

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 015-2019-OS/TASTEM-S1

Lima, 25 de enero de 2019

VISTO:

El Expediente N° 2016-059¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. (en adelante, EGEMSA), representada por el señor Carlos Roberto Frisancho Aguilar, contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 2500-2018 del 10 de octubre de 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Supervisión de Deficiencias en Seguridad en Líneas de Transmisión y en Zonas de Servidumbre" (en adelante, el Procedimiento), aprobado por Resolución N° 264-2005-OS/CD, en el periodo 2015.



CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 2500-2018 del 10 de octubre de 2018, se sancionó a EGEMSA con una multa de 93.66 (noventa y tres con sesenta y seis centésimas) UIT, por haber incumplido el numeral 6 del Procedimiento², al no alcanzar el estándar del Indicador Cuantitativo (en adelante, Ic), correspondiente al año 2015^{3,4}.



¹ El Expediente SIGED es el N° 201600019841.

² PROCEDIMIENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE DEFICIENCIAS EN SEGURIDAD EN LÍNEAS DE TRANSMISIÓN Y EN ZONAS DE SERVIDUMBRE – RESOLUCION N° 264-2005-OS/CD

"6. INDICADOR

El indicador del control de Fajas de Servidumbre es cuantitativo. Este corresponde al porcentaje de vanos saneados, respecto del total de vanos deficientes y vanos saneados, incluyendo a los detectados en el último periodo de evaluación.

El indicador cuantitativo (Ic) estará dotado por la siguiente fórmula:

$$Ic = \frac{N^{\circ} \text{ de vanos saneados}}{N^{\circ} \text{ de vanos deficientes} + N^{\circ} \text{ de vanos saneados}} \times 100\%$$

Este indicador será evaluado teniendo en consideración, el límite inferior que varía anualmente en forma acumulativa hasta completar el 100% en el año 2015, según se indica en el siguiente cuadro:

Periodo 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%

³ Conforme se indica en la mencionada resolución, EGEMSA obtuvo 67.1% como valor del Ic para el año 2015, cuando el estándar previsto para dicho ejercicio es 100%.

Cabe señalar que el incumplimiento indicado en el párrafo anterior se encuentra tipificado como infracción administrativa en los numerales 4 y 6.2 del Anexo 11 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución Nº 386-2007-OS/CD modificado por las Resoluciones de Consejo Directivo Nº 730-2007-OS/CD y Nº 161-2012-OS/CD⁵.

⁴ Es pertinente señalar como antecedente que a través de Resolución de División de Supervisión de Electricidad Nº 141-2018 del 22 de enero de 2018, se declaró la caducidad del procedimiento administrativo sancionador iniciado a través del Oficio Nº 597-2016 notificado con fecha 21 de marzo de 2016. Asimismo, en atención a sus competencias, la primera instancia administrativa dispuso volver a iniciar el procedimiento administrativo a través del Oficio Nº 636-2018 notificado el 05 de marzo de 2018, toda vez que la potestad administrativa no estaba prescrita.

⁵ ANEXO 11 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA

4. MULTA POR INCUMPLIR CON EL IC (INDICADOR CUANTITATIVO) DEL PERÍODO DE EVALUACIÓN CORRESPONDIENTE (...)

4.2 Por incumplir con el Ic (Indicador Cuantitativo) del periodo de evaluación correspondiente.

Esta multa está referida al supuesto de no cumplir con el Ic (Indicador Cuantitativo) del periodo de evaluación correspondiente, la cual es calculada en UIT de acuerdo a la siguiente expresión:

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

Donde:

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

I: Valor del Indicador cuantitativo obtenido por la concesionaria al término del periodo (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 Nº 2 y/o detectadas por OSINERGMIN en el periodo de evaluación correspondiente.

C₂: Número de construcciones no permitidas por la normativa vigente, que se ubican en vanos deficientes en otros departamentos, declarados por la concesionaria en el Cuadro Nº 2 y/o detectadas por OSINERGMIN en el periodo 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	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 periodo de evaluación incluirá los nuevos vanos con construcciones que hayan sido detectados por las concesionarias o por el OSINERGMIN hasta el último periodo de evaluación.

6. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

(...)

