

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2500-2018**

Lima, 10 de octubre del 2018

Exp. N° 2016-059

VISTO:

El expediente SIGED N° 201600019841, referido al procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Oficio N° 636-2018 a la EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. (en adelante, EGEMSA), identificada con R.U.C. N° 20218339167.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28, del 28 de febrero de 2018, se determinó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a EGEMSA por presuntamente haber incumplido con el “Procedimiento para la Supervisión de Deficiencias en Seguridad en Líneas de Transmisión y en Zonas de Servidumbre”, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 264-2005-OS/CD (en adelante, el Procedimiento), correspondiente al periodo de evaluación 2015.
- 1.2 El referido informe determinó el inicio del procedimiento administrativo sancionador por la siguiente infracción: Haber incumplido con lo establecido en el numeral 6 del Procedimiento, al haber obtenido un valor de Indicador Cuantitativo de 67.1%, menor que el valor del Indicador Cuantitativo de 100% establecido para el período evaluado correspondiente al año 2015.
- 1.3 Mediante el Oficio N° 636-2018, notificado el 5 de marzo de 2018, se inició el procedimiento administrativo sancionador a EGEMSA por el presunto incumplimiento detallado en el párrafo anterior.
- 1.4 A través de la Carta N° G-267-2018, recibida el 19 de marzo de 2018, EGEMSA presentó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador iniciado, manifestando lo siguiente:

Cuestionamientos a la caducidad del procedimiento administrativo sancionador

- El Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28 no realiza ningún tipo de análisis sobre la situación actual de los vanos, además, no toma en consideración los informes técnicos y comunicaciones presentadas por EGEMSA para informar a Osinergmin la situación y los avances que ha realizado para lograr sanear los vanos deficientes, lo cual resulta contradictorio, en la medida que la empresa contestó los requerimientos realizados por Osinergmin.
- Osinergmin no podía basar el inicio del nuevo procedimiento administrativo

sancionador en la información que EGEMSA presentó en el año 2015, porque esos medios probatorios fueron presentados en el marco de un procedimiento sancionador anterior, declarado caduco y archivado. Por tanto, para iniciar un nuevo procedimiento sancionador debía previamente realizarse un nuevo trabajo de supervisión tomando en consideración todas las actuaciones de EGEMSA hasta antes del inicio del nuevo procedimiento administrativo sancionador.

- Las actuaciones de Osinergmin no han sido realizadas respetando el derecho al debido procedimiento, debido a que no han tomado en consideración los documentos presentados por EGEMSA, como las Cartas N° G-845-2017 y N° G-979-2017, las cuales fueron presentadas antes del inicio del nuevo procedimiento administrativo sancionador. Así, Osinergmin no habría realizado nuevas actuaciones procedimentales para iniciar el nuevo procedimiento administrativo sancionador.
- Por otro lado, el oficio que inicia el nuevo procedimiento administrativo sancionador no cumple cabalmente la exigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que obliga a evaluar la necesidad de reabrir un caso pese a la caducidad del anterior, señalando qué razones llevaron a tal caducidad y cuál es el interés público concernido en la reapertura del caso.

Questionamientos al alcance del Procedimiento

- El numeral 6 del Procedimiento cuyo incumplimiento se le atribuye no cumple con principios básicos de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- El Procedimiento en mención instituye una serie de obligaciones y deberes sustantivos: sanear una cantidad de vanos en determinado plazo, bajo pena de sanciones severas y crecientes, y sin aportar como contrapartida, el financiamiento necesario para ese saneamiento.
- En efecto, tales obligaciones no están señaladas en la Ley de Concesiones Eléctricas u otras leyes. En ese sentido, existe una clara contravención al principio de legalidad, en la medida en que Osinergmin deba avocarse a crear obligaciones sustantivas para los agentes eléctricos. La función de Osinergmin es regular tarifas, sancionar, normar sus propios procedimientos y resolver ciertos conflictos, pero no tiene la función de crear, cual legislador, obligaciones sustantivas.
- Respecto a su función normativa, se debe considerar lo previsto en el inciso c) del artículo 3 de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en la medida en que ésta establece que la facultad normativa de un organismo regulador comprende la facultad exclusiva de dictar - en el ámbito y materia de sus competencias - los reglamentos de los procedimientos a su cargo, normas de carácter general referidas a actividades sujetas a supervisión, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. De ninguna manera se puede interpretar estas disposiciones, en el sentido que facultan a Osinergmin a crear obligaciones que deben ser instauradas por normas con rango de ley.

- Asimismo, la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión de la Energía, reconoce que Osinergmin tiene potestades reglamentarias para aprobar procedimientos para la determinación de infracciones y la imposición de sanciones, más no para crear obligaciones a cargo de las empresas eléctricas, entre estas las generadoras, o cualquier usuario.
- En el mismo sentido, el artículo 101 de la Ley de Concesiones Eléctricas - Decreto Ley N° 25844, señala claramente que le corresponde al Osinergmin velar por el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidas en la presente Ley.
- El hecho de que el Procedimiento establezca una serie de obligaciones no contenidas en normas con rango legal, además de transgredir el principio de legalidad, colisiona también con el principio de tipicidad contenido en el numeral 4 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG).
- El regulador, según la normativa vigente, puede aprobar procedimientos para la determinación de infracciones y la imposición de sanciones. Sin embargo, el ejercicio de estas facultades tiene que conciliarse con los principios del procedimiento administrativo sancionador que recoge la citada ley (como es el caso del principio de tipicidad), y cuya observancia se exige indefectiblemente en el ejercicio de la potestad sancionadora.
- El numeral 6 del Procedimiento que establece el cumplimiento de un Indicador Cuantitativo no se encuentra en norma de rango legal alguna, asimismo, el Anexo 11 de la Escala de Multas y Sanciones aprobada por la Resolución del Consejo Directivo N° 386-2007-OS-CD, que establece la tipificación de sanciones por incumplimiento al Procedimiento, contempla una serie de criterios y fórmulas sin mayor base legal. Además, acerca de que Resoluciones del Consejo Directivo tienen rango infra legal, EGEMSA subraya el hecho de que existe un exceso y arbitrariedad por parte del Osinergmin al fijar, por ejemplo, periodos de evaluación, límites del indicador cuantitativo, además de establecer una fórmula de acuerdo a las consideraciones propias del regulador, nuevamente, sin tener referencia de norma legal alguna.

