

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

Lima, 17 de diciembre de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201900155184 que contiene la comunicación remitida mediante Memorandum DSE-581-2019 del 25 de setiembre de 2019, a través de la cual la División de Supervisión de Electricidad pone en conocimiento de la Sala 1 del Tastem la presunta nulidad en que se habría incurrido al emitir la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, a través de la cual se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES (en adelante, el COES) contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 1359-2019 de fecha 24 de mayo de 2019 y, en consecuencia, la nulidad de la citada resolución, en la que se dispone el archivo del procedimiento tramitado en el Expediente N° 201800074986.



CONSIDERANDO:

1. A través del Memorandum N° DSE-581-2019 de fecha 25 de setiembre de 2019, la División de Supervisión de Electricidad (en adelante, la DSE) puso en conocimiento de este Tribunal la presunta nulidad en que se habría incurrido al emitir la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 del 9 de agosto de 2019, solicitando que, en ejercicio de la facultad prevista en los numerales 213.1 y 213.2 del artículo 213° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), se declare de oficio la nulidad de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1.



En dicho Memorandum se indica lo siguiente:

- a) El 1 de setiembre de 2017, las empresas Compañía Eléctrica El Platanal S.A., Luz del Sur S.A.A., Starkraft Perú S.A. y Consorcio Energético de Huancavelica S.A. (en adelante, las empresas denunciadas), formularon denuncia contra Kallpa Generación Perú S.A., Engie Energía Perú S.A. y Enel Generación Perú S.A.A. a fin de cuestionar la veracidad de los valores de las inflexibilidades operativas reportadas por dichas empresas respecto de sus unidades de generación térmica, y por la falta de supervisión de parte del COES.

De acuerdo con lo manifestado por las empresas denunciadas, el COES habría incumplido las siguientes obligaciones: i) deber de supervisión del cumplimiento del Procedimiento Técnico PR-20 "Ingreso, modificación y retiro de instalaciones en el SEIN" (en adelante, el PR-20); ii) deber de actualizar la información sobre las características técnicas de los equipos e instalaciones, y exigir los ensayos para dicha actualización; iii) deber de supervisar la operación del sistema; iv) deber de programar la operación al mínimo costo; y, v) deber de informar el incumplimiento de la Norma Técnica de Coordinación de la Operación en Tiempo Real.

La supervisión efectuada con relación a la denuncia antes mencionada culminó con la emisión del Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018, habiéndose entregado los actuados

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

al órgano instructor para el inicio del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, el órgano instructor emitió el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-190, determinando el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el COES por incurrir en las siguientes infracciones: i) no verificar la presentación del sustento de los valores de las inflexibilidades operativas establecidas en el literal r) del ítem 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-20; y, ii) no revisar ni evaluar la información que se utiliza para determinar el despacho económico, lo que afecta el proceso de optimización de la operación del sistema.

- b) En el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-190 se indicó que, según el numeral 1.2.3 de la Norma Técnica de Coordinación de la Operación en Tiempo Real - NTCOTR (en adelante, la NTCOTR), no se ha previsto la obligación del COES de supervisar los valores de las inflexibilidades operativas reportadas por las empresas generadoras¹. En ese sentido, se determinó no iniciar un procedimiento administrativo contra el COES por no verificar el sustento de los valores de las inflexibilidades operativas reportadas por las empresas generadoras sino, más bien, por no verificar la presentación del sustento por parte de las generadoras.



Precisó que durante la tramitación del procedimiento siempre se mantuvieron como infracciones las indicadas en el Informe de Instrucción N° DSE-FGT-190.

- c) En la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, el Tribunal habría considerado premisas equivocadas para sustentar su posición por cuanto, respecto de la primera imputación, señaló que ninguna de las normas imputadas contempla la obligación del COES de evaluar o verificar la veracidad o exactitud de la información sobre las inflexibilidades operativas. Asimismo, en los considerandos de la mencionada resolución el Tribunal ha señalado erróneamente que la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 208-2019 sancionó al COES por no verificar el sustento de los valores de las inflexibilidades operativas.



Al respecto, la DSE afirma que este Tribunal ha considerado erróneamente la imputación debido a que ésta se relaciona con la verificación de la presentación del sustento de los valores de las inflexibilidades operativas y no con la evaluación o verificación de la veracidad o exactitud de la información sobre las inflexibilidades operativas.

Agrega que, según la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 208-2019, lo único que se requirió e imputó al COES fue cumplir con verificar que la modificación de los valores de las inflexibilidades operativas se presente con el sustento, según lo establece el literal r) del numeral 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-20. Preciso, según indicó en la antes citada resolución de la DSE, que el COES sólo había verificado que las empresas presenten la información referida a la potencia mínima generable sustentada sin el debido sustento.

La DSE reiteró que únicamente requirió al COES que verifique que el sustento haya sido presentado, conforme lo requiere el literal r) del numeral 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-20. Asimismo, afirma que tiene una posición similar a la de este Tribunal

¹ Según se indica en el Memorándum DSE-581-2019, dicha afirmación se efectuó en atención al argumento de las empresas denunciadas para atribuir responsabilidad al COES por no supervisar la operación del sistema.

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

en el sentido que no es obligación del COES evaluar el sustento de la información referida a la potencia mínima generable, razón por la cual no inició un procedimiento administrativo sancionador al respecto.

- d) No se ha realizado una evaluación exhaustiva y congruente de la primera imputación en concordancia con los argumentos expresados por la DSE a través de la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 208-2019. Por lo tanto, la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 ha incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 10° del TUO de la LPAG debido a que no se ha cumplido con el requisito de la motivación, conforme lo establece el artículo 3° y el numeral 6.1 del artículo 6° del TUO de la LPAG.

Precisa que, en el caso de la primera imputación, el Tastem no ha partido de la premisa correcta respecto del hecho imputado debido a que ha considerado que lo imputado era no evaluar el sustento de la información referida a la potencia mínima generable siendo lo correcto era no revisar la presentación del referido sustento. En ese sentido, atendiendo al razonamiento jurídico planteado por el Tastem para determinar la nulidad de la primera imputación están orientados a justificar la no obligación de un hecho que no fue imputado, la motivación no se realizó siguiendo los parámetros previstos en el numeral 6.1 del artículo 6° del TUO de la LPAG, por lo que la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 es nula.

Agrega que el pronunciamiento del Tastem imposibilitará sancionar al COES en futuros casos, cuando se determinen incumplimientos por no verificar la presentación de los sustentos de los valores de las inflexibilidades operativas, lo cual constituye una obligación del COES prevista en una norma cuyo cumplimiento es supervisado por Osinergmin.

Finalmente, afirma que de acuerdo con los numerales 213.1 y 213.2 del artículo 213° del TUO de la LPAG debe declararse la nulidad de oficio de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1.

2. Mediante Oficio N° 21-2019-OS-TASTEM-S1, notificado el 2 de octubre de 2019, de conformidad con lo previsto por el numeral 213.2 del artículo 213° del TUO de la LPAG, se remitió al COES el Memorandum N° DSE-581-2019, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que formule las observaciones que estime pertinentes con relación a lo indicado en el Memorandum N° DSE-581-2019.
3. Con escrito de registro N° 201900155184 de fecha 10 de octubre de 2019, el COES formuló contestación a la comunicación de la DSE cursada a través del Memorandum N° DSE-581-2019, sosteniendo que la presunta nulidad mencionada en el referido documento resulta improcedente en atención a lo siguiente:
 - a) La DSE está impedida de formular una solicitud de nulidad ante el Tastem por carecer de competencia y legitimidad para dicho fin. Asimismo, la resolución emitida por el Tastem no es nula y cumple con los requisitos de validez del acto administrativo previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Del mismo modo, los enunciados de la DSE son rotundamente falsos siendo que pretende que el caso sea



RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

evaluado por las circunstancias de fondo aun cuando ya ha culminado el procedimiento administrativo sancionador.

Precisa que la solicitud de nulidad presentada por la DSE es improcedente debido a que no tiene la calificación de administrado, por lo que vulnera el Principio de Legalidad, constituyendo una apelación encubierta contra lo resuelto por el Tastem, pese a que el procedimiento ha concluido. De acuerdo con el numeral 11.1 del artículo 11° del TUO de la LPAG sólo están facultados a solicitar la nulidad de una resolución lo administrados respecto de los actos que les afecten y cuando interpongan recursos administrativos.

Agrega que la DSE no ha participado en el procedimiento administrativo sancionador en calidad de administrado sino en calidad de órgano sancionador conforme con las competencias previstas en la Resolución N° 218-2016-OS/CD (vigente a la fecha de inicio del procedimiento) y del Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin (en adelante, el ROF de Osinergmin). De acuerdo con dichas normas, la DSE no es un administrado sino un órgano de línea con atribución y competencias de sanción, por lo que no puede plantear una nulidad. Precisa que del artículo 39 del ROF de Osinergmin no se desprende facultad alguna relacionada con el cuestionamiento, planteamiento, solicitud o pedido similar a una impugnación o nulidad ante el Tastem.



