

Informe Legal N° 152-2024-GRT

Análisis sobre el recurso interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 016-2024-OS/CD

Para : **Luis Enrique Grajeda Puelles**
Gerente de la División Distribución Eléctrica

Referencia : a) Recurso interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A., mediante Carta s/n, recibido el 22/02/2024.

b) Expediente Osinergmin N° 202400042592 (000521-2023-GRT).

Fecha : 08 de marzo de 2024

Resumen Ejecutivo

En el presente informe se analiza el recurso impugnatorio interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 016-2024-OS/CD, mediante la cual se dedara improcedente del recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD, con la que se modificó la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)”.

La empresa solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 016-2024-OS/CD y, en consecuencia, se emita una nueva resolución, al considerar que se ha incumplido la formalidad de prepublicación de la Resolución N° 236-2023-OS/CD. Asimismo, solicita que Osinergmin emita un pronunciamiento respecto a los casos en los cuales tiene la obligación de prepublicar y las situaciones en las cuales no existe esa obligación.

En el presente Informe se concluye lo siguiente:

- Con la Resolución N° 016-2024-OS/CD quedó agotada la vía administrativa según se comunicó a San Gabán en el Oficio N° 205-2024-GRT, estando expedita únicamente la vía judicial y no una nueva impugnación administrativa, ya que, según el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las solicitudes de nulidad se tramitan mediante recursos administrativos. En consecuencia, dicho recurso resulta improcedente.
- Sin perjuicio de la improcedencia del recurso es preciso señalar que: (i) las Resoluciones 236-2023-OS/CD y 016-2024-OS/CD no pueden ser impugnadas a través de la vía administrativa. La primera fue aprobada en el marco del ejercicio de la función normativa de Osinergmin y es la vía judicial la vía correcta para la impugnación de disposiciones normativas. En cuanto a la segunda resolución, con ésta se agotó la vía administrativa; y (ii) En el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS se establecen los casos excepcionales sobre la no obligatoriedad de la prepublicación de proyectos normativos, concluyéndose que no se ha incurrido en ningún vicio de nulidad, al no haberse efectuado la prepublicación de la norma cuestionada por resultar impracticable.

Cabe indicar que recurso impugnatorio ha sido interpuesto por la Empresa como recurso de apelación, sin embargo, tiene la naturaleza de recurso de reconsideración, correspondiendo calificarlo y resolverlo como tal. El plazo para resolver el recurso vence el 14 de marzo de 2024.

Informe Legal N° 152-2024-GRT
Análisis sobre el recurso interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.
contra la Resolución N° 016-2024-OS/CD

1) Antecedentes, resolución impugnada y presentación del recurso

- 1.1** Mediante Decreto Supremo N° 032-2023-EM, publicado el 30 de noviembre de 2023, se reglamenta el artículo 3-A de la Ley N° 27510 (en adelante “Ley FOSE”), suspendiendo la aplicación de dicho Reglamento hasta el 31 de diciembre de 2023 y disponiéndose en la Única Disposición Complementaria Final que Osinergmin aprueba las normas y los procedimientos necesarios para la aplicación de la Ley FOSE y de dicho Reglamento, en un plazo de 30 días calendario contados desde el día siguiente de la publicación del mencionado decreto.
- 1.2** De acuerdo a ello, con Resolución N° 236-2023-OS/CD publicada el 23 de diciembre de 2023, se modificó la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)” (en adelante “Norma FOSE”), aprobada con Resolución N° 063-2023-OS/CD.
- 1.3** Con fecha 15 de enero de 2024, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (en adelante “San Gabán”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD, el cual fue declarado improcedente mediante Resolución N° 016-2024-OS/CD (en adelante “Resolución 016”), publicada el 01 de febrero de 2024.
- 1.4** Con fecha 22 de febrero de 2024, a través de escrito de referencia a), la empresa San Gabán interpone recurso de apelación contra la Resolución 016, cuyo análisis es objeto del presente informe.