6.2 Para el caso de las multas calculadas de acuerdo con lo señalado en los numerales 4 y 5 del presente Anexo, serán aplicadas respecto de la información correspondiente a los respectivos periodos de evaluación remitida desde la vigencia de la presente Escala, de acuerdo con los porcentajes indicados en la siguiente tabla:

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%

RESOLUCIÓN N° 015-2019-OS/TASTEM-S1

2. Por escrito de registro N° 201600019841 del 08 de noviembre de 2018, EGEMSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 2500-2018, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) Sobre la omisión de evaluar, justificar y fundamentar las razones para iniciar un nuevo procedimiento

Al respecto, EGEMSA refiere que con Resolución de la División de Supervisión de Electricidad N° 141-2018 se declaró de oficio la caducidad del procedimiento administrativo iniciado mediante el Oficio N° 597-2016, notificado el 21 de marzo de 2016, al haber transcurrido el plazo máximo para resolver.

De otro lado, mediante el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-28 de fecha 28 de febrero de 2018, se recomendó el inicio de un nuevo procedimiento administrativo sancionador, basándose en los mismos fundamentos que el procedimiento sancionador que caducó, sin que se realizara una nueva evaluación de los hechos.

De la lectura del citado informe, se colige que el órgano instructor no ha cumplido con realizar una nueva evaluación para dar inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que se estaría vulnerando el numeral 4) del artículo 257° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) que establece la obligación de la Administración de realizar una debida evaluación antes de iniciar un nuevo procedimiento sancionador.

Asimismo, refiere que en la resolución de primera instancia Osinergmin indicó que no se necesita justificar el inicio de un nuevo procedimiento sancionador por más que el procedimiento original haya caducado. Así, la Administración confunde la necesidad de evaluar el inicio de un nuevo procedimiento con el mérito que puedan tener las acciones realizadas por EGEMSA (saneamiento de los vanos).

- b) En cuanto a la falta de valoración de la información proporcionada por EGEMSA.

Se ha vulnerado el deber de motivación, toda vez que la existente tan solo es aparente, en tanto la decisión no responde a las alegaciones de las partes en el proceso.

Sobre el particular, refiere que mediante las Cartas N° 845-2017 y N° 797-2017 remitió a la Gerencia de Supervisión de Electricidad de Osinergmin información complementaria y actualizada en relación a las acciones que realizó a fin de sanear la faja de servidumbre de las líneas de transmisión 138 kV. En las mencionadas cartas solicitó acogerse a las excepciones 1 y 2 según lo previsto por el Código Nacional de Electricidad (en adelante, el CNE) respecto de los vanos deficientes.



Las solicitudes de acogimiento a dichas excepciones fueron aprobadas por Osinergmin y la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas.

Asimismo, quedaron 5 vanos deficientes pendientes, al comprobarse que no calzaban dentro de los requisitos de las excepciones 1 y/o 2 previstas por el CNE, por ello fueron sometidos a una evaluación especializada para estudiar alternativas de mejora de las distancias mínimas de seguridad vertical. La mencionada documentación fue entregada en su totalidad a Osinergmin, sin embargo, no fue analizada por la primera instancia.

Adicionalmente, señala que realizaron diversas obras en los 5 vanos deficientes a fin de sanearlos; sin embargo, esto no fue tomado en cuenta por Osinergmin al momento de emitir la resolución sancionadora.



c) Con relación a la supuesta ilegalidad del procedimiento sancionador.

El Procedimiento N° 264-2005-OS-CD que aprueba el Procedimiento para la Supervisión de Deficiencias en Seguridad en Líneas de Transmisión y en Zonas de Servidumbre, vulnera los principios previstos en la LPAG.

El referido procedimiento 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. Tales obligaciones no están señaladas en la Ley de Concesiones Eléctricas u otras leyes.



En tal sentido, considera que existe una contravención al Principio de Legalidad, en la medida que Osinergmin crea obligaciones sustantivas para los agentes eléctricos, sin tomar en cuenta que su función es regular tarifas, sancionar, normar sus propios procedimientos y resolver ciertos conflictos, pero no tiene la función de crear, cual legislador, obligaciones sustantivas.

En efecto, 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, establece la facultad normativa de los organismos reguladores en materias de sus competencias. Sin embargo, no se puede interpretar que esta disposición faculte a Osinergmin a crear obligaciones que deben ser instauradas 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 la potestad reglamentaria para aprobar procedimientos para la determinación de infracciones y la imposición de sanciones, más no para crear obligaciones a las empresas eléctricas.

d) Sobre la supuesta vulneración a la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El TUO de la LPAG establece principios que controlan la libertad o discrecionalidad de la Administración, los que deben servir como guía de cualquier actuación que ésta realice,

RESOLUCIÓN Nº 015-2019-OS/TASTEM-S1

siendo los más importantes: el Principio de Razonabilidad, el Principio de Tipicidad, y el Principio de Verdad Material.