Por lo tanto, la DSE vulnera flagrantemente el Principio de Legalidad que regula la actuación de las autoridades administrativas, debido a que formula una solicitud de nulidad pese a no cumplir con las competencias que le fueron otorgadas de forma taxativa.

- b) No corresponde plantear ningún recurso administrativo contra la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 debido a que dicha resolución puso fin al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el COES. La DSE no sólo no ostenta la calidad de administrado por lo que no tiene legitimidad para ejercer los mecanismos de impugnación, sino que incurre en error al plantear una solicitud de nulidad de oficio para cuestionar la validez de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 pese a que ésta adquirió la calidad de firme dentro del procedimiento administrativo sancionador.



Debe advertirse que la DSE ha presentado un recurso de impugnación encubierto bajo el nombre de nulidad pretendiendo que el Tastem analice las imputaciones configuradas por la DSE. Resulta insostenible legalmente que la DSE interponga un recurso impugnatorio contra una resolución de última instancia que dispuso archivar las actuaciones de la primera instancia valiéndose de una pretendida nulidad que no resiste análisis legal.

Afirma que Osinergmin en anteriores oportunidades ha declarado improcedentes nulidades encubiertas como recurso de impugnación señalado que no puede hacerse por vía indirecta lo que la ley no permite de forma directa, tal como se señaló en el numeral 3) de la Resolución N° 102-2015-OS/CD. Asimismo, Osinergmin ha señalado que pueden utilizarse mecanismos como la nulidad para pretender impugnar una decisión desfavorable. Ello, contraviene lo que el Consejo Directivo, superior jerárquico de la DSE, ha dictaminado previamente.

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

Agrega que la DSE pretende cuestionar y dejar sin efecto la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 porque no se adecúa a su pronunciamiento, lo que implicaría que cada vez que la DSE se encuentre en desacuerdo con un pronunciamiento del Tastem, superior jerárquico en materia sancionadora, planteará una solicitud de nulidad. No debe permitirse que la DSE, mediante una nulidad sin sustento, pretenda revertir una decisión de última y definitiva instancia sólo por no encontrarse de acuerdo con tal decisión. Dicha actuación resulta ilegal y afecta la seguridad jurídica de las actuaciones administrativas al incorporarse una suerte de tercera instancia administrativa. Adicionalmente, a través de solicitudes de nulidad pretende revisar y cuestionar la decisión de un superior jerárquico en materia sancionadora, independiente en su ejercicio, como lo es el Tastem. Se evidencia que la DSE pretende incumplir el mandato del Tastem, razón por la cual plantea la supuesta nulidad de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1.



Amparar, tramitar y pronunciarse sobre el fondo de la solicitud de nulidad de la DSE afecta la autonomía del Tastem como órgano resolutorio, con el despropósito de permitir que un órgano interno de inferior jerarquía, cuestione sus decisiones en una tercera instancia administrativa. La DSE pretende apartar al Tastem del criterio a favor del administrado que ha venido siguiendo en los últimos tres (3) años en sus resoluciones sobre nulidad de oficio. El pedido de la DSE tiene por finalidad afectar al COES desconociendo los alcances de la nulidad y forzando la procedencia de la misma. Asimismo, durante la tramitación del procedimiento sancionador la DSE ha venido actuando como parte. Ello, teniendo en cuenta que tiene y tuvo a su cargo supervisar y fiscalizar la veracidad de las declaraciones de las generadoras con relación a sus mínimos técnicos y restricciones operativas, por lo que ante unas supuestas falsas declaraciones de un grupo de Agentes inicia un procedimiento administrativo contra el COES, sin tener sustento ni contenido, de forma arbitraria y sin base legal, con el único propósito de sancionar en el marco de los cuestionamientos de las inflexibilidades operativas de las centrales de generación, con la finalidad de ocultar su inacción. La DSE perdió la imparcialidad y objetividad que se requieren para analizar el caso, decidiendo inculpar a alguien a fin de ocultar el incumplimiento de su mandato normativo. Así, al archivar el procedimiento contra las empresas de generación decidió que era el COES el único infractor, construyendo sus imputaciones de manera vacía y sesgada.



Reitera que no puede ser posible que, afectando la seguridad jurídica que le ampara en su calidad de administrado, la DSE pretenda pasar por alto el mandato y las competencias del Tastem, impugnando encubiertamente la decisión de dicho Tribunal, sólo por no encontrarse de acuerdo con ésta. En tal sentido, la solicitud de nulidad de la DSE es improcedente al no constituir parte administrada ni tener legitimidad y competencia para interponer un recurso impugnativo encubierto o una solicitud de nulidad contra un acto administrativo firme. Adicionalmente, sostiene que tal improcedencia ha sido sustentada por el Consejo Directivo al declarar improcedentes las solicitudes de los usuarios que han formulado de forma subrepticamente recursos impugnativos a través de nulidades.

- c) Alega que un acto administrativo es nulo cuando contenga vicios en su formación siendo que, además, debe considerarse la concurrencia de otras condiciones, tales como que el acto a invalidar haya sido emitido, que agravie el interés público y que la nulidad sea declarada por el órgano superior jerárquico del que emitió el acto. Adicionalmente, de acuerdo con lo manifestado por el Ministerio de Energía y Minas en la Resolución

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

Ministerial N° 248-2019-MINEM/DM, debe evidenciarse la vulneración al interés público².

Asimismo, señala que el Tastem ha reconocido en diversos pronunciamientos que procede la declaración de nulidad de oficio por inobservancia de los requisitos previstos en el artículo 10° de la Ley N° 27444, siempre que agraven el interés público o se lesionen derechos fundamentales.

En su caso, la primera instancia debería haber demostrado que la supuesta nulidad de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 conlleva una afectación al interés público; sin embargo, ello no ha sido así, más aún, tal afectación es inexistente.

Precisa, respecto de la primera imputación en su contra que según lo afirma la primera instancia, ésta sólo se refería a que el COES debió verificar que las generadoras le entreguen un documento que sustente la modificación de la potencia mínima siendo que no se trata de una imputación por la cual se exija al COES cumplir con la obligación de evaluar la información de sustento presentada por las empresas generadoras, sino que verifique que se haya presentado la información.

Al respecto, sostiene que la primera instancia no ha justificado las razones por las cuales la falta de verificación de parte del COES respecto a que un generador haya presentado el sustento para modificar su potencia mínima implica la afectación al interés público. Ello, teniendo en cuenta que la declaración de nulidad significa haber evaluado la afectación al interés público. Asimismo, aún cuando se haya invocado tal afectación ésta no tiene sustento debido a que recibir una información como parte de un procedimiento sin que dicha información deba ser evaluada, no afecta en lo más mínimo el interés público, en este caso, el interés general consistente en una adecuada operación del sistema eléctrico interconectado nacional. La primera instancia no ha explicado ello por cuanto no tiene ninguna explicación.

Agrega que son las generadoras y no el COES las obligadas a declarar los valores de las inflexibilidades operativas relacionadas con sus unidades de generación. Más aún, existe la presunción de veracidad respecto de tales declaraciones. En ese sentido, aun cuando la recepción de la información se efectuó bajo los alcances de la presunción de veracidad, no existe una afectación al interés público. Asimismo, según lo señalado por el Tastem, no existe una norma expresa que obligue al COES a evaluar o verificar el sustento de la información referida a la potencia mínima generable. En consecuencia, si no existe obligación legal de verificar dicha información no es posible sustentar que la sola recepción del documento que contiene el sustento involucra una afectación al interés público.

Añade que la primera instancia también ha reconocido que no es obligación del COES evaluar el sustento de la información sobre la potencia mínima generable, razón por la



² Invoca también el Informe N° 320-2019-MEM/OGAJ que sustenta la Resolución Ministerial N° 096-2019-MEM/DM, en el que se reitera que además de las causales nulidad también debe configurarse el agravio al interés público, tal como lo indica la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. En dicho informe del Ministerio de Energía y Minas también se invoca la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N 05608-2003-PA/TC según la cual, la administración está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con meras afirmaciones o invocación abstracta.

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

cual no inició un procedimiento administrativo sancionador en ese sentido. En consecuencia, si ello es así, cómo podría afectar el interés público el hecho de no verificar la presentación del sustento. Al respecto, la primera instancia no se ha pronunciado pese a que constituye requisito fundamental para evaluar la posible nulidad de un acto administrativo.

Asimismo, el PR-20 norma cuyo incumplimiento fue materia de imputación, se enmarca en los principios de la Ley N° 28832 y en las finalidades para las cuales se creó el COES, como la seguridad del sistema y la coordinación de la operación en tiempo real al mínimo costo. Teniendo en cuenta ello, cómo es que la recepción sin verificación del sustento de la modificación de los valores de la potencia mínima, por estar sujeta a la presunción de veracidad, puede afectar el propósito del PR-20. La respuesta es que no los afecta debido a que tal información se encuentra amparada por la presunción de veracidad.



