

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 3-2019-OS/DSE**

Lima, 29 de marzo del 2019

Procedimiento: Calificación como Fuerza Mayor
Asunto: Recurso de Apelación
Recurrente: SINDICATO ENERGETICO S.A.
Resolución impugnada N°: 4-2018-OS/DSE/GEN

SIGED N°: 201700034507
EXP. N°: RER-2017-009

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el documento N° C.244/2017-SINERSA, recibido el 6 de marzo de 2017, SINDICATO ENERGETICO S.A. (en adelante, SINERSA) solicitó a Osinergmin la calificación de fuerza mayor para la Energía Dejada de Inyectar (EDI) al sistema por la Central Hidroeléctrica Poechos II (en adelante, CH Poechos II) por el periodo comprendido del 25 de febrero de 2017 al 29 de abril de 2017.

SINERSA manifestó que, desde el 25 de febrero de 2017, se ha presentado en la CH Poechos II una disminución rápida de la potencia en las unidades de la planta, de más del 60%, como consecuencia de la reducción brusca, imprevista y nunca antes experimentada del salto energético neto de las unidades. Desde el 28 de febrero de 2017, las unidades de la CH Poechos II se encuentran totalmente fuera de servicio por agravarse el problema de pérdida de presión y, consecuentemente, del salto neto disponible, en la que la tubería de aducción de la bocatoma del canal de derivación, propiedad del Proyecto Especial Chira Piura (en adelante, PECHP), que al mismo tiempo sirve como captación y conducto de transporte de agua hacia la CH Poechos 2, existe una obstrucción en el ingreso de los ductos de la referida bocatoma, en la parte cuya operación y mantenimiento está a cargo del PECHP.

Esta ocurrencia coincide con trabajos de lavado hidráulico de sedimentos depositados en el embalse Poechos y su transporte, realizados por primera vez, a través de ductos de la represa Poechos, hacia el cauce del río Chira, aguas debajo de la represa. Este proceso nunca antes realizado en el Sistema de Poechos y sobre el cual, según SINERSA, no tiene ningún control, provocó una reducción de la carga hidráulica de la CH Poechos II, que perjudica la producción de energía.

- 1.2 Mediante el documento N° C.310/2017-SINERSA, recibido el 24 de marzo de 2017, SINERSA informó que la operación de “lavado hídrico” llevada a cabo por parte de PECHP, sumado a la entrada y descarga de caudales muy altos, de más de 1,400 m³/s y entrada en el embalse con enormes cantidades de ramas, árboles, material biológico y basura, desde la cuenca alta, ha provocado colmatación y tapado de la rejilla de la Bocatoma del Canal de derivación, que al mismo tiempo sirve como bocatoma de la CH Poechos II.
- 1.3 Mediante la Resolución N° 39-2017-OS/DSE/GEN, emitida el 18 de julio de 2017 y notificada el 21 de julio de 2017, se declaró infundada la solicitud de calificación de fuerza mayor para la Energía Dejada de Inyectar (EDI) al sistema.

- 1.4 Mediante el documento N° C.720/2017-SINERSA, recibido el 15 de agosto de 2017, SINERSA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 39-2017-OS/DSE/GEN.
- 1.5 Mediante la Resolución N° 4-2018-OS/DSE/GEN, emitida el 9 de abril de 2018 y notificada el mismo día, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por SINERSA.
- 1.6 Mediante documento S/N, recibido el 2 de mayo de 2018, SINERSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 4-2018-OS/DSE/GEN, manifestando lo siguiente:
- El caudal captado por la Bocatoma del Canal de Derivación, depende totalmente del pedido de agua de irrigación (administrado por autoridades de agua) y, que la CH Poechos II solo usa estas aguas dirigidas a usuarios agrícolas y aprobadas por las autoridades de agua, de manera pasiva y secundaria. Lo que significa que inclusive en el caso que la CH Poechos II está totalmente parada, se sigue captando el agua por la Bocatoma para usuarios agrícolas aguas abajo. En otros términos, la eventual paralización de la operación de la CH Poechos II no tendría influencia alguna sobre la operación de la Bocatoma y su tapado.
 - Durante todo periodo de paralización de la CH Poechos II (febrero, marzo, abril 2017), la Bocatoma del Canal de Derivación, con su rejilla y el mismo Canal de Derivación, siguieron en operación, lo cual demuestra que la afirmación de la Resolución (numeral 2.11 de la Resolución) no es correcta y aplicable al caso: "*varias plantas hidráulicas paralizan temporalmente sus operaciones cuando se incrementa la concentración de sólidos en el agua a turbinar*". Esta declaración de la resolución carece de sentido para el caso específico, dado que inclusive con la paralización total de la operación de la CH Poechos II, antes del siniestro, el tapado de la rejilla ocurriría de la misma manera, por captación de mismos volúmenes de agua por parte de la Bocatoma del Canal de Derivación, para usuarios agrícolas.
 - Es decir, aún si la CH Poechos II no hubiese operado por problemas de sólidos de suspensión, al descargarse el agua por el Canal de Derivación para atención de usuarios agrícolas, las rejillas se iban a obstruir de igual forma. La única forma de evitar que las rejillas se hubiesen obstruido, era cerrando el Canal de Derivación y no despachar el agua, pero esta decisión solo podía adoptarla las autoridades de agua y el PECHP, pero de ninguna manera SINERSA como operador de la CH Poechos II. Sin embargo, como se puede ver de las mismas reglas de lavado hidráulico, elaboradas por el PECHP, la paralización de la operación de la Bocatoma y de Canal de Derivación no han sido posibles por la necesidad de atender a todos los usuarios agrícolas, así también para evitar supresión y levantamiento de las losas del Canal por altos niveles freáticos durante periodo de impacto del Niño Costero 2017.
 - El mismo PECHP no consideraba la posibilidad que podría ocurrir tapado de la rejilla, por el simple hecho que nunca antes ocurrió durante 42 años de la operación, no teniendo previsto la opción de cerrar la Bocatoma del Canal de Derivación durante periodo de impacto de El Niño Costero 2017.
 - Osinergmin de manera equivocada asocia el siniestro al problema de transporte de sedimentos, e indicó que la planta de cualquier manera debería parar durante este proceso. Sin embargo, las tres plantas de SINERSA en Piura Poechos I, Poechos II y Curumuy (el último en operación desde 1997) han soportado y han operado sin problemas mayores durante periodos de impactos muy fuertes de avenidas del río

