

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGIA Y MINERIA
OSINERGMIN

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 158-2017-OS/TASTEM-S1

Lima, 17 de noviembre de 2017

VISTO:



El Expediente N° 2013-128¹ que contiene el recurso apelación interpuesto el 17 de setiembre de 2015 por Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (en adelante, CERRO VERDE), representada por los señores Patricia Beatriz Quiroz Pacheco y Oscar Enrique Champion Hau, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1965-2015 del 19 de agosto de 2015, mediante la cual se la sancionó por incumplir las disposiciones contenidas en el "Procedimiento para Supervisar la Implementación y Actuación de los Esquemas de Rechazo Automático de Carga y Generación", aprobado por Resolución N° 489-2008-OS/CD, (en adelante, el Procedimiento).

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1965-2015 del 19 de agosto de 2015, se sancionó a CERRO VERDE con multa total de 4 (cuatro) UIT, por incurrir en las siguientes infracciones:

Item	Infracción	Sanción UIT
1	<p><u>Los relés registrados en el Formato F06C estaban deshabilitados durante la inspección de campo.</u></p> <p>Se verificó que la función derivada del relé ER190322 del Alimentador Molino_Rodillos_2 SE Sulfuros_CHII-III estaba deshabilitada durante la inspección efectuada el 11 de mayo de 2012.</p> <p>Norma incumplida: numeral 6.3.3 del Procedimiento².</p>	1



¹ Expediente SIGED N° 201200023639.

² PROCEDIMIENTO PARA SUPERVISAR LA IMPLEMENTACIÓN Y ACTUACIÓN DE LOS ESQUEMAS DE RECHAZO AUTOMÁTICO DE CARGA Y GENERACIÓN – RESOLUCIÓN N° 489-2008-OS/CD

"6. METODOLOGÍA

El presente procedimiento está constituido por las siguientes etapas:

2	<p>El ERACMF³ declarado en el Formato F06C a través del sistema extranet no cumple las cuotas de rechazo de carga por función umbral y derivada, establecidas en el Estudio RACG⁴ del COES⁵.</p> <p>Durante la visita de supervisión del 11 de mayo de 2012 se verificó que el grado de implementación de la función umbral de frecuencia de las etapas 4, 5, y reposición alcanzó el 91.24%, 92.88%, 94.80% y 95.02%, respectivamente, por lo que no se cumplió las cuotas de rechazo en las referidas etapas.</p> <p>Norma incumplida: numeral 7.2.1 del Procedimiento⁶.</p>	3
Multa Total		4 UIT

Cabe señalar que las conductas antes indicadas se encuentran tipificadas en el numeral 1.10 del Anexo 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica,

- i. Verificación de la Entrega de información para la Ejecución del Estudio
 - Actualización del Modelo Dinámico del SEIN
- ii. Verificación de la Aprobación del Estudio elaborado por el COES
 - Definición de las especificaciones técnicas de los Esquemas de RACG.
 - Entrega de las especificaciones técnicas de los Esquemas a los Integrantes del SEIN.
 - Observaciones de los Integrantes.
 - Absolución de Observaciones por el COES y definición de las especificaciones técnicas del esquema requerido.
- iii. Verificación del proceso de implementación de los esquemas de RACG
 - Propuesta presentada por los Clientes.
 - Aplicación de los resultados del estudio a los clientes del SEIN.
 - Aprobación de propuesta de esquemas.
 - Implementación de los esquemas de RACG.
- iv. Evaluación de la actuación de los esquemas de RACG
 - Actuación del ERACMF.
 - Actuación del ERACMT.
 - Actuación del EDAGSF.
 - Mantenimiento del Principio de Equidad.

Los formatos correspondientes a estas etapas se presentan en el Anexo.

(...)

6.3 Verificación del proceso de implementación de los esquemas RACG

Para supervisar el cumplimiento de los objetivos de la NTCOR en los Esquemas de Rechazo Automático de Carga a ser implementados por los Clientes y Generadores, se seguirá lo siguiente:

(...)

