad la resolución apelada.

- En el presente caso, la primera instancia ha señalado que se estaría frente a una infracción permanente, señalando lo siguiente: “(...) *el no cumplimiento de su obligación por parte de ENEL DISTRIBUCIÓN constituye una omisión y que permanecerá como tal hasta que la obligación se cumpla o permanezca su deber de actuar*”. Al respecto, la doctrina ha precisado que para determinar si se está frente a una infracción instantánea o continuada o permanente, debe atenderse al tipo infractor, específicamente, al verbo rector que define la conducta prohibida.
  - Pues bien, la norma que prevé la conducta infractora simplemente establece que constituye infracción: “*No cumplir con poner en operación comercial algún elemento, en el plazo previsto en el plan de inversiones vigente*”; por lo que, de este tipo infractor no se puede aducir que el legislador haya querido regular un tipo de infracción permanente.
  - Por el contrario, la inclusión de la frase “en el plazo legal” permite sostener, sin lugar a dudas, que este tipo de infracciones se consume cuando se cierra el plazo legal en el cual se debió cumplir la obligación. Por lo que, en el caso concreto, ello se da a la culminación del año 2013, fecha en la que se debieron implementar los elementos previstos en el Plan de Inversiones en Trasmisión 2013-2017 para ese año; y que fueron objeto de supervisión para el presente procedimiento.
  - De lo expuesto, no queda dudas que la infracción sancionada ya había prescrito en exceso; por lo que, la primera instancia al no haber apreciado de oficio la prescripción alegada, ha incurrido en un vicio de nulidad.
- e) Acerca de la configuración del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria
- Al respecto, indica que antes de la imputación de cargos, cumplió con subsanar oportuna y voluntariamente las infracciones. En efecto, en la resolución apelada se puede apreciar que las obligaciones fueron cumplidas, aun cuando éstas hayan sido cumplidas extemporáneamente.
  - Es pertinente mencionar que el incumplimiento imputado no solo ha cesado, sino que además no se ha afectado la finalidad perseguida por la norma, ni a los usuarios. Es más, sobre el primer punto queda claro que la finalidad se cumplió, al haberse puesto en servicio los elementos previstos en el Plan de Inversiones. Respecto al segundo punto, se ha demostrado que los usuarios no sufrieron ningún tipo de afectaciones por el incumplimiento fuera de plazo de las obligaciones antes mencionadas; es más, en todo momento se garantizó la continuidad y regularidad en la prestación del servicio.
  - Ha quedado demostrado que no existe sustento alguno para continuar con el procedimiento sancionador, al quedar configurada la finalidad de la subsanación



RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

voluntaria (corregir las conductas). Al respecto, la doctrina del derecho administrativo ha descrito los eximentes de responsabilidad por subsanación voluntaria como excusas absolutorias, siguiendo así la doctrina penal, tal y como señalan los autores GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo: *“supuestos en los que, pese a estar presente una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador prescinde de la sanción por razones político-legislativas: no afectan ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, sino sólo a la sanción. El fundamento de las mismas, que han llegado a ser llamadas “perdón legal”, reside en razones político-legislativas de utilidad o conveniencia diferentes según la concreta causa de que trate”*.



- En sentido similar, la profesora Blanca Lozano ha precisado lo siguiente: *“las excusas absolutorias son causas de extinción de la pena establecidas por el legislador por razones de política criminal que se anteponen a la represión del ilícito cometido, generalmente dirigidas a fomentar la reparación por el delincuente del daño producido”*.

- Por lo que, el objetivo de la Administración no es imponer sanciones cuantiosas a los administrados - tratando de dejar de lado el fin represor - sino de privilegiar el fin preventivo-correctivo. Sin embargo, para el caso en concreto, en la resolución apelada no ha sido valorado que antes de la imputación de cargos no solo cesó la conducta detectada, sino que los efectos de la misma no han perjudicado la finalidad de la norma ni a los usuarios; por lo que, solicitamos la nulidad de ésta.

f) En cuanto a la irrazonable aplicación de una imposición de sanción

- En el presente caso se estaría vulnerando el Principio de Razonabilidad consagrado en el TUO de la LPAG, dado que se estaría usando la potestad sancionadora como un instrumento para imponer una sanción desmesurada, en un claro desvío del poder. Asimismo, en el numeral 1.17 del artículo IV del TUO de la LPAG se establece que sólo es válido el ejercicio legítimo de las potestades públicas.