2) Admisibilidad y calificación del recurso

- 2.1** El escrito presentado resulta admisible, al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“TUO de la LPAG”).
- 2.2** Considerando que la Resolución 016 fue publicada el 01 de febrero de 2024, el plazo máximo para la interposición de los recursos administrativos por los interesados venció el pasado 22 de febrero de 2024, habiéndose verificado que el recurso de San Gabán ha sido presentado dentro del plazo.
- 2.3** La recurrente solicita la nulidad de la Resolución 016 mediante la interposición de un recurso administrativo, conforme se indica en numeral 11.1 del artículo 112 del TUO de la LPAG.
- 2.4** El recurso administrativo ha sido interpuesto como un recurso de apelación contra la Resolución 016. Sin embargo, según lo establecido en el artículo 220 del TUO de la LPAG, los recursos de apelación deben ser resueltos por el superior jerárquico de la autoridad que expidió el acto administrativo, lo cual no es posible en el presente procedimiento toda vez que la Resolución 016 fue expedida por el Consejo Directivo, órgano que no tiene subordinación jerárquica a otro órgano administrativo y es única instancia, conforme al artículo 6 de la Ley 27332, Ley

Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el artículo 2 del Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, los artículos 21 y 52 inciso k) del Reglamento General de Osinergrmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y los artículos 6 y 7 inciso b) del Reglamento de Organización y Funciones del Osinergrmin.

- 2.5** Teniendo en cuenta que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siendo deber de la autoridad el encauzar el procedimiento; corresponde, en consecuencia, que el recurso sea calificado y encauzado como uno de reconsideración, en ejercicio de la facultad prevista en los artículos 86.3 y 223 del TUO de la LPAG, y sea analizado por la misma autoridad que expidió la resolución impugnada.

3) Petitorio y argumentos del recurso

San Gabán solicita que se dedare fundado su recurso, en mérito del derecho a la pluralidad de instancias, y se emita una nueva resolución, de acuerdo a lo siguiente:

- 3.1** Declarar la nulidad de la Resolución 016 por vulneración de formalidades: San Gabán señala que, el artículo 3 de la Resolución 016 que dispone incorporar como parte integrante de dicha resolución al Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT, vulnera el debido procedimiento, dado que dicho informe no fue puesto de conocimiento de los usuarios, y que en un uso abusivo de la función normativa, Osinergrmin emite resoluciones sin prepublicación, afectando el acceso a la información y el derecho de defensa de los usuarios. Por ello, considera que la resolución debe ser dedarada nula, al haber introducido de manera *extra petita* un documento ajeno a los usuarios.
- 3.2** Emitir una nueva resolución cumpliendo las formalidades y atendiendo su pedido de adaración: La recurrente indica que Osinergrmin no ha desarrollado en la parte considerativa lo expuesto en la parte resolutive del texto de la Resolución N° 236-2023-OS/CD, situación que ha sido alegada y puesta en su recurso de reconsideración lo cual, considera, les causa agravio y que debían ser puestos de conocimiento de los usuarios.
- 3.3** Emitir pronunciamiento respecto a cuándo se debe prepublicar las resoluciones: San Gabán refiere que Osinergrmin debería definir y establecer los casos en que tiene y no tienen la obligación de prepublicar, a fin de no incurrir en vulneraciones bajo el argumento de la premura del tiempo.
- 3.4** San Gabán considera que, con las resoluciones emitidas, se vulnera su derecho de defensa e informalismo, así como los principios de razonabilidad y congruencia de las resoluciones. Añade que existe una afectación a la seguridad jurídica, al haber incumplido los principios de legalidad y participación en la emisión de la Resolución N° 236-2023-OS/CD y la Resolución 016, lo que ha restringido su derecho de efectuar consultas, observaciones u opiniones sobre la propuesta planteada por Osinergrmin, antes de la publicación, vigencia y aplicación final.

4) Análisis Legal

4.1 Sobre el agotamiento de la vía administrativa

- 4.1.1** La Resolución N° 236-2023-OS/CD fue aprobada en el marco del ejercicio de la función normativa de Osinerghmin reconocida en el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada y en el inciso b) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinerghmin aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM.
- 4.1.2** En concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, los reglamentos administrativos solo pueden ser cuestionados en la vía judicial, mediante una vía específica prevista por normas especiales, como lo es el proceso de Acción Popular regulado por el Título VI del Código Procesal Constitucional, y que se encuentra bajo competencia exclusiva del Poder Judicial.
- 4.1.3** Es así que, mediante Resolución 016, Osinerghmin resolvió declarar improcedente el recurso de San Gabán interpuesto contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD, tal como se indicó en el Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT con el que se sustenta la Resolución 016, al tener la Resolución N° 236-2023-OS/CD, naturaleza de reglamento administrativo y no de acto administrativo impugnabile.
- 4.1.4** Ahora bien, en cuanto al recurso de apelación interpuesto por San Gabán contra la Resolución 016, conforme al artículo 11.1 del TUO de la LPAG, los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan, por medio de los recursos administrativos previstos en dicha norma. En consecuencia, los administrados no cuentan con la facultad de solicitar la nulidad vía cualquier escrito, sino únicamente mediante un recurso administrativo; es decir, la solicitud de nulidad de San Gabán formulada en su recurso bajo análisis el 22 de febrero de 2024, debe ser tramitada como un recurso administrativo contra la Resolución 016.
- 4.1.5** De conformidad con lo previsto en el artículo 228.2 del TUO de la LPAG, un acto que agota la vía administrativa es aquel respecto del cual no procede legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 224 del TUO de la LPAG, los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente.
- 4.1.6** En este caso, con la Resolución 016 objeto de recurso, se agotó la vía administrativa tal como fue comunicado a San Gabán en el Oficio N° 205-2024-GRT notificado el 01 de febrero de 2024. En consecuencia, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 228.1 del TUO de la LPAG, 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.
- 4.1.7** Por lo expuesto, el recurso interpuesto por San Gabán deviene en improcedente, al encontrarse agotada la vía administrativa.

4.2 Sobre el Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT

- 4.2.1** En el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG se precisa que un requisito de validez del acto administrativo es la motivación, entendiéndose por ello que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

- 4.2.2** En esa línea, en el numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG se establece que, puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Asimismo, se establece que los informes que sirvan de fundamento a la decisión deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.
- 4.2.3** Teniendo en consideración lo anterior, en la Resolución 016 se precisó que el Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT complementa la motivación que sustenta la decisión del Consejo Directivo de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG.
- 4.2.4** Asimismo, de la revisión del cargo del Oficio N° 205-2024-GRT se evidencia que la Resolución 016 fue notificada conjuntamente con el Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT; por lo que el informe fue puesto de conocimiento a la recurrente. En consecuencia, no se advierte una restricción al derecho y acceso a la información y al derecho de defensa de la recurrente. Asimismo, el referido informe es de acceso público al estar publicado en la página web institucional de Osinergmin¹.
- 4.2.5** En ese sentido, contrariamente a lo alegado por San Gaban, la emisión del Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT no vulnera el debido procedimiento, y tampoco implica una introducción “*extra petita*” de un documento ajeno a los usuarios, pues con éste se complementa la motivación de la Resolución 016, la misma que notificada oportunamente a la recurrente.

4.3 Sobre la solicitud de aclaración y prepublicación del proyecto de la norma

- 4.3.1** Sin perjuicio de que el recurso resulta improcedente y, respecto a la solicitud de aclaración presentada sobre el momento en que se deben y no se deben prepublicar resoluciones; ello constituye un petitio general ajeno a un procedimiento concreto y que no involucra un cuestionamiento sobre lo resuelto en el acto impugnado.
- 4.3.2** En el presente caso, del escrito presentado no se desprende en qué medida la Resolución 016 contendría un concepto oscuro o dudoso y necesario de esclarecer. Por el contrario, en el numeral 4.1 del Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT, que forma parte integrante de la Resolución 016, se precisó que *“en el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, se dispone la excepción de la publicación de los proyectos de normas con carácter general cuando se considere que ésta es impracticable”*.
- 4.3.3** Respecto a la difusión de los proyectos de normas legales de carácter general, en el numeral 1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, se incorpora la obligación de que las entidades públicas dispongan la publicación de los proyectos de normas de carácter, que sean de su competencia, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Es así que conforme al numeral 3.1 del mencionado artículo, se encuentra exceptuada

¹ Portal Osinergmin: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2024.aspx>

la prepublicación cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que esta prepublicación normativa resulta impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público. Ello involucra que el análisis o evaluación para determinar si por excepción una norma no puede ser materia de prepublicación, recaerá en el contexto y naturaleza de cada caso concreto.

4.3.4 Por ello, en el Informe Legal N° 847-2023-GRT, a que se refiere el artículo 3 de la Resolución N° 236-2023-OS/CD, en el cual se evaluó la procedencia de aprobar la modificación de la Norma FOSE, se precisa en los numerales 3.4 y 3.5 que *“se verifica la urgencia en la aprobación del proyecto normativo bajo análisis en tanto que el Decreto 032, publicado el 30 de noviembre de 2023, otorga un plazo de 30 días calendario para que Osinergmin apruebe las normas y/o procedimientos necesarios para la aplicación de lo dispuesto en la Ley FOSE y el Reglamento de los criterios de exclusión establecidos en el artículo 3-A de dicha ley; plazo que vence el 30 de diciembre de 2023, teniendo en cuenta que los alcances del referido artículo 3-A, según la Ley N° 31713 y el Decreto 032 aplican desde el 01 de enero de 2024”*. En ese sentido, se cumplió con explicar la razón por la cual se consideraba que la prepublicación de la norma era impracticable.

4.3.5 Precisamente, por lo señalado en el párrafo precedente, en el Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT se concluyó que resultaba impracticable realizar la prepublicación del proyecto de norma para comentarios, de acuerdo al numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS. En consecuencia, no se evidencia una vulneración a los principios alegados por la recurrente. La no prepublicación se encuentra permitida normativamente, siempre y cuando se cumplan las condiciones advertidas en la norma, como ha ocurrido en el presente caso. Esa misma razón evidencia que carecía de objeto que el Informe Técnico Legal 038-2024-GRT fuera previamente puesto en conocimiento de los usuarios.

5) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso

5.1 Habiéndose calificado como un recurso administrativo, de conformidad con el artículo único de la Ley N° 31603, publicada el 5 noviembre 2022, que modificó el artículo 207 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el plazo para resolver es de quince (15) días hábiles contados a partir de su interposición.

5.2 Teniendo en cuenta que la empresa San Gabán interpuso su recurso impugnatorio el 22 de febrero de 2024, el plazo máximo para resolver dicho recurso es el 14 de marzo de 2024.

5.3 Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG.

6) Conclusiones

6.1 Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente Informe, el recurso impugnatorio interpuesto por la empresa San Gabán contra la Resolución Osinergmin N° 016-2024-OS/CD, tiene la naturaleza de recurso de reconsideración y cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su calificación como tal y resolución del mismo.

- 6.2** Por las razones señaladas en el numeral 4.1 del presente informe, se concluye que la solicitud de nulidad interpuesta por la empresa San Gabán resulta improcedente al encontrarse agotada la vía administrativa, habiéndose emitido con las formalidades de ley y en consecuencia, solo podrá ser impugnada ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.
- 6.3** Sin perjuicio de la improcedencia del recurso, es preciso señalar que en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS se establece, en sentido general, los casos excepcionales por los cuales no es obligatorio la publicación del proyecto de la norma (o prepublicación normativa), lo cual implica que el análisis o evaluación para determinar si, por excepción, una norma no puede ser materia de prepublicación, recaerá en el contexto y naturaleza de cada caso concreto, tal como el efectuado en la Resolución 236-2023-OS/CD, con la cual se modificó la norma, lo que se reiteró en la Resolución 016-2024-OS/CD que resolvió el recurso impugnatorio de San Gabán, donde se evidencia que la prepublicación resultaba impracticable, no siendo pertinente la solicitud de aclaración sobre el momento en que se deben y no deben prepublicar resoluciones, como petitorio general ajeno a un procedimiento concreto y que no involucra un cuestionamiento sobre lo resuelto en el acto impugnado.
- 6.4** La resolución del Consejo Directivo con la que se resuelva el recurso de reconsideración materia del presente informe, deberá expedirse a más tardar el 14 de marzo de 2024 y publicarse en el diario oficial.

[mcastillo]

[jamez]

/apm