Chira y grandes cantidades de sedimentos, como por ejemplo durante eventos extraordinarios del El Niño 1998 y 2004.

- Las turbinas de las centrales en Piura, incluyendo las de la CH Poechos II son de tipo Kaplan, con saltos muy bajos y velocidades de agua dentro de la turbina también muy bajas. La CH Poechos II tiene el salto nominal de solo 18 m y un diámetro de turbina de 3m, por lo cual la forma de alabes y flujo de agua a través de turbinas no provocan daños algunos en el caso de flujo de agua cargada con sedimentos, como en el caso de la mayoría de centrales hidroeléctricas en el Perú, de salto alto, de tipo Peliton/Francis y de muy altas velocidades de agua. En este sentido, queda obvio que, si no hubiera ocurrido el tapado de la rejilla, la CH Poechos II no tenía restricción alguna para seguir operando durante periodo de avenidas provocadas por El Niño Costero 2017 y altos porcentajes de material solido en el agua.
- La ocurrencia de los siguientes eventos: (i) sequía en la cuenca del rio Chira en el último trimestre del año 2016 y enero 2017; (ii) inmediatamente después de esto la ocurrencia de altos aportes del mismo rio Chira por efecto del Niño Costero 2017; (iii) la operación de embalse Poechos con las cotas bajas; y, (iv) finalmente la decisión del PECHP de realizar una operación de "lavado hidráulico", en conjunto, provocó el transporte de grandes cantidades de lodo, de árboles, ramas, troncos, vegetación, material biológico y no biológico desde la cuenca del rio Chira hacia el embalse Poechos, provocando finalmente el tapado de la rejilla del Canal de Derivación e impedimento de operación de la CH Poechos.
- El tapado de la rejilla del Canal de Derivación y de la CH Poechos II únicamente pudo ocurrir por la combinación, con tal intensidad, de los cuatro eventos descritos. En este sentido, la probabilidad de ocurrencia de un evento combinado y conjunto que, a su vez, comprende cuatro hechos individuales, será el producto (multiplico) de la probabilidad de ocurrencia de cada uno de los hechos asociados. Por ello, la resolución impugnada incurre en un error al realizar un análisis de la probabilidad de ocurrencia unitaria y no de la probabilidad de la ocurrencia conjunta de los hechos descritos por SINERSA.
- El tapado de la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación, que ocurrió el 25 de febrero de 2017, y que provocó la paralización total de la producción despachada por la CH Poechos II, no ocurrió por eventos aislados como presume la resolución, sino por combinación única, conjunta e interconectada, nunca antes ocurrida, de cuatro eventos:
 - a) Ocurrencia de grandes cantidades de lodo, árboles, troncos, ramas y, en general, todo tipo de material bilógico en la cuenca del rio Chira, consecuencia de sequía extraordinaria previa a la ocurrencia de El Niño Costero 2017 (Evento 1).
 - b) La ocurrencia de El Niño Costero 2017 y de las avenidas extraordinarias del rio Chira que provocaron grandes impactos y daños en toda la costa del Perú durante los primeros meses del año 2017, como también, en el caso específico, transporte de material biológico y no bilógico desde la cuenca hacia el embalse Poechos (Evento 2).
 - c) La operación del "Lavado Hidráulico" del embalse Poechos, ejecutado por parte del PECHP, que no ocurrió nunca antes en la historia de la operación de embalses, desde inicio de la operación en 1976 y que por su parte provocó que

el sedimento y lodo de embalse, levantado y dirigido hacia el aliviadero principal de la represa Poechos, se mezcla con material biológico y no biológico, proveniente desde la cuenca, formando una mezcla única que provocó tapado de la rejilla (Evento 3).