- En ese sentido, el profesor TAWIL, GUIDO SANTIAGO ha señalado lo siguiente: *“la desviación de poder implica, pues, una malversación de sus potestades por parte de la Administración. Esta se puede manifestar de tres formas distintas. En primer lugar, mediante la denominada “desviación de poder máxima” (...)”*. En el presente caso, estamos frente a una desviación de poder en la medida que se está utilizando la potestad sancionadora, pese a que claramente la conducta que se imputo no solamente cesó, sino que además se ha demostrado la inexistencia del daño.

- Además, para el primer elemento, mencionado con anterioridad, se explicó las razones por las cuales no se puso en operación la celda; sino que, en aplicación de la eficiencia que debe regir las actuaciones de las empresas reguladas, se optó por emplear la celda existente aprovechando al máximo su vida útil. Asimismo, para los otros elementos instalados extemporáneamente ha quedado acreditado la subsanación en forma voluntaria.

- Cabe señalar que, conforme se establece en el Principio de Razonabilidad, las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la proporción adecuada entre los medios y los fines que se procura tutelar.



Para el caso en concreto, ello implica que en virtud de dicho principio la autoridad está facultada para evaluar si los hechos ameritan el uso de la potestad sancionadora en toda su extensión; o si, por el contrario, una sanción en el caso concreto no conseguiría ningún resultado valioso.

- En virtud de lo mencionado, cabe señalar que, en la resolución apelada la sanción en este caso carece de sentido, pues, al contrario, incentiva a plantear modificaciones al Plan de Inversión en Transmisión, sin sustento y conduciendo a situaciones ineficientes, con los perjuicios que ello genera al mercado en general. Asimismo, no sería para nada razonable imponer una sanción, considerando la subsanación voluntaria de la infracción antes del inicio del procedimiento.
- g) Respecto a los fundamentos que sustenta el archivo del procedimiento sancionador
- Al haberse demostrado conductas atípicas, no sólo se deberá declarar nula la resolución impugnada, sino también disponerse el archivo definitivo del procedimiento sancionador, al no existir infracción sancionable.
  - Asimismo, al haberse constatado que ha ocurrido la prescripción, solicitamos que se ordene el archivo definitivo, con expresa instrucción para que no se inicie un nuevo procedimiento por los mismo hechos, al haberse perdido competencia.
  - Por último, en atención a que se ha configurado la subsanación voluntaria que constituye un eximente de responsabilidad, el caso amerita también el archivo en virtud a este extremo.
- h) Acerca de los fundamentos que sustentan que la multa es desproporcionada
- Los criterios utilizados por la primera instancia a fin de graduar la multa, no han sido debidamente motivados, incumpliendo así con la garantía mínima del principio del debido procedimiento recogido en el artículo 246.2 del TUO de la LPAG; así como, las garantías que se encuentran previstas de forma no taxativa en el artículo IV de la norma antes citada. Además, no solo el TUO de la LPAG establece que la motivación es un requisito de validez del acto administrativo, si no que nuestra jurisprudencia constitucional reconoce este requisito como un elemento esencial del debido procedimiento administrativo.
  - En ese sentido, la motivación de las resoluciones permite a la autoridad justificar el sentido de las decisiones con el objetivo de evitar decisiones arbitrarias. En el presente caso, ello no ha ocurrido en la graduación de la sanción, razón por la cual se solicita la nulidad de la resolución apelada, y, en forma subsidiaria que se reduzca la multa proporcionalmente.
  - A efectos de acreditar el vicio en la resolución impugnada, es necesario remitirnos a las precisiones realizadas por el Tribunal Constitucional, en ese sentido, en la sentencia del Expediente N° 728-2008-HC (caso Giuliana Llamuja) se indicó: "(...) *este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de*



RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

*motivación o motivación aparente (...), b) Falta de motivación interna del razonamiento (...); y, c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas (...)*".