Agrega que la fiscalización de la conformidad de la presentación de la información corresponde a Osinergmin, autoridad que no se encuentra impedida de solicitarla a las empresas en caso no la reciba oportunamente.

- d) La Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 cumple con todos los requisitos previstos por el artículo 3° del TUO de la LPAG. Así, en cuanto a la competencia, refiere que según los artículos 57° y 58° del ROF de Osinergmin, el Tastem tiene competencia para resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos de apelación. Con relación al objeto o contenido, la resolución en cuestión expresa de forma concreta el efecto de su decisión, es decir, la nulidad del pronunciamiento de la primera instancia y el archivamiento del procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, cumple con la finalidad pública por cuanto el Tastem emitió pronunciamiento con relación a un procedimiento en el que se verificó la actuación del COES con sujeción a la ley, no encontrando evidencia alguna aportada por la primera instancia que sustente un posible incumplimiento de la normativa. Asimismo, se cumple con el procedimiento regular en tanto que el Tastem ha brindado las oportunidades de defensa de acuerdo con las normas aplicables, habiendo otorgado el uso de la palabra al COES permitiéndole explicar respecto a la ausencia de sustento de las imputaciones efectuadas.



De otro lado, la primera instancia sostiene que el Tastem ha emitido un acto administrativo nulo debido a que existe una afectación a la debida motivación por no haberse identificado correctamente la imputación. Tal afirmación resulta falsa debido a que la primera instancia no manifestó claramente durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, si la imputación se relacionaba con el hecho de no verificar el sustento presentado por las generadoras, o si se refería a no verificar la presentación del sustento. Al respecto, la primera instancia ha realizado afirmaciones ambiguas en su imputación en el transcurso del procedimiento sancionador. Ello, se desprende del uso indistinto de los términos "recibir", "evaluar", entre otros, empleados en el Inicio del PAS - Informe de Instrucción DSE-FGT-190 (páginas 5, 6, 8 y 9), Informe Final de Instrucción Oficio N° 15-2019-DSE/CT (páginas 11, 12, 20 y 21), Resolución N° 208-2019 (página 26) y Resolución N° 1359-2019 que resolvió el recurso de reconsideración (páginas 28 y 32).

Precisa que en el numeral 3.3. del Informe de Instrucción N° DSE-FGT-190, la primera instancia afirmó que es obligación de las empresas generadoras y no del COES, la

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

corrección y veracidad de la documentación presentada como sustento de las inflexibilidades. Sin embargo, en párrafos posteriores la primera instancia se contradice al afirmar que para efectos de la remisión de la información antes citada el COES no sólo tiene la responsabilidad de recibir dicha información, sino que además debe evaluar la solicitud recibida por las generadoras. Del mismo modo, al desarrollarse la imputación N° 1, se señala que ésta se refiere a los casos en los que el COES debió verificar si el titular de una instalación presentó el debido sustento para solicitar la modificación y/o actualización de sus fichas técnicas. Con relación a ello, cuestiona lo que debe entenderse por debido sustento concluyendo que la única forma de responder ello es evaluando el sustento. En tal sentido, la primera instancia pretende, de forma encubierta, que el COES evalúe el contenido del sustento remitido por las generadoras y no sancionarla sólo por no verificar que se haya presentado el sustento. Ello, se corrobora en el caso 1 referido a la unidad TG7 de la CT Santa Rosa en el que se cuestiona la calidad del sustento.



Del mismo modo, en el numeral 3.2.1 del Informe Final de Instrucción-Oficio N° 15-2019-DSE/CT, la primera instancia manifiesta que el hecho imputado consiste en no verificar la presentación del sustento de los valores de la potencia mínima y no se relaciona con la calificación de dicha información en el sentido que sea veraz o correcta. No obstante, al calcular la multa se evidencia que no existe relación directa entre la supuesta imputación y el mecanismo de cálculo aplicado. Ello, debido a que no se ha precisado cómo se afectó el interés público ni cuáles son los efectos producidos por no haber verificado la presentación de un documento. Por el contrario, la multa se calculó asumiendo que el COES debió evaluar el sustento presentado por las generadoras a fin de modificar la potencia mínima. Así, se indicó que el COES debió evaluar la solicitud de ingreso de operación comercial de la unidad TG7, lo que implica evaluar la información. Precisa que ENEL presentó como sustento el Informe Técnico CT Santa Rosa – TG7 Reemplazo Turbina Westinhouse; sin embargo, dicho sustento no resultó suficiente para la primera instancia. Del mismo modo, respecto al caso de la CT Chilca, el COES debió revisar y evaluar el sustento para aprobar la modificación de la potencia mínima.



Igualmente, en la parte referida al cálculo de la multa de la Resolución N° 208-2019, se evidencia que la imputación no estaba relacionada a la verificación de la presentación del sustento por cuanto en dicho pronunciamiento la primera instancia señaló expresamente que aun cuando existió el sustento para el caso 1, la documentación presentada no resultaba suficiente. En ese sentido, se sancionó al COES por no evaluar el sustento presentado por Enel. Precisa que en la página 4 del Informe Final de Instrucción, respecto al caso 1 de la Unidad TG7 de la CT Santa Rosa, la primera instancia menciona la presentación del sustento consistente en el Anexo 1 que se adjuntó a la Carta N° GGEyC-365-2017 notificada al COES el 10 de noviembre de 2014. Con relación a dicho documento, la primera instancia señaló que éste sólo sustentaba técnicamente el cambio de una turbina por otra de iguales características y que se mantenían los valores de las inflexibilidades operativas, pero no lo consideró como un sustento afirmando que no se verificó la presentación formal del sustento sino el contenido del mismo.

Asimismo, en la Resolución N° 1359-2019 la primera instancia sostiene que el COES pretende desconocer su responsabilidad de verificar la presentación del sustento; sin embargo, también reconoce que el COE no tiene dicha obligación. Del mismo modo, en

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

cuanto al caso 3 señala que cualquier modificación de la potencia mínima debe comunicarse al COES el que debe verificar el sustento presentado. Ello, demuestra que en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador no existió claridad de la primera instancia respecto del contenido de la imputación N° 1.

Alega que los documentos citados demuestran que la primera instancia nunca expresó con claridad la conducta que calificaba como infractora, tal vez porque la intención siempre fue exigir la revisión y calificación de la información y para no incurrir en ilegalidad trató de disfrazarla como la sola presentación del sustento. Sostiene que es ilógico exigir la presentación del sustento sin revisarlo debido a que ambas acciones son indisolubles, y determinar que el COES no está en la obligación de legal de evaluar la veracidad de las declaraciones de los agentes ni verificar su presentación.

- e) La primera instancia utilizó indistintamente los términos “evaluar” y “presentar” desconociendo el Principio de Tipicidad que exige una exhaustividad suficiente al describir las conductas sancionables que constituyen infracciones administrativas. Ello, más aún cuando las multas impuestas sancionan la ausencia de evaluación del sustento de las inflexibilidades operativas y no la falta de presentación del sustento, es decir si éste existía o no. La falta de claridad y ambigüedad en la imputación ha afectado su derecho de defensa y al debido proceso, por lo que tuvo que efectuar una defensa doblemente exhaustiva al no tener en claro cuál era la verdadera imputación.

Agrega que resulta sorprendente que una vez culminado el procedimiento la primera instancia insista en sostener que la imputación siempre estuvo clara, lo que demuestra que en realidad nunca expresó claramente cuál era la conducta infractora por lo que habiéndose culminado con el procedimiento siga aclarando la conducta materia del procedimiento sancionador.

Reitera que los documentos emitidos por la primera instancia en el procedimiento administrativo sancionador han sido ambiguos sobre la conducta infractora. Por lo tanto, es falso lo afirmado por la primera instancia en el sentido que no era obligación del COES evaluar el sustento de las inflexibilidades operativas, habiendo mantenido dicha posición durante la tramitación del procedimiento sancionador, lo que evidencia la mala fe de sancionar al COES sobre la base de una actuación ilegal.

El Tastem ha partido de la premisa y contenido esbozado por la primera instancia, por lo que ha entendido perfectamente los términos utilizados por ésta. emitiendo un pronunciamiento exacto y acorde con los planteamientos de dicha instancia. Así, ha efectuado una evaluación exhaustiva y congruente de la primera imputación de la DSE.

Al respecto, precisa que para determinar la validez de un acto administrativo debe cumplirse con el requisito de la motivación, siendo que de forma concordante con el numeral 5.4 del artículo 5° del TUO de la LPAG, el contenido de los actos administrativos debe comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por los administrados. Del mismo modo, alega que los defectos en el razonamiento lógico que afectan la adecuada motivación han sido clasificados por la doctrina en: i) falta de motivación, referido a la ausencia de motivación, y ii) motivación defectuosa, supuesto en el que existe motivación, pero ésta afecta los principios lógicos como la congruencia o identidad, no contradicción, tercio excluido o de razón suficiente. Precisa que este



RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

último supuesto a su vez, comprende: i) la motivación aparente o insuficiente referida a la vulneración del principio de razón suficiente en el que lo argumentado no sustenta la decisión adoptada constituyendo en una "fachada" para cumplir con la formalidad; y ii) la motivación defectuosa en sentido estricto, en la que se afectan los principios de identidad o congruencia y no contradicción o tercio excluido.