- d) La operación de embalse Poechos con cotas muy bajas que no son usuales para este periodo de año que provocó que finalmente toda esta mezcla de material desde la cuenca y desde embalse, pueda ser atraído hacia la rejilla, provocando finalmente su tapado /obstrucción (Evento 4).
- Si el impacto del Niño Costero 2017 hubiera ocurrido sin una sequía previa, sin la operación de embalse en cotas muy bajas y sin la decisión de PECHP de realizar "lavado hidráulico", es posible que el tapado de la rejilla no hubiese tenido todas las condiciones necesarias para su ocurrencia. A diferencia de esta ocasión, desde su puesta en operación en 1976, el embalse Poechos soportó varios impactos del fenómeno del Niño, algunos como de 1983 y 1998 de muy alta magnitud e impacto devastador; sin embargo, estos eventos no provocaron problema alguno con la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación. Asimismo, el embalse Poechos operó en su historia con cotas muy bajas e inclusive más bajas que en el periodo de siniestro, como también que hubo anteriormente otros periodos de sequías, pero nunca hasta la fecha había ocurrido al mismo tiempo los cuatro fenómenos arriba mencionados, los cuales al suceder de manera conjunta pudieron provocar el tapado de la rejilla, tomando en cuenta que:
 - a) En primer lugar, debió ocurrir una sequía que hizo que la cuenca tenga gran cantidad de árboles, troncos, ramas y todo demás tipo de material biológico y no biológico, seco y depositado sobre causes de quebradas y zonas de flujo de agua durante altas precipitaciones.
 - b) En segundo lugar, debió ocurrir un evento extraordinario de lluvias y escorrentía sumamente fuerte para poder mover y transportar todo material desde la cuenca hacia embalse Poechos.
 - c) En tercer lugar, debió ocurrir una operación de lavado hidráulico que significa que se da movimiento a grandes cantidades de material sólido, sedimentado en el embalse, que en el camino hacia aliviadero principal se mezcla con material proveniente de la cuenca, formando una mezcla única que no pueda ser transportada a través de la rejilla y que provoca su tapado.
 - d) Finalmente, para que el tapado realmente ocurra, el embalse Poechos debía estar en el momento de siniestro en cotas suficientemente bajas, para que toda esta mezcla de lodo y material proveniente de la cuenca y transportado dentro del embalse, sea arrastrada hacia la rejilla provocando su tapado.
- Resulta evidente que, la ausencia de cada uno de los eventos individuales, con la intensidad requerida, eliminaría o sustancialmente reduciría la posibilidad de la ocurrencia del siniestro que provocó la paralización de la CH Poechos II. Por ejemplo, la ausencia de gran cantidad de material biológico en la cuenca impediría que se forme una mezcla de este material y lodo de embalse. Asimismo, la ausencia del Niño Costero, inmediatamente después de la sequía, eliminaría la fuerza de transporte necesaria para transportar el material de la cuenca hacia embalse. Por otro lado, la

ausencia de la operación de lavado hídrico reduciría sustancialmente la cantidad de lodo disponible en el embalse Poechos para ser mezclado con el material biológico proveniente desde la cuenca y, finalmente, la ausencia de bajos niveles de agua en el embalse Poechos haría que la mezcla, ya eventualmente formada, no sería jalada hacia la rejilla y finalmente no provocaría tapado de la misma.

- En este sentido, el análisis del Osinergmin es incorrecto, al relacionar el siniestro por separado de cada uno de los cuatro eventos arriba mencionados, y no corresponde a la naturaleza del evento que provocó el tapado de la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación, que por sí mismo se debe tratar como un evento de fuerza mayor.
- Como es de conocimiento general, la probabilidad de ocurrencia simultánea de cuatro eventos independientes se calcula como producto de la probabilidad de ocurrencia de cada evento.

Evento 1

En lo referente al Evento 1, según detalles que presentan en el Anexo 5, la probabilidad de ocurrencia de un periodo tan seco en el periodo octubre - diciembre, para masas de agua de periodo octubre - diciembre 2016, es de $(1 - 0.9524 = 0.0476)$, que define $Pe_1 = 0.0476$

Evento 2

En el caso de Evento 2, en el Anexo 6 se presenta el cálculo de persistencia para caudales promedios mensuales (Datos PECHP), de meses de siniestro (febrero, marzo, abril 2017). Revisando estos datos se puede confirmar impacto extraordinario de El Niño Costero 2017, donde las persistencias de caudales /volúmenes mensuales son 14.3% para febrero 2017, 2.38% para marzo 2017 (valor más alto según datos disponibles) y 7.14% del mes de abril 2017. Tomando el valor del mes de febrero, cuando ocurrió el siniestro, como referencial, se puede concluir que la probabilidad de ocurrencia de caudales extraordinarios del mes de febrero de 2017 es de $Pe_2 = 0.143$.

Evento 3

En lo referente al Evento 3, "lavado hidráulico de embalse Poechos", de los documentos del PECHP, así como de los mismos documentos y el análisis del OSINERGMIN, se puede fácilmente concluir que nunca ha sido realizado en la historia de la operación de embalse Poechos, durante 42 años. Consecuentemente, este fenómeno tiene una persistencia de $1/42$ o $Pe_3 = 0.0238$.