6.3.3. Los integrantes del sistema tienen como fecha límite el 02 de enero del Año en Estudio para informar en el sistema extranet del OSINERGMIN, en calidad de declaración jurada, los "Esquemas Detallados del RACMF, RACMT y DAGSF Implementados" utilizando los siguientes formatos:

La información a entregar se realizará de acuerdo a los formatos que se indican, los que se detallan en el Anexo:

- F06C: "Esquema Detallado de RACMF Implementado por el Cliente"
- F07A: "Esquema Detallado de RACMT Implementado por el Cliente"
- F08: "Esquema Detallado de la DAGSF Implementado por el Generador"

(...)"

³ ERACMF: Esquema de Rechazo Automático de Carga por Mínima Frecuencia.

⁴ RACG: Rechazo Automático de Carga/Generación.

⁵ COES: Comité de Operación Económica del SEIN (Sistema Eléctrico Interconectado Nacional).

⁶ "7. MULTAS

Se sancionará al COES-SINAC y a los titulares del equipamiento del SEIN, según la escala de multas y sanciones del OSINERGMIN, en los casos siguientes:

(...)

7.2. Para los INTEGRANTES:

7.2.1. Cuando no implementen los esquemas RACG.

(...)"

aprobado por Resolución N° 028-2003-OS/CD (en adelante, la Escala de Multas y Sanciones de la GFE)⁷.

2. Mediante escrito presentado con fecha 17 de setiembre de 2015, CERRO VERDE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1965-2015, solicitando el archivo del procedimiento en atención a los siguientes argumentos:



- a) No se han aplicado las normas sustantivas vigentes al primer semestre de 2012, en particular al mes de mayo de 2012, fecha en la que se realizó la inspección y momento en el que se detectó la presunta infracción. Precisa que en dicha oportunidad no se encontraban previstas sanciones para los clientes libres en la Escala de Multas y Sanciones de la GFE.

Del mismo modo, en caso se desestime lo antes indicado, Osinergmin debe abstenerse de imponer cualquier sanción debido a que el incumplimiento que se le imputa fue subsanado en la fecha de la inspección, es decir, antes del inicio del procedimiento sancionador. Asimismo, debido a que el presunto incumplimiento no causó daño al SEIN ni a terceros y, además, se cumplió con la finalidad del procedimiento como fue la implementación del ERACMF para el año 2012.

Agrega que los fundamentos antes expuestos fueron planteados durante la supervisión; sin embargo, no fueron tomados en cuenta al emitirse la resolución apelada, por lo que se ha vulnerado su derecho al Debido Procedimiento.

- b) Según el Informe Final N° COES (029-2011) el ERACMF aprobado para la zona 3 del SEIN o área sur a la que pertenece CERRO VERDE, contiene hasta siete (7) etapas para la función umbral y cuatro (4) etapas para la función de derivada siendo que para cada una de estas se ha establecido el porcentaje de rechazo de carga, así como las condiciones de activación de los relés de derivada, según la Figura 1 que consigna en su recurso de apelación, a fojas 169 del expediente.

Asimismo, según la información referida a la implementación del ERACMF que elaboró conforme lo indicado por el estudio del COES, cuyo detalle consigna en la figura 2 de su



⁷ ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA – RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD – ANEXO 1

N°	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4
1.10	Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u OSINERG, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico.	Art. 201°, inc. p) del Reglamento.	Amonestación De 1 a 1 000 UIT	(M) Hasta 200 UIT	(M) Hasta 300 UIT	(M) Hasta 500 UIT	(M) Hasta 1 000 UIT

REGlamento DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS – DECRETO SUPREMO N° 009-93-EM

“Artículo 201°.- OSINERGMIN sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollen actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica y/o clientes libres, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 200 000 kilovatios – hora, en los siguientes casos:

(...)

p) Por incumplimiento de las normas y disposiciones emitidas por la Dirección, OSINERGMIN y la Comisión.

(...).”