Sostiene que la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 no se encuentra en ninguno de los supuestos antes descritos. Por el contrario, dicho pronunciamiento ha contestado directamente la imputación efectuada por la DSE. Ello, toda vez que ha puntualizado que no existen hechos concretos ni base legal para sostener que el COES debía "verificar" la exactitud de las inflexibilidades operativas de las centrales de generación, término que ha sido utilizado constantemente por la DSE al imputar la infracción y graduar la sanción. Asimismo, no ha existido una motivación defectuosa de parte del Tastem debido a que se ha pronunciado exactamente sobre lo que la DSE calificó como, supuestamente infracción sancionable.

Alega que todas las funciones de la motivación han sido consideradas en la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 debido a que cumple con informar las razones que justifican la decisión administrativa, siendo un pronunciamiento expreso, mediante la relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso, así como a través de la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican lo resuelto.

Por lo tanto, sostiene que la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 se encuentra debidamente motivada.

- f) La figura de la nulidad constituye una excepción debido a que existe una presunción de validez de los actos administrativos. En tal sentido, la nulidad de oficio constituye una excepcionalidad que no está prevista como sanción para todo acto que se encuentre viciado, por lo que debe justificarse el agravio. Así, la nulidad ataca vicios trascendentes, debiendo justificarse que el vicio constituya una afectación al interés general.

En este caso, la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 no presenta vicios de nulidad trascendentes ni intrascendentes debido a que se encuentra debidamente motivada, siendo que dicha motivación no vulnera en modo alguno el interés general. Por lo tanto, no existe justificación para el Tastem deba evaluar una potencial nulidad.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto que el Tastem no comparta dicha posición no correspondería declarar la nulidad de su resolución debido a que el resultado final al que habría llegado dicha autoridad en el procedimiento sancionador habría sido el mismo. A fin de acreditar lo alegado invoca el artículo 14° del TUO de la LPAG, referido a la conservación del acto cuando se concluya indubitablemente que éste hubiera tenido el mismo contenido de no haberse producido el vicio. Del mismo modo, también invoca la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01165-2013-PA/TC.

Por lo tanto, en el supuesto hipotético que existiera causal de nulidad por indebida motivación debe prevalecer la conservación del acto por cuanto el resultado final del procedimiento administrativo sancionador sería el mismo bajo cualquier supuesto.

En tal sentido, a fin de adoptar una decisión, el Tastem debe considerar que:

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

- i) Los numerales 6.2.1 y 12.2 del PR-20 aplicadas por la DSE para imputar la infracción, no contienen una obligación del COES de verificar el sustento cuando un integrante informe la variación de la potencia mínima de sus unidades de generación bajo los supuestos de modificación establecidos, siendo que dicha obligación corresponde a los integrantes del COES;
- ii) Habiendo la DSE reconocido que el COES no debe verificar el contenido de la información declarada como potencia mínima generable, no existe sustento para sancionarla, bajo una interpretación forzada del PR-20, por no verificar la presentación del sustento cuando se modifiquen las premisas técnicas de las unidades de generación;
- iii) Los tres (3) casos que sustentan la imputación contra el COES demuestran que la DSE pretende sustituir el criterio e independencia técnica del COES para sancionarla a como dé lugar por no exigir el sustento de la modificación de la potencia mínima generable, aun cuando a criterio del COES dos (2) de los tres (3) casos no correspondían a supuestos de modificación relevante de las premisas que sustentan dicha potencia mínima y en uno (1) de ellos se probó la presentación del sustento;
- iv) No existiendo obligación alguna no hay infracción, conforme con los Principios de Tipicidad y Legalidad, los cuales ha sido abiertamente transgredido en el procedimiento administrativo sancionador;
- v) Desconoce las razones por las cuales ha sido sancionada considerando el presunto beneficio ilícito obtenido por las generadoras, así como la metodología empleada para cada uno de los tres (3) casos, siendo que también desconoce las razones por las que se utilizó en un caso, los ingresos por potencia firme y en otros la producción, así como otras variables tales como días, ingresos garantizados, factor de ajuste, etc., lo que vulnera su derecho de defensa.

Agrega que el Tastem apreciará que la infracción imputada no tiene sustento legal siendo que la única finalidad del procedimiento administrativo fue cubrir la inacción de la DSE y sancionar al COES sobre la base de una actuación ilegal y arbitraria que no debe ser respaldada por el Tastem.

- g) Solicita se le otorgue el uso de la palabra con la finalidad de explicar los argumentos presentados en su escrito.
4. Mediante Memorandum N° TASTEM-S1-269-2019 del 18 de octubre de 2019, se remitió a la DSE el escrito de registro N° 201900155184 de fecha 10 de octubre de 2019 a fin de que tomen conocimiento de lo afirmado por el COES con relación al Memorandum N° DSE-581-2019 del 25 de setiembre de 2019. Asimismo, se informó a la DSE que los Señores Vocales de la Sala 1 del Tastem habían solicitado su participación en el informe oral solicitado por el COES, el cual se realizaría el 29 de octubre de 2019 a las 11:15 horas.
 5. Con Oficio N° 22-2019-OS-TASTEM-S1 notificado el 18 de octubre de 2019, se informó al COES respecto de la programación del informe oral solicitado en su escrito de registro

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

N° 201900155184, el cual se realizaría el 29 de octubre de 2019 a las 11:15 horas. Del mismo modo, se informó al COES que en uso de las atribuciones conferidas a través del numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD³ (en adelante, el Reglamento de los Órganos Resolutivos), los señores vocales de la Sala 1 del Tastem solicitaron la participación de los funcionarios de la DSE en el informe oral programado, habiéndoles concedido el uso de la palabra por el término de quince (15) minutos.

6. Con escrito de registro N° 201900155184 de fecha 22 de octubre de 2019, el COES solicitó la reprogramación del informe oral señalado en el Oficio N° 22-2019-OS-TASTEM-S1 debido a que la abogada responsable de informar en temas administrativos no se encontraría disponible en la fecha fijada para el mencionado informe por tener que participar como miembro en sesiones del Directorio de COFIDE. En ese sentido, solicitó se re programe dicha diligencia para el día 5 de noviembre de 2019. A fin de acreditar lo afirmado adjuntó a su escrito una citación para la sesión de directorio antes mencionada.
7. A través del escrito de registro N° 20190015584 de fecha 24 de octubre de 2019, el COES solicitó se deje sin efecto la citación atendiendo a lo siguiente:

- a) El numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos no hace referencia expresa a la participación adicional de otros funcionarios de Osinergmin cuando se disponga la realización de informes orales. Ello, debido a que la DSE forma parte de la autoridad administrativa y bajo ningún supuesto constituye un administrado. Sostener lo contrario implica reconocer que nos encontramos ante un procedimiento administrativo trilateral contemplado en el artículo 229° del TUO de la LPAG, lo que no ocurren en el presente caso.

Precisa que para que se configure un procedimiento administrativo trilateral es indispensable que existan dos (2) administrados como sujetos quienes deben mantener una controversia a ser resuelta por la autoridad administrativa. Dicho supuesto no se evidencia en su caso debido a que la DSE no es parte del presente procedimiento.

Agrega que el presente caso constituye un procedimiento administrativo en el que de una parte actúa el COES como administrado y, de otra parte, Osinergmin, como autoridad administrativa. En dicha relación procedimental la DSE es el órgano sancionador y no tiene la calificación de administrado, conforme lo prevén los artículos 50° y 54° del TUO de la LPAG. Por lo tanto, no debe confundirse la solicitud de nulidad planteada por la DSE con su participación en el informe oral, toda vez que permitir tal participación supondría considerar a dicho órgano de línea como parte afectada por la decisión del Tastem, lo que desvirtúa el procedimiento debido a que la DSE no tiene la condición de parte.

- b) No se encuentra dentro de las funciones de la DSE la de participar en informes orales por cuestionamientos, planteamientos, solicitud o pedido similar a una impugnación o

³ REGLAMENTO DE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 044-2018-OS/CD

"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

23.3 Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún vocal o Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte."

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

nulidad ante el Tastem. Ello, toda vez que tales actuaciones no han sido el motivo de creación de un órgano como la DSE.

En ese sentido, la DSE no debe participar en el informe oral debido a que no se trata de un procedimiento trilateral en el que preexista una controversia de relevancia pública entre dos (2) administrados que amerite ser resuelto por la autoridad administrativa de manera equilibrada entre el reclamante y el reclamado, lo que justificaría tomar una decisión escuchando a ambas partes.

Por el contrario, la solicitud de nulidad constituye un recurso impugnativo encubierto bajo el nombre de "nulidad" debido a que se pretende que el Tastem vuelva sobre sus pasos y analice las imputaciones configuradas por la DSE.