En relación a los criterios considerados por Osinergmin para iniciar el procedimiento administrativo sancionador

- El literal c) del artículo 5 del Procedimiento establece, en relación a la metodología, que el Osinergmin verificará el saneamiento de los vanos deficientes y/o vanos seleccionados a partir de una muestra representativa de los vanos de las líneas de transmisión de la concesionaria. Mientras que el literal d), señala que las concesionarias deberán entregar al regulador su programa de saneamiento de las fajas de servidumbre de sus líneas de transmisión, la misma que deberá cumplir con el límite de tolerancia anual del indicador correspondiente al periodo evaluado.
- Los criterios que establece el Procedimiento para verificar y constatar el

incumplimiento por parte de las concesionarias de las obligaciones que dispone son ilegales y no recoge con exactitud lo que en la realidad acontece con las líneas de transmisión, exponiendo a las empresas a procedimientos sancionadores como el del presente caso.

- El procedimiento de supervisión no considera en absoluto todas las acciones adoptadas por las concesionarias como EGEMSA para el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, por el contrario, los literales c) y d) del artículo 5 del Procedimiento establece dentro de la metodología algo similar a una "Selección de Muestras Representativas", por el cual únicamente, en la práctica, se selecciona unos vanos de las Líneas de Transmisión de la concesionaria.
- Para el procedimiento la supervisión se agota con la selección de una muestra, y en una verificación "matemática" basada en una fórmula creada por el Osinergmin, lo cual tiene como correlato la verificación de si se cumplió o no con un Índice Cuantitativo según, también, las tolerancias impuestas por el mismo regulador. Considera, por lo tanto, que los mecanismos previstos en la supervisión se alejan considerablemente de la realidad de las labores que cumple la concesionaria.

Sobre el quebrantamiento del principio de verdad material

- No se ha considerado al detalle - vano por vano - las labores y gestiones que viene realizando EGEMSA para poder cumplir con los vanos deficientes, quebrándose de esa manera el principio de verdad material¹ contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Conforme a este principio, la autoridad administrativa deberá dirigir su actuar y el ejercicio de sus funciones a determinar con certeza (o lo más próximo a ella) lo que ha acontecido en la realidad y ha justificado su actuación. Por lo tanto, corresponderá a Osinergmin la carga de verificar la efectiva existencia de los hechos y el derecho en cuestión. La decisión que finalmente adopte la autoridad tendría que ser una consecuencia directa de lo que ha acontecido en la realidad.
- Este principio debe ser observado y cumplido por la Administración en todo procedimiento iniciado de oficio o de parte, y sobre todo en los procedimientos sancionadores, en los cuales se compromete altamente el interés público y se expone al patrimonio del administrado a una posible sanción. Evidentemente, en un procedimiento sancionador se exige que las infracciones por las que la Administración imponga sanciones tengan un verdadero asidero en la realidad, es decir, que efectivamente se hayan producido.
- La verdad material no sólo garantiza que la Administración, en el procedimiento sancionador, castigue efectivamente por todas las conductas infractoras detectadas, sino principalmente que el administrado únicamente

¹ 1.11. Principio de verdad material- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

sea sancionado por las infracciones que cometió, ni más ni menos. Esto, por tanto, exige, entre otras obligaciones, que no se sancione al administrado en función a estimados estadísticos, muestras porcentuales o aproximaciones/fórmulas matemáticas que, lejos de la realidad, terminen castigando injustamente al administrado por estimados que puede que en los hechos no tengan verdadero asidero.

- En consideración a ello, el inicio de este segundo procedimiento administrativo sancionador, específicamente el Oficio N° 636-2018 y el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28, no han considerado información relevante remitida por EGEMSA, como las Cartas N° 845-2017 y N° 979-2017, las cuales tuvieron como propósito remitir información complementaria y actualizada a la Gerencia de Supervisión de Electricidad, en relación a las actividades que venía realizando EGEMSA con motivo del saneamiento de la faja de servidumbre de las líneas de transmisión en 138 kV propias de su concesión.
- Las cartas mencionadas no habrían sido parte de una evaluación en el inicio de este nuevo procedimiento administrativo sancionador, muy por el contrario, ratificamos el hecho de que Osinergmin sólo ha considerado en su Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28 la información enviada en el 2015, ello se puede colegir del breve y escueto análisis realizado, contraviniendo directamente el principio de verdad material.
- La información relevante que no habría sido considerada en esta oportunidad es la siguiente:
 - a) Se indicó que, según el registro de resultado de verificación de la información del Sistema de Información de Servidumbre en Líneas de Transmisión (SISERLT), a diciembre de 2015 se tenía un total de 27 vanos deficientes informados, en las tres líneas de transmisión:
 - Línea L-1001: 09 vanos.
 - Línea L-1002: 13 vanos.
 - Línea L-1003: 05 vanos.
 - b) No obstante, durante dicho periodo, EGEMSA - luego de verificar que las líneas observadas cumplían con los requisitos establecidos en la Excepción 1 y Excepción 2 previstas en el Código Nacional de Electricidad (en adelante, CNE), habría presentado las siguientes cartas:
 - Carta N° G-245-2016, mediante la cual EGEMSA alcanzó a la Gerencia de Fiscalización Eléctrica dos (2) expedientes de los vanos a efectos de acogerse a la Excepción 1; y,
 - Carta N° G-246-2016, mediante la cual EGEMSA alcanzó a la Gerencia de Fiscalización Eléctrica veinte (20) expedientes de los vanos a efectos de acogerse a la Excepción 2.

Por lo tanto, EGEMSA, de manera diligente y oportuna, se acogió a las Excepciones previstas por la norma, siendo que dichos vanos fueron aprobados por Osinergmin y por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas.

- c) De otro lado, en relación a los cinco (5) vanos deficientes pendientes, al haberse comprobado que no calzaban dentro de las exigencias y requisitos de las Excepciones 1 y/o 2 previstas en el CNE, fueron sometidos a evaluación especializada para estudiar alternativas de mejora de las distancias mínimas de seguridad vertical (DMSV) exigidas.
- d) El contratista elegido fue ABS Ingenieros S.A., quien seleccionó las alternativas de mejora factibles de llevar a cabo y así poder sanear los vanos pendientes mediante la Excepción 2. EGEMSA indica que actualmente viene efectuando de manera diligente todas las acciones necesarias para la elaboración de los expedientes.

En relación al vano T45-T46 de la Línea L-1003, mediante la Carta N° 845-2017, se remitió el Informe Técnico del reflechado con un tiro de 22% de EDS tensión de esfuerzo de cada día equivalente a 1725.0 kg, del inicial de 1135 kg, obteniéndose de esta manera una distancia del conductor más bajo (fase T) al techo del ex taller de esmerilado de 5958 m, que cumple con lo requerido.

Respecto al vano T40-T41 de la Línea L-1003, mediante la Carta N° 979-2017, se remitió el Informe Técnico N° PML-028-2017 sobre el mejoramiento de distancia mínima de seguridad vertical, en el que se encuentra el Instituto Educativo Militar Coronel Francisco Bolognesi, y tomando en cuenta la recomendación del Contratista ABS Ingenieros SAC, se incrementó la altura del cuerpo recto en tres (3) metros, y se cambió los aisladores de cadena de suspensión por aisladores "Line Post", lo que ha permitido elevar la altura en la fase "S" próxima al techo de una parte de las aulas, así como la fase "T" que se encuentra encima del almacén de dicho Instituto, obteniéndose las siguientes distancias de: 8.30 m y 7.96 m respectivamente.