Evento 4

En relación al Evento 4, según los detalles sobre la operación del embalse Poechos, presentados en el Anexo 7, la probabilidad de la ocurrencia de nivel correspondiente de embalse Poechos más bajo que ocurrió el 25 de febrero 2017, día de siniestro, es de $(1 - 0.6429) = 0.3571$ que define $Pe_4 = 0.3571$. El análisis de niveles de embalse Poechos para el mes de febrero se debe entender también desde el punto de vista de características del mismo año hidrológico. Por ejemplo, según los datos presentados, el nivel del 25 de febrero de 2017 es el más bajo en

comparación con otros dos eventos extraordinarios, impactos de El Niño en 1983 y 1998.

- De esta manera, se puede calcular que la probabilidad de ocurrencia conjunta de los cuatro eventos mencionados es la siguiente: $P_{conjunta} = Pe_1 \times Pe_2 \times Pe_3 \times Pe_4 = 0.0476 \times 0.143 \times 0.0238 \times 0.357 = 5.76 \times 10^{-5}$ o una vez en 17,290 años, que obviamente confirma ocurrencia de un evento absolutamente extraordinario, único y nunca antes registrado, como tampoco probable en el futuro, que según todos criterios técnicos, administrativo y legales clasifica como evento de fuerza mayor.
- Con el objetivo de aclarar comentarios vertidos por Osinergmin en relación a previsibilidad de "lavado hidráulico", presenta un cálculo de la probabilidad conjunta de solo tres eventos arriba mencionados, sin tomar en cuenta la probabilidad de ocurrencia de "lavado hidráulico". Aplicando los mismos datos del punto anterior, se obtiene: $P_{conjunta} = Pe_1 \times Pe_2 \times Pe_4 = 0.0476 \times 0.143 \times 0.357 = 2.43 \times 10^{-3}$, lo que corresponde a una probabilidad de ocurrencia una vez en 411 años.
- Como un análisis extremo de sensibilidad, presenta un cálculo de la probabilidad conjunta de ocurrencia solo de eventos combinados de sequía y de impacto extraordinario de El Niño Costero 2017, usando los mismos datos presentados en el punto anterior: $P_{conjunta} = Pe_1 \times Pe_2 = 0.0476 \times 0.143 = 6.81 \times 10^{-3}$ lo que corresponde a la probabilidad de ocurrencia de una vez en 147 años.
- La combinación extraordinaria de estos cuatro eventos provocó el 25 de febrero de 2017 el tapado de la rejilla y paralización total de la operación de la CH Poechos II como resultado de aumento brusco de pérdidas hidráulicas en la zona de la rejilla (consecuencia de tapado y reducción de perfil de flujo por debajo de 10% de área normal de flujo).
- Las pérdidas hidráulicas normales en la zona de la rejilla, que sin el tapado tuvieron un valor de cerca de 10 cm, se incrementaron a cerca de 8m, que redujo la carga (salto) disponible de la CH Poechos II por debajo de límites de carga mínima.
- Osinergmin, a través de la resolución apelada, ha vulnerado lo dispuesto por el numeral 5.4 del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), al no evaluar todos los fundamentos de los hechos presentados como sustento de la solicitud de fuerza mayor, vulnerando de esta manera las garantías del debido procedimiento, dando entender con su pronunciamiento ambiguo, que no se evaluará los hechos respecto a la sequía 2016 y el Niño Costero 2017, así como el efecto combinado de ambos, porque estarían implicados en la "cuarta situación" representado por el proceso de lavado hídrico. Esta postura también vulnera el principio de la debida motivación que obliga a la autoridad administrativa a evaluar y pronunciarse estrictamente sobre lo solicitado por SINERSA.
- El Niño Costero 2017, considerado individualmente o en combinación con la sequía del 2016 y los demás hechos descritos, fue el evento extraordinario, imprevisible e irresistible que finalmente determinó la afectación de la producción de la CH Poechos II, pues como se demostró en el marco de la solicitud de calificación de fuerza mayor, las grandes precipitaciones del Niño Costero 2017 encontraron la cuenca del río Chira con una cantidad extraordinaria de ramas secas, árboles, troncos y, en general, una

cantidad inusual de material biológico, resultado de la sequía del último trimestre de 2016, lo que conllevó altos volúmenes de agua, de más de 2,000 m³/s, con extraordinaria cantidad de ramas, árboles, troncos y otro material biológico en el embalse Poechos. Es decir, el Niño Costero del 2017, visto de manera independiente o en conjunto con los otros hechos invocados, definen el evento extraordinario, imprevisible e irresistible que terminó afectando la producción de la CH Poechos II, y cuyas características calzan con la figura de fuerza mayor exigidas por el artículo 1315 del Código Civil.