Resulta insostenible legalmente que la DSE interponga un recurso impugnativo contra una resolución de última instancia que dispuso el archivamiento de las actuaciones de dicho órgano en primera instancia, valiéndose de una pretendida "nulidad" ilegal que no resiste análisis legal.



8. A través del Oficio N° 24-2019-OS-TASTEM-S1 notificado el 28 de octubre de 2019, se comunicó al COES la reprogramación del informe oral para el día 5 de noviembre de 2019 a las 11:15 horas. Asimismo, se le informó que conforme lo establecen los numerales 213.1 y 213.2 del artículo 213° del TUO de la LPAG, es facultad del Tastem determinar la existencia de causales de nulidad en que puedan incurrir sus propios pronunciamientos para, de ser el caso, proceder de oficio a la declaración de nulidad. En tal sentido, a fin de ejercer correctamente dicha facultad, y conforme con el Principio de Verdad Material y con lo dispuesto por el artículo 177° del TUO de la LPAG, se informó al COES que el Tastem puede disponer la realización de actuaciones conducentes a la obtención de información de utilidad para la resolución del caso, entre ellas, la realización de citaciones como la que es materia de cuestionamiento. Por lo tanto, la invitación cursada a los funcionarios de la DSE en los términos establecidos en el Oficio N° 22-2019-OS-TASTEM-S1 se encuentra dentro de las facultades del Tastem no resultando contraria a derecho.



9. Mediante Memorandum N° TASTEM-S1-276-2019 de fecha 28 de octubre de 2019, se comunicó a la DSE la reprogramación antes indicada.

10. A través del escrito de registro N° 201900155184 de fecha 4 de noviembre de 2019, el COES remitió la presentación que sería usada en el informe oral a fin de que sea tomada en consideración para mejor resolver. Asimismo, mencionó su escrito de contestación a la solicitud de nulidad planteada por la DSE en el que, como parte de sus argumentos, citó resoluciones del Consejo Directivo de Osinergmin, del Tastem, del Tribunal Constitucional y del Ministerio de Energía y Minas, con relación al entendimiento de la declaración de nulidad por parte de la autoridad administrativa. En ese sentido, para mejor resolver adjuntó a su escrito las resoluciones citadas en su escrito de contestación.

11. Con fecha 5 de noviembre de 2019 se realizó el informe oral solicitado por el COES, en el que además de los abogados informantes y representantes del COES también participaron los funcionarios de la DSE asistentes a dicha diligencia, conforme se desprende del Acta de Informe Oral obrante a fojas 75 del expediente, habiéndose registrado en medio magnético la realización del mencionado informe oral, y obra a fojas 73 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

Del mismo modo, cabe señalar que tanto los abogados informantes y representantes del COES como los funcionarios de la DSE emplearon presentaciones impresas de sus exposiciones, las cuales se incorporan al expediente, de fojas 58 a 72.

12. Con relación a lo indicado en el Memorándum N° DSE-581 de fecha 25 de setiembre de 2019 y luego de la revisión y evaluación de lo afirmado por el COES y de todos los actuados, este Tribunal ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
13. Previamente a la evaluación de la existencia de una presunta nulidad en el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 del 9 de agosto de 2019 señalada por la DSE en el Memorándum N° DSE-581-2019 del 25 de setiembre de 2019, este Tribunal considera necesario evaluar los argumentos formulados por el COES en su escrito de registro N° 201900155184 de fecha 10 de octubre de 2019, relacionados con la improcedencia de la solicitud de nulidad de la DSE.
14. En cuanto al cuestionamiento expresado por el COES en los literales a), b) y c) del numeral 3) en el sentido que no procede lo indicado en el Memorándum N° DSE-581-2019, debe tenerse presente lo establecido en el numeral 213.1 del artículo 213° del TUO de la LPAG⁴ según el cual puede declararse de oficio la nulidad de un acto administrativo siempre que se presente cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10° del citado TUO de la LPAG⁵, y en tanto agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.



De lo antes indicado se desprende que el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de que un acto administrativo emitido, aun cuando haya quedado firme, pueda contener defectos que afecten su validez. Ante dicho escenario se ha contemplado en sede administrativa, la facultad de proceder a su revisión de oficio con la finalidad de determinar si el pronunciamiento sujeto a revisión incurre en alguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 10° del TUO de la LPAG. Ello, siempre que la existencia del acto cuya nulidad se pretende revisar afecte el interés público o los derechos fundamentales.

Asimismo, corresponde señalar, conforme se ha previsto en el numeral 213.2 del artículo 213° del TUO de la LPAG, que la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por la autoridad jerárquicamente superior de quien dictó el acto o, si se trata de un acto emitido por un



⁴ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS

“Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 *En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.*

(...)”

⁵ *“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.*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.”*

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

órgano que no se encuentra sujeto a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por dicho órgano⁶.

En cuanto a la legitimidad para promover la revisión de oficio de los actos en la vía administrativa, debe mencionarse que de la norma anteriormente citada no se desprende que ésta otorgue legitimidad para solicitar una eventual revisión de oficio. En efecto, como se desprende del numeral 213.2 del artículo 213° de dicho cuerpo normativo, sólo se ha previsto la autoridad competente para declarar la nulidad de un acto administrativo sujeto a revisión de oficio mas no los legitimados para solicitarla.

Al respecto, resulta de utilidad citar al autor Landelino Lavilla Alsina, quien al referirse a quiénes pueden promover la revisión de un acto administrativo, señala lo siguiente⁷:

“(…)

Conforme se infiere con claridad de lo hasta aquí dicho, la revisión de un acto administrativo puede ser promovida por un administrado, en cuanto titular de un interés particular, o por la Administración autora del acto, en cuanto gestora del interés general.

El acto mediante el que un particular promueve formalmente la revisión de un acto administrativo, impugnándolo, es el recurso. La admisibilidad de un recurso está rígidamente condicionada, sobre todo por la existencia de plazos preclusivos, en razón de las exigencias propias de la estabilidad y de la seguridad jurídicas. La simple petición de que se reforme o elimine un acto administrativo, y la denuncia que pone en conocimiento de la Administración la existencia de un vicio, cuando el recurso no es admisible, implican actuaciones que es preciso situar en la fase previa de revisión informal del acto administrativo, pues no tienen en sí mismas potencial trascendencia jurídica, sino en cuanto la Administración, acogiéndolas, promueve formalmente la revisión, si ésta es asimismo posible, a efectos de destruir o modificar el acto administrativo.

“(…)

La revisión puede ser asimismo impulsada de oficio por la Administración.

“(…)

⁶ “Artículo 213 Nulidad de oficio

(…)

213.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En ese caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo. En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

(…)”

⁷ Lavilla Alsina, Landelino. *La Revisión de Oficio de los Actos Administrativos*. Disponible en el siguiente enlace web:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112497.pdf>

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

Supuesto que la revisión sea promovida de oficio por la Administración, el problema de determinar el órgano a que corresponde, se ha de resolver aplicando los principios generales de organización administrativa, en particular el de su estructuración jerárquica. Las actuaciones e informes realizados por órganos jerárquicamente inferiores al que dictó el acto administrativo, no pueden tener otra significación que la de trámites insertos en la fase que hemos llamado informal del procedimiento revisorio, ya que tienen por objeto poner en conocimiento del órgano autor del acto, o del superior jerárquico, la existencia de un vicio que puede conducir a la declaración de nulidad o anulación del acto administrativo.

Ahora bien, respecto de las razones que justifican una revisión promovida por la propia Administración, resulta de utilidad considerar lo mencionado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el documento “Guía Práctica sobre la Revisión de los Actos Administrativos en el Ordenamiento Jurídico Peruano” en el que se indica lo siguiente⁸:



“(...)

Si bien con el ejercicio de esta potestad se podría perjudicar al particular beneficiado con el acto administrativo, es deber de la autoridad ejercer esta potestad cuando dicho acto vulnera el interés público. La idea de otorgar la posibilidad de dejar sin efecto las consecuencias establecidas por un acto que adolece de un vicio grave es defender —de manera oportuna y con las garantías que el procedimiento administrativo brinda— el interés público.



Si bien un acto administrativo puede tener efectos positivos sobre la situación jurídica de un administrado, si en su generación o en emisión misma se ha vulnerado el interés público, la autoridad administrativa tiene el deber de declarar su nulidad, dado que se privilegia la defensa y protección del interés público por sobre el interés privado de un administrado. (...)”

De los considerandos precedentes se advierte, entonces, que es factible que la revisión de los actos administrativos en sede administrativa sea promovida por la propia autoridad administrativa que emitió el acto siendo que, a fin de proceder con tal revisión, debe necesariamente haberse afectado el interés público. Asimismo, los documentos o informes que pueda emitir el órgano jerárquicamente inferior de aquél que emitió el acto advirtiendo la existencia de posibles causales de nulidad constituye una mera comunicación sin efectos vinculantes destinados únicamente a poner en conocimiento la posible afectación del interés público en razón de la emisión de un acto administrativo incurso en alguna de las causales de nulidad.