- Por lo que, la primera instancia ha sobredimensionado el “*beneficio ilícito*” que tendría, al calcular el mismo sobre la base del costo de los módulos, pero no se ha tomado en cuenta que todos los elementos en cuestión se encuentran instalados, por lo que el costo sí ha sido asumido por la concesionaria.
  - En tanto que, para el primer elemento mencionado, en la SET Tomas Valle se encuentra operando con la celda ya existente, por lo que su costo sí se realizó en su momento, de manera que contabilizarlos ahora para graduar la multa carece de sentido. Peor aún es para los casos en que los elementos fueron puestos en operación en los años 2014 y 2015, quedando claro que la concesionaria sí incurrió en los costos conforme al Plan de Inversión en Transmisión 2013-2017.
  - Asimismo, en el caso del criterio de “*gravedad del daño*”, no se ha mencionado en ninguna parte de la resolución apelada cual sería el daño ocasionado, ni sus alcances, ni mucho menos se determinó su gravedad; por lo que la sola referencia a la naturaleza del servicio público es insuficiente, dado que la norma exige pruebas fehacientes sobre el daño y su gravedad.
  - Del mismo modo, en el caso del criterio de “*intencionalidad*” no cabe asumir dicho criterio con la sola presunción del conocimiento de las obligaciones. Dado que, el dolo es muy distinto al simple conocimiento previo; por lo que, carece de sentido incorporarlo como criterio de graduación.
  - Por último, es grave que, y sin mayor justificación, se haya descartado evaluar los demás criterios de graduación; dado que, si se hubiesen analizado dichos criterios se habría constatado que no existe reincidencia, ni perjuicio económico, y que, las circunstancias revelan que no es razonable sancionar. Por lo tanto, solicitamos que en caso no se ampare el pedido de nulidad y archivo, se reduzca la multa impuesta considerando los criterios de proporcionalidad.
3. Mediante Memorándum N° DSE-464-2018, recibido el 4 de julio de 2018, la División de Supervisión de Electricidad de Osinergmin 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 d) del numeral 2) de la presente resolución, debe señalarse que la Primera Disposición Complementaria Transitoria<sup>8</sup> del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de

<sup>8</sup> REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD

**“Disposición Complementaria Transitoria**

**Primera.-** Los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente Reglamento. En este último caso, se aplicarán tales disposiciones previo informe del órgano que emitió el acto administrativo que dio fin al procedimiento administrativo sancionador, siendo dicha decisión inimpugnable.”

RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

Osinergrmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD y vigente desde el 19 de marzo de 2017, emitido con ocasión de la publicación del Decreto Legislativo N° 1272<sup>9</sup>, establece que los procedimientos administrativos actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones de dicho Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción.

Así, el artículo 31<sup>o10</sup> del citado Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergrmin establece que la potestad sancionadora de Osinergrmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años y el referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado.

Asimismo, el mencionado artículo señala que, en el caso de infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó. En el caso de infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.

Agrega el aludido artículo 31° que el cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al Agente Supervisado. También se suspende por mandato judicial o en los supuestos previstos en la ley.

En este punto, cabe indicar que en la resolución apelada la primera instancia, a efectos de determinar si la potestad sancionadora del Osinergrmin había prescrito, se señaló que la presente infracción califica como una infracción permanente. Al respecto, las infracciones permanentes, están relacionadas a situaciones antijurídicas prolongas en el tiempo, cuyo

<sup>9</sup> El Decreto Legislativo N° 1272 realizó diversas modificaciones e incorporó nuevas disposiciones a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del mencionado decreto legislativo que las entidades debían adecuar sus procedimientos especiales a lo previsto en esta norma.

<sup>10</sup> **REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD**

**"Artículo 31.- Prescripción y caducidad**

- 31.1 *La potestad sancionadora de Osinergrmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado. Asimismo, el inicio del plazo de prescripción considera lo siguiente:*
- a) *En infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó.*
  - b) *En infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.*
  - c) *En infracciones continuadas, el plazo de prescripción se inicia desde la realización de la última acción constitutiva de la infracción.*
  - d) *Tratándose de infracciones al cumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del periodo supervisado.*
- 31.2 *El cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al Agente Supervisado. También se suspende por mandato judicial o en los supuestos previstos en la ley.*
- 31.3 *El órgano sancionador o el órgano revisor declara de oficio la prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponda."*

RESOLUCIÓN N° 119-2018-OS/TASTEM-S1

plazo de prescripción comienza a contarse a partir del cese de la conducta infractora. Es decir, lo que se mantiene en el tiempo es la conducta ilícita y no los efectos de la misma.