- e) En cuanto a los tres (3) vanos deficientes faltantes, T123 - T124, de la Línea L-1001, T106 - T107, T113 - T114 de la Línea L-1002, se viene realizando las cotizaciones para la adquisición de materiales e insumos para mejorar las distancias mínimas de seguridad vertical, a cuyo efecto se ha elaborado un nuevo cronograma actualizado.
- f) En cumplimiento de los lineamientos del Procedimiento y considerando los vanos saneados mediante las Excepciones 1 y 2, se tendría un nivel de cumplimiento del 93.9%, quedando un 6.1% de vanos deficientes (5 vanos), sobre los cuales se viene realizando todas las acciones pertinentes que permitirán concluirlos en el presente ejercicio, para cuyo efecto EGEMSA adjuntó en sus descargos la siguiente información:
 - Cuadro N° 1: Resumen de los vanos deficientes (líneas L-1001, L-1002 y L-1003)
 - Cuadro N° 2; Detalle de los vanos deficientes (líneas L-1001, L-1002 y L-1003)
 - Formato N° 1: Planimetría de los vanos deficientes.
 - Memoria Descriptiva de los expedientes de Excepción 1 y 2.
 - Informes de mejoramiento de las distancias mínimas de seguridad

vertical.

- Aplicar una sanción contravendría los principios de razonabilidad y proporcionalidad contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Osinergmin tiene el deber de poder sopesar las acciones y esfuerzos que emprende el administrado, en este caso, EGEMSA.
- 1.5 Mediante el Oficio N° 146-2018-DSE/CT, notificado el 10 de julio de 2018, Osinergmin remitió a EGEMSA el Informe Final de Instrucción N° 88-2018-DSE, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para formular sus descargos.
- 1.6 A través de la Carta N° G-606-2018, recibida el 24 de julio de 2018, EGEMSA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 88-2018-DSE, reiterando los argumentos expuestos en su anterior escrito de descargos y, además, indicó lo siguiente:
- Si bien la norma prevé que se podrá iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador, siempre que no haya prescrito la sanción, este se encuentra sujeto a ciertas consideraciones como las nuevas actuaciones que debería realizar el organismo regulador. De lo contrario, se estaría quebrantado el principio de seguridad jurídica para todos los administrados, no existiendo predictibilidad en relación a los motivos por los cuales Osinergmin reinicia un procedimiento administrativo sancionador. El hecho de que el órgano instructor no haya realizado una nueva evaluación, deviene en la falta de motivación suficiente, según lo establece el artículo 113 del TUO de la LPAG.
 - Adicionalmente, debemos considerar que Osinergmin (de acuerdo al artículo 253 del TUO de la LPAG) tiene la prerrogativa de realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección, con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, que le permitan determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento, hecho que en el presente caso no se ha producido.
 - El Informe Final de Instrucción concluye que no considerará en el presente procedimiento administrativo sancionador toda la información proporcionada por EGEMSA relacionada al saneamiento de los vanos, medida que la concesionaria considera desproporcional e irrazonable.
 - El artículo 255 del TUO de la LPAG establece el régimen de eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones, artículo que debería ser tomado en consideración por el órgano sancionador, sobre todo, lo relacionado a la subsanación voluntaria realizada por EGEMSA con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.
 - Asimismo, el artículo 15 de la Resolución del Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, mediante el cual se aprueba el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del Osinergmin, establece lo siguiente:

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente

de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

15.2 La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador no exime al Agente Supervisado de responsabilidad ni sustrae la materia sancionable, sin perjuicio que pueda ser considerado como un criterio atenuante para efectos de la graduación de sanción”.

- El artículo en mención, establece en el numeral 15.3, aquellas infracciones que no son pasibles de subsanación, supuestos que no se aplicarían para las imputaciones realizadas a EGEMSA.
- En tal sentido, en la medida en que realizó y viene realizando acciones para el saneamiento de los vanos, Osinergmin deberá considerar lo previsto por su Reglamento de Supervisión y Sanciones sobre las consideraciones de eximentes y atenuantes, ello en razón de la necesidad de graduar la sanción.
- No puede soslayarse el hecho de que EGEMSA, antes del nuevo inicio del procedimiento administrativo sancionador, ha realizado los mayores esfuerzos por sanear los vanos, no obstante, existen circunstancias que corresponden a terceros que no permiten culminar dichos trabajos.
- EGEMSA ha desarrollado avances significativos sobre los cinco (5) vanos deficientes pendientes, como se muestra a continuación:

Sobre el vano T123 - T124 de la Línea L-1001

- Mediante el "Informe de Mejoramiento de las Distancias Mínimas de Seguridad Verticales Vano T123 - T124, L-1001", se informa los trabajos desarrollados para el saneamiento de dicho vano. Al respecto, EGEMSA resalta las complejidades que implica el poder sanearlos.
 - ✓ En la medida en que no podía acogerse a la Excepción 1 o 2, ameritaba contratar a un consultor externo para determinar el mejor camino para levantar las observaciones.
 - ✓ Tuvo que agotarse la vía administrativa con el propietario del terreno para así poder continuar con los trabajos.
 - ✓ Para los trabajos de mantenimiento correctivo, EGEMSA tuvo que adquirir una serie de nuevos materiales; adicionalmente, se requirió autorización al COES para la ejecución de dichos trabajos, que incluía el corte de energía eléctrica en dicha línea por al menos tres (3) días consecutivos.
 - ✓ El encontrarse en zona rural complejizó aún más los trabajos.
- Adicionalmente, sobre dicho vano, se ha realizado parcialmente en la Torre T124 el incremento de un cuerpo recto de 2 m y cambio de aisladores poliméricos tipo Line Post, debido a que por ser zona rural y de inicio de temporada de sembrío se tuvo que realizar esto de urgencia, quedando pendiente el cambio de aisladores poliméricos en la torre T123 que, según pedido de compra, debería ser entregado en los próximos días, y cuyo cambio estaría previsto entre el 20 y 22 de agosto de 2018, según programa aprobado por el COES. Posteriormente, se elaborarán los expedientes de

Excepción 2 para ser presentados a Osinergmin para su correspondiente aprobación, por lo cual se viene realizando la indagación del mercado.