Ello, resulta coherente si se tiene en cuenta, conforme se establece en los artículos 48° y 49° del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo

⁸ Documento disponible en el siguiente enlace web:

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Guia-de-actos-administrativos.pdf>

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

N° 010-2016-PCM⁹, así como en el artículo 4° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinermin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD (en adelante, el Reglamento del STOR)¹⁰, que el Tribunal de Apelaciones y Sanciones en Temas de Energía y Minería, Tastem, es un órgano resolutivo autónomo no encontrándose sujeto a dependencia funcional alguna siendo que las decisiones que adoptan sus miembros así como el ejercicio de sus cargos están dotados de autonomía y plena independencia de criterio.

En tal sentido, si bien en el presente caso la DSE puso en conocimiento de esta instancia la posible existencia de la causal de nulidad referida al cumplimiento del requisito de motivación del acto administrativo que afectaría el pronunciamiento emitido por este Tribunal contenido en la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, ello no implica en modo alguno que en virtud de dicho accionar la DSE adquiriera la calidad de parte en un procedimiento administrativo. Así tampoco que en virtud de dicha comunicación se habilite una instancia adicional a aquella legalmente prevista por el ordenamiento jurídico administrativo para impugnar actos administrativos. Como se ha venido señalando, es facultad de la administración promover la revisión de sus propios actos en tanto se verifique la posible existencia de alguna causal de nulidad y que ello afecte al interés público.

Este Tribunal concuerda con lo afirmado por el COES respecto a que no debe constituirse una tercera instancia administrativa cuando existan cuestionamientos a las decisiones adoptadas por el Tastem como última instancia administrativa. En efecto, el ordenamiento legal ha previsto que los administrados que no concuerden con las decisiones obtenidas en segunda y última instancia administrativa -como lo serían, por ejemplo, las decisiones adoptadas por el Tastem- tienen expedito el derecho de acudir al órgano jurisdiccional, a través del proceso contencioso administrativo, a fin de solicitar la revisión del acto que consideran lesiona sus derechos o afecta sus intereses.

No obstante, si la decisión adoptada en segunda y última instancia administrativa adolece de alguna de las causales de nulidad previstas por el ordenamiento legal y ello afecta el interés público o lesiona derechos fundamentales, se ha previsto también que sea la propia autoridad administrativa emisora de tal pronunciamiento, que proceda con la revisión de oficio y, de ser el caso, anule el acto viciado en salvaguarda del interés público emitiendo otro acto conforme a ley.

En tal sentido, la presunta existencia de una causal de nulidad puesta en conocimiento de este Tribunal a través del Memorandum N° DSE-581-2019 no constituye en modo alguno un

⁹ REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE OSINERGMIN – DECRETO SUPREMO N° 010-2016-PCM

“Artículo 48.- De los Órganos Resolutivos

Los Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias - CC, el Tribunal de Solución de Controversias - TSC, la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - JARU y el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería - TASTEM, son Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, no sujetos a dependencia funcional.

Artículo 49.- Desempeño de cargos

Los miembros de los Órganos Resolutivos desempeñan sus cargos con autonomía y plena independencia de criterio. Asisten a sesiones y reciben dietas como contraprestación.”

¹⁰ REGLAMENTO DE ÓRGANOS RESOLUTIVOS DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 044-2018-OS/CD

“Artículo 4.- Autonomía

Los Órganos Resolutivos gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin subordinación jerárquica a órgano alguno de Osinermin y con independencia de los administrados. Se rigen por la normativa vigente, así como por los principios y las fuentes de derecho contempladas en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ajustándose a las pruebas actuadas durante el desarrollo del procedimiento administrativo.”

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

recurso impugnativo sino únicamente una comunicación sin efecto vinculante que tiene por finalidad informar a esta instancia acerca de la posible afectación al interés público o lesión de derechos fundamentales por haberse emitido -a entender de la DSE- un acto administrativo que adolecería de vicio de nulidad. (Subrayado agregado)

Del mismo modo, cabe precisar que, en salvaguarda del derecho de defensa, y de conformidad con lo establecido por el numeral 213.2 del artículo 213° del TUO de la LPAG, se remitió al COES la comunicación enviada por la DSE a fin de que tengan conocimiento de su contenido y ejerzan su derecho a expresar observaciones, en el marco del Principio del Debido Procedimiento, el cual contempla el pleno respeto al derecho de defensa.

Igualmente, debe tenerse presente que la actuación antes indicada, esto es, remitir la comunicación de la DSE al COES, no implica en modo alguno que proceda de pleno derecho la revisión de oficio con la consecuente declaración de nulidad del acto administrativo observado. En efecto, corresponderá al Tastem, de manera autónoma y en legítimo ejercicio de sus facultades, evaluar si procede o no tal revisión de oficio y, de ser el caso, anular la decisión anteriormente adoptada siempre que exista una afectación al interés público o se lesionen derechos fundamentales o, en su defecto, declarar que no procede la declaración de nulidad.

Como se ha venido señalado, el Tastem es un órgano resolutorio independiente, no sujeto a dependencia funcional alguna siendo que sus decisiones se adoptan de manera autónoma y con independencia de criterio. Ello, tal como expresamente se establece en los artículos 48° y 49° del Reglamento de Osinergmin y en el artículo 4° del Reglamento del STOR¹¹. Asimismo, el Tastem constituye la segunda y última instancia administrativa de Osinergmin, conforme se establece en el numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento del STOR¹². En consecuencia, de acuerdo con las normas antes citadas, así como con la naturaleza de las decisiones adoptadas en legítimo ejercicio de sus facultades otorgadas por norma expresa, los pronunciamientos del Tastem deben acatarse y cumplirse, correspondiendo ser cuestionados únicamente en la vía jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo, tal como expresamente se ha previsto en el artículo 228° del TUO de la LPAG¹³. (Subrayado agregado)



¹¹ Ver texto de las normas citadas en las notas 9 y 10.

¹² REGLAMENTO DE ÓRGANOS RESOLUTIVOS DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 044-2018-OS/CD
"Artículo 16.- Competencia del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería

16.1 El Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería –TASTEM tiene competencia para resolver en segunda y última instancia administrativa:
(...)"

¹³ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 006-2019-JUS
"Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

228.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

228.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa;
(...)"

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

Por lo tanto, atendiendo a las consideraciones expuestas este Tribunal concluye que debe entenderse que la solicitud de nulidad de oficio contenida en el Memorandum N° DSE-581-2019 únicamente constituye una comunicación sin efecto vinculante destinada a informar acerca de la posible existencia de un vicio de nulidad en el pronunciamiento contenido en Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 que podría afectar el interés público o lesionar derechos fundamentales. (Subrayado agregado)

En consecuencia, corresponde desestimar las observaciones planteadas por el COES en los literales a), b) y c) del numeral 3).

15. En cuanto a lo afirmado en los literales c), d), e) y f) del numeral 3) así como a lo indicado en los literales a), b), c) y d) del numeral 1), respecto a la posible existencia de un vicio de nulidad en el pronunciamiento emitido por este Tribunal a través de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, debe tenerse presente que de acuerdo con lo establecido por el numeral 213.1 del artículo 213° del TUO de la LPAG, siempre que se agrave el interés público o se lesionen derechos fundamentales, y en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10° del TUO de la LPAG¹⁴, podrá declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes.

Con relación a la norma antes citada, resulta oportuno mencionar lo indicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el documento "Guía Práctica sobre la Revisión de los Actos Administrativos en el Ordenamiento Jurídico Peruano"¹⁵, según el cual:

"(...)

En ese sentido, el primer análisis que tiene que realizar la autoridad administrativa consiste en analizar si el acto tendría un vicio y si, además, el interés invocado para su revisión es un interés público. Si el interés invocado es solo de un administrado que tuvo la oportunidad de impugnar ese acto, entonces no procede el inicio de un procedimiento de declaración, de oficio, de la nulidad de un acto administrativo."

De lo antes indicado y a efectos de determinar si procede o no la revisión de oficio del acto administrativo contenido en la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 y, de ser el caso su anulación, debe verificarse en primer término la existencia de alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10° del TUO de la LPAG y, de comprobarse ello, si existe la afectación al interés público o lesión a los derechos fundamentales.

Al respecto, este Tribunal considera que el pronunciamiento antes citado ha sido emitido conforme a ley y no vulnera en modo alguno el interés público ni lesiona derechos fundamentales, habiendo efectuado el análisis conforme con los actuados en el procedimiento administrativo sancionador en el marco del cual se emitió el pronunciamiento en cuestión (Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1), así como evaluando las imputaciones

¹⁴ Ver texto del artículo 10 del TUO de la LPAG en la nota 5.

¹⁵ Documento disponible en el siguiente enlace web:

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Guia-de-actos-administrativos.pdf>

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

de la primera instancia, los argumentos de defensa de la administrada y los medios probatorios que sustentaron ambas posiciones, obrantes en el expediente correspondiente.

Sin perjuicio de lo antes indicado, considerando que se ha observado la posible o presunta existencia del vicio referido a la motivación del acto administrativo, este Tribunal evaluará dicho extremo con relación a su pronunciamiento contenido en la resolución citada en el párrafo precedente.