RESOLUCIÓN N° 158-2017-OS/TASTEM-S1

recurso de apelación, a fojas 169 del expediente, las siete (7) etapas del ERACMF establecen un rechazo de carga en función del porcentaje de máxima demanda fijada en 170.88 MW, así como la activación de quince (15) interruptores codificados. En atención a ello, la carga a rechazar podría variar dependiendo de que la demanda real difiera de la demanda referencial. En este supuesto, la verificación del cumplimiento del ERACMF se enfoca en la activación de los interruptores comprometidos en cada una de las etapas.

En ese sentido, siempre que la demanda real sea de 170.88 MW, el rechazo de carga del ERACMF suma 93.2 MW que se dividen en función de la activación de los interruptores⁸. Por lo tanto, si se cumplen las condiciones de activación de una determinada etapa, la cuota de activación de CERRO VERDE debe ser medida hasta dicha etapa. Así, si sólo se cumplen las condiciones de activación hasta la tercera etapa, cuota de rechazo de CERRO VERDE debe medirse hasta esa etapa, no debiendo considerarse las etapas cuatro (4) hasta siete (7). Ello, teniendo en cuenta, además, que esta última etapa es de reposición por lo que se activa si la frecuencia se mantiene en 59,1 Hz por más de treinta (30) segundos, luego de los rechazos que se efectúen.

- c) El numeral 7 del Procedimiento únicamente tipifica las obligaciones vinculadas al ERACMF a cargo de todos los integrantes del SEIN; sin embargo, no establece las consecuencias de su incumplimiento, es decir las sanciones. Asimismo, dicho numeral 7 sólo remite a la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, en cuyo numeral 1.10 - cuyo incumplimiento se le imputa en este procedimiento – no se contemplan multas para clientes libres sino para empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras.

Alega que recién, a través de la Resolución N° 243-2012-OS/CD, publicada el 6 de noviembre de 2012, se contempla la aplicación de las multas previstas por Osinergmin a los clientes libres.

Del mismo modo, reitera que el incumplimiento vinculado a la función de derivada en la etapa 4 fue subsanado el día de la supervisión, por lo que dicha conducta debe ser tomada en cuenta a efectos de archivar el presente procedimiento. Asimismo, debe considerarse que en la resolución apelada se reconoce que no fue necesario activar la función derivada de frecuencia en la etapa 4, lo que evidencia que no se produjeron daños a ningún miembro del SEIN ni a terceros, así como la falta de intencionalidad de CERRO VERDE.

- d) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, por cuanto al momento de cometerse los hechos, primer semestre de 2012, no existía una multa tipificada para clientes libres. En

⁸ Conforme el siguiente detalle, según consiga en su recurso de apelación a fojas 168 del expediente:

- En la Etapa 1, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 11.9 MW.
- En la Etapa 2, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 7.6 MW.
- En la Etapa 3, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 15.62 MW.
- En la Etapa 4, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 17.85 MW.
- En la Etapa 5, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 12.16 MW.
- En la Etapa 6, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 24.17 MW.
- En la Etapa 7, cumpliéndose las condiciones de activación de los relés, se encuentra obligada a rechazar 3.91 MW.

RESOLUCIÓN Nº 158-2017-OS/TASTEM-S1

tal sentido, no es posible sancionar a CERRO VERDE, toda vez que al tiempo de cometerse la conducta sancionada no existía una tipificación previa, expresa y clara en una norma con rango de ley ni una sanción prevista.

Agrega que las conductas señaladas en el numeral 7 del Procedimiento no habían sido contempladas expresamente como infracciones ni tenían prevista una sanción para clientes libres en la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, en el momento en que se cometieron los hechos imputados, por lo que no debió iniciarse el presente procedimiento administrativo sancionador. Precisa que conforme con la base legal correspondiente al numeral 1.10 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, esto es el literal p) del artículo 201° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Supremo N° 009-93-EM, no se incluye el incumplimiento materia de autos ni tampoco contempla una sanción que sea aplicable a CERRO VERDE. En efecto, sostiene que sólo se consideran sanciones para empresas del tipo 1, 2, 3 y 4, las cuales son definidas como empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras, teniendo en cuenta, además, sus características técnicas y económicas.