Sobre los vanos T106 - T107 y T113 - T114 de la Línea L-1002

- Se ha procedido con la compra de suministros, aisladores poliméricos y de estructuras de acero galvanizado para el cambio respectivo de las ménsulas existentes con aisladores poliméricos tipo Line Post. El trabajo fue programado para ser ejecutado entre el 27 y 29 de agosto de 2018 para las estructuras T106 -T107, mientras que para las estructuras T113-T114 está programado entre el 3 al 5 de setiembre de 2018, según programa aprobado por el COES, Posteriormente, se procederá a la elaboración de los expedientes de Excepción 2 para ser presentados a Osinergmin para su correspondiente aprobación, por lo cual se viene realizando la indagación del mercado.

Sobre el vano T45-T46 de la Línea L-1003

- Se ha efectuado el reflechado de los conductores a un 22 % de la tensión de esfuerzo de cada día. El informe de las actividades realizadas ha sido alcanzado mediante Carta N° G- 845-2017, de fecha 3 de noviembre de 2017. Actualmente está pendiente la elaboración del expediente de excepción 2 para ser presentado a Osinergmin para su aprobación, para lo cual se viene realizando la indagación de mercado.

Sobre el vano T40-T41 de la Línea L-1003

- Se ha efectuado el incremento del cuerpo recto de 3 m y cambio de aisladores poliméricos tipo Line Post en la torre T40, cuyo informe ha sido entregado a Osinergmin, con Carta N° G-979-2017 del 13 de diciembre de 2017, estando pendiente la elaboración del expediente de Excepción 2 para ser presentado a Osinergmin, para su correspondiente aprobación, para lo cual se viene realizando la indagación de mercado.
- Cuenta con un Programa de Mantenimiento con corte aprobado por parte del COES para el caso de las líneas para la ejecución de los trabajos de mejoramiento de los vanos deficientes. Los plazos para el saneamiento de los vanos no dependen exclusivamente de EGEMSA, por el contrario, existen plazos previstos y sujetos a la normatividad que deben ser definidos por parte del COES.
- Adjunta a sus descargos los pedidos de compra de los suministros para el mejoramiento de los vanos pendientes como T123-T124, de la Línea L-1001; T106-T107 y T113-T114 de la Línea L-1002, los mismos que se realizarían de acuerdo al programa de mantenimiento que requiere corte de energía según lo dispuesto por el COES.
- Viene realizando denodados esfuerzos con la finalidad de sanear todos los vanos deficientes. La empresa concesionaria comparte la preocupación del

organismo regulador de velar por la seguridad en la provisión del servicio eléctrico dentro de la zona de su concesión, y en consideración a ello, dentro de los recursos disponibles y considerando la participación de otros agentes del mercado eléctrico. EGEMSA sigue avanzando con sanear cada uno de los vanos, según el detalle anteriormente expuesto.

- Requiere que el Osinergmin evalúe sus argumentos y considere los alcances del principio de razonabilidad previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General dentro del presente procedimiento administrativo sancionador.
- El TUO de la LPAG establece que, en base al principio de razonabilidad, las decisiones emitidas por una autoridad administrativa deben mantener una debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos a tutelarse, de tal forma que se satisfaga su cometido:

“1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

- Teniendo en cuenta ello, es claro que las actuaciones de Osinergmin - respecto al inicio de un procedimiento administrativo sancionador y a la imposición de sanción pecuniaria - no se enmarcan dentro de los preceptos legales del principio de razonabilidad, debido a lo siguiente:
 - Se pretende iniciar un procedimiento administrativo sancionador por eventos ocurridos hace tres (3) años, los mismos que fueron revisados y evaluados en un procedimiento declarado caduco.
 - El inicio del procedimiento administrativo sancionador y la sanción pecuniaria de 93.66 Unidades Impositivas Tributarias tienen como fundamento un Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28, y no el análisis de estudios y evaluaciones sobre los hechos acontecidos.
 - No se han incorporado, como parte del sustento del procedimiento administrativo sancionador, las alternativas de mejora y las subsanaciones a los vanos realizadas por EGEMSA.
- Sumado a ello, Osinergmin ha señalado que las Cartas N° 845-2017 y N° 979- 2017, presentadas por EGEMSA, en las cuales se evidencia el saneamiento de los vanos- no enervan la conclusión del Informe de Instrucción de iniciar un nuevo procedimiento sancionador, y *“si vanos declarados deficientes hasta diciembre de 2015, fueron posteriormente saneados, este hecho no varía de modo alguno la imputación de incumplimiento del valor del Indicador Cuantitativo establecido para el año 2015”*.
- Las conclusiones emitidas por Osinergmin son claramente arbitrarias y atentatorias contra el principio de razonabilidad. Uno de los preceptos legales

que se refieren de dicho principio es que *“obliga a que las decisiones de la autoridad administrativa mantengan la debida proporción entre los medios a emplear (sanciones impuestos) y los fines públicos que se debe tutelar (la prestación del servicio de electricidad)”*.

- Con ello, no pretende ni cuestiona la actividad de supervisión realizada por el Osinergmin, sino los medios que ha empleado - como parte de esta- para sancionar con 93.66 Unidades Impositivas Tributarias (aproximadamente S/ 388 689) a EGEMSA. Es importante que el Osinergmin evalúe si es razonable iniciar un procedimiento administrativo sancionador e imponer una sanción de tal cuantía, sobre la base de un informe de instrucción, y sin requerir información necesaria para inferir el cumplimiento o no del indicador cuantitativo, o el avance del mismo.
- No existe razonabilidad ni proporción entre los medios empleados para determinar la sanción y la sanción propiamente dicha, sobre todo cuando existen acciones realizadas por EGEMSA que no solo mitigan, sino que mejoran los vanos evaluados, que no fueron tomadas en cuenta durante el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- Si EGEMSA ha cumplido con subsanar los vanos que fueron declarados deficientes, entonces estas acciones de subsanación deben ser incluidas en el nuevo análisis que realice el Osinergmin como parte de su nuevo procedimiento administrativo sancionador. De lo contrario, tal como lo mencionamos, no solo se estaría quebrantado el principio de seguridad jurídica para todos los administrados, sino que se estarían quebrantando los incentivos de mejora planteadas por EGEMSA.
- La finalidad de la supervisión y fiscalización de parte de una entidad de la Administración Pública no es la imposición de sanciones pecuniarias, sino que el administrado cumpla con el fin público. Siguiendo dicho razonamiento, y habiendo constatado que ha cumplido con subsanar y mejorar los vanos, EGEMSA cuestiona la imposición de la sanción.
- Entiende que la sanción impuesta por Osinergmin ha sido producto de una decisión en la que arbitrariamente dispuso no incluir dentro del análisis de este nuevo procedimiento administrativo sancionador los vanos saneados con posterioridad al periodo 2015, incluso cuando el procedimiento que declaró la deficiencia de dichos vanos fue declarado caduco.
- Osinergmin no solo ha admitido que los vanos han sido saneados, sino que ha reconocido que existen alternativas de solución planteadas por EGEMSA; sin embargo, y por encima de sus propios argumentos, ha dispuesto excluir dichas subsanaciones sin emitir sustento alguno.
- Estas decisiones arbitrarias perjudican a EGEMSA, en su calidad de concesionaria, ya que no considera en absoluto las acciones adoptadas para el cumplimiento efectivo de sus obligaciones.
- Por otro lado, Osinergmin señala que sus actividades se encuentran enmarcadas dentro de la normativa pertinente, afirmación que también cuestionamos, ya que ni el Procedimiento ni el TUO de la LPAG señalan que

(i) en el reinicio de un procedimiento administrativo sancionador no deberán incluir estudios, evaluaciones y/o actuaciones nuevas sobre los hechos acontecidos; y, (ii) que no se deben tomar en cuenta las actuaciones de subsanación y mejora que realicen los administrados respecto de los hechos que se pretenden sancionar.