Sin embargo, en el caso bajo análisis, la infracción administrativa consiste en no haber puesto en operación comercial seis (6) elementos previstos para el año 2013 en el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017; por lo que la conducta sancionada se consuma en un solo momento de acuerdo con la tipificación prevista en el Procedimiento (es decir, al término del plazo legal establecido: 31 de diciembre de 2013), aunque luego permanezca en el tiempo una situación antijurídica (la no puesta en operación comercial de los seis elementos). Por lo tanto, la presente infracción administrativa tiene el carácter de infracción instantánea de efectos permanentes<sup>11</sup>, toda vez que la conducta infractora se produjo y se consumó en un momento determinado, pero sus efectos son duraderos en el tiempo.



Así, dicha infracción se configuró en el momento en que ENEL no puso en operación comercial los seis (6) elementos en el plazo previsto en el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017, según lo detectado en la supervisión realizada. Por tanto, al tratarse de una infracción instantánea de efecto permanentes, el inicio del cómputo del plazo de prescripción comienza en la fecha en que se cometió la infracción anteriormente señalada.

En este sentido, para efectos del presente análisis, este Órgano Colegiado tomará como referencia la fecha de detección de la infracción, esto es, el 31 de diciembre de 2013, el último día del plazo con que contaba la concesionaria para poner en operación comercial los seis (6) elementos previsto en su Plan de Inversiones en Transmisión correspondiente al periodo 2013-2017.



Ahora bien, con el objeto de facilitar el cómputo del plazo de prescripción se ha elaborado la siguiente línea de tiempo:



<sup>11</sup>De acuerdo con BACA ONETO, Víctor: "En estos casos, la infracción produce un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico, que se mantiene. (...), aunque los efectos de la conducta infractora sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de esta es instantánea, por lo que es a partir de este momento en que debe contarse el plazo de prescripción de la infracción."

De lo anotado previamente, es necesario hacer las siguientes precisiones:

- i. Primer periodo de cómputo: se inicia el día que se detecta la infracción, esto es, el 31 de diciembre de 2013 y se prolonga hasta el 27 de noviembre de 2017, día anterior a la fecha que se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, lo que ocasionó la suspensión del cómputo del plazo de prescripción.
- ii. Periodo de suspensión: comienza el 28 de noviembre de 2017, cuando se notificó el inicio del procedimiento sancionador. La concesionaria presentó sus descargos el 13 de diciembre de 2017 y luego el procedimiento estuvo paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles. Por ello, el cómputo del plazo de prescripción estuvo suspendido hasta el 19 de enero de 2018.
- iii. Segundo periodo de cómputo: se inicia el 20 de enero de 2018 y se extiende hasta que se cumpla el plazo de 4 (cuatro) años, considerando el cómputo inicial del primer periodo. Así, la primera instancia tenía hasta el 23 de febrero de 2018 para determinar la existencia de la infracción administrativa e imponer la sanción sin incurrir en el supuesto de prescripción.

En consecuencia, considerando que la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1417-2018 fue emitida el 6 de junio de 2018, 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 puesto en operación comercial seis (6) elementos previsto para el año 2013 en el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017, procede amparar el pedido de prescripción formulado por ENEL y declarar el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 2017-091 (Expediente SIGED N° 201700175299), por haber transcurrido 104 días calendario en exceso del plazo máximo de 4 años.

5. Acerca de lo alegado en los literales a), b), c) e), f), g) y h) del numeral 2) de la presente resolución, carece de objeto que este Órgano Colegiado se pronuncie sobre los particulares, 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 ENEL.

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:**

**Artículo 1º.-** Declarar **FUNDADA** la solicitud de prescripción formulada por ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. en el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1417-2018 del 6 de junio de 2018, 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° 2017-091 (Expediente SIGED N° 201700175299).



**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**