- La información oficial del SENAEMI, que consta en el expediente del presente caso, medidos en la estación hidrológica Ciruelo en la entrada del embalse Poechos, comprueba los valores que sobrepasaron los 1000 m³/s, en el momento de siniestro, 25 de febrero, considerando valores promedios para este periodo del año que están en orden de 180 m³/s.
- La sequía 2016 y el Niño Costero 2017 son eventos, por sí mismos y con mucha más razón en conjunto, irresistibles, puesto que SINERSA no tenía posibilidad de tomar medidas para evitar las consecuencias del efecto del fenómeno del Niño Costero 2017 sumado a ello la sequía del 2016. En ese extremo, el carácter irresistible se vincula con el carácter imprevisible del evento de fuerza mayor, toda vez que siendo imprevisible el evento, la persona afectada no está en condición de tomar medida alguna para poder evitar su ocurrencia. Sumado al hecho que el propio Gobierno Peruano declaró situación de emergencia por déficit hídrico a la cuenca del río Chira en el 2016, así como Estado de Emergencia por el Niño costero en el 2017.
- Asimismo, también se pudo considerar como un supuesto de configuración de fuerza mayor, el tapado de la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación que nunca había ocurrido en 42 años de la operación de embalse Poechos y, consecuentemente, durante operación de la CH Poechos 2, por lo cual, por sí mismo, califica como extraordinario, imprevisto e irresistible. En ese sentido, la obstrucción de la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación no está asociada únicamente al proceso de lavado hídrico como erróneamente sostiene la resolución. Por el contrario, el lavado hídrico es uno de los hechos que incidió en la obstrucción de la rejilla; sin embargo, es imposible explicar que la rejilla se haya obstruido simplemente por la realización del proceso de lavado hídrico sin considerar que el Niño Costero 2017 generó que el río Chira transporte grandes cantidades de lodo, árboles, troncos, ramas y, en general, todo tipo de material biológico desde la cuenca hacia embalse Poechos, consecuencia de sequía extraordinaria previa a la ocurrencia de El Niño Costero durante los primeros meses del año 2017.
- Además, la operación de embalse Poechos con cotas muy bajas no son usuales para ese periodo del año, lo cual incidió en la erosión y movimiento de grandes cantidades de material sedimentado en el embalse Poechos. Por tanto, el hecho que el PECHP haya anunciado, como señala la resolución, el proceso de lavado hídrico, no descalifica a la obstrucción de la rejilla como un evento de fuerza mayor, particularmente de su carácter imprevisible, pues sigue siendo igualmente imprevisible para SINERSA o cualquier operador, toda vez que el lavado hídrico por sí solo no explica la obstrucción de la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación.
- Finalmente se resalta que lo que determinó la paralización de la operación de la CH Poechos II durante más de dos meses, fue exactamente el tapado de la rejilla del

Canal de Derivación, sin embargo, este hecho no fue analizado por Osinergmin, que es un evento de fuerza mayor, que durante 42 años de operación del embalse Poechos nunca ocurrió.

- Solicita el uso de la palabra con la finalidad de informar oralmente los alcances de su recurso de apelación.
- 1.7 Con fecha 25 de setiembre de 2018, se llevó a cabo en la sede de Osinergmin el informe oral solicitado por SINERSA, en el cual expuso sus argumentos relacionados al recurso de apelación que interpuso contra la Resolución N° 4-2018-OS/DSE/GEN.
- 1.8 Mediante el documento s/n, recibido el 9 de octubre de 2018, SINERSA reiteró sus argumentos presentados en sus anteriores escritos y, además, manifestó lo siguiente:
- En el ítem 2.11 de la resolución apelada, Osinergmin plantea que SINERSA podía simplemente dejar de operar por el tiempo que duraba el evento de fuerza mayor; sin embargo, el planteamiento de paralizar las actividades cuando se incrementa la concentración de sólidos es una suposición genérica y teórica, sin evaluar los efectos y las posibilidades reales en cada caso concreto. Osinergmin no ha analizado la ubicación de nuestro proyecto y que en caso de paralizar temporalmente se hubiese afectado a los proyectos agrarios que utilizan aguas abajo el recurso hídrico. Asimismo, tampoco ha considerado que la paralización temporal del proyecto debía ser por aproximadamente 2 meses, tiempo que duró el fenómeno del Niño Costero del 2017.
 - En ese sentido, el Osinergmin propone una medida que a todas luces es desproporcional, que trae más perjuicios que beneficios. En consecuencia, al recomendar esta medida como la mejor solución al problema está inobservando el principio de razonabilidad correspondiente a las potestades sancionadoras de la administración recogido en el artículo 246 del TUO de la LPAG, habiendo planteado la medida más gravosa para SINERSA, al señalar que esta debió paralizar sus operaciones afectando tanto su producción como a los demás proyectos agrícolas de la zona.
- 1.9 Mediante el documento N° C.055/2019-SINERSA, recibido el 14 de enero de 2019, SINERSA solicitó a Osinergmin que emita la correspondiente resolución que resuelve su recurso de apelación.

2. ANÁLISIS

- 2.1 De conformidad con el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, corresponde a Osinergmin la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, que establece que los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor, con la obligación de dar aviso de ello a los usuarios y al organismo fiscalizador, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la alteración.
- 2.2 Asimismo, en virtud del artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS-CD, que establece las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores y otros procedimientos administrativos, el Gerente de Supervisión de

Electricidad es competente para emitir pronunciamiento en segunda instancia, con relación a las solicitudes de calificación de fuerza mayor referidas al Procedimiento Técnico del Comité de Operación Económica del SEIN N° 38 “Determinación de energía dejada de inyectar por causas ajenas al Generador con RER”, correspondiéndole, por tanto, emitir pronunciamiento en segunda instancia administrativa con relación al recurso de apelación interpuesto por SINERSA contra la Resolución N° 4-2018-OS/DSE/GEN.