- Requiere que Osinergmin haga una revisión de la sanción impuesta sobre la base de la información remitida sobre el estado de cada uno de los vanos saneados por parte de EGEMSA, considerando para ello el principio de razonabilidad contemplado en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

1.7 Mediante Memorándum N° DSE-CT-291-2018, del 26 de julio de 2018, el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica remitió el presente expediente al Gerente de Supervisión de Electricidad para la emisión de la resolución correspondiente.

2. CUESTIÓN PREVIA

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM², corresponde a la División de Supervisión de Electricidad supervisar el cumplimiento de la normativa sectorial por parte de los agentes que operan las actividades de generación y transmisión de electricidad.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, y a su Disposición Complementaria Derogatoria, que dejó sin efecto el artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2016-OS/CD, el Gerente de Supervisión de Electricidad actúa como órgano sancionador en los procedimientos sancionadores iniciados a los agentes que operan las actividades antes señaladas, correspondiéndole, por tanto, emitir pronunciamiento en el presente caso.

3. CUESTIONES EN EVALUACIÓN

- 3.1. Respecto a las obligaciones contenidas en el Procedimiento.
- 3.2. Respecto a haber incumplido con lo establecido en el numeral 6 del Procedimiento, al haber obtenido un valor de Indicador Cuantitativo de 67.1 %, menor que el valor del Indicador Cuantitativo de 100% establecido para el período evaluado correspondiente al año 2015.
- 3.3. Graduación de la sanción.

4. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

4.1. Respecto a las obligaciones contenidas en el Procedimiento

El Procedimiento se aprobó con el objeto de supervisar las Fajas de Servidumbre y el cumplimiento de las medidas de seguridad respecto a las

² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de febrero de 2016.

líneas de transmisión con tensiones iguales o mayores a 30 kV operadas por las concesionarias.

El numeral 6 del Procedimiento, en concordancia con lo establecido en el literal d) del numeral 5 del mismo, establece que el indicador de control de fajas de servidumbre es cuantitativo y corresponde al porcentaje de vanos saneados, respecto al total de vanos deficientes y vanos saneados, incluyendo a los detectados en el último período de evaluación. Asimismo, establece que el límite inferior del indicador varía anualmente en forma acumulativa hasta completar el 100% en el año 2015, según se indica en el siguiente cuadro:

| Período de Evaluación | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|------------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Límite del Indicador Cuantitativo. | 6% | 8% | 10% | 20% | 30% | 40% | 50% | 60% | 70% | 100% |

En el cálculo del Indicador Cuantitativo no se considera que exista fracción, porcentaje o parte del saneamiento de un vano. Se considera incumplido el Indicador Cuantitativo (Ic) cuando este sea menor a los valores señalados en la tabla anterior, para el período de evaluación correspondiente.

Asimismo, el numeral 8 del Procedimiento establece que la supervisión se realiza sobre la base de la información proporcionada por las concesionarias. Así, Osinergmin supervisa las fajas de servidumbre de las líneas de transmisión, verificando que esta información se encuentre de acuerdo con lo establecido en el Procedimiento. Para ello, Osinergmin, de acuerdo a un Plan Anual de Inspección, verificará el saneamiento de los vanos deficientes y/o seleccionará una muestra representativa de vanos de las líneas de transmisión de la concesionaria.

De acuerdo con el numeral 10 del Procedimiento, los siguientes incumplimientos por parte de las concesionarias se considerarán como infracciones pasibles de sanción, de acuerdo con lo dispuesto en la Escala de Multas y Sanciones emitida por Osinergmin:

- a) Por no entregar la información del período de evaluación.
- b) Por entrega de información inexacta.
- c) Por entrega de información inoportuna (fuera de plazo).
- d) Por incumplir con el Indicador Cuantitativo (Ic) del período de evaluación correspondiente.
- e) Por no cumplir con presentar el Programa de Saneamiento a Osinergmin, de acuerdo a lo establecido por el Procedimiento.
- f) Por no cumplir con corregir las situaciones de riesgo eléctrico inminente, de acuerdo a lo establecido en el numeral 9 del Procedimiento.

De otro lado, la Resolución de Consejo Directivo N° 386-2007-OS/CD, incorporó como Anexo 11 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica (ahora denominada División de Supervisión de Electricidad), la escala correspondiente a la tipificación de sanciones por incumplimiento del Procedimiento. Dicho Anexo fue posteriormente modificado por las Resoluciones de Consejo Directivo Nos. N° 730-2007-OS/CD³ y 161-2012-OS/CD⁴.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del Anexo 11 de la Escala de Multas antes mencionada, la fórmula para calcular la multa ante una eventual transgresión del indicador cuantitativo es la siguiente:

$$Multa = \min\left\{MT, \frac{(I_c - I)}{100} * (C_1 * 9.6 + C_2 * 3.9)\right\}$$

Donde:

Ic: Límite del indicador cuantitativo requerido en el periodo (en porcentaje).

I: Valor del Indicador Cuantitativo obtenido por la concesionaria al término del período (en porcentaje).

C1: Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, que se ubican en vanos deficientes en el departamento de Lima, declaradas por la concesionaria en el Cuadro N° 2 y/o detectadas por Osinergmin en el período de evaluación correspondiente.

C2: Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, que se ubican en vanos deficientes en otros departamentos, declaradas por la concesionaria en el Cuadro N° 2 y/o detectadas por Osinergmin en el período de evaluación correspondiente.

MT: Monto tope de la multa.

Finalmente, su numeral 6.2 establece que las multas calculadas conforme a dicho Anexo serán aplicadas de acuerdo con los siguientes porcentajes:

| Periodo de Evaluación | Porcentaje de la Multa a Aplicar |
|-----------------------|----------------------------------|
| 2007 | 30% |
| 2008 | 35% |
| 2009 | 40% |
| 2010 | 50% |
| 2011 | 60% |
| 2012 | 70% |
| 2013 | 80% |
| 2014 | 90% |
| 2015 | 100% |

- 4.2. Respecto a haber incumplido con lo establecido en el numeral 6 del Procedimiento, al haber obtenido un valor de Indicador Cuantitativo de 67.1 %, menor que el valor del Indicador Cuantitativo de 100% establecido para el período evaluado correspondiente al año 2015**

En relación a la caducidad del procedimiento administrativo sancionador

³ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de diciembre de 2007.

⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio de 2012.

EGEMSA cuestiona el hecho de que el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28 no realiza ningún tipo de análisis sobre la situación actual de los vanos, y, además, no considera que fueron saneados antes del inicio del actual procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, debemos señalar que el Informe de Instrucción mencionado no realiza algún tipo de análisis sobre la situación de los vanos debido a que dichas acciones habían sido realizadas con posterioridad al año 2015 y el hecho imputado se refiere al incumplimiento del Indicador Cuantitativo correspondiente al periodo 2015.

Por otro lado, la obligación señalada en el numeral 4 del artículo 237-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General es la de evaluar la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador, de corresponder. Es potestad del Osinergmin dependiendo de cada caso, el realizar o no nuevas actuaciones de medios probatorios, así, para el presente caso, considerando que la infracción administrativa consiste en no haber alcanzado el Indicador Cuantitativo para el periodo 2015 y que este indicador se calcula sobre la base de la información declarada a diciembre de 2015, no corresponde, a fin de determinar la responsabilidad administrativa de EGEMSA, el analizar si después de dicha fecha la empresa realizó o no saneamientos, pues el indicador ya había sido calculado, y su incumplimiento ya se había producido.

Asimismo, las Cartas Nos. G-845-2017 y G-979-2017 presentadas por EGEMSA, en las cuales señala el saneamiento de diversos vanos de la faja de servidumbre, fueron presentadas con posterioridad a la configuración del incumplimiento y no enervan de modo alguno la conclusión del Informe de Instrucción de iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento del Indicador Cuantitativo establecido para el periodo correspondiente al año 2015. Esto debido a que el indicador correspondiente al año 2015 fue calculado en su oportunidad y sobre la base de la información entregada en calidad de declaración jurada por el administrado (la responsabilidad de las entidades es siempre de naturaleza objetiva como lo señala la normativa del sector)⁵. Como ya hemos señalado, si vanos declarados deficientes hasta diciembre de 2015 fueron posteriormente saneados, este hecho no varía de modo alguno la imputación de incumplimiento del valor del Indicador Cuantitativo establecido para el año 2015.

En ese sentido, considerando que la infracción imputada aún no ha prescrito, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 4 del artículo 237-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, introducido por el Decreto Legislativo N° 1272, correspondía a este Órgano evaluar el inicio de un nuevo procedimiento administrativo sancionador, lo cual se realizó, emitiéndose el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28.

En consecuencia, de conformidad a lo anteriormente señalado, corresponde desestimar los descargos presentados en este extremo.

⁵ Es pertinente señalar que el artículo 1 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, establece que: *“Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de OSINERG constituye infracción sancionable”*.

Cuestionamientos al alcance del Procedimiento

En relación a los cuestionamientos que EGEMSA realiza al Procedimiento indicando que el mismo vulneraría los principios de legalidad y de tipicidad expresados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, debemos señalar que corresponde al Osinergmin evaluar descargos únicamente en relación a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados, no correspondiendo evaluar cuestionamientos a la normativa sectorial. Cabe precisar que Osinergmin se encuentra subordinado a la observancia de la ley, en estricto cumplimiento del principio de legalidad.

Las normas pueden ser cuestionadas directamente ante el órgano jurisdiccional respectivo, mediante el proceso judicial de acción popular, y pueden ser declaradas constitucionales, inconstitucionales, legales o ilegales⁶. Así, tenemos que, normas como el presente Procedimiento tienen una vía específica de impugnación prevista en normas especiales, como lo es el proceso de acción popular regulado por los Títulos VI y VII del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, lo cual guarda extrema relación con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú.

En relación al cuestionamiento que EGEMSA realiza a la función normativa del Osinergmin, corresponde señalar que, mediante los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa, que les faculta a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora, que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

A su vez, a través del artículo 1 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, se estableció que el Consejo Directivo de este organismo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de Osinergmin dictó la Resolución de Consejo Directivo N° 264-2005-OS/CD, que aprobó el “Procedimiento para la supervisión de deficiencias en seguridad en líneas de transmisión y en zonas de servidumbre”, y dentro del cual se tipifica como infracción, entre otros, el incumplimiento del Indicador Cuantitativo para un período determinado⁷.

En atención a las consideraciones expuestas, se advierte que la potestad sancionadora y la facultad para tipificar infracciones y sanciones propias de este Organismo le fueron atribuidas a través de normas con rango de ley, en función a las cuales se aprobó el Procedimiento. Además, los supuestos de hecho de la infracción señalada en el literal d) del numeral 10 del Procedimiento, así como el contenido de las obligaciones cuyo incumplimiento le sirve de base legal,

⁶ Al respecto, se puede observar la Resolución Osinergmin 140-2013-OS/CD.

⁷ Literal d) del numeral 10 del Procedimiento.

contiene una descripción clara y de fácil comprensión; cumpliéndose por tanto el Principio de Tipicidad.

De otro lado, es importante señalar que en la Sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima APEL. N° 1870-2012, de fecha 8 de noviembre de 2012, se confirmó la resolución de fecha 19 de agosto de 2011, que declaró infundada la demanda interpuesta por la empresa Luz del Sur S.A.A. contra Osinergmin, sustentando que la tipificación de infracciones y determinación de sanciones a través de Resoluciones de Consejo Directivo no infringen los Principios de Legalidad y Tipicidad que rigen la potestad sancionadora.

En efecto, en la citada sentencia se precisó que a los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos se les ha otorgado mediante la Ley N° 27332, la función normativa y fiscalizadora y sancionadora, las cuales comprenden la facultad de tipificar infracciones e imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión. Asimismo, la Corte Suprema determinó que dichas facultades fueron delegadas mediante la Ley N° 27699, Ley de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, al Consejo Directivo, por lo que las conductas que configuran infracciones administrativas, así como la determinación de sanciones a imponerse pueden estar establecidas mediante una Resolución de Consejo Directivo.

En virtud de lo anterior, se desprende que el propio Poder Judicial reconoce la facultad de los organismos reguladores, como lo es Osinergmin, de tipificar por vía reglamentaria las infracciones a las normas de su competencia. Este Órgano concluye, por tanto, que Osinergmin, en todo momento, ha cumplido con la normativa y se ha limitado siempre a actuar dentro de sus competencias. En consecuencia, corresponde desestimar los descargos presentados en este extremo.

Crterios considerados por Osinergmin para iniciar el procedimiento administrativo sancionador

EGEMSA expresa: *“Los criterios que establece el Procedimiento para verificar y constatar el incumplimiento por parte de las concesionarias de las obligaciones que dispone son ilegales y no recoge con exactitud lo que en la realidad acontece con las líneas de transmisión, exponiendo a las empresas a procedimientos sancionadores como el del presente caso.”* Asimismo, indica que el procedimiento de supervisión no considera en absoluto todas las acciones adoptadas por las concesionarias como EGEMSA para el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, por el contrario, el Procedimiento establecería, dentro de la metodología, algo similar a una "Selección de Muestras Representativas", por el cual únicamente en la práctica se selecciona unos vanos de las líneas de transmisión de la concesionaria.

Osinergmin, en cumplimiento de su actividad supervisora y fiscalizadora se ha limitado a cumplir lo señalado por la normativa del sector, en este caso el Procedimiento. Todos estos cuestionamientos realizados al Procedimiento corresponden ser cuestionados mediante el proceso judicial de acción popular

en caso lo considere pertinente, y no a través del presente procedimiento administrativo sancionador.

En consecuencia, de conformidad a lo anteriormente señalado, corresponde desestimar los descargos presentados en este extremo.

Sobre el quebrantamiento del principio de verdad material

EGEMSA indica que se habría quebrado el principio de verdad material porque no se habría considerado al detalle, vano por vano, las labores y gestiones que viene realizando para poder cumplir con sanear los vanos deficientes.

En relación al incumplimiento del Indicador Cuantitativo para el año 2015, Osinergmin se basa en lo declarado por la entidad en el mes de diciembre de 2015. Esta información es considerada como una declaración jurada de las entidades, por lo mismo, en base a lo manifestado por EGEMSA, hemos podido concluir que ha incumplido el Procedimiento al no haber alcanzado el valor del Indicador Cuantitativo establecido para el período de evaluación 2015.

Respecto a lo manifestado por EGEMSA en las Cartas Nos. 845-2017 y 979-2017, que ha implementado el saneamiento de los vanos deficientes desde el año 2016, debemos mencionar que los vanos declarados deficientes hasta diciembre de 2015 y que fueron saneados utilizando las alternativas de solución conocidas a partir del 2016, no ingresan al cálculo del Indicador Cuantitativo del año 2015. Así, las acciones para regularizar el Indicador Cuantitativo no justifican el incumplimiento de la obligación de EGEMSA prevista en el numeral 6 del Procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Ley N° 27699, en el que se precisa que la responsabilidad administrativa por incumplimientos es objetiva⁸.

En consecuencia, de conformidad a lo anteriormente señalado, corresponde desestimar los descargos presentados en este extremo.

En relación a los descargos presentados mediante la Carta N° G-606-2018⁹

⁸ LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA

Artículo 1.- Facultad de Tipificación

(...)

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

⁹ Entre otros, EGEMSA en su Carta N° G-267-2018 había señalado que se habría contravenido los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, en su Carta N° G-606-2018, EGEMSA realiza un análisis más detallado de las razones por las que considera se habría vulnerado el principio de razonabilidad. Al respecto, debemos señalar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que, si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad (como estrategias para orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa), prima facie es posible establecer similitud entre ambos principios, por lo que consideraremos a la evaluación del principio de proporcionalidad dentro del principio de razonabilidad.

EGEMSA señala que se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica debido a que no existiría “*predictibilidad en relación a los motivos por los cuales Osinergmin reinicia un PAS*”. Al respecto, debemos señalar que el hecho que Osinergmin no haya considerado la actuación de nuevas pruebas para determinar el inicio de un nuevo procedimiento administrativo sancionador, no vulnera el principio de seguridad jurídica, pues el actuar nuevas pruebas, de conformidad a lo expresado en el artículo 253 del TUO de la LPAG¹⁰, constituye una prerrogativa y no una obligación, de la cual dispone el regulador para poder iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la aludida falta de motivación al no haber “*realizado una nueva evaluación*”, cabe señalar que el Principio de Motivación, en efecto, constituye una obligación de todos los organismos de la Administración Pública, en mérito de la cual éstos deberán sustentar y justificar cabalmente sus decisiones, ello con la finalidad de lograr que las mismas se basen en razones objetivas evitando de ésta forma la arbitrariedad y el abuso del poder por parte de los mismos, y al mismo tiempo, protegiendo y garantizando los derechos de los administrados;

Sobre el particular, el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28 expresa el motivo de la imputación, el haber vulnerado el Indicador Cuantitativo correspondiente al periodo 2015. Este informe se basa, a su vez, en la evaluación realizada en el Informe Técnico N° GFE-UTRA-74-2016, documentos ambos que obran en poder de EGEMSA, así, en el numeral 3.1 del Informe de Instrucción se señala lo siguiente:

“De la información que EGEMSA entregó a Osinergmin en diciembre del año 2015, se desprende que declaró un total de 55 vanos saneados y 27 vanos deficientes. Por lo tanto, el valor del Indicador Cuantitativo (Ic) obtenido por EGEMSA es de 67.1 %, menor al 100% establecido en el Procedimiento”.

Así, producto de la evaluación realizada por Osinergmin, basada en la información alcanzada hasta diciembre de 2015, se ha efectuado la presente imputación, por lo que podemos concluir que la imputación realizada ha sido debidamente motivada en el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28.

EGEMSA señala que en el artículo 255¹¹ del TUO de la LPAG se establece el régimen de eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones, que debería ser tomado en consideración por el órgano sancionador, sobre todo, lo relacionado a la subsanación voluntaria realizada por EGEMSA con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. Asimismo, señala que realizó y viene realizando acciones para el saneamiento de los vanos, las mismas que deberían ser consideradas al momento de graduar la sanción.

¹⁰ Artículo 253.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

(...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

¹¹ Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

I.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

Al respecto, debemos señalar que el numeral 15.3 del artículo 15 de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, mediante el cual se aprueba el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del Osinergmin, indica que no son pasibles de subsanación:

“b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.

(...)

i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.”

El valor del Indicador Cuantitativo establecido para el año 2015 era del 100%, por lo tanto, estaba sujeto a un plazo, correspondiente al periodo 2015 y, además, la imputación corresponde a un incumplimiento de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, por lo que podemos señalar que la imputación mencionada no es pasible de subsanación.

Por otro lado, EGEMSA indica que Osinergmin habría vulnerado el principio de razonabilidad¹². Sobre el particular, cabe indicar que, como ya mencionamos anteriormente, el hecho que un procedimiento sancionador haya sido revisado y evaluado y, posteriormente, declarado caduco, no enerva el hecho que pueda ser objeto de un nuevo procedimiento administrativo sancionador, siempre que la infracción administrativa imputada no hubiese prescrito, como es el presente caso.

El realizar nuevos análisis y estudios sobre hechos acontecidos luego del Cálculo del Indicador Cuantitativo y, cuando ya se ha comprobado su incumplimiento, es prerrogativa del regulador.

