

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2733-2018**

Lima, 07 de noviembre del 2018

Exp. 2015-191

VISTOS:

El expediente SIGED N° 201400144027, referido al procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Oficio IPAS N° 629-2018 a la empresa ELECTROPERU S.A. (en adelante, ELECTROPERU), identificada con R.U.C. N° 20100027705.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-9, del 28 de febrero de 2018, se determinó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a ELECTROPERU por presuntamente incumplir con el Procedimiento PR-02 "Programación de la Operación Diaria del Sistema Interconectado Nacional" (en adelante, el Procedimiento), aprobado por la Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME.
- 1.2 El referido informe determinó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por la siguiente infracción: Incumplir con generar la potencia que el COES programa (o de ser el caso que reprograma) en los Programas Diarios de Operación (PDO), dado que se ha verificado que, en el periodo del 30 de setiembre al 26 de octubre de 2014, la mayor parte del total de los valores puntuales, la potencia generada fue mayor que la potencia programada (más del 83%).
- 1.3 Mediante el Oficio IPAS N° 629-2018, notificado el 2 de marzo de 2018, se inició el procedimiento administrativo sancionador a ELECTROPERU por el presunto incumplimiento detallado en el párrafo anterior.
- 1.4 A través de la Carta s/n, recibida el 16 de marzo de 2018, ELECTROPERU remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, manifestando lo siguiente:
 - a) No resulta correcta la imputación, debido a que las desviaciones identificadas entre lo programado y lo ejecutado se deben a que no se toma como referencia las últimas reprogramaciones en tiempo real (A, B, C, D, etc.) que el COES coordina y comunica a los generadores en el transcurso del día, según el Procedimiento de Coordinación de la Operación en Tiempo Real del Sistema Interconectado Nacional - PR-09.
 - b) El anterior PR-02 quedó derogado desde el 1 de enero de 2018, y en su lugar, como nuevo PR-02, consta el procedimiento denominado "Condiciones de Participación en el Mercado Mayorista de Electricidad".

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Supremo 033-2017-EM, publicado el 1 de octubre de 2017, los nuevos Procedimientos Técnicos del COES debían entrar en vigencia el día 1 de enero de 2018, precisándose, además, en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de dicho decreto, que la entrada en vigencia de estos procedimientos se daba en el marco del Decreto Supremo N° 026-2016-EM, que aprueba, modifica y deroga Procedimientos Técnicos del COES.

- c) Pese a que el procedimiento ya había sido cerrado y el anterior PR-02 había quedado derogado, mediante el Oficio IPAS N° 629-2018, notificado el 2 de marzo de 2018, se inició un nuevo procedimiento sancionador por la misma imputación, adjuntándose para ello el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-9, el cual reitera los mismos argumentos expuestos en el procedimiento que fue declarado caduco.
- d) Menciona que la imputación no resulta legal ni fácticamente correcta por lo siguiente:
- No se puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador sobre la base de una norma derogada. El acto de inicio del presente procedimiento sancionador resulta contrario el Principio de Legalidad, pues tomó como sustento una norma (el anterior PR-02) que ya había sido derogada previamente.
 - Se da inicio el presente procedimiento respecto a una infracción que fue objeto de un procedimiento sancionador anterior que ha quedado caduco. Se inició un nuevo procedimiento sancionador por la misma imputación que fue el objeto del Oficio N° 1065-2015, adjuntándose para ello el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-9.
 - Así, de la revisión de dicho informe se puede observar que este reitera los mismos argumentos expuestos en el procedimiento que fue declarado caduco, sin sustentar si existe alguna nueva situación o circunstancia que amerite el inicio de este nuevo procedimiento para abordar la misma imputación., lo que le genera, como administrado, un estado de inseguridad jurídica.

1.5 Mediante Memorándum N° DSE-CT-345-2018, de fecha 19 de setiembre de 2018, el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica remitió el presente expediente al Gerente de Supervisión de Electricidad, que incluye en el Informe Final de Instrucción N° 106-2018-DSE, para la emisión de la resolución respectiva.

2. CUESTION PREVIA

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM¹, corresponde a la División de Supervisión de Electricidad supervisar el cumplimiento de la normativa sectorial por parte de los agentes que operan las actividades de generación y transmisión de electricidad.

¹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de febrero de 2016.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD², y a su Disposición Complementaria Derogatoria, que dejó sin efecto el artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2016-OS/CD³, el Gerente de Supervisión de Electricidad actúa como órgano sancionador en los procedimientos sancionadores iniciados a los agentes que operan las actividades antes señaladas, correspondiéndole, por tanto, emitir pronunciamiento en el presente caso.

3. CUESTIONES EN EVALUACIÓN

- 3.1. Respecto a las obligaciones contenidas en el Procedimiento.
- 3.2. En relación al incumplimiento en generar la potencia que el COES programa (o de ser el caso que reprograma) en los Programas Diarios de Operación (PDO), dado que se ha verificado que, en el periodo del 30 de setiembre al 26 de octubre de 2014, la mayor parte del total de los valores puntuales, la potencia generada fue mayor que la potencia programada (más del 83%).

4. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

4.1. Respecto a las obligaciones contenidas en el Procedimiento

Mediante la Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME se aprobó el Procedimiento, que tiene como objetivo determinar la metodología para efectuar la Programación de la Operación Diaria del SINAC, minimizando los costos de operación y racionamiento para el conjunto de instalaciones de los integrantes del Sistema, preservando la seguridad y calidad de servicio del SINAC.

Así, el literal b del numeral 4.3 señala:

“4. RESPONSABILIDADES

(...)

4.3 De los integrantes del COES

(...)

b. A través de sus respectivos CC⁴, son responsables de cumplir el PDO⁵ o su reprogramación, siguiendo las instrucciones del Coordinador.”

Finalmente, es necesario tener cuenta que dicha infracción es sancionable de acuerdo con el numeral 1.45.4 del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.⁶

² Publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de setiembre de 2016.

³ Publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de junio de 2016.

⁴ Según el mismo Procedimiento, significa Centro de Control.

⁵ Según el mismo Procedimiento, significa Programa Diario de Operación.

⁶ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de marzo de 2003. Este numeral señala las sanciones para el caso de “desacato de los programas de despacho y mantenimiento elaborados por el COES”.

- 4.2. **En relación al incumplimiento en generar la potencia que el COES programa (o de ser el caso que reprograma) en los Programas Diarios de Operación (PDO), dado que se ha verificado que, en el periodo del 30 de setiembre al 26 de octubre de 2014, la mayor parte del total de los valores puntuales, la potencia generada fue mayor que la potencia programada (más del 83%)**

Mediante Oficio IPAS N° 629-2018, se inició un procedimiento administrativo sancionador a ELECTROPERU por presuntamente haber incumplido con lo establecido en el numeral 4.3 del Procedimiento.

Es pertinente mencionar que el Procedimiento fue aprobado por la Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME, siendo derogado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 244-2014-OS/CD, publicada el 26 de noviembre de 2014, y reemplazado por el Procedimiento Técnico COES PR-01 "Programación de la Operación de Corto Plazo"⁷.

Por otro lado, el numeral 22.1 del artículo 22 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, señala que corresponde al órgano sancionador determinar si el Agente Supervisado ha incurrido o no en la infracción imputada por el órgano instructor, imponiendo la sanción o disponiendo su archivo, según sea el caso, mediante resolución debidamente motivada.

Asimismo, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444⁸, establece el Principio de Irretroactividad, por el cual son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Sobre ello, corresponde mencionar lo indicado por el jurista Morón Urbina, cuando se refiere a la retroactividad benigna en un procedimiento administrativo sancionador: *"La clave para la determinación de la norma posterior de manera retroactiva o mantener la aplicación de la norma previa a su comisión, la encontramos en el juicio de favorabilidad o de benignidad que la autoridad debe realizar respecto al efecto que la norma posterior tendrá en la esfera subjetiva del infractor. Si la norma posterior contempla una sanción más*

⁷ La Resolución de Consejo Directivo N° 244-2014-OS/CD, entre otros, determinó:

Artículo 1°.- Aprobar el Procedimiento Técnico COES PR-01 "Programación de la Operación de Corto Plazo" contenido en el Anexo A de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Derogar los Procedimientos N°1 "Programación de la Operación de Corto Plazo Programación de la Operación Semanal del SINAC", N° 2 "Programación de la Operación Diaria del Sistema Interconectado Nacional", N° 4 "Programación de la Operación cuando existe Sobreoferta Hidráulica" y N° 8 "Cálculo del Valor del Agua para la Elaboración del Programa Semanal de Operación del Sistema Interconectado Nacional", aprobados mediante Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME.

⁸ **LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

*benigna, establece plazos inferiores de prescripción, deroga el carácter ilícito de la conducta, si modifica los elementos del tipo de modo que no aplique a los hechos incurridos, o si establece plazos inferiores de prescripción será de aplicación al caso concreto la norma posterior de manera retroactiva (...)*⁹ (subrayado nuestro).

En este sentido, al haberse derogado, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 244-2014-OS/CD, entre otros, el literal b) del artículo 4.3 del Procedimiento PR-02 “Programación de la Operación Diaria del Sistema Interconectado Nacional”, y dado que los nuevos procedimientos aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 244-2014-OS/CD no contemplan la obligación derogada, se produce una situación que favorece al administrado, por lo que la mencionada obligación deja de ser exigible en virtud del principio de irretroactividad.

En consecuencia, al haberse verificado la derogación de la obligación mencionada en el literal b) del artículo 4.3 del Procedimiento PR-02 “Programación de la Operación Diaria del Sistema Interconectado Nacional” y, en virtud del principio de irretroactividad, se concluye que no existe mérito para atribuir la ocurrencia de una conducta infractora de parte de ELECTROPERU, por lo que corresponde el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador.

Por lo anteriormente mencionado, carece de objeto continuar analizando los descargos presentados por ELECTROPERU.

De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 9 de la Ley N° 26734, Ley de Osinergmin; el literal a) del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM; el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD; la Ley N° 27699; lo establecido por el Capítulo II del Título III del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; y las disposiciones legales que anteceden;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa ELECTROPERU S.A. respecto a la imputación contenida en el numeral 1.2 de la presente Resolución.

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad

⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaceta Jurídica, 8va edición, diciembre 2009. Pág. 712.