En tal sentido, las sanciones previstas en la Escala de Multas y Sanciones de la GFE no resultan aplicables a clientes libres al no haberse previsto los topes apropiados que ofrezcan predictibilidad a este tipo de empresas, lo que no ocurre con las generadoras, transmisoras y distribuidoras.

Asimismo, si bien la omisión indicada fue subsanada posteriormente ello ocurrió después del primer semestre de 2012, cuando se modifica la Escala de Multas y Sanciones de la GFE a fin de ampliar el ámbito de aplicación a los clientes libres, lo que ocurrió el 6 de noviembre de 2012 a través de la publicación de la Resolución N° 243-2012-OS/CD, en cuyos considerandos se reconoce expresamente que la Escala de Multas y Sanciones de la GFE no incluía a los clientes libres.

En ese sentido, es evidente que, a partir del 7 de noviembre de 2012, se tipifican las infracciones para los clientes libres, por lo que no correspondía sancionar a CERRO VERDE por una omisión que al momento de producirse no se encontraba tipificada como infracción.

En consecuencia, debe declararse la nulidad del procedimiento y disponer su archivo, en aplicación de los Principios de Razonabilidad, Informalismo y Eficacia.

- e) No se ha tenido presente el Principio de Culpabilidad según el cual el administrado que actuó sin intención de incumplir sus obligaciones, como sucede con CERRO VERDE, debe ser liberado de sanción. En su caso, subsanó la infracción el mismo día de la inspección, por lo que la subsanación en la fase de instrucción preliminar debe ser tomada en cuenta como un supuesto de archivo de la instrucción preliminar o del procedimiento sancionador. Invoca la aplicación de los numerales 30.1 y 30.2 del artículo 30 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, referidos al procedimiento para archivar la instrucción preliminar y el procedimiento sancionador.



RESOLUCIÓN Nº 158-2017-OS/TASTEM-S1

De otro lado, debió imponerse la sanción menos gravosa posible, como una Amonestación. Ello, atendiendo al Principio de Razonabilidad contemplado en el artículo 230° de la Ley N° 27444.

Asimismo, reitera los argumentos de sus descargos, los mismos que no fueron tomados en cuenta, en los que indicó que no existía un daño al interés público o bien jurídico protegido, toda vez que la falta de registro no afectó al SEIN ni a terceros, y fue corregido inmediatamente, activando la etapa 4 de la función derivada, lo que fue constatado durante la inspección. Del mismo modo, indica que no hubo beneficio ilícito alguno para CERRO VERDE teniendo en cuenta que la demora se debió a los trabajos de reingeniería para implementar el ERACMF. Igualmente, respecto a la existencia de intencionalidad sostiene que no hubo intencionalidad en su conducta, lo que se acredita con la subsanación inmediata implementando todos los ajustes requeridos para el ERACMF del año 2012.

En ese sentido, invoca la aplicación del artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, que regula los criterios de graduación de la sanción, entre los que se considera la subsanación voluntaria antes del vencimiento del plazo para la presentación de los descargos, como ocurrió en su caso.

Del mismo modo, reitera que debe aplicarse el Principio de Eficacia, toda vez que al subsanar inmediatamente la omisión en que incurrió se cumplió con la finalidad del procedimiento. Ello más aun, cuando en su caso no era necesario la activación de la etapa 4 de la función derivada de frecuencia.

- f) Se ha vulnerado su derecho al debido procedimiento por cuanto no se tomaron en cuenta sus descargos. Precisa que en el numeral 2.1.9 de la resolución apelada, la primera instancia sólo se limitó a señalar que CERRO VERDE había admitido el incumplimiento omitiendo sustentar dicha afirmación, empleando fórmulas vagas y carentes de sustento fáctico.