Respecto al Principio de Razonabilidad⁶, indica que las actuaciones de Osinergmin en el inicio del procedimiento, y la imposición de la sanción, no se enmarcan dentro de los preceptos legales del Principio de Razonabilidad, en atención a lo siguiente:

- Se inició un procedimiento sancionador por eventos ocurridos hace tres (3) años, los mismos que fueron revisados y evaluados en un procedimiento declarado caduco.
- El procedimiento sancionador tiene como fundamento un informe final de instrucción y no el análisis de estudios y evaluaciones sobre los hechos acontecidos, no se han considerado las alternativas de mejora y las subsanaciones a los realizadas por EGEMSA.

Indica que, conforme a los criterios de graduación de sanción, no corresponde que se imponga sanción, toda vez que:

- i) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción: indica que no se ha visto beneficiado de ninguna manera, ni sacado ningún tipo de ventaja, con la falta de mantenimiento de los vanos.
- ii) La probabilidad de detección de la infracción: manifiesta que cumple con reportar a Osinergmin con la situación del saneamiento de los vanos oportunamente. La empresa concesionaria nunca ha restringido o limitado las funciones del organismo regulador.
- iii) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: refiere que ha implementado todas las medidas necesarias para cumplir con sanear todos los vanos de la manera más eficiente posible. Además, no se ha causado daño a la integridad física de ninguna persona, y la intención de la empresa concesionaria para sanear el 100% de los vanos obedece justamente a evitar cualquier tipo de riesgo futuro.
- iv) El perjuicio económico causado: El supuesto incumplimiento de la meta para sanear los vanos, no ha generado ningún perjuicio económico a terceros.
- v) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. Indica que no ha sido sancionado por la misma infracción.
- vi) Las circunstancias de la comisión de la infracción: considera que cumplió con realizar todas las acciones que resulten necesarias para mantener los vanos dentro de los parámetros establecidos por el regulador, sin embargo, es bastante común - como en el presente caso - que se realicen construcciones de terceros que no son

⁶ En su escrito de apelación toma como referencia a PEDRESCHI GARCÉS, citando a OSSA ARBELAEZ: "[se] racionaliza la actividad sancionadora de la Administración evitando que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva y encauzando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio.

Adicionalmente, cita a DROMI: "todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen. Tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin. Por ello, los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico."

RESOLUCIÓN N° 015-2019-OS/TASTEM-S1

previamente comunicadas a EGEMSA, lo cual genera que esta se vea obligada a realizar nuevos saneamientos a los vanos.

- vii) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor: no existe intencionalidad.

En tal sentido, considera que se le ha impuesto una sanción de manera arbitraria, puesto que no se utilizaron los criterios de gradualidad de sanción, ya que de haber analizado los mismos no se habría impuesto una sanción en su contra, ya que no se ha verificado ningún beneficio ilícito a su favor, ni se ha generado algún tipo de afectación a terceros.

Respecto al Principio de Tipicidad, indica que Osinergmin 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 el TUO de la LPAG (como es el caso del principio de tipicidad), y cuya observancia se exige en el ejercicio de la potestad sancionadora. Es decir, existe la obligación, por parte de la administración pública, de fijar mediante normas con rango de ley, las acciones que pueden constituir una conducta sancionable administrativamente.

Ahora bien, el numeral 6 del Procedimiento 264 que establece el obligatorio cumplimiento del Indicador Cuantitativo no tiene rango de ley. 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 264, contempla una serie de criterios y fórmulas que tampoco tiene rango de ley.

En este sentido, concluye que el Procedimiento 264 afecta el Principio de Tipicidad, por lo que cualquier sanción aplicada por el incumplimiento del mencionado procedimiento no es válida.

Respecto al Principio de Verdad Material que genera en la Administración la obligación de corroborar que todos los hechos y argumentos que sustentan sus decisiones respondan a una verdad objetiva; además, crea la labor en la administración pública de buscar toda la información o sustento necesario, bajo todos los medios permitidos por la ley, a efectos de contar con el respaldo suficiente para emitir sus actuaciones.