Se afirma en el numeral 1), que este Tribunal habría partido de una premisa incorrecta al evaluar la imputación de la DSE desarrollada en la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 208-2019, según la cual sólo se habría imputado al COES no evaluar la presentación del sustento; sin embargo, según afirma la DSE, este Tribunal evaluó dicha imputación considerando que ésta se refería a la obligación del COES de evaluar el sustento de la información referida a la potencia mínima generable. La DSE precisa que la obligación exigida al COES únicamente consistía en verificar la presentación del sustento señalado, es decir cumplir con verificar que las modificaciones de los valores de las inflexibilidades operativas se presenten con el sustento, según refiere, tal como lo establece el literal r) del numeral 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-20, Ello, debido a que el COES sólo había verificado que las empresas presentaron la información sobre la potencia mínima generable, sin el debido sustento.

Con relación a ello corresponde señalar, tal como lo afirma la DSE en el Memorándum N° DSE-581-2019, que el procedimiento administrativo se inició en atención a la denuncia formulada por Compañía Eléctrica El Platanal S.A., Luz del Sur S.A.A., Starkraft Perú S.A. y Consorcio Energético de Huancavelica S.A. según la cual se cuestionó la veracidad de los valores de las inflexibilidades operativas reportadas por algunas empresas eléctricas respecto de sus unidades de generación térmica así como la falta de supervisión del COES.

Al respecto, según se desprende del acápite referido a Análisis, en el numeral 5.2.1 del Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018, a la vuelta de la foja 60 del Expediente N° 201800074986, en el que se tramitó el procedimiento administrativo sancionador en el marco del cual el Tastem emitió la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, la DSE evaluó los argumentos planteados por las empresas denunciadas formulando la siguiente conclusión, entre otras:

“Considerando que resultaba evidente que existía una significativa diferencia entre las magnitudes de las Inflexibilidades Operativas TMO y TMA, presentadas por las Generadoras Denunciadas y las referencias internacionales existentes para dichos parámetros, además del hecho de observarse un significativo incremento respecto de sus registros históricos, se considera que el COES debió proceder a observar y analizar dichos Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018 10/07/2018 Página 13 parámetros en atención a lo estipulado en el PR-20; muy por el contrario, hasta donde se apreciaría de la información expuesta, habría una omisión del deber de evaluar si la información que se le estaba remitiendo era veraz.” (Subrayado agregado)

De acuerdo con lo señalado, al evaluarse la denuncia por las inflexibilidades operativas de las empresas denunciadas, la DSE señaló que el COES habría omitido cumplir con su deber de

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

evaluar la veracidad de la información relacionada con dichas inflexibilidades. No obstante, seguidamente, en el numeral 5.4 del citado Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018, a la vuelta de la foja 59 del Expediente N° 201800074986, concluye que se han identificado dos (2) imputaciones contra el COES, entre ellas, no verificar la presentación del sustento de las inflexibilidades operativas. En efecto, en el referido informe se consigna lo siguiente:

"5.4 CONCLUSIONES: IDENTIFICACIÓN DE IMPUTACIONES DE LA DENUNCIA

En función al análisis desarrollado, a través del cual se han analizado las imputaciones de la denuncia, se han identificado dos imputaciones relativas al COES, como son: el no verificar la presentación del sustento de las inflexibilidades operativas, y el incumplimiento al deber de programar la operación a mínimo costo; dichas imputaciones se continuarán evaluando en el presente informe, en función al análisis de los comentarios y/o descargos del COES." (Subrayado agregado)

Asimismo, al analizar los argumentos del COES con relación a la denuncia sobre inflexibilidades operativas, en el numeral 6.1 del citado Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018, la DSE señala que es atribución del COES verificar los parámetros técnicos de las unidades de generación, lo que incluye las inflexibilidades operativas. En efecto, a la vuelta de la foja 58 del Expediente N° 201800074986 se indica lo siguiente:

"(...)

Asimismo, y de manera específica, en el PR-20 del COES se puede encontrar que, en efecto, el COES tiene la atribución de verificar de manera constante los parámetros técnicos de las unidades o centrales de generación, que incluye a las inflexibilidades operativas, tal como se aprecia en el numeral 12 "Operación Comercial" del PR-20, (...)" (Subrayado agregado)

Del mismo modo, la DSE continúa la evaluación de los argumentos del COES con relación a la denuncia sobre inflexibilidades operativas, reiterando que según el PR-20 la información sobre tales inflexibilidades debe ser sustentada y remitida al COES siendo que la normativa inclusive ha previsto que de existir un error u omisión en la evaluación el COES está facultado a suspender la operación comercial cuando la información remitida por la empresa titular de la unidad de generación sea incorrecta. En efecto, a fojas 57 del Expediente N° 201800074986, en el numeral 6.1 del Informe Técnico DSE-SGE-111-2018, la DSE señala lo siguiente:

"(...)

Como se puede apreciar, el PR-20 expresa de manera clara y específica, que la información de las inflexibilidades operativas debe ser sustentada y remitida al COES, por lo tanto el COES debe verificar que las empresas presenten la referida sustentación, tan es así que la normativa prevé la posibilidad de un error u omisión en la evaluación, y en tal caso faculta al COES a incluso suspender la Operación Comercial de la unidad o central de generación, cuando la documentación y/o información remitida por la empresa titular sea

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

incorrecta (según señala el ítem a. del numeral 12.5). Es necesario resaltar que, no existe limitación de tiempo entre el otorgamiento de la Operación Comercial y eventual suspensión de la misma, es decir, el COES podrá actuar cuando logre detectar indicios de error o vicio en la información que le ha sido remitida y respecto a la cual tomó la decisión de aprobar la Operación Comercial, por lo tanto, estamos frente a una facultad atemporal, que no expira con la aprobación de la Operación Comercial y que solo es posible ejercer, efectivamente, a través de la evaluación que debe hacer el COES de la información y sustentos que le remitan sus Integrantes. (...) (Subrayado agregado)

Asimismo, en el numeral 6.1 del citado Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018, a la vuelta de la foja 57 del Expediente N° 201800074986, se señaló lo siguiente:

“(...)

Es preciso mencionar además, que se entiende que al haberse agregado el término “sustentado” en la versión actual del PR-20, implica que es deber del COES verificar la información en un contexto técnico; verificar si el titular ha presentado un sustento para dicho valor, en términos de ingeniería el sustento debe ser el suficiente para demostrar los valores declarados (...) (Subrayado agregado)

Sin embargo, a la vuelta de la foja 48 del Expediente N° 201800074986, en el numeral 9 del Informe Técnico N° DSE-SGE-111-2018 citado, en el acápite referido a las conclusiones finales, la DSE determina que debe iniciarse un procedimiento administrativo sancionador contra el COES por no verificar la presentación del sustento de las inflexibilidades operativas.

Ahora bien, en el numeral 3.3 del Informe de Instrucción N° DSE-FGT-190, a la vuelta de la foja 71 del Expediente N° 201800074986, la DSE afirmó lo siguiente:

“(...)

Sin perjuicio de lo previamente señalado, es preciso resaltar que existe un deber que está claramente definido en los literales r), s) y t) del ítem 5.1 del numeral 5 de la ficha técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-2016. Los referidos literales obligan, por un lado, a las empresas titulares de unidades de generación a remitir la información de la Potencia Mínima Generable (en adelante, PM), Tiempo Mínimo entre Arranques sucesivos (en adelante, TMA) y Tiempo Mínimo de Operación (en adelante, TMO), con el sustento respectivo; y por otro, al COES, a verificar que las nuevas unidades que entren en operación, cumplan con remitir el sustento de las inflexibilidades operativas antes referidas, según lo dispuesto por el numeral 12.1 del PR-20

En este extremo, se debe precisar que, conforme a lo señalado en la sección correspondiente al Marco Legal acotado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6.1.2 del PR-2018, el COES tiene la responsabilidad de recibir y evaluar las solicitudes presentadas por las empresas concesionarias de generación eléctrica.

“(...)” (Subrayado agregado)



Del mismo modo, a fin de evaluar y comprobar el cumplimiento de la obligación que se le imputó al COES, la DSE señaló en el numeral 3.3 del Informe de Instrucción N° DSE-FGT-190, a fojas 70 del Expediente N° 201800074986, lo siguiente:

“(…)

Como parte de la verificación de la información que sustenta las inflexibilidades operativas de las unidades de generación de las empresas denunciadas, se revisó y analizó la información remitida como parte de la Denuncia, evaluándose los doce (12) documentos relacionados a la presentación de las fichas técnicas de tres (3) empresas de generación.