En ese sentido, el pronunciamiento impugnado carece de motivación lo que, sumado a la falta de tipificación argumentado en los literales precedentes, determina su nulidad insubsanable conforme se establece en el artículo 3° de la Ley N° 27444.

3. A través del Memorándum N° GFE-2015-1377 recibido el 22 de diciembre de 2015, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica remitió al TASTEM el expediente materia de análisis. Al respecto, este Tribunal, luego de la evaluación correspondiente, ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes.
4. Con relación a lo alegado en los literales a), c) y d) del numeral 2), en el sentido que se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, debe señalarse que de acuerdo con lo previsto en el numeral 4) del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente aquellas previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, no admitiéndose interpretación extensiva o analogía. Del mismo modo, de acuerdo con el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1) del artículo 230° de la Ley N° 27444, sólo por norma con rango de ley puede atribuirse potestad sancionadora a las entidades, así

como la previsión de las consecuencias administrativas que, a título de sanción, pueden imponer a un administrado⁹.

Al respecto, resulta de utilidad tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional con relación al Principio de Legalidad, en su sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, fundamentos 8 y 9, en los que se indica lo siguiente:

“(...)

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. (...) el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (ley scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).

(...) Dicho principio comprende una doble garantía; la primera de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango (...)

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal d) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. (...)”

⁹ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – LEY N° 27444

“Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora

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

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 la 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 y determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.*

(...)”

Dicha norma se encuentra actualmente prevista en los numerales 1 y 4 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



RESOLUCIÓN N° 158-2017-OS/TASTEM-S1

Del mismo modo, en cuanto al Principio de Tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en el fundamento 5 de su sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC:

“(...)

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita al cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

(...)”

De las consideraciones consignadas precedentemente se tiene que, en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, a efectos de determinar la responsabilidad administrativa de un administrado, así como para imponer una sanción, debe tomarse en cuenta la correcta observancia de los Principios de Tipicidad y Legalidad cuyos contenidos elementales han sido delimitados por el Tribunal Constitucional tal como se indica en los párrafos precedentes.

En el presente caso, se advierte que mediante Oficio N° 2793-2013-OS-GFE, notificado a la recurrente con fecha 12 de abril de 2013, rectificado a través del Oficio N° 3156-2013-OS-GFE notificado el 24 de abril de 2013, se inició el procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de los numerales 6.3.3 y 7.2.2 del Procedimiento, citados en el cuadro contenido en el numeral 1, imputándose la vulneración del numeral 1.10 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD. Los fundamentos de hecho que sustentaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra CERRO VERDE se circunscriben a la inspección efectuada con fecha 11 de mayo de 2012, según consta en el Informe de Supervisión N° 025/2010-2012-07-09, cuyo soporte digital obra a fojas 172 del expediente.

Al respecto, este Tribunal advierte que si bien los numerales 2 y 7 del Procedimiento contemplan expresamente que sus disposiciones son aplicables, entre otros, a los clientes libres, y que los incumplimientos serán sancionados según la Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin¹⁰ (Escala de Multas y Sanciones de la GFE); es también cierto que de la revisión de esta última disposición vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos materia del procedimiento, no se establece de manera expresa las sanciones aplicables a los clientes libres que incurran en infracciones administrativas al numeral 1.10 de dicha Escala de Multas

¹⁰ PROCEDIMIENTO PARA SUPERVISAR LA IMPLEMENTACIÓN Y ACTUACIÓN DE LOS ESQUEMAS DE RECHAZO AUTOMÁTICO DE CARGA Y GENERACIÓN – RESOLUCIÓN N° 489-2008-OS/CD

2. ALCANCE

El presente procedimiento será aplicado a las empresas integrantes del SEIN que desarrollan actividades de generación, transmisión, distribución, así como los Clientes Libres y al COES – SINAC.

(...)

7. MULTAS

Se sancionará al COES-SINAC y a los titulares del equipamiento del SEIN, según la escala de multas y sanciones del OSINERGMIN, en los casos siguientes: (...)”



RESOLUCIÓN N° 158-2017-OS/TASTEM-S1

y Sanciones de la GFE, supuesto aplicado en el presente procedimiento referido al incumplimiento de las normas emitidas por Osinergmin.

En efecto, de acuerdo con la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, vigente a la fecha en que se constataron los hechos que sustentaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador, esto es al 11 de mayo de 2012, la tipificación contenida en el numeral 1.10 cuyo incumplimiento se imputó a la recurrente, no contemplaba expresamente la aplicación de sanciones a los clientes libres del sector electricidad sino únicamente a las empresas tipo 1, 2, 3 y 4 las cuales, según la definición contenida en dicho Anexo 1, corresponden a aquellas que desarrollan actividades de generación, transmisión o distribución teniendo en cuenta, además, su valor de producción, valor nuevo de reemplazo (VNR) o valor de ventas¹¹.

Lo antes indicado se corrobora con las consideraciones contenidas en la Resolución N° 243-2012-OS/CD, publicada el 6 de noviembre de 2012, a través de la cual se estableció de manera expresa que, a partir de la vigencia de dicha resolución, la Escala de Multas y Sanciones aplicables a los clientes libres será la correspondiente a los incumplimientos de la normativa del subsector eléctrico contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD (Escala de Multas y Sanciones de la GFE). En efecto, en los considerandos de la Resolución N° 243-2012-OS/CD, se reconoce que la Escala de Multas y Sanciones antes mencionada no contemplaba sanciones para los clientes libres o usuarios libres:

“(…)

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 028-2003-OS/CD de fecha 14 de febrero de 2003, se aprobó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN;

Que, dicha Resolución no estableció sanciones para los Clientes Libres o Usuarios Libres (Usuario de electricidad cuya demanda es mayor a los límites de potencia fijados en las normas de electricidad vigentes), por lo que se continuó aplicando las sanciones previstas por el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto

¹¹ ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA – RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD – ANEXO 1

“ABREVIATURAS Y TERMINOLOGÍAS GENERALES

TIPO DE EMPRESA

Tipo 1= Empresa, entidad y/o persona que desarrolla actividad de: Generación cuya producción del año anterior fue inferior o igual a 50 millones kWh; o Transmisión cuyo Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) del año anterior fue hasta 10 millones US\$; o Distribución cuya venta del año anterior fue hasta 50 millones kWh.

Tipo 2= Empresa, entidad y/o persona que desarrolla actividad de: Generación cuya producción del año anterior fue superior a 50 millones kWh hasta 200 millones kWh; o Transmisión cuyo Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) del año anterior fue superior a 10 millones US\$ hasta 30 millones US\$; o Distribución cuya venta del año anterior fue superior a 50 millones kWh hasta 200 millones kWh.

Tipo 3= Empresa, entidad y/o persona que desarrolla actividad de: Generación cuya producción del año anterior fue superior a 200 millones kWh hasta 1,000 millones kWh; o Transmisión cuyo Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) del año anterior fue superior a 30 millones US\$ hasta 100 millones US\$; o Distribución cuya venta del año anterior fue superior a 200 millones kWh hasta 1,000 millones kWh.

Tipo 4= Empresa, entidad y/o persona que desarrolla actividad de: Generación cuya producción del año anterior fue superior a 1,000 millones kWh; o Transmisión cuyo Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) del año anterior fue superior a 100 millones US\$; o Distribución cuya venta del año anterior fue superior a 1,000 millones kWh.

RESOLUCIÓN N° 158-2017-OS/TASTEM-S1

Supremo N° 009-93-EM, a fin de asegurar la continuidad de la supervisión y fiscalización de las obligaciones de los Clientes Libres; (...)"¹²

En ese sentido, es a partir de la vigencia de la norma antes citada, esto es desde el 7 de noviembre de 2012, que se contempla la aplicación de las sanciones contenidas en la Escala de Multas y Sanciones de la GFE a los clientes libres que incurran en incumplimientos a las normas del sector.

En el presente caso, conforme se desprende de la Ficha RUC: 20170072465 Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., obrante a fojas 154 del expediente, la actividad económica principal desarrollada por la recurrente consiste en la extracción de minerales metalíferos no ferrosos, es decir no se dedica a las actividades de generación, transmisión ni distribución de energía eléctrica contempladas por la Escala de Multas y Sanciones de la GFE. Asimismo, según lo manifestado por la recurrente en su recurso de apelación, a fojas 170 y 171 del expediente, tiene la condición de cliente libre¹³. Del mismo modo, conforme se ha señalado en los considerandos precedentes, la verificación del incumplimiento imputado a la recurrente ocurrió durante la visita de supervisión realizada el 11 de mayo de 2012.

En consecuencia, teniendo en cuenta que a la fecha en que se verificó el incumplimiento imputado a la recurrente, así como su condición de cliente libre, no le resultaba aplicable la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, por lo que no correspondía imponerle las sanciones previstas en la referida Escala de Multas y Sanciones de la GFE. No obstante, ello la primera instancia inició el presente procedimiento administrativo sancionador imputando el incumplimiento de los numerales 6.3.3 y 7.2.2 del Procedimiento, disponiendo posteriormente, la aplicación de las multas tipificadas en el numeral 1.10 de la Escala de Multas y Sanciones de la GFE, indicadas en el cuadro contenido en el numeral 1 de la presente resolución.

Al respecto, este Tribunal advierte que tanto el inicio del presente procedimiento, así como la imposición de la sanción vulneran los Principios de Legalidad y Tipicidad. En efecto, en concordancia con los principios antes mencionados no era factible disponer el inicio del procedimiento administrativo sancionador, así como la aplicación de una sanción por cuanto, si bien se encontraba prevista la conducta sancionable, esto es incumplir con las disposiciones contenidas en el Procedimiento, no se habían previsto las sanciones aplicables a los clientes libres por dicho incumplimiento a la fecha en que se cometió la infracción, situación que fue posteriormente regularizada a través de la Resolución N° 243-2012-OS/CD. Asimismo, debe tenerse presente que la Escala de Multas y Sanciones de la GFE no resultaba aplicable a la recurrente al no tener la condición de empresa dedicada a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

Por lo expuesto, en la medida que se sancionó a CERRO VERDE vulnerando los Principios de Legalidad y Tipicidad, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1) del artículo

¹² Ver texto del artículo 201° del Reglamento citado en la nota 7.

¹³ Conforme se indica en el citado recurso de apelación, en el que se consignó lo siguiente:

"(...) que es la fecha de verificación del presunto incumplimiento, las cuales como demostraremos más adelante no habían tipificado sanción alguna aplicable a Clientes Libres, como es el caso de SMCV. (...)"

10° de la Ley N° 27444, referida al acto emitido contraviniendo la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias¹⁴.

En consecuencia, atendiendo a las consideraciones expuestas, así como a los argumentos de la recurrente expresados en los literales a), c) y d) del numeral 2), corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE en dichos extremos y, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1965-2015 de fecha 19 de agosto de 2015, así como del Oficio N° 2793-2013-OS-GFE, rectificado por Oficio N° 3156-2013-OS-GFE, a través del cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, debiéndose disponer el archivo del mismo, tramitado en el Expediente N° 2013-128 (Expediente SIGED N° 201200023639).

5. Considerando la evaluación efectuada en el numeral precedente carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de lo alegado por la recurrente en los literales b), e) y f) del numeral 2).

De conformidad con el artículo 19° numeral 1 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD, y modificado por la Resolución N° 075-2013-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. y, en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1965-2015 de fecha 19 de agosto de 2015 así como del Oficio N° 2793-2013-OS-GFE, rectificado por Oficio N° 3156-2013-OS-GFE, disponiéndose el **ARCHIVO** del procedimiento tramitado en el Expediente N° 2013-128 (Expediente SIGED N° 201200023639), por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

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

¹⁴ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – LEY N° 27444

"Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)"