En atención a ello, Osinergmin debió evaluar, todos los argumentos y cartas que le fueron remitidas. Sin embargo, no se ha considerado como parte de su análisis las cartas N° 845-2017 y N° 979-2017, ni la información sobre los demás vanos.

3. A través del Memorándum N° DSE-688-2018, recibido el 14 de noviembre de 2018, la División de Supervisión de Electricidad remitió al TASTEM el expediente materia de análisis. Este Tribunal, luego de la evaluación efectuada, ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes.
4. Respecto de lo alegado en el literal a) del numeral 2) de la presente resolución, cabe mencionar que los numerales 31.4 y 31.6 del artículo 31 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y

RESOLUCIÓN N° 015-2019-OS/TASTEM-S1

Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a Cargo de Osinergmin⁷ (En adelante RSFS), establecen que transcurrido el plazo máximo para resolver previsto en el numeral 28.2 del artículo 28 de la referida norma⁸, sin que se notifique la resolución correspondiente, se entenderá automáticamente caducado el procedimiento. No obstante, en el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, la autoridad instructora evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador.

En tal sentido, si bien la Administración debe declarar la caducidad del procedimiento cuando no se notifique la resolución de sanción dentro del plazo para resolver, nueve (9) meses contados desde su inicio y de manera excepcional, el plazo puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses, también cierto que, en tanto no haya transcurrido el plazo de prescripción de cuatro (4) años para el ejercicio de la potestad sancionadora, la autoridad administrativa puede iniciar un nuevo procedimiento sancionador a efectos de establecer la responsabilidad administrativa y, de ser el caso, aplicar las sanciones correspondientes.

Asimismo, los numerales 4 y 5 del artículo 237-A de la Ley N° 27444, modificados por el Decreto Legislativo N° 1452 establecen: *“En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. (...)”* y *“La declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. (...)”*

En el presente caso, conforme se desprende de los actuados, a través de la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 141-2018, notificada con fecha 26 de enero de 2018, se declaró la caducidad del procedimiento; asimismo, mediante el Oficio N° 636-2018 notificado el 05 de marzo de 2018 se dio inicio a un nuevo procedimiento administrativo sancionador respecto de los mismos hechos.

En consecuencia, se verifica que la primera instancia ha actuado observando el Principio de Legalidad⁹ y dentro de sus atribuciones, toda vez que se verificó, previo a la nueva imputación

⁷ REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 040-2017-OS/CD

“Artículo 31.- Prescripción y caducidad

(...)”

31.4 *Transcurrido el plazo máximo para resolver a que se refiere el numeral 28.2 del artículo 28, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.*

(...)”

31.6 *En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano instructor evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción.”*

⁸ *“Artículo 28.- Plazos*

(...)”

28.2 *El órgano sancionador tiene un plazo de nueve (9) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento. De manera excepcional, dicho plazo puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses, mediante resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación de plazo, debiendo notificarse al Agente Supervisado.*

(...)”

⁹ TUO de la LPAG

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

de cargos que estos no hayan prescrito, así como, al amparo de la ley se utilizó las actuaciones realizadas en el procedimiento caduco.

Atendiendo a lo señalado en los párrafos precedentes, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

5. Respecto de lo alegado en el literal b) del numeral 2), el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG¹⁰, que regula el Principio del Debido Procedimiento, señala que los administrados tienen derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

El numeral 4) del artículo 3° del TUO de la LPAG, señala que la motivación constituye uno de los requisitos de validez de los actos administrativos. Asimismo, el numeral 6.1 del artículo 6° de la norma antes citada precisa que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado.¹¹

Al respecto, en la página 15 la resolución impugnada se verifica que la primera instancia se pronunció respecto de las acciones de saneamiento realizadas por EGEMSA:

"(...) 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

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
 - 1.1. Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
(...)

- ¹⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por Decreto Legislativo N° 006-2017-JUS.**

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo más no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Procesal Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuando sea compatible con el régimen administrativo.

- ¹¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS**

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)."

RESOLUCIÓN Nº 015-2019-OS/TASTEM-S1

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).

Como ya hemos señalado, si los 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 consecuencia, contrariamente a lo señalado por la administrada, la primera instancia, en la resolución impugnada, sí explicó los fundamentos por los que se determinó que las obras efectuadas para sanear los vanos, no la liberan de responsabilidad. Es decir, sin tener la obligación de hacerlo, sí evaluó la pertinencia de iniciar un nuevo procedimiento teniendo en cuenta la nueva información proporcionada por la recurrente.

Asimismo, corresponde indicar que de acuerdo al artículo 5° del Procedimiento, la verificación del cumplimiento de los estándares establecidos en dicha norma se realiza sobre la base de la información proporcionada por las propias titulares de las líneas de transmisión, la misma que cuenta con el carácter de declaración jurada¹².

¹² 5. METODOLOGÍA.- La metodología será la siguiente:

- a) Las Concesionarias que operen líneas de transmisión proporcionarán la información requerida por OSINERGMIN, con carácter de Declaración Jurada y en el plazo establecido por el presente procedimiento.
- b) La información proporcionada por las concesionarias se realizará para cada línea de transmisión cuyo nivel de tensión sea mayor o igual a 30 kV.
- c) 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."
- d) Las concesionarias deberán entregar a OSINERGMIN, 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 período evaluado.
- e) Independientemente que la línea de transmisión cuente o no con Resolución Ministerial de Imposición de Servidumbre, cuente o no con tramos exceptuados, deberá cumplir con lo dispuesto en el presente procedimiento.
- f) La priorización del programa de saneamiento de los vanos de las fajas de servidumbre, no exime a la concesionaria de la responsabilidad que corresponda sobre los accidentes que pudieran producirse en dichas zonas.
- g) Se consideran incumplimientos pasibles de sanción: no remitir la información en la forma y plazo establecidos por el Procedimiento; no cumplir con el Indicador Cuantitativo (Ic) del período de evaluación correspondiente; así como no corregir las situaciones de Riesgo Eléctrico Inminente.

RESOLUCIÓN Nº 015-2019-OS/TASTEM-S1

Entre los estándares aludidos en el párrafo anterior, se encuentra el Ic, esto es un indicador de control cuantitativo, el cual corresponde al porcentaje de vanos saneados, respecto del total de vanos deficientes y vanos saneados, información que, conforme se ha indicado anteriormente, es proporcionada por las propias empresas, bajo declaración jurada, a Osinergmin. En este caso, EGEMSA aceptó que no saneó el 100% de los vanos hasta el 2015 e incluso admite que realizó obras posteriormente al plazo indicado.

En ese sentido, la efectiva realización de las obligaciones de saneamiento a cargo de las empresas concesionarias se verá reflejado en el respectivo porcentaje del Ic.



Cabe señalar que el Procedimiento ha previsto porcentajes mínimos a ser cumplidos en cada periodo anual, habiéndose establecido que la falta de cumplimiento de los mismos, en el periodo de evaluación correspondiente, constituye una infracción administrativa sancionable¹³. Además, resulta pertinente indicar que el Procedimiento estableció estándares progresivos hasta llegar al 100% en el año 2015, lo que no fue cumplido por EGEMSA que en el presente caso llegó a 67.1%, conforme se advierte de la información que dicha empresa remitió, bajo declaración jurada, a Osinergmin.

Además, dado que lo que se busca es asegurar la integridad física y la vida de las personas, la obligación de saneamiento de vanos es una obligación de resultados y no una de medios. En ese sentido, el Ic sólo se tendrá por cumplido en el año 2015 si es que se subsanan todos los vanos declarados previamente como deficientes, situación que no se presentó en este caso.



En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

6. Respecto de lo alegado en el literal c) del numeral 2) de la presente resolución, debe indicarse que de acuerdo con el Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1) del artículo 246° de TUO de la LPAG, sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. Asimismo, según el Principio de Tipicidad, recogido en el numeral 4) del artículo 246° de la mencionada ley, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria¹⁴.

¹³ **10. MULTAS Y SANCIONES.**- El incumplimiento a lo dispuesto en el presente procedimiento por parte de las concesionarias se considerará como infracción pasible de sanción, de acuerdo a lo dispuesto en la Escala de Multas y Sanciones emitida por OSINERGMIN, en los siguientes casos:

- a. Por no entregar la información del periodo 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 periodo de evaluación correspondiente.
- e. Por no cumplir con presentar el Programa de saneamiento al 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 presente procedimiento."

¹⁴ TUO de la LPAG

"Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

La Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece el alcance de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción que tienen todos los organismos reguladores, entre ellos Osinergmin. Así, la función supervisora comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones de las concesionarias, mientras que la función fiscalizadora y sancionadora comprende la facultad de imponer sanciones dentro del ámbito de su competencia por el incumplimiento de obligaciones¹⁵.

Por su parte, el artículo 2º y el literal c) del artículo 5º de la Ley Nº 26734, Ley de Creación de Osinergmin, establecen como una de las funciones de este Organismo Regulador la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector de electricidad e hidrocarburos¹⁶.

En tal sentido, el artículo 1º de la Ley Nº 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, estableció que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye una infracción sancionable, facultándose al Consejo Directivo de Osinergmin a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, precisando que la infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones aprobada por el Consejo Directivo, la cual puede contemplar, entre otras, sanciones pecuniarias.

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)

4. **Tipicidad.**- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

(...)"

¹⁵ Ley Nº 27332

"Artículo 3º.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, (...);

d) Función fiscalizadora y sancionadora: 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;

(...)"

¹⁶ El artículo 2º de la Ley Nº 26734 señala:

"La misión de OSINERGMIN es fiscalizar, a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades."

El artículo 5º, literal c) de la Ley Nº 26734 establece:

"Son funciones de OSINERGMIN:

(...)

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes."

De lo anterior, se advierte que mediante una norma con rango de ley se ha atribuido a Osinergmin su potestad sancionadora y se le ha autorizado a determinar las conductas infractoras y las consecuencias que a título de sanción son aplicables, en mérito de lo cual se emitió la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por la Resolución Nº 386-2007-OS/CD, que en el numeral 4 y 6.2 de su Anexo Nº 11 contiene la tipificación de sanciones por incumplimiento de lo establecido en el "Procedimiento Para la Supervisión de Deficiencias en Seguridad en Líneas de Transmisión y en Zonas de Servidumbre", norma sobre la base de la cual se ha sancionado a la concesionaria.

Es preciso mencionar, como es de conocimiento de EGEMSA, que mediante diferentes resoluciones este Órgano Colegiado se ha pronunciado sobre el mismo alegato, siendo este desvirtuado en todas ellas, tal como se puede advertir en la Resolución Nº 105-2017-OS/TASTEM-S1 del 01 de agosto de 2017.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en estos extremos.

7. Acerca de lo alegado en el literal d) del numeral 2), respecto a la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad, se debe tener presente lo previsto en el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG¹⁷, que establece que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción¹⁸. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiéndose observar determinados criterios a efectos de graduar la sanción, tales como: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año

¹⁷ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por Decreto Legislativo Nº 006-2017-JUS.

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. **Razonabilidad.** - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
- Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

¹⁸ Debe tenerse presente que las normas sancionadoras tienen una finalidad disuasiva, buscando desincentivar todo accionar u omisión de las concesionarias que atente contra el derecho de los usuarios del servicio público de electricidad, por lo que, al momento de establecer los importes de las multas se debe considerar que éstas también logren un efecto disuasivo de tales conductas.

RESOLUCIÓN N° 015-2019-OS/TASTEM-S1

desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Acerca del Principio de Legalidad, nos remitimos a lo señalado en el numeral precedente de la presente resolución respecto a su observancia.

Ahora bien, respecto a los criterios que alega la recurrente que no se han tomado en cuenta, se debe señalar que se determinó la sanción de conformidad con el Procedimiento, el cual establece una metodología que como resultado se obtiene una sanción proporcional al incumplimiento calificado como infracción, observando todos los criterios que establece la norma a efectos de su graduación.



Respecto al Principio de Tipicidad corresponde indicar que de acuerdo al literal d) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución¹⁹, nadie puede ser sancionado por la comisión de una conducta que al momento de su comisión no se encuentre tipificado como acción u omisión sancionable.

A su vez, el inciso 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente aquellas previstas expresamente como tales, sin admitirse interpretación extensiva o analogía.



Ahora bien, tal y como se ha señalado en el numeral 6), la conducta por cuya comisión se ha sancionado a EGEMSA se encuentra expresamente prevista en 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.

Finalmente, respecto al Principio de Verdad Material, la determinación de responsabilidad administrativa en la que ha incurrido EGEMSA ha sido determinada sobre la base de la propia información que presentó dicha empresa a la autoridad administrativa bajo el carácter de declaración jurada. Cabe señalar que en el presente caso corresponde a la recurrente, y no a la autoridad administrativa, demostrar la inexactitud de la información declarada, lo cual no ha ocurrido.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

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.

¹⁹ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU, Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. contra la Resolución División de Supervisión de Electricidad N° 2500-2018 del 10 de octubre de 2018 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

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