“(…)” (Subrayado agregado)

Asimismo, luego de la presentación de los descargos se efectuó una evaluación técnica de los argumentos planteados por el COES emitiéndose el Informe Técnico DSE-SGE-202-2018, en el que la DSE señaló lo siguiente, a fojas 133 y a la vuelta de la foja 134 del Expediente N° 201800074986:



“(…) No es posible que el COES pueda preservar la seguridad del sistema, y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, sin necesariamente llevar a cabo la evaluación (supervisión) de la información que le remiten las empresas para su uso en la determinación del Programa Semanal, Diario y Reprogramaciones (…)

Asimismo, y de manera específica, en el propio PR-20 se aprecia que el COES tiene la atribución de verificar de manera constante los parámetros técnicos de las unidades o centrales de generación, que incluye a las inflexibilidades operativas, tal como se aprecia en el numeral 12 “Operación Comercial” (específicamente el 12.5) del PR-20, (…)



“(…) Se resalta que, no existe acotación de tiempo entre el otorgamiento de la Operación Comercial y eventual suspensión de la misma, es decir, el COES podrá actuar cuando detecte indicios de error o vicio en la información que le ha sido remitida, por lo tanto, estamos frente a una facultad que no expira con la aprobación de la Operación Comercial y que solo es posible ejercer, efectivamente, a través de la evaluación que debe hacer el COES de la información y sustentos que le remitan sus Integrantes.” (Subrayado agregado)

Igualmente, en el numeral II.2 del Informe Técnico N° DSE-SGE-202-2018, en el acápite referido al análisis de Osinergmin, a la vuelta de la foja 127 del Expediente N° 201800074986, la DSE afirmó lo siguiente:

“(…)”

La aprobación de las inflexibilidades operativas sin el sustento establecido en el PR-20, ha implicado que no se verifique su consistencia y veracidad (…)

Del mismo modo, en el numeral 2 del Informe Final de Instrucción N° 1-2019-DSE, al desarrollar el marco legal aplicable al caso, la DSE señaló lo siguiente a la vuelta de la foja 148 del Expediente N° 201800074986:

"(...)

De conformidad con el numeral 12.1 del PR-20, las unidades de generación requieren la calificación de Operación Comercial para su operación en el SEIN, la misma que es otorgada por el COES, al comprobar los requisitos que el referido procedimiento prevé para tal fin. Entre los requisitos necesarios para que el COES otorgue la operación comercial, se encuentran las inflexibilidades operativas contenidas en las Fichas Técnicas del Anexo 4, que tendrán un periodo mínimo de vigencia de 4 años. Específicamente, los literales r), s) y t) del numeral 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo N° 4, establecen que las empresas deberán remitir la información sustentada de: i) Potencia Mínima Generable; ii) Tiempo Mínimo entre arranques sucesivos; y, iii) Tiempo Mínimo de Operación.

(...)" (Subrayado agregado)

Asimismo, en el mencionado Informe Final de Instrucción 1-2018-DSE, la DSE al referirse al numeral 6.1.2 del PR-20 así como a la Ficha Técnica N° 2, la DSE afirmó lo siguiente a la vuelta de la foja 143 del Expediente N° 201800074986:

"(...)

Por otro lado, se debe resaltar que los numerales del PR-20 referidos previamente, como se ha reiterado en diversas ocasiones, establecen específicamente que, para la puesta en operación comercial o para la modificación de las instalaciones, es requisito que los valores de las inflexibilidades operativas, en el presente caso, la potencia mínima generable, sean presentados con el sustento respectivo por lo que, pese a la afirmación efectuada por el COES referida a que dicha información es irrelevante, este requisito debe ser cumplido por ser un imperativo establecido por la norma vigente.

(...)" (Subrayado agregado)

Al respecto, de las diversas citas mencionadas precedentemente se puede advertir que la DSE aun cuando sostiene que la imputación que formuló estaba referida únicamente a la obligación del COES de evaluar la presentación del sustento relacionado con las inflexibilidades operativas, es decir, la evaluación del cumplimiento de un requisito formal, lo cierto es que tal exigencia no estaba referida a una simple verificación formal o, al menos, no se desprende categórica e indubitadamente de los actuados que lo exigido al COES únicamente se refiera a verificar que la información remitida por las empresas relacionada con las inflexibilidades operativas de sus unidades de generación, declarada en la Anexo 4 de la Ficha N° 2 del PR-20, se encuentre provista de un documento sustentatorio. En efecto, de las diversas citas indicadas se desprende que la DSE imputó al COES que debió verificar la presentación del sustento que le presenten las empresas; sin embargo, también afirma que el COES debe evaluar tal sustento. Ello, mas aun cuando refiere que de acuerdo con el literal r) del numeral 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-20, la información sobre los

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

valores de las inflexibilidades operativas, en particular, la potencia mínima debe estar sustentada.

A fin de delimitar el término “*verificar*” contenida en la imputación formulada contra el COES, resulta de utilidad considerar lo señalado en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹⁶. De acuerdo con dicha fuente, verificar, entre otras acepciones, significa “*comprobar o examinar la verdad de algo*”. Es decir, según dicho término y siguiendo la imputación de la DSE contra el COES, a fin de cumplir con la obligación contenida en el literal r) del numeral 5.1 de la Ficha Técnica N° 2 del Anexo 4 del PR-20, correspondía al COES comprobar o examinar la verdad o veracidad de la información que recibía de las empresas relacionadas con las inflexibilidades operativas de sus unidades de generación. Siendo ello así, la precisión que efectúa la DSE en el sentido que sólo se limitó a imputar la verificación de la presentación del sustento no resulta coherente con el verdadero significado de la obligación imputada. Ello más aun cuando, según se aprecia en las diversas citas de los documentos indicados en los párrafos precedentes, especialmente en aquellos que contienen la evaluación técnica de la imputación, la DSE asevera que debe realizarse una evaluación del sustento de las inflexibilidades operativas declaradas por las empresas y que ello corresponde al COES.



En consecuencia, el sustento fáctico sobre el cual la DSE construyó la imputación es impreciso e incongruente con la imputación referida a una simple verificación del cumplimiento de la presentación de determinada información o documentación sustentatoria. En efecto, una evaluación consistente de los actuados en el Expediente N° 201800074986 y del marco legal en que se sustentó el procedimiento administrativo sancionador tramitado en el citado expediente, permite concluir que lo efectivamente imputado estuvo referido a la obligación del COES de evaluar el sustento relacionado con la información sobre las inflexibilidades operativas de las unidades de generación y no sólo la comprobación o verificación de la presentación de tal información o documentación.



En tal sentido, como se ha indicado, este Tribunal emitió su pronunciamiento conforme a ley al haber interpretado correctamente las imputaciones que fueron materia del procedimiento administrativo sancionador correspondiente al Expediente N° 201800074986, y al haber motivado los fundamentos de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, no existiendo error alguno en dicho pronunciamiento.

Sin perjuicio de lo señalado en los considerandos precedentes, resulta oportuno advertir que la comunicación remitida por la DSE a través del Memorandum N° DSE-581-2019 si bien menciona la presunta vulneración del requisito validez del acto administrativo, referido a la motivación, en que se habría incurrido al emitirse la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1, omite indicar o precisar la afectación al interés público que justificaría una revisión de oficio destinada a declarar la nulidad del acto administrativo citado.

Como se ha señalado en el numeral 14) a efectos de proceder con la revisión de oficio y, conforme lo dispone el numeral 213.1 del artículo 213° del TUO de la LPAG, deben concurrir necesariamente los supuestos referidos a que el acto incurra en alguna de las causales de

¹⁶ Disponible en el siguiente enlace web:

<https://dle.rae.es/verificar?m=form>

RESOLUCIÓN N° 260-2019-OS/TASTEM-S1

nulidad previstas en el artículo 10° del citado TUO de la LPAG y que, necesariamente, exista una afectación al interés público o una lesión a los derechos fundamentales.

Por lo tanto, en atención a las consideraciones expuestas este Tribunal ha llegado a la conclusión de que no ha lugar la revisión de oficio para declarar la nulidad de la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1. Ello, toda vez que dicho pronunciamiento no se encuentra incurso en causal de nulidad alguna al haber sido correctamente motivado y expresa de forma clara las imputaciones que fueron materia del procedimiento sancionador en el marco del cual fue emitido.

Finalmente, atendiendo a lo comunicado en el Memorándum N° DSE-581-2019 resulta oportuno mencionar que, de considerar la existencia de conductas distintas a la conducta que configura la imputación señalada por el Tastem, esto es, verificar el sustento de las inflexibilidades operativas, y que dichas conductas constituyan una vulneración a las normas relacionadas con inflexibilidades operativas, la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades, podrá adoptar las medidas que correspondan teniendo en cuenta que la potestad sancionadora de todas las entidades está regida, entre otros, por el Principio de Legalidad, Tipicidad y *Non Bis In Idem*, previstos en los numerales 1), 4) y 11) del artículo 248° del TUO de la LPAG.

De conformidad con los artículos 48 y 49 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM y con el artículo 4 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN y otras disposiciones para el adecuado funcionamiento de los órganos resolutivos, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar que no ha lugar a la revisión de oficio del acto administrativo contenido en la Resolución N° 164-2019-OS/TASTEM-S1 de fecha 9 de agosto de 2019 emitido en el procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201800074986, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo y Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo Morelli.



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE