

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 14 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente N° 2017-078¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por LUZ DEL SUR S.A.A. (en adelante, LUZ DEL SUR)², representada por la señora Carla Deniss Barrón Taboada, contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1606-2018 del 28 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° 1606-2018 del 28 de junio de 2018, se sancionó a LUZ DEL SUR conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

| Infracción | Sanción |
|---|--------------|
| No haber presentado el reporte mensual de Avance del Plan de Inversiones en Transmisión para el periodo 2013-2017 (en adelante, el Plan de Inversiones), correspondiente al mes de noviembre de 2013, de conformidad con el ítem I del numeral 2.1 y numeral 3.1.1 del Procedimiento. | Amonestación |
| Haber incumplido con poner en operación comercial dieciocho (18) elementos previstos para el año 2013 | 42,64 UIT |
| No haber cumplido con solicitar la suscripción de las Actas de Puesta en Servicio o de Retiro Definitivo de Operación en el Plazo previsto en el Procedimiento. | Amonestación |

Cabe señalar que los incumplimientos imputados se encuentran tipificados como infracciones administrativas en los numerales 4.1, 4.4 y 4.5 del Procedimiento³ y son

¹ El expediente SIGED es el N° 201700175203.

² LUZ DEL SUR es una empresa de distribución de tipo 3, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 2 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD y su ámbito de concesión comprende el departamento de Lima.

³ **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:

4.1 No cumplir con los plazos de entrega de información establecidos en el presente procedimiento, de acuerdo a lo previsto en el ítem I del cuadro consignado en el numeral 2.1 del Procedimiento.

(...).

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

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

sancionables 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/CD⁴.

2. A través del escrito de registro N° 201700175203 del 24 de julio del 2018, LUZ DEL SUR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1606-2018, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

a) Con relación a las infracciones detectadas durante la visita de supervisión:

- Respecto a las imputaciones referidas a "No haber cumplido con el plazo para remitir el reporte de avance mensual del PIT correspondiente al mes de noviembre de 2013" y "No haber cumplido con solicitar la suscripción de las Actas de Puesta en Servicio o de Retiro Definitivo de Operación en el plazo previsto en el Procedimiento", se reconoció la responsabilidad sobre las mismas; por lo que, en virtud a ello se le impuso dos (2) amonestaciones por cada incumplimiento.
- En cuanto a la imputación referida a "No haber puesto en operación 18 elementos previstos en el Plan de Inversiones dentro del plazo establecido en el Procedimiento", se debe precisar que se redujo la imputación inicial a diez (10) elementos, por los cuales se debe tener en cuenta lo siguiente: a) respecto a cuatro (4) elementos se reitera que los hechos fueron ciertos; b) respecto a cuatro (4) elementos se reitera que se procedió a la subsanación voluntaria, que no fue valorada en la resolución impugnada; y, c) respecto de los últimos dos (2) elementos, se reitera que no fue necesario la puesta en servicio de dichos elementos, por lo que de haberlo hecho hubiera sido contraproducente.
- Respecto de los elementos que fueron puestos en servicio en una fecha posterior a la prevista en el Plan de Inversión 2013-2017, es necesario diferenciar dos casos: (i) los que fueron puestos en servicio en el año 2014; y (ii) uno que fue instalado en el año 2013 pero su puesta en operación en el año 2017, debido a la demanda.

(i) Respecto a los elementos que fueron puestos en servicio en el año 2014⁵

- 4.5 No cumplir con solicitar la Suscripción de las Actas de Puesta en Servicio o de Retiro Definitivo de Operación en el plazo previsto en el presente procedimiento, de acuerdo a lo previsto en los ítems II y III del cuadro consignado en el numeral 2.1 del Procedimiento."

- 4 ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACION ELECTRICA, RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS7CD
ANEXO 1

| N° | TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN | BASE LEGAL | SANCION | E-TIPO 3 |
|-------|---|-----------------------------------|-----------------|---------------------|
| (...) | | | | |
| 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 500 UIT |

- ⁵ Cuadro N° 1 contenido en el escrito de apelación:

| ÍTEM | TITULAR | NOMBRE DEL ELEMENTO | INSTALACIÓN | MÓDULO ESTÁNDAR |
|------|-------------|----------------------------|--------------------|--------------------|
| 4 | LUZ DEL SUR | Celda de Alimentador PR-XX | SET AT/MT PRADERAS | CE-023COU1MCISBAL1 |

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

- Respecto de estos casos, se reitera que, al momento de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador, estos elementos ya contaban con su respectiva "Acta de Puesta en Servicio"⁶, por lo que se solicita que sean considerado como ya ejecutados y se archive la imputación respecto a estos elementos.

(ii) Respecto al elemento instalado en el 2013 que fue puesto en servicio en el año 2017⁷

- Respecto a este elemento, se debe precisar que su construcción concluyó en el año 2013; sin embargo, no se concretó la demanda que sustentó la necesidad de dicha instalación, por lo cual dicho elemento no tomó carga hasta el 29 de abril de 2017, tal como consta en el "Acta de Puesta en Servicio N° 19-2017"⁸. Es más, mediante Oficio N° 706-2017-OS-DSE de fecha 6 de febrero de 2017, el mismo Osinergmin postergó la puesta en servicio de dicho elemento para el mes de abril de 2017⁹. En consecuencia, queda acreditado que este elemento fue puesto en servicio dentro del plazo previsto, por lo que en este caso también debe darse por subsanado el presunto incumplimiento.

(iii) Respecto a los dos (2) elementos que no han sido puestos en operación

- Respecto al elemento contenido en el ítem 5 del cuadro N° 3¹⁰, es importante que se tome en cuenta que el Plan de Inversiones 2013-2017 incluyó la construcción de un segundo circuito de 60 kV Chilca – Bujama, para lo cual incluyó nuevos elementos de 60 kV en la SET Bujama. Posteriormente, con la modificatoria al Plan de Inversiones, se reemplazó el proyecto del segundo circuito de 60 kV Chilca – Bujama, por el nuevo proyecto Nueva SET MAT/AT Asia.
- En ese sentido, el único elemento incluido inicialmente en la SET Bujama que era necesario mantener luego de la modificación del Plan de Inversiones 2013-2017, era la "Celda de la Línea 60 kV de Transmisión L-640". Por lo que, Osinergmin retiró expresamente las celdas 60 kV que ya no resultaban necesarias en el Plan de Inversión 2013-2017, a excepción de la celda 60 kV asignada al Transformador 1 (T1) en donde solo consideró su retiro a nivel esquemático. Conforme se observa en el numeral 1 del

| | | | | |
|---|-------------|---------------------|--------------------|--------------------|
| 5 | LUZ DEL SUR | Celda Transformador | SET AT/MT PRADERAS | CE-060COU1C1ESBTR2 |
| 6 | LUZ DEL SUR | Celda Transformador | SET AT/MT PRADERAS | CE-023COU1MCISBTR1 |

⁶ Adjunto en el Anexo N° 1 del escrito de apelación.

⁷ Cuadro N° 2 contenido en el escrito de apelación:

| ÍTEM | TITULAR | NOMBRE DEL ELEMENTO | INSTALACIÓN | MÓDULO ESTÁNDAR |
|------|-------------|----------------------------|--------------------|--------------------|
| 10 | LUZ DEL SUR | Celda de Alimentador PR-XX | SET AT/MT PRADERAS | CE-023COU1MCISBAL1 |

⁸ Adjunto en el Anexo N° 2 del escrito de apelación.

⁹ Adjunto en el Anexo N° 3 del escrito de apelación.

¹⁰ Cuadro N° 3 contenido en el escrito de apelación:

| ÍTEM | TITULAR | NOMBRE DEL ELEMENTO | INSTALACIÓN | MÓDULO ESTÁNDAR |
|------|-------------|------------------------------|------------------|--------------------|
| 5 | LUZ DEL SUR | Celda de Transformador TRF-1 | SET AT/MT BUJAMA | CE-060COU1C1ESBTR3 |

Volumen 2 “Elementos que se Eliminan” de la solicitud de modificación del Plan de Inversiones 2013-2017.

- Pese a ello, como resulta evidente, no ejecutar el elemento no ha perjudicado al sistema eléctrico, ya que el transformador T1 cuenta con una celda de transformador, tal y como se indicó en el esquema de Osinergmin; ni mucho menos se ha perjudicado al usuario final. Por el contrario, lo beneficia, en el sentido que no se ha cargado la tarifa con una inversión innecesaria.
- Respecto al elemento contenido en el ítem 8 del cuadro N° 4¹¹, dicho elemento fue instalado únicamente con un equipo de seccionamiento de 60 kV, debido a que en la SET Limatambo no existe el espacio para instalar los equipos restantes que conforman un elemento completo: (i) interruptor de potencia; y (ii) transformadores de medida. Dicho argumento se demuestra en el Informe técnico adjunto en el Anexo 5, en donde se sustenta que el espacio disponible en la SET Limatambo sólo permite la instalación de un seccionador.
- Además, la SET Limatambo es una subestación convencional de tipo interior y su diseño permite sólo la instalación de seccionadores longitudinales en la barra de 60 kV. Cabe mencionar que, cuando se propuso la instalación del mencionado equipo, el modulo existente más próximo en ese entonces era el descrito en el ítem 8 del cuadro N° 4, el mismo que además del seccionador incluye los otros dos componentes antes citados. Por lo que, queda claro que nunca se tuvo la intención de instalar todo el modulo completo; sin embargo, se incluyó porque el modulo existente así lo tenía previsto.
- Si bien en el Informe Final de Instrucción se señaló que los elementos mencionados no estaban en el módulo CE-060COU1C1ESBLA3, cabe mencionar que el Osinergmin ha analizado la base de datos vigente a la fecha y no el modulo vigente con el que se aprobó el Plan de Inversión en Transmisión 2013-2017. Por lo que, es importante señalar que lo indicado no resulta ajeno al proceder de Osinergmin, dado que, en casos anteriores, se ha aceptado la suscripción de actas de puesta en servicio de elementos que no están completos – para los cuales en sus respectivos procesos de liquidación se ha procedido a modificar el módulo estándar de inversión mediante el retiro de los equipos no instalados.
- En línea con ello, es importante precisar que en el mes de abril del año 2017 se remitió a Osinergmin una propuesta de “Acta de Puesta en Servicio” para el elemento en cuestión, por lo cual dicha celda fue inspeccionada el 24 de mayo de 2017; en donde como nota se consignó lo siguiente: “Se deja constancia que el equipo instalado cumple con el objetivo para el cual fue aprobado el elemento (seccionar la barra para redistribución de carga). No se pudo instalar equipos restantes del elemento por falta de espacio”; para luego, mediante correo electrónico del 21 de junio de 2017, señalar



¹¹ Cuadro N° 4 contenido en el escrito de apelación:

| ÍTEM | TITULAR | NOMBRE DEL ELEMENTO | INSTALACIÓN | MÓDULO ESTÁNDAR |
|------|-------------|------------------------------------|------------------------|--------------------|
| 8 | LUZ DEL SUR | Celda de Acoplamiento Longitudinal | SET AT/MT LIMATAMBO | CE-060COU1C1ESBLA3 |

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

que para el presente caso no se ha instalado todo el equipamiento indicado en el módulo estándar aprobado, lo cual no hace posible su suscripción¹².

- Finalmente, cabe señalar que el seccionador instalado cumple con el objetivo de distribución de cargas en la barra de 60 kV de la SET Limatambo, por el cual fue aprobado el Plan de Inversiones 2013-2017, cumpliéndose con el objetivo de dicho Plan.
- b) En cuanto a que la resolución impugnada ha transgredido los Principios de Tipicidad e Irretroactividad
 - Conforme a la resolución impugnada los tres (3) incumplimientos imputados se encuentran tipificados como infracciones administrativas en los numerales 4.1, 4.4 y 4.5 del Procedimiento; que entró en vigencia a partir del 18 de octubre de 2013, es decir, cuando estaba por terminar el año que conforma el periodo supervisado.
 - Las obligaciones vinculadas al Plan de Inversiones se encuentran, sometidas a un periodo de tiempo determinado. Por lo que, en el caso en concreto, dichas obligaciones tenían como horizonte temporal el año 2013. Siendo así, desde el 1 de enero de 2013 hasta el 17 de octubre de 2013, periodo en el cual también se nos juzga 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 le 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 limita 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 pública que aplica el tipo infractor, tal y como 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,*



¹² Se adjuntó documentos en el Anexo N° 4 del escrito de apelación.

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

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 pública 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, conforme se ha descrito, no existía una norma que califique la inobservancia de la obligación de cumplir con el Plan de Inversiones como una infracción. La norma tipificadora recién entra en vigencia cerrando el año 2013, por lo que su régimen sancionador debió aplicarse hacia adelante. Por lo tanto, considerando que la obligación cuyo incumplimiento se imputa es de exigibilidad anual, el régimen sancionador aprobado mediante el Procedimiento rige a partir del año siguiente de su aprobación, es decir el 2014.
 - En consecuencia, en virtud del Principio de Tipicidad, el Osinergmin no puede sancionar por una conducta cuya norma tipificante no existía al momento de los hechos. Por lo tanto, al haberse ignorado la aplicación del referido principio al presente procedimiento, solicitamos que se declare la nulidad de la resolución impugnada y considerar por consecuencia el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador.
- c) Sobre la prescripción ganada
- Considerando que las infracciones que se le imputa tuvieron como fecha de ejecución en: (i) respecto a las vinculadas al reporte mensual de noviembre y la solicitud del acta de puesta en servicio: noviembre de 2013; y, (ii) respecto a la puesta en operación comercial prevista para el año 2013: 31 de diciembre de 2013.
 - Considerando que dichas obligaciones se encuentran sujetas a plazo, y que las mencionadas infracciones consisten precisamente en no haber cumplido con dentro del plazo (mensual en los primeros casos y anual en el último), es lógico que la infracción se consuma al terminar el plazo. Por lo que, nos encontramos frente a infracciones instantáneas, las cuales se entienden como cometidas desde que se cumple el plazo para cumplir con la obligación.
 - 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 las permanentes – pero, en este caso, la infracción se consuma cuando se produce la situación antijurídica”*.



RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

- Por lo que, 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.).
 - Pues bien, siendo así, centrándonos en la infracción que presuntamente se habría cometido al final, correspondería considerarla desde cometida la infracción sancionada (31 de diciembre de 2013), por lo que, desde dicha fecha hasta el inicio del procedimiento sancionador transcurrieron 3 años, 10 meses y 13 días. Sin embargo, al haberse paralizado el procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles, desde la presentación de nuestros 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° del TUO de la LPAG.
 - En efecto, entre la presentación de los descargos (13 de diciembre de 2017) y la emisión del Informe Final de Instrucción (27 de febrero de 2018), transcurrieron más de veinticinco (25) días hábiles, tiempo en el procedimiento estuvo paralizado; por lo que se cumplieron los cuatro (4) años en abril 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.
 - 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 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.
- d) Acerca de la configuración del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria
- Al respecto, cabe señalar que, antes de la imputación de cargos, cumplió con subsanar oportuna y voluntariamente las infracciones que se le imputa, respecto de los elementos señalados en los Cuadros N° 1 y N° 2 del escrito de apelación. En efecto, en la resolución impugnada se puede apreciar que las obligaciones fueron cumplidas, aun cuando estas hayan sido cumplidas extemporáneamente.
 - En atención a ello, no existe razón alguna para seguir con el presente procedimiento, al haberse constatado que los hechos que se pretende sancionar no sólo han cesado, sino que dicha subsanación se produjo voluntariamente y antes de la imputación, por lo que es aplicable el eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del numeral 1) del artículo 255° del TUO de la LPAG. Por lo que, para que se configure dicho eximente debe acreditarse que: (i) se ha producido la subsanación o cese; (ii) que ésta se produjo antes de la imputación; y (iii) que la misma fue voluntaria.



- Dichos requisitos han sido cumplidos y se encuentran acreditados en el expediente. Sin embargo, la primera instancia no ha aceptado la aplicación del eximente, alegando que nos encontraría dentro de la excepción prevista en el artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción del Osinergmin. Sin embargo, considera que, si bien se trata de una obligación sujeta a plazo, se ha demostrado que su ejecución posterior no ha afectado la finalidad que persigue la norma ni a los usuarios, de manera que no es aplicable el literal b) del artículo 15.3 de la norma antes citada.
 - 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.
 - Por lo que ha quedado demostrado que no existe sustento alguno para continuar con el procedimiento sancionador, al quedar configurada la finalidad de la subsanación 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”*.
- e) En cuanto a la irrazonable aplicación de una imposición de sanción
- Al respecto, 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



RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

potestad sancionadora, pese a que claramente la conducta que se imputó no solamente cesó, sino que además se ha demostrado la inexistencia del daño.

- Considerando que en este caso estamos frente a una desviación de poder, en la medida que se está utilizando la potestad sancionadora, pese a que: (i) en cuatro (4) casos se ha demostrado que las conductas que se imputan no sólo cesaron, sino que además se ha demostrado la inexistencia del daño; y (ii) en dos (2) casos se ha demostrado que la instalación de los elementos era técnicamente inviable, innecesaria y contraproducente para los usuarios.
 - Además, para el primer caso, se explicó las razones por las cuales dichos elementos fueron puestos en operación extemporánea, pero sin que exista ninguna afectación ni a la finalidad al Plan de Inversiones ni a los usuarios. En el segundo caso, las instalaciones de los elementos eran inviables e innecesarios en la medida que técnicamente no correspondían – en un caso por que dejó de tener sentido en el nuevo esquema aprobado y en el otro porque físicamente era imposible su instalación– conforme corroboró el Osinergmin. Asimismo, dichas instalaciones hubieran sido contraproducentes, pues implicaría instalar elementos innecesarios con el correspondiente recargo en la tarifa, lo cual perjudicaría al usuario.
 - 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.
- f) Acerca de los fundamentos que sustentan que la multa es desproporcional
- Se solicita que se tomen en consideración todos los criterios de proporcionalidad que manda la norma a fin de graduar adecuadamente la multa. En el caso en concreto, ello implica que se reduzca la multa de forma proporcional.
 - Conforme se aprecia en la resolución impugnada, la sanción se ha graduado sobre la base de los siguientes conceptos: (i) beneficio ilícito calculado sobre la base del costo de cada módulo; (ii) probabilidad de detección; (iii) daño; y, (iv) intencionalidad. Todo ello, a la luz del Informe Técnico N° 043-2013-OEE/OS.

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

- 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° 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 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 si ha sido asumido por la concesionaria.
 - Por otro lado, erróneamente se ha tomado el tipo de cambio correspondiente al 15 de enero del 2018 (T.C. 3.217), cuando se debió tomar en cuenta el tipo de cambio correspondiente al año en que se debieron poner en operación los elementos del Plan de Inversiones 2013-2017, es decir, el año 2013 (T.C. 2.551).
 - Asimismo, con relación a los criterios de “*gravedad del daño*” e “*intencionalidad*”, cabe precisar que la primera instancia los ha tomado por existentes, pese a que no tiene prueba de ello. En efecto, no existe sustento real de que haya existido daño, ni mucho menos intención de parte de la concesionaria en los incumplimientos imputados.
 - Por último, se debe tomar en cuenta que no cabe adoptar una metodología de cálculo de multa que se encuentra en un informe técnico al cual los administrados no tienen acceso de antemano; por lo que se debe tener un mínimo de respeto por la seguridad jurídica y la predictibilidad que exige que el cálculo de las multas se realice conforme a las normas vigentes y no en función de informe técnicos que no son de conocimiento público. Por lo tanto, solicita que en caso no se ampare su pedido de nulidad y archivo, se reduzca la multa impuesta considerando los criterios de proporcionalidad.
- g) Solicita se le conceda el uso de la palabra.



3. Mediante Memorándum N° DSE-509-2018, recibido el 1 de agosto 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 la prescripción invocada en el literal c) del numeral 2) de la presente resolución, debe señalarse que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD y vigente desde el 19 de marzo de 2017¹³, emitido con ocasión de la publicación del Decreto Legislativo N° 1272¹⁴, establece que los procedimientos administrativos sancionadores en trámite a dicha fecha, continuarían 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^{o15} del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin establece que la potestad sancionadora de Osinergmin 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.

¹³ **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."

¹⁴ 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.

¹⁵ **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 Osinergmin 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."

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.

Además, señala que el órgano sancionador o el órgano revisor declara de oficio la prescripción (aspecto que no se encontraba previsto en el ordenamiento anterior, pues se establecía que la prescripción ganada sólo podía ser alegada por los administrados en vía de defensa), ello en concordancia con lo estipulado en el artículo 233.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁶, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272.

Sin embargo, en el caso bajo análisis, las infracciones administrativas consisten en: (i) no haber cumplido con el plazo para remitir el reporte de avance mensual del Plan de Inversiones 2013-2017, correspondiente al mes de noviembre (6 de diciembre de 2013)¹⁷; (ii) no haber puesto en operación comercial diez (10) elementos previstos para el año 2013 en el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017 (31 de diciembre de 2013); y, (iii) no haber cumplido con solicitar la suscripción de las Actas de Puesta en Servicio o Retiro Definitivo en el plazo previsto en el Procedimiento (9 de diciembre de 2013)¹⁸; por lo que las conductas sancionadas se consuma en un solo momento de acuerdo con la tipificación prevista en el Procedimiento (es decir, al término del plazo legal establecido¹⁹), aunque



¹⁶ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272

"Artículo 233.- Prescripción

(...)

233.3 La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.

(...)."

¹⁷ Cabe señalar que, según consta en el Informe de Supervisión N° 056-2015-2017-10-06, LUZ DEL SUR envió con fecha 9 de diciembre de 2013 el reporte de avance mensual del Plan de Inversiones 2013-2017 correspondiente al mes de noviembre del mismo año. Sin embargo, de acuerdo con establecido en el Procedimiento (hasta el quinto día hábil de cada mes), el plazo máximo que tenía la concesionaria era hasta el 6 de diciembre de 2013.

¹⁸ Cabe señalar que, según consta en el Informe de Supervisión N° 056-2015-2017-10-06, la fecha de suscripción del Acta N° APES-002-2014-LUZ DEL SUR fue el 14 de enero de 2014; sin embargo, la puesta en operación o retiro de operación del elemento fue el 18 de noviembre de 2013. Por lo que, de acuerdo con establecido en el Procedimiento (15 días hábiles desde la puesta en operación para la solicitud de suscripción del acta respectiva), el plazo máximo que tenía la concesionaria era hasta el 9 de diciembre de 2013.

¹⁹ 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

"2.1 Descripción de la información, frecuencia, medio de entrega y plazos.

La descripción de la información requerida, así como la frecuencia, medio de entrega y plazos para transferencia y/o remisión de la información al OSINERGMIN se indican a continuación.

| Ítem | Descripción | Frecuencia y medio de entrega | Plazo |
|--------------------------------|-------------|-------------------------------|-------|
| AVANCE DEL PLAN DE INVERSIONES | | | |

luego permanezca en el tiempo una situación antijurídica (la no puesta en operación comercial de los seis elementos). Por lo tanto, las presentes infracciones administrativas tienen el carácter de infracciones instantáneas de efectos permanentes²⁰, toda vez que las conductas infractoras se produjeron y se consumaron en un momento determinado, pero sus efectos son duraderos en el tiempo.

Por lo que, a efectos de determinar la prescripción, se procederá a tomar en cuenta la infracción que se cometió al final; es decir, en el momento en que LUZ DEL SUR no puso en operación comercial los diez (10) 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 efectos 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 diez (10) elementos previsto en su Plan de Inversiones en Transmisión correspondiente al periodo 2013-2017.

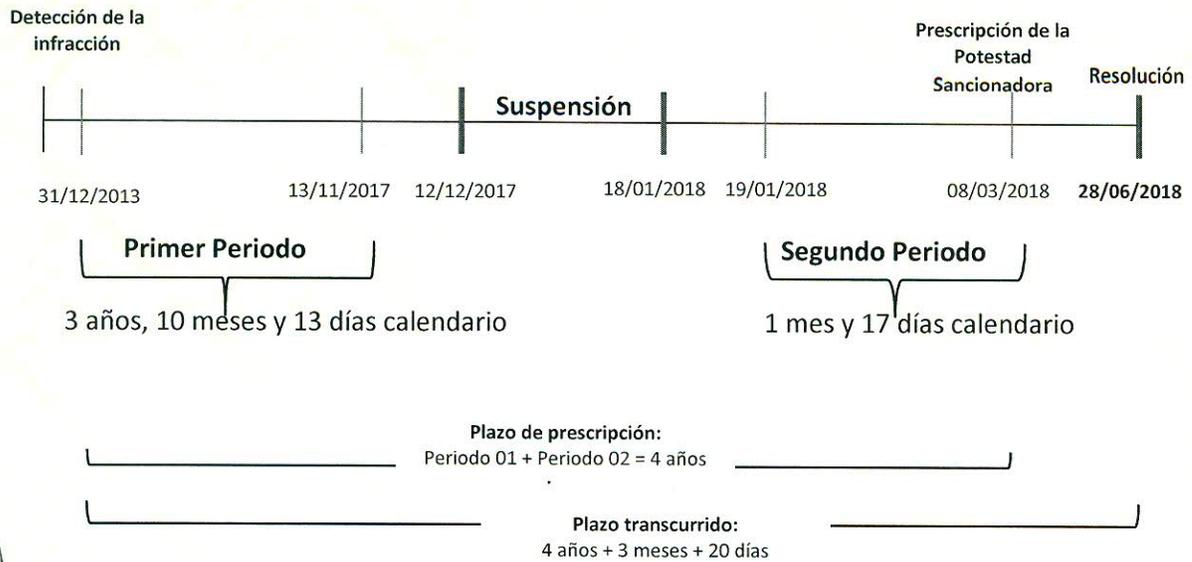
Ahora bien, con el objeto de facilitar el cómputo del plazo de prescripción se ha elaborado la siguiente línea de tiempo:

| | | | |
|--|---|--|---|
| I | Cronograma de actividades por elementos | Mensual vía el sistema integrado de información técnica de la GFE (extranet) | Hasta el quinto día hábil de cada mes. |
| SUSCRIPCIÓN DE ACTAS DE PUESTA EN SERVICIO O RETIRO DEFINITIVO DE OPERACIÓN | | | |
| II | Solicitud de suscripción de actas de puesta en servicio. | Según Puesta en Operación Comercial, Vía Extranet | Hasta el décimo quinto día hábil de iniciada la operación comercial del elemento. |
| II | Solicitud de suscripción de actas de Retiro definitivo en servicio. | Según Retiro definitivo de Operación Comercial, Vía Extranet | Hasta el décimo quinto día hábil de finalizada la operación comercial del elemento. |
| (...) | | | |

3.1 AVANCE DEL PLAN DE INVERSIONES

3.1.1 Mensualmente hasta el quinto día hábil de cada mes, el TITULAR, remitirá a OSINERGMIN el estado de la ejecución mensual del Plan de Inversiones vigente del cual es responsable. Se entiende por día hábil aquellos que no sean sábado, domingo o feriado no laborable. El formato Excel establecido para la presentación del avance del plan de inversiones, se indica en el cuadro N° 1, anexo al presente procedimiento.” (El subrayado es nuestro)

²⁰ 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:

- 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 12 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.
- Periodo de suspensión:** comienza el 13 de noviembre de 2017, cuando se notificó el inicio del procedimiento sancionador. La concesionaria presentó sus últimos descargos el 12 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 18 de enero de 2018.
- Segundo periodo de cómputo:** se inicia el 19 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 8 de marzo 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° 1606-2018 fue emitida el 28 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 las infracciones consistentes en: (i) no haber cumplido con el plazo para remitir el reporte de avance mensual del Plan de Inversiones 2013-2017, correspondiente al mes de noviembre²¹; (ii) no haber puesto en operación comercial diez (10) elementos previstos para el año 2013 en el Plan de Inversiones en Transmisión 2013-2017²²; y, (iii) no haber cumplido con solicitar la suscripción de las Actas de Puesta en Servicio o Retiro Definitivo

²¹ Fecha de prescripción: 10 de febrero de 2018.

²² Fecha de prescripción: 8 de marzo de 2018.

RESOLUCIÓN N° 150-2018-OS/TASTEM-S1

en el plazo previsto en el Procedimiento²³, se procede amparar el pedido de prescripción formulado por LUZ DEL SUR y declarar el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 2017-078 (Expediente SIGED N° 201700175203), por haber transcurrido 138, 112 y 135 días calendario en exceso del plazo máximo de 4 años, respectivamente.

5. Acerca de lo alegado en los literales a), b), d), e), f) y g) 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 las infracciones administrativas que fueron imputadas a LUZ DEL SUR.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **FUNDADA** la solicitud de prescripción formulada por LUZ DEL SUR S.A.A. en el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 1606-2018 del 28 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° 2017-078 (Expediente SIGED N° 201700175203).

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

²³ Fecha de prescripción: 13 de febrero de 2018.