- 2.3 El artículo 207 de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, establece que el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios, y el artículo 209 de la referida Ley señala que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.
- 2.4 En el caso bajo análisis, se advierte que SINERSA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 4-2018-OS/DSE/GEN dentro del plazo establecido en la normativa vigente, cumpliendo con los requisitos previstos en la misma norma, motivo por el cual se procederá a evaluar los argumentos del referido recurso de apelación.
- 2.5 Debe tenerse en cuenta que, conforme lo señala el artículo 1315 del Código Civil, para calificar un hecho como causa de fuerza mayor se requiere que el evento sea extraordinario, imprevisible e irresistible. En ese sentido, para considerar un evento como fortuito y eximente de responsabilidad, debe determinarse, en primer lugar, la existencia del evento y, adicionalmente, que éste revista las características de extraordinario, imprevisible e irresistible.
- 2.6 Cabe precisar que lo extraordinario debe ser entendido como aquel riesgo atípico de la actividad o cosa generadora del daño¹; notorio o público y de magnitud²; es decir, no debe ser algo fuera de lo común para el sujeto sino para cualquier persona. Mientras que lo imprevisible e irresistible implica que el presunto causante no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera o no podría prever el acontecimiento y resistir a él.
- 2.7 En relación a los argumentos esbozados por SINERSA, resulta preciso determinar que, al ser usuario del agua descargada por el Canal de Derivación, debe ceñirse a los derechos y obligaciones de todos los demás usuarios del recurso hídrico, establecidas por la Autoridad Nacional del Agua. Asimismo, cabe señalar que el órgano resolutorio de primera instancia no ha cuestionado el canal de derivación continuo en servicio, lo que se ha indicado es que el evento “laminado” fue programado por el PECHP, y que, por lo tanto, este evento no fue imprevisible. Adicionalmente, se señaló que es habitual en otras centrales hidráulica que cuando la concentración de sólidos se incrementa, se disminuye la generación o paraliza la producción. En el caso de la Presa Tablachaca, cuando se realiza su purga, es normal que la producción del Complejo Mantaro sea nula o se reduzca en el periodo de la purga, esto no implica que las descargas (por los alivios y vertederos) se dejen de efectuar, la menor producción es para evitar proteger a las unidades de generación.

Por otro lado, es necesario señalar que las rejillas de la bocatoma pueden obstruirse durante un proceso de purga, pero el operador debe hacer los trabajos necesarios para

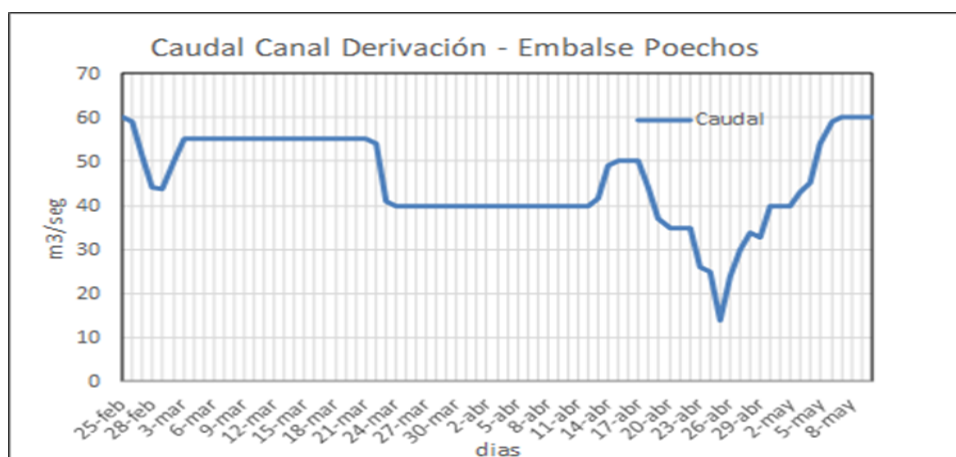
¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *“La responsabilidad extracontractual”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pp. 336 -341.

² Siguiendo al autor, *“para considerar la notoriedad del hecho como elemento esencial del caso fortuito no se requiere que esta característica (notorio o público o de magnitud) haya sido expresamente señalada en el artículo 1315: está implícitamente en la exigencia de que se trate de un hecho extraordinario”*. Ibid. p. 339.

solucionar este problema, pues sino se paralizaría el laminado (purga del embalse). SINERSA, en calidad de propietario de la CH Poechos II, al igual que el resto de usuarios del agua que se descarga por el Canal de Derivación, deben tomar las acciones pertinentes para proteger sus instalaciones. Este proceso de laminado es una actividad que se puede considerar de mantenimiento del embalse Poechos y beneficiará a los usuarios, ya que incrementará el volumen disponible de agua del embalse Poechos. Esta actividad fue informada por el PECHP, por lo tanto, no constituye un evento imprevisible.

En el gráfico 1, se muestra la magnitud de las descargas (promedio diario) por el canal de derivación, en el que se puede observar que, solo unos cuantos días en el mes de abril, los caudales fueron inferiores a 30 m³/seg (caudal máximo turbinable para un grupo de la CH Poechos II), y en el cual, se demuestra que, si hubo obstrucción de las rejillas, estos no fueron relevantes para afectar el volumen de agua descargado por el embalse.

Gráfico 1



Como se aprecia del gráfico, en ningún día del periodo graficado el caudal promedio diario por el Canal de Derivación fue nulo. De igual forma, se observa que la mayor parte del periodo de tiempo comprendido del 25 de febrero de 2017 al 8 de mayo de 2017, los caudales superaron 40 m³/seg.

- 2.8 De igual forma, debe precisarse que la CH Poechos II está operando desde el año 2010; es decir, posterior a los años de eventos extraordinarios que indica SINERSA y que datan de 1998 y 2004. Lo que ha ocurrido en el año 2017 (periodo en que se produjo un fenómeno del Niño), es que el PECHP, como autoridad que administra la operación del embalse Poechos, decidió el laminado del embalse (purga), y como el propio SINERSA lo señala, fue puesto en conocimiento a los usuarios, lo que permite determinar que la actividad del laminado o lo que SINERSA denomina “Lavado Hidráulico” no fue imprevisible.

El laminado, que es el proceso de purga, es una decisión administrativa que como ya se ha señalado, fue comunicada a los usuarios del embalse Poechos, y que implica que se opere a niveles bajos para que se evacúen sedimentos que disminuyen su capacidad de almacenamiento. Esta decisión no fue tomada por las circunstancias que se presentaron en el último trimestre de 2016 y por el Fenómeno del Niño del año 2017, como afirma SINERSA, puesto que el PECHP publicó en su portal con fecha 16 de octubre de 2015³, lo siguiente:

³ <http://www.chirapiura.gob.pe/noticias/1723>

“(…) ante la acelerada sedimentación en el fondo del embalse, se plantean acciones como: Estudios de sedimentación y recuperación, balances hídricos, estudios de manejo de cuencas, etc”, y en las acciones menciona <Las reglas de operación del embalse Poechos ante el fenómeno El Niño 2015 plantea establecer “niveles de espera” durante la temporada de avenida extraordinarias, mínimo y máximo en las cotas 90 y 98 metros, controlando las descargas máximas de excesos hidráulicos (...).”

En tal sentido, se reitera que la decisión de la ejecución de la actividad de laminado no fue motivada por las circunstancias o eventos que alude SINERSA, confirmándose una vez más que no se trata de una actividad imprevista, sino todo lo contrario, previamente programada.

En otras palabras, PECHP desde el último trimestre del año 2015 ya venía estudiando y analizando la descolmatación del embalse Poechos, considerando la operación del embalse en cota mínima de 90 metros. Por tanto, carece de certeza lo que SINERSA atribuye como causa del tapado de la rejilla de la Bocatoma del Canal de Derivación ocurrida el 25 de febrero de 2017, esto es, la ocurrencia por combinación única, conjunta e interconectada de 4 eventos: i) sequía extraordinaria previa al Fenómeno del Niño Costero 2017; ii) el Fenómeno del Niño Costero 2017; iii) la actividad de “Lavado Hidráulico”; y, iv) la operación de embalse Poechos.

2.9 En relación al sustento que aduce SINERSA de la ocurrencia simultanea de los 4 eventos mencionados en el ítem precedente, debe manifestarse lo siguiente:

- Respecto al evento 1- Sequía extraordinaria previa al Fenómeno del Niño Costero 2017

Los caudales promedio mensual del año 2016, a excepción del mes de noviembre, no pueden ser considerados como “seco”. Esto puede verificarse a partir de la información de aportes naturales al embalse Poechos (Anexo 2), que el COES utiliza en los cálculos de la Potencia Garantizada. En el siguiente cuadro se presentan las excedencias mensuales del periodo 1965-2016:

	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set	Oct	Nov	Dic
Prob(%)	55.8%	42.3%	23.1%	44.2%	38.5%	53.8%	53.8%	51.9%	61.5%	90.4%	100%	71.2%

En el cálculo de la Potencia Garantizada, la excedencia utilizada es 95%, siendo que en el cuadro se observa que solo el mes de noviembre puede ser considerado seco.

- Respecto al evento 2 - Fenómeno del Niño Costero 2017

Los caudales que SINERSA considera extraordinarios, se base en información de un periodo de 43 años (periodo de operación del embalse), que no es un periodo suficiente para afirmar que los indicados caudales hayan sido extraordinarios. SINERSA, siendo integrante del COES, conoce que los periodos de los afluentes a las cuencas donde operan centrales hidroeléctricas se inicia en el año 1965 y, estos aportes en el caso de los embalses son aportes naturalizados, los caudales que ha presentado SINERSA en este punto no lo son. Por otro lado, si se considera válido los valores presentados por SINERSA, en el caso del caudal de febrero 2017 la

persistencia de este es 14.3% (es decir el 14.3% de los caudales presentados este mes excedieron este valor), por lo cual no puede considerarse extraordinario.

- Respecto al evento 3 - Actividad de “Lavado Hidráulico”

El tapado de la rejilla es un evento que se explica por los sólidos en suspensión en el agua que se descarga por efecto de la purga del embalse (laminado), pero que en 42 años no se hayan presentado las condiciones para que esto ocurriese, no significa que esta condición pueda ser considerada una variable aleatoria. La purga es una decisión de la autoridad que opera el embalse, que fue comunicada oportunamente a los usuarios, como la propia SINERSA reconoce.

- Respecto al evento 4 - Operación de embalse Poechos

El nivel de un embalse depende de la política operativa del PECHP. Si bien el ingreso de agua (caudal natural) es una variable aleatoria, las descargas del embalse son decisiones administrativas del operador del embalse, que dependerán de los diversos usos y requerimientos del agua de los usuarios. Por lo tanto, la variación del nivel de un embalse no puede ser considerada una variable aleatoria, a la que se pueda asociar una probabilidad de ocurrencia. Además, como bien se ha señalado, desde el año 2015 el PECHP había establecido su intención de realizar “acciones para contrarrestar los impactos del Fenómeno del Niño”, que viene a ser la sedimentación acelerada y extraordinaria del embalse, entre las cuales menciona establecer niveles de espera durante la temporada de avenidas extraordinarias, mínimo y máximo de 90 y 98 metros.

2.10 Por otro lado, respecto a los supuestos de cálculo de la probabilidad de ocurrencia conjunta de 4 eventos, de 3 eventos y de solo dos eventos presentados por SINERSA, debe señalarse que la decisión administrativa de PECHP para realizar el laminado no es una variable aleatoria, por lo cual no se le puede asignar cierto valor de probabilidad. Adicionalmente, desde inicios del mes de febrero de 2017 ya se conocía la intención de realizar el laminado, fecha en la que fue comunicada a los usuarios del recurso hídrico, siendo en consecuencia este evento “previsible”. Por lo tanto, no resulta consistente el atribuirle o asignarle una probabilidad de ocurrencia, a un evento previsto y anunciado con anticipación.

2.11 En relación a los argumentos vertidos sobre que la resolución impugnada contraviene el principio del debido procedimiento, se debe señalar que el presente procedimiento viene siendo tramitado conforme al marco normativo establecido de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias, sistematizada en un Texto Único Ordenado y por la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, respetándose en toda instancia administrativa, los principios del procedimiento administrativo recogidos en el artículo IV del TUO de la LPAG, sustentando debidamente que, si bien la presente situación se puede considerar extraordinaria, respecto a la ocurrencia del fenómeno de El Niño Costero en el 2017 (ya que dicho fenómeno no ocurre todos años en dicha región, por lo cual no es ordinario), también se puede considerarse como irresistible, en la medida que no puede impedir la ocurrencia del fenómeno de El Niño Costero; sin embargo, no resulta imprevisible, en la medida que el PECHP había programado y comunicado el proceso de laminado, el cual, a su vez, fue respaldado por el SENAMHI, ya que se trataba de la ejecución de una medida preventiva, por lo cual no se puede considerar como un evento de fuerza mayor.

- 2.12 Además, SINERSA argumenta que Osinergmin planteó en la resolución recurrida una medida desproporcional, que consistía en que la empresa hubiese dejado simplemente de operar por el tiempo que duraba el evento de fuerza mayor, sin evaluar los efectos que ello hubiese ocasionado; sin embargo, del tenor del numeral 2.11 de la resolución no se condice con lo sostenido por SINERSA:

(...) Esta situación afectó la producción de la CH Poechos II, debido a que las descargas del embalse contenían más sólidos en suspensión de lo habitual; sin embargo, en el SEIN, varias plantas hidráulicas paralizan temporalmente sus operaciones cuando se incrementa la concentración de sólidos en el agua a turbinar. Dicho evento de laminado fue informado en su portal web el día 6 de febrero de 2017 (...)

Como se aprecia, Osinergmin no ha dispuesto ni planteado alternativa o medida alguna, simplemente está haciendo hincapié en prácticas usuales y de amplio conocimiento por todos los agentes que integran el SEIN y, que cuentan con plantas hidráulicas, como se ya se ha explicado en el numeral 2.8 de la presente resolución; más aún cuando –como en este caso- tenían conocimiento con la debida antelación, que el PECHP tenía programado el proceso de laminado. SINERSA tenía a su alcance la información para determinar las medidas más apropiadas para que el proceso de laminado o “lavado hídrico” no afectara a la CH Poechos II.

- 2.13 En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto y conforme a lo establecido en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, el evento no reúne las condiciones para ser considerado como fuerza mayor, por lo que el recurso de apelación debe ser declarado infundado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el artículo 169 de su Reglamento, la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada por Decreto Supremo N° 020-97-EM, y el artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS-CD, que establece las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores y otros procedimientos administrativos;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa SINDICATO ENERGÉTICO S.A. contra la Resolución N° 4-2018-OS/DSE/GEN y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución.

Artículo 2.- Declarar **AGOTADA** la vía administrativa.

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad

