MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Resolución Vice Ministerial

Nº 025-2024-MINEM/VME

Lima, 17 OCT. 2024

VISTOS: El documento con Registro N° 3827549, presentado por la empresa ORYGEN PERÚ S.A.A. (en adelante, ORYGEN) a través del cual interpone recurso de apelación contra la Resolución Directoral Nº 0109-2024-MINEM/DGE; el Informe N° 1033-2024-MINEM/OGAJ, de la Oficina General de Asesoría Jurídica (en adelante, la OGAJ); y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 370-2020-MINEM/DM, publicada el 18 de diciembre de 2020, se otorgó a favor de Enel Generación Perú S.A.A. (actualmente denominada ORYGEN PERÚ S.A.A.[1], y en adelante ORYGEN), la concesión definitiva para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica con RER en el proyecto "Central Eólica Wayra Extensión" (en adelante, la CONCESIÓN), ubicado en el distrito de Marcona, provincia de Nasca, departamento de Ica; aprobándose el Contrato de Concesión N° 557-2020 (en adelante, el CONTRATO), donde se estableció que el inicio de obras y la Puesta en Operación Comercial (POC) debía realizarse el 14 de diciembre de 2021 y, a más tardar, el 30 de diciembre de 2022, respectivamente;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 157-2023-MINEM/DM, publicada el 18 de abril de 2023, se aprobó la primera modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO; prorrogándose la fecha de la POC hasta el 8 de enero de 2024, sobre la base de la ocurrencia de eventos calificados como fuerza mayor;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 437-2023-MINEM/DM, publicada el 17 de noviembre de 2023, se aprobó la segunda modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO; prorrogándose la fecha de la POC hasta el 4 de marzo de 2024, sobre la base de la ocurrencia de eventos calificados como de fuerza mayor;

Que, mediante documento con Registro N° 3694910, de fecha 4 de marzo de 2024, complementado con los documentos con Registros N° 3722759 y N° 3735075, de fechas 26 de marzo y 18 de abril de 2024, respectivamente, ORYGEN solicitó la tercera modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO, sustentándose en la ocurrencia de un (1) evento de fuerza mayor, denominado "Fallas de fábrica en la Celda Incoming de la barra 3", a fin de prorrogar las fechas del inicio de obras y la Puesta en Operación Comercial (en adelante, POC) del 4 de marzo de 2024 al 30 de mayo de 2024, contenidas en el Calendario de Ejecución de Obras;

Que, mediante la Resolución Directoral N° 092-2024-MINEM/DGE (en adelante, RD 092), notificada el 07 de junio de 2024, sustentada en el Informe N° 0445-2024-MINEM/DGE-DCE, de fecha 05 de junio de 2024, la DGE concluyó que el EVENTO no califica como causal de fuerza

[1] Según cambio de denominación de razón social comunicada a través del Registro N° 3773385.

mayor, por lo que declaró IMPROCEDENTE la solicitud de la tercera modificación de la CONCESIÓN;

Que, mediante documento con Registro N° 3770540, de fecha 28 de junio de 2024, ORYGEN interpuso recurso de reconsideración contra la RD 092;

Que, mediante Resolución Directoral N° 0109-2024-MINEM/DGE (en adelante, RD 0109), notificada el 13 de agosto de 2024, sustentada en el Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, la DGE declaró INFUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por ORYGEN;

Que, mediante documento con Registro N° 3827549, de fecha 04 de setiembre de 2024, complementado con el documento con Registro N° 3828043, de fecha 05 de setiembre de 2024, ORYGEN interpuso recurso de apelación contra la RD 0109, a través del cual, solicitó al Despacho Viceministerial de Electricidad (en adelante, VME) que le permita el uso de la palabra a fin de exponer los argumentos de su recurso de apelación;

Que, con fecha 02 de octubre de 2024, se llevó a cabo el uso de la palabra solicitado por ORYGEN, con participación de sus representantes legales, así como funcionarios del VME y de la OGAJ;

Que, mediante documentos con Registros N° 3842919 y N° 3849386, de fechas 03 y 15 de octubre de 2024, respectivamente, ORYGEN remitió documentación adicional a su recurso de apelación;

Que, de conformidad con el numeral 120.1 del artículo 120 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce, lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos;

Que, en el numeral 218.1 del artículo 218 del TUO de la LPAG dispone que los recursos administrativos a los que tiene acceso y puede hacer uso el administrado, en caso que la decisión administrativa le ocasione agravio son: (i) Recurso de Reconsideración; (ii) Recurso de Apelación; y (iii) Recurso Administrativo de Revisión siempre y cuando se establezca expresamente por la ley o un decreto legislativo;

Que, en adición a lo señalado en el considerando anterior, el numeral 218.2 del citado artículo 218, establece que el término para la interposición de los citados recursos administrativos, es de quince (15) días perentorios, debiendo resolverse en treinta (30) días por

parte de la administración, en el caso del recurso de apelación; y, quince (15) días en caso del recurso de reconsideración[2];

Que, en el presente caso, ORYGEN interpuso recurso de apelación contra la RD 0109, solicitando se declare su nulidad y, en consecuencia, también la nulidad de la RD 092, por contravenir las disposiciones del artículo 25 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), artículos 37 y 52 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, RLCE) y los principios establecidos en el TUO de la LPAG, argumentando lo siguiente:

Contravención a la LCE y al RLCE

a) De conformidad con el artículo 25 de la LCE y 37 del RLCE, en la etapa de evaluación de admisibilidad, la DGE debe evaluar el cumplimiento por parte del solicitante de los datos y requisitos señalados expresamente en dicha norma.

b) A través del artículo 25 de la LCE, no faculta a la autoridad de evaluar la solicitud, requerir información o documentación distinta a la mencionada en el referido artículo y tiene por objeto evaluar la admisión de la solicitud; sin embargo, en la etapa de evaluación técnico-normativa, la autoridad sí puede requerir información y/o documentación complementaria. No obstante, ello no ha sido previsto para la evaluación de la admisibilidad de la solicitud.

c) A través del artículo 52 del RLCE y el MAPRO de la DGE, se indica que de no haberse formulado oposición (o éstas hayan sido resueltas a favor del peticionario) y habiéndose cumplido con los requisitos de admisibilidad, la DGE procederá a efectuar la evaluación técnico-normativa pertinente. Así también, la DGE podría formular observaciones y solicitar información complementaria hasta en tres (3) oportunidades: (i) si verifica la existencia de deficiencias u omisiones en una primera evaluación de la solicitud presentada; (ii) respecto de la nueva información que presente el solicitante en respuesta al primer requerimiento; y, (iii) excepcionalmente, podrá solicitar información complementaria, de ser necesario para la continuación del trámite.

d) La DGE no puede decidir no formular una segunda ronda de observaciones si considera que la información presentada está incompleta, por lo que, en el marco de los principios administrativos de legalidad, debido procedimiento y verdad material, debe cumplir con las etapas procedimentales dispuestas por las normas, ejercer las

[2] De conformidad con lo establecido en la Ley Nº 31603, que establece la modificación del Artículo 207 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a través del cual, se reduce el plazo para resolver el recurso de reconsideración.
Así como también, conforme a lo dispuesto a través del Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 1633, publicado el 30 agosto 2024.

facultades que le han sido encomendadas y pedir toda la información adicional que sea necesaria para resolver la solicitud de modificación.

Contravención del principio de predictibilidad o confianza legítima

e) De conformidad con el principio de predictibilidad o confianza legítima, previsto en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la DGE debe aplicar los mismos criterios a todos los administrados, sin distinción, conforme a la práctica que se viene aplicando.

f) La DGE no puede ir en contra del principio de confianza legítima y de predictibilidad que deben tener las decisiones administrativas, sin dar razón alguna que pueda justificar la diferencia respecto de casos anteriores, como lo es la Resolución Ministerial N° 331-2021-MINEM/DM, a través de la cual, se consideró como un evento de fuerza mayor las fallas de fábrica en una unidad de generación, en tanto excedía de las "previsiones normales". Es más, en dicha ocasión se tomó en cuenta que la empresa Electro Zaña S.A.C. había acreditado una conducta diligente, al culminar las obras de concesión definitiva y poner en operación la central, al igual que ha ocurrido en el presente caso.

g) Sin embargo, en el presente caso, la DGE a través del Informe N°445-2024-MINEM/DGE que sustenta la RD 092, no consideró el sustento técnico elaborado por HITACHI ENERGY PERÚ S.A. (en adelante, HITACHI), ni el tercero independiente, limitándose a señalar que el fabricante, en este caso, SIEMENS, no admitió que la falla sea de fábrica, exigencia que no fue efectuada en el caso presentado por la empresa Electro Zaña S.A.C.

h) Así también, no cuenta con una debida motivación al no justificar por qué la Falla CI identificada, no constituye una falla de fábrica, limitándose a afirmar que lo expuesto por SIEMENS determinaba que la falla se debió a un error en el proceso de instalación, a pesar de haberse informado y documentado que ello era técnicamente imposible y se contaba con la evidencia de que la pieza desprendida se encontraba dentro de un compartimiento interno al cual ni HITACHI u ORYGEN tienen acceso, pues la celda viene totalmente sellada y ensamblada de fábrica y además que no había existido ningún incidente durante el transporte o conexión de la Celda Incoming.

i) Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 3 del TUO de la LPAG, la debida motivación es un requisito de validez y su vulneración, o la falta de esta, incurre en una causal de nulidad. En consecuencia, para ORYGEN, la RD 092 deviene en nula por falta de motivación.

j) El Informe de Mantenimiento de SIEMENS contenía en sus conclusiones, diagnósticos y observaciones que no estaban asociados con la causa, raíz de la falla como fuese

luego confirmado por la propia SIEMENS en la carta presentada como Nueva Prueba 1 en el Recurso de Reconsideración.

k) Mediante la RD 092, sustentada en el Informe N° 445-2024-MINEM/DGE, la DGE declaró improcedente la solicitud presentada al conjeturar que la "falla se debió a errores durante la instalación", sin desarrollar **el sustento técnico elaborado por HITACHI y los especialistas externos**, limitándose solo a lo indicado por SIEMENS y negándole el valor probatorio correspondiente.

l) A través de la carta presentada por SIEMENS, como una de las nuevas pruebas aportadas a través del Recurso de Reconsideración, como fabricante de la Celda Incoming, se precisó que las observaciones, recomendaciones y/o conclusiones del Informe Mantenimiento SIEMENS no deben ni pueden interpretarse como causantes de la falla presentada en la Celda Incoming debido a que no están orientadas a identificar la causa raíz de la falla como erradamente interpretó la DGE en su Informe N° 445-2024-MINEM/DGE.

m) La nueva prueba 2, denominado "Análisis de Causa Raíz de falla Celda Incoming Siemens FT2-2 (+H16) 33 kV" fue elaborado por el Ingeniero Hugo Delfín Pimentel Malvaceda, un informe externo, en el que especialistas en celdas Gis como la Celda Incoming analizaron la información técnica de la Falla CI y concluyeron entre otros, que la falla es de fábrica.

n) La DGE afirmó a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE, que mediante Informe Técnico N° DSE-STE-17-2019, OSINERGMIN se habría pronunciado sobre la solicitud presentada; sin embargo, dicho informe fue emitido respecto de otra concesión y de otro concesionario, por lo que el sustento, no es aplicable al presente caso.

o) La DGE comete un error técnico a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE, al señalar que las FAT y las SAT "acreditan que la celda pasó las pruebas de fábrica" dicha afirmación evidencia el primer error técnico en el análisis de la DGE puesto que la SAT son "Site Acceptance Test" es decir son pruebas de sitio no de fábrica. Y el segundo error técnico cometido por la DGE es afirmar que una prueba FAT implica que no pueda existir un vicio en la fabricación no identificado por dicha prueba. Todo equipo que es fabricado se emite con una prueba FAT, no hay equipo que sea recibido por un proyecto eléctrico sin prueba FAT y eso no implica que, a pesar de ello, no se presenten fallas de fábrica como ya ha sucedido antes.

p) ORYGEN presentó el Recurso de Reconsideración contra la RD 092, solicitando el uso de la palabra a fin de poder explicar con mayor detalle los aspectos altamente técnicos del expediente; sin embargo, no fue otorgado.

q) Por tanto, considera que la RD 092 y la RD 109, fueron emitidas sin la debida motivación, el cual, es uno de los requisitos de validez del acto administrativo, y por tanto, incurriendo en causal de nulidad.

Sobre la Imprevisibilidad del evento

r) A través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE, se indicó, entre otros, que las fallas de fábrica, de transporte o de montaje no son eventos impredecibles; sin embargo, debe considerarse que la fuerza mayor es un fenómeno que debe observarse y analizarse en concreto y por lo tanto, sus elementos deben evaluarse con relación al hecho específico en el que consiste, teniendo como contexto al contrato y a la relación obligatoria que dicho evento impacta.

Sobre la activación de la póliza de seguro

s) ORYGEN indicó que no tuvo la necesidad de activar la póliza de seguro para cubrir el impacto económico del evento invocado como fuerza mayor, debido a que corresponde a un riesgo económico que no fue asumido, ni trasladado a ORYGEN, al corresponder al contratista. Así, a través del "Contrato EPC para la Construcción de la Subestación Eléctrica del Parque Eólico Wayra Extensión: Obras Civiles e Instalaciones eléctrica", suscrito entre ORYGEN y HITACHI, se estableció que HITACHI garantizaba, entre otros, que cualquier defecto de fabricación de los bienes, como ocurre en el presente caso, el impacto económico sería trasladado a HITACHI y por tanto, ORYGEN no incurrió en ningún costo con ocasión de las actividades que fueron ejecutadas para superar el Evento.

t) Así también, ha sido el mismo HITACHI quien emitió el "Informe Falla Celda MY Incoming Tipo 8DA10 – Subestación Eléctrica del Parque Eólico Wayra" en el que reconoce que se trata de una falla de fábrica.

Que, en el Informe de Vistos, la OGAJ señala que, previamente a la evaluación correspondiente, es pertinente señalar que de acuerdo a los literales l) y p) del artículo 64 del ROF del MINEM, la DGE tiene la función de: *"Evaluar, emitir opinión y tramitar solicitudes de concesiones, autorizaciones y servidumbres para desarrollar actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de otros asuntos de su competencia"*, así como: *"Analizar y evaluar la información técnica, económica y financiera relacionada al Subsector Electricidad";*

Que, de acuerdo con las competencias establecidas en la Resolución Ministerial N° 438-2017-MEM/DM, modificada por la Resolución Ministerial N° 084-2019-MEM/DM, que delega facultades en diversos funcionarios del MINEM, la DGE tiene la competencia de ejercer las facultades inherentes a la posición de Parte Contractual o Interviniente en los Contratos de

Concesión, y en ese contexto, le corresponde evaluar y denegar en su caso, solicitudes de modificación de contratos;

Que, es en ejercicio de dicha facultad que la DGE emitió la RD 092, a través de la cual declara IMPROCEDENTE la solicitud de la tercera modificación de la concesión presentada por ORYGEN, sustentándose en que el evento "Fallas de fábrica de la Celda Incoming de la barra 3" no califica como una causal de fuerza mayor, al considerar que de acuerdo a lo expresando por SIEMENS (empresa encargada de la fabricación de los equipos) en sus informes se evidencia que no se atribuye que lo ocurrido haya sido una falla de fábrica, por el contrario, indicó que formuló una serie de observaciones en el proceso de instalación del equipo, por lo que se evidencia que se trató de errores durante la instalación;

Que, en el presente caso, ORYGEN argumenta que la DGE ha contravenido el artículo 25 de la LCE y el artículo 37 y 52 del RLCE, bajo el entendido de que, de la lectura en conjunto de dichas disposiciones, se concluye que, en el caso de considerarlo necesario, la DGE debió proceder a efectuar la evaluación técnico-normativa pertinente, pudiendo formular observaciones y solicitar información complementaria hasta en tres (3) oportunidades;

Que, al respecto, el artículo 25 de la LCE señala que:

> ***"Artículo 25.-*** *La solicitud para la obtención de concesión definitiva, será presentada al Ministerio de Energía y Minas, con los siguientes datos y requisitos:*
> *(...)*
> *La aprobación de solicitudes de modificación de concesiones o autorizaciones, cuando corresponda, están sujetas a la actualización de los requisitos y verificación de las condiciones previstas en el presente artículo y las normas de inversión privada correspondientes".*

Que, por su parte, los artículos 37 y 52 del RLCE establecen que:

> ***"Artículo 37.-*** *La solicitud de concesión definitiva será presentada observando lo establecido en el artículo 25 de la Ley. (...)"*
>
> ***"Artículo 52*** *.- De no haberse formulado oposición o éstas hayan sido resueltas a favor del peticionario en la vía administrativa , y habiéndose cumplido con los requisitos de admisibilidad , la DGE o el GORE procederá a efectuar la evaluación técnico - normativa pertinente en el marco del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables de acuerdo a la naturaleza del proyecto, con la finalidad de decidir si procede o no el otorgamiento de la concesión.*
>
> *En caso la DGE o el GORE verifiquen la existencia de deficiencias u omisiones en la presentación de la solicitud, podrán observarla por única vez. Asimismo, la DGE o el GORE podrán formular observaciones por única vez respecto a la nueva información*

presentada en la subsanación. Para ambos casos, se otorga al peticionario el plazo de diez (10) días hábiles para que subsane las observaciones formuladas, bajo apercibimiento de declarar inadmisible la solicitud. Excepcionalmente, la DGE o GORE podrán solicitar información complementaria, de ser necesario, para la continuación del trámite correspondiente.

De ser procedente la solicitud, la DGE o el GORE notificará al peticionario el proyecto de resolución y el Contrato de Concesión para que dentro del plazo de tres (03) días hábiles siguientes a la notificación, verifique los datos numéricos, técnicos y de ubicación consignados en los mencionados documentos. Transcurrido el plazo sin mediar respuesta, se considerará que el peticionario está conforme con la información."

Que, asimismo, ORYGEN señala que existieron vulneraciones en la RD 092, al no haber cumplido con el artículo 52 del RLCE y el MAPRO de la DGE, al no realizarse las rondas de observaciones en el marco de la evaluación técnico – normativa; sin embargo, la DGE no se pronunció al respecto a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE;

Que, además, ORYGEN presentó documentación referida a otro caso, en el cual la DGE habría considerado como un evento de fuerza mayor las fallas de fábrica en una unidad de generación, en tanto esto excedía de las "previsiones normales", solicitado por la empresa Electro Zaña S.A.C.; por tanto, alega que se estaría vulnerando el principio de predictibilidad o confianza legítima y el principio de imparcialidad;

Que, por su parte, la DGE señaló en el Informe N° 0329-2024-MINEM/DGE-DCE, que sustenta la RD 065, lo siguiente:

"(...) el requerimiento de la presentación de un EPO actualizado, se debe a que la administración, entiéndase a la DGE, primero tiene la obligación de verificar si las condiciones expresadas en su momento en el Certificado del EPO presentado como parte del expediente que dio origen a la CONCESIÓN, han cambiado, para recién determinar si corresponde aplicar lo dispuesto en el último párrafo del artículo 25 de la LCE y el artículo 37-A del RLCE, esto es, de solicitar la actualización del requisito. Caso contrario, estaríamos ante una arbitrariedad en exigir requisitos que no corresponden ser actualizados, más aún cuando su obtención demanda un costo para el administrado

(...) la DGE al ingresar al portal web del COES, en cumplimiento de sus funciones derivadas de la LCE, el RLCE y en especial por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1246, Decreto Legislativo que Aprueba Diversas Medidas de Simplificación Administrativa, verificó la situación del Certificado del EPO del proyecto, esto es, el aprobado a través de la carta COES/D/DP-1110-2020 - (ver figura 01), verificándose que este se señala como ***No Vigente***

Asimismo, se desprende de la siguiente figura 02 que IBEREÓLICA viene tramitando un nuevo certificado de EPO ante el COES, pero para una potencia instalada de 218,3 MW, el cual se encuentra aún en revisión.

Por otro lado, se recurrió al reporte de Supervisión de Contratos de Proyectos de Generación y Transmisión de Energía Eléctrica de OSINERGMIN al mes de febrero de 2024 (ver figura N° 03), a efectos de verificar el avance físico de las obras del proyecto que nos ocupa, el cual evidencia que el proyecto "Parque Eólico Caraveli" tiene 0% de avance físico de obras, encontrándose en la etapa de desarrollo de los estudios de ingeniería.

Por lo tanto, sobre la base del contenido obrante en el portal web de COES y el reporte de OSINERGMIN, la exigencia de un certificado de EPO vigente para el "Parque Eólico Caraveli", está debidamente justificada, al ser este un requisito indispensable" (subrayado agregado)

Que, al respecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 del TUO de la LPAG, los requisitos mínimos de validez de un acto administrativo son los siguientes: (i) competencia, (ii) objeto o contenido, (iii) finalidad pública, **(iv) motivación**; y, (v) procedimiento regular. Así, el mencionado artículo señala lo siguiente:

*"(...) **Artículo 3**.- Requisitos de validez de los actos administrativos*
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(...)
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

Que, sobre la motivación, Morón Urbina[3] señala que:

"I. Principio General: El deber de motivar las decisiones
La exteriorización obligatoria de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración es denominada motivación. Para el régimen nacional, la motivación ha dejado de ser solo un elemento formal del acto administrativo, para inscribirse dentro del aspecto esencial de la sustancia del acto.

*La exigencia de argumentar la orientación de los actos administrativos, es reconocida como **el mecanismo necesario para permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad en la actuación pública,** dado que obliga al funcionario a razonar, reflexionar, a patentizar tanto la justificación de su acto como el objetivo*

[3] MORÓN URBINA, Juan; Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica, XIV Edición: Lima, 2019. Pp. 244.

perseguido con su emisión, con lo cual brinda mayores posibilidades para evaluar si ejerce su competencia circunscribiéndose solo a dictados de interés público, exponiendo su elemento valioso para una ulterior interpretación, calificación y control de su actuación, en términos de objetividad y finalidad públicas"

Que, asimismo, el artículo 6 del TUO de la LPAG desarrolla la motivación del acto administrativo, indicando que:

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado".

Que, acuerdo a lo señalado previamente, se tiene que la motivación de los actos administrativos, es un requisito mínimo de validez del acto, debiendo ser expresa y precisando la relación concreta entre los hechos probados y las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado;

Que, sin embargo, en el Informe de Vistos, la OGAJ advierte que el pronunciamiento de la DGE no se encuentra debidamente motivado, en tanto que a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE que sustenta la RD 092, no desarrolló el sustento técnico presentado por ORYGEN, a través del documento denominado "Informe Falla Celda MT Incoming Tipo 8DA 10" elaborado por HITACHI, lo cual, es una grave falta de motivación, toda vez que no desvirtuó las precisiones brindadas en el numeral 3.4. y que desarrollan aquellas recomendaciones realizadas a través del "Informe Técnico- Mantenimiento correctivo mayor a Celda 8DA10 de Siemens", y solo consideró que a través de lo expresado por SIEMENS (fabricante de los equipos) se evidenciaría que no se trataría de una falla de fábrica por formular observaciones en el proceso de instalación del equipo que serían de responsabilidad de ORYGEN;

Que, así también, a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, que sustenta la RD 0109, y respecto de la NUEVA PRUEBA 1 (Carta de SIEMENS de fecha 27/06/2024), la DGE no desvirtuó el argumento indicado por Siemens referido a que **ninguno de sus informes presentados tendría por objetivo identificar la causa raíz de la falla** (referido al Informe de Inspección por emisión de ruido en Celda 8DA10+H16 Incoming Busbar") y por el contrario, **consideró que SIEMENS debió de indicar que se trataba de una falla de fábrica**, sin sustentar el motivo técnico y/o jurídico por el cual dicho requisito debe ser presentado durante la tramitación de un procedimiento de modificación de concesión, más aún cuando a través de la NUEVA PRUEBA 2 ("Informe Análisis de Causa Raíz de Falla Celda Incoming Siemens FT"-2 (+H16) 33 kV"), se concluyó que se trataba de una falla de fábrica;

Que, asimismo, se observa que la DGE a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, sin sustento técnico o legal, resta mérito probatorio a la NUEVA PRUEBA 2 por ser un informe de parte y el cual, sí concluye que se trataría de una falla de fábrica y por el contrario,

solo considera las NUEVAS PRUEBAS 1, 3 y 4, a través del cual, según refieren, acreditaría lo contrario. Así como también, no brindó atención al pedido de uso de la palabra, ni desarrolló de manera motivada tal omisión y tomó en cuenta un informe emitido por OSINERGMIN respecto de otra concesión y otro concesionario para sustentar que no se trataría de un evento que califica como fuerza mayor;

Que, a mayor abundamiento, se observa que la DGE no desarrolla los alcances de lo dispuesto en el artículo 25 de la LCE, así como del artículo 37 y 52 del RLCE, los cuales establecen los requisitos técnicos-legales para la solicitud de modificación de concesiones, así como el procedimiento para su evaluación, considerando que ORYGEN cuestionó que no se haya cumplido con realizar una nueva ronda de observaciones a la información presentada;

Que, por tanto, al haberse verificado que el pronunciamiento de la DGE no se encuentra debidamente motivado, corresponde declarar su nulidad, debiendo retrotraer el procedimiento a la etapa en la cual la DGE evalúe y emita un pronunciamiento respecto a la solicitud de la tercera modificación de la concesión presentada por ORYGEN, de conformidad con lo señalado en el numeral 12.1 del artículo 12 del TUO de la LPAG[4];

Que, en ese contexto, al determinarse que el pronunciamiento de la DGE no se encuentra debidamente motivado, carece de objeto pronunciarse sobre los argumentos de ORYGEN; no obstante, al momento de emitir su nuevo pronunciamiento, la DGE deberá evaluar dichos argumentos, incluido el antecedente señalado por ORYGEN en su recurso de apelación, referido a la Resolución Ministerial N° 331-2021-MINEM/DM, a través de la cual, se consideró como un evento de fuerza mayor las fallas de fábrica en una unidad de generación, en tanto esto excedía de las "previsiones normales", solicitado por la empresa Electro Zaña S.A.C., así como los argumentos referido a la imprevisibilidad del evento y la activación de la póliza de seguro a cargo de HITACHI y los argumentos referidos a la Prueba FAT y Prueba SAT que según refiere ORYGEN la DGE cometió un error técnico en su interpretación;

Que, ahora bien, es importante señalar que, de conformidad con el numeral 13.1 del artículo 13 del TUO de la LPAG[5], la nulidad de un acto implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él;

Que, en el presente caso, se advierte que el pronunciamiento de la DGE que habría incurrido en nulidad, sería la RD 092, que declaró **IMPROCEDENTE** la solicitud de la tercera modificación de la concesión; no obstante, también corresponde declarar la nulidad de la RD 0109, que declaró **INFUNDADA** el recurso de reconsideración interpuesto contra la RD 092;

---

4 ***"Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad***
12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro".

5 ***"Artículo 13.- Alcances de la nulidad***
13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él"

Que, por su parte, de acuerdo con el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG[6], al declararse la nulidad del acto administrativo, también debe disponerse lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta;

Que, sobre el particular, Morón Urbina[7] señala que:

> "***III. Promoción de responsabilidad funcional ante nulidades por ilegalidad manifiesta***
> *(...) la reforma de la LPAG ha establecido que la acción de deslinde será necesaria en los casos en que la nulidad sea consecuencia de advertir una 'ilegalidad manifiesta' y no frente a cualquier tipo de vicio en el procedimiento o en el acto (...)*
>
> *Ahora la clave para determinar si una declaratoria de nulidad vendrá aparejada del deslinde de responsabilidad está en que la autoridad superior considere que la causal de la invalidez sea una 'ilegalidad manifiesta' o una de tipo 'no manifiesto'. Ciertamente esta diferenciación no es unívoca porque permite tener márgenes de valoración en el superior jerárquico, pero podría deducirse que la idea es que no haya promoción de la responsabilidad, cuando la autoridad de primera instancia haya sido diligente, respetando el debido proceso y aplicado las normas vigentes y aplicables al caso, y no cuando, por ejemplo, exista diferencias valorativas sobre los medios probatorios entre la primera y segunda instancia (...)*" (Subrayado agregado).

Que, sobre el particular, no se advierte que en el presente caso la DGE haya incurrido en una ilegalidad manifiesta, en tanto su pronunciamiento se efectuó en el marco del desarrollo del procedimiento, y de conformidad con la normativa vigente; no obstante, resulta necesario que complemente la motivación de su decisión, más aún considerando los argumentos expuestos por el administrado, y debiendo pronunciarse por el nuevo antecedente desarrollado en su recurso de apelación;

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único de Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 009-93-EM y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2007-EM y sus modificatorias;

---

6 ***"Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad***
11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico".

7 MORÓN URBINA, Juan; Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica, XIV Edición: Lima, 2019. Pp. 264-265.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Resolución Vice Ministerial

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa ORYGEN PERÚ S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 0109-2024-MINEM/DGE, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Vice Ministerial.

Artículo 2.- Declarar nula la Resolución Directoral N° 092-2024-MINEM/DGE, y todos los actos sucesivos posteriores vinculados a ésta, debiendo retrotraerse el procedimiento a la etapa en la cual la DGE evalúe la solicitud de la tercera modificación de la concesión definitiva para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica con RER en el proyecto "Central Eólica Wayra Extensión" presentada por la empresa ORYGEN PERÚ S.A.A., debiendo emitir un pronunciamiento debidamente motivado, teniendo en cuenta lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución Vice Ministerial, y en el Informe de Vistos que la sustenta.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución Vice Ministerial a la empresa ORYGEN PERÚ S.A.A., conjuntamente con el Informe N° 1033-2024-MINEM/OGAJ, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Regístrese y comuníquese.

VICTOR CARLOS ESTRELLA
VICEMINISTRO DE ELECTRICIDAD

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS
Viceministro de Electricidad
RECIBIDO
17 OCT. 2024
Por: ..... Firma: .....
Reg: ..... Hora: 18:30

INFORME N° 1033-2024-MINEM/OGAJ

A : Sr. Víctor Teodoro Carlos Estrella
Viceministro de Electricidad

Asunto : Recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral N° 0109-2024-MINEM/DGE

Referencia : a) Memorandos N° 00516-2024/MINEM-VME y N° 00579-2024/MINEM-VME
b) Memorando N° 01912-2024/MINEM-DGE
c) Resolución Directoral N° 0109-2024-MINEM/DGE
Registros N° 3827549, N° 3828043[1], N° 3842919 y 3849386[2]

Fecha : San Borja, 17 de octubre de 2024

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación al asunto de la referencia, a fin de informarle lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante Resolución Ministerial N° 370-2020-MINEM/DM, publicada el 18 de diciembre de 2020, se otorgó a favor de Enel Generación Perú S.A.A. (actualmente denominada ORYGEN PERÚ S.A.A.[3], y en adelante ORYGEN), la concesión definitiva para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica con RER en el proyecto "Central Eólica Wayra Extensión" (en adelante, la CONCESIÓN), ubicado en el distrito de Marcona, provincia de Nasca, departamento de Ica; aprobándose el Contrato de Concesión N° 557-2020 (en adelante, el CONTRATO), donde se estableció que el inicio de obras y la Puesta en Operación Comercial (POC) debía realizarse el 14 de diciembre de 2021 y, a más tardar, el 30 de diciembre de 2022, respectivamente.

1.2 Mediante Resolución Ministerial N° 157-2023-MINEM/DM, publicada el 18 de abril de 2023, se aprobó la primera modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO; prorrogándose la fecha de la POC hasta el 8 de enero de 2024, sobre la base de la ocurrencia de eventos calificados como de fuerza mayor.

1.3 Mediante Resolución Ministerial N° 437-2023-MINEM/DM, publicada el 17 de noviembre de 2023, se aprobó la segunda modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO; prorrogándose la fecha de la POC hasta el 4 de marzo de 2024, sobre la base de la ocurrencia de eventos calificados como de fuerza mayor.

1.4 Mediante documento con Registro N° 3694910, de fecha 4 de marzo de 2024, complementado con los