En relación a las subsanaciones y saneamiento de vanos realizadas por EGEMSA, debemos señalar que se trataría de acciones realizadas con posterioridad al cálculo del Indicador Cuantitativo. Es importante señalar que no se está imputando a EGEMSA la inexecución del saneamiento en particular de algún vano, sino más bien, el incumplimiento en alcanzar el valor de un Indicador específico mencionado por la normativa del sector.

De lo señalado en los párrafos precedentes, este órgano considera que en el presente caso no se ha verificado transgresión alguna a dicho principio. Por tanto, corresponde desestimar los descargos presentados en este extremo.

Ante esto y considerando además que, EGEMSA, no se acogió a las alternativas que existen para el saneamiento de los vanos deficientes antes de diciembre de

¹² Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

2015, corresponde no admitir los descargos referentes al incumplimiento del Indicador Cuantitativo del año 2015 presentados por EGEMSA.

En consecuencia, se verifica que EGEMSA ha incumplido con lo establecido en el numeral 6 del Procedimiento, lo que constituye infracción según su numeral 10, siendo pasible de sanción conforme a lo previsto en el artículo 4 y el numeral 6.2 del artículo 6 del Anexo N° 11 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad.

4.3. Graduación de la sanción

- **Por haber incumplido con lo establecido en el numeral 6 del Procedimiento, al haber obtenido un valor de Indicador Cuantitativo de 67.1%, menor que el valor del Indicador Cuantitativo de 100% establecido para el período evaluado correspondiente al año 2015**

Considerando el artículo 4 del Anexo N° 11 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 386-2007-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 161-2012-OS/CD, se tiene la siguiente fórmula:

$$Multa = \min\left\{MT, \frac{(I_c - I)}{100} * (C_1 * 9.6 + C_2 * 3.9)\right\}$$

Donde:

- Ic: Límite del indicador cuantitativo requerido en el periodo (en porcentaje).
- I: Valor del Indicador Cuantitativo obtenido por la concesionaria al término del período (en porcentaje).
- C₁: Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, que se ubican en vanos deficientes en el departamento de Lima, declaradas por la concesionaria en el Cuadro N° 2 y/o detectadas por Osinergmin en el período de evaluación correspondiente.
- C₂: Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, que se ubican en vanos deficientes en otros departamentos, declaradas por la concesionaria en el Cuadro N° 2 y/o detectadas por Osinergmin en el período de evaluación correspondiente.
- MT: Monto tope de la multa que toma los valores del siguiente cuadro:

| Clasificación según la longitud total de todas las Líneas de Transmisión (con tensiones mayores o iguales a 30 kV) que opera la empresa | Multa tope (en UIT) |
|--|----------------------------|
| Mayor a 1500 Km | 1400 |
| Mayor a 500 hasta 1500 km | 370 |
| Mayor a 300 hasta 500 km | 200 |
| Mayor a 100 hasta 300 km | 100 |
| Mayor a 25 y hasta 100 km | 30 |
| Hasta 25 km | 10 |

Nota 1: El cálculo del Indicador Cuantitativo que se realiza en cada período de evaluación incluirá los nuevos vanos con construcciones que hayan sido detectadas por las concesionarias o por Osinergmin hasta el último período de evaluación.

| Parámetro | Valor | Descripción |
|----------------------|--------------|--|
| MT | 100 | Monto tope de la multa que toma los valores del cuadro adjunto |
| Ic | 100% | Indicador cuantitativo requerido en el periodo 2015 |
| I | 67,1% | Indicador cuantitativo alcanzado en el periodo 2015 |
| C₁ | 0,00 | Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, en Lima |
| C₂ | 73 | Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, en otros lugares. |
| Cálculo | 93,66 | Cálculo de: $(I_c - I) \times (C_1 \times 9.6 + C_2 \times 3.9) / 100$. |

Es así que:

- Multa sin aplicar el porcentaje descrito en el numeral 6.2 del Anexo 11 de la Escala de Multas y Sanciones aprobada mediante Resolución N° 386-2007-OS/CD y modificatorias:

$$\text{Multa} = \min \{100, 93.66\}$$

$$\text{Multa} = 93.66 \text{ UIT}$$

- Multa luego de aplicar el porcentaje descrito en el numeral 6.2 del Anexo 11 de la Escala de Multas y Sanciones aprobada mediante Resolución N° 386-2007-OS/CD y modificatorias:

$$\text{Multa} = 93.66 \times 1 = 93.66 \text{ UIT}$$

$$\text{Multa} = 93.66 \text{ UIT}$$

En consecuencia, la multa aplicable a EGEMSA es igual a 93.66 Unidades Impositivas Tributarias, considerando el monto tope en función de la longitud total de líneas de transmisión que opera la empresa (mayor a 100 hasta 300 km), de acuerdo con el cuadro del numeral 4 del Anexo 11 de la Escala de Multas y Sanciones.

De conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 9 de la Ley N° 26734, Ley de Osinergmin, el inciso a) del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, la Ley N° 27699, lo establecido por el Capítulo II del Título IV de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y las disposiciones legales que anteceden;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- SANCIONAR a la EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. con una multa ascendente a 93.66 Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de pago, por incumplir con el Indicador Cuantitativo (Ic)

previsto en el numeral 6 del Procedimiento, al haber alcanzado el valor de 67.1%, lo cual es inferior al porcentaje límite del indicador cuantitativo previsto para el período evaluado correspondiente al año 2015, incurriendo en la infracción prevista en el literal d) del numeral 10 del “Procedimiento para la Supervisión de Deficiencias en Seguridad en Líneas de Transmisión y en Zonas de Servidumbre“, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 264-2005-OS/CD, siendo pasible de sanción de conformidad con lo establecido en el artículo 4 y el numeral 6.2 del artículo 6 del Anexo N° 11 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 386-2007-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 730-2007-OS/CD y Resolución de Consejo Directivo N° 161-2012-OS/CD.

Código de Infracción: 160001984101

Artículo 2.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta de Osinergmin a través de los canales de atención (Agencias y banca por internet) del Banco de Crédito del Perú, Banco Interbank y Scotiabank Perú S.A.A. con el nombre “**MULTAS PAS**” y, en el caso del Banco BBVA Continental, con el nombre “**Osinergmin MULTAS PAS**”, importe que deberá cancelarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, debiendo indicarse al momento de la cancelación al banco el código de infracción que figura en la presente Resolución, sin perjuicio de informar en forma documentada a Osinergmin del pago realizado¹³.

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad

¹³ En caso no estuviere conforme con lo resuelto, podrá interponer los recursos administrativos establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución. Cabe precisar que los recursos administrativos se presentan ante el mismo órgano que emitió la resolución, siendo que en caso sea uno de apelación, los actuados se elevarán al superior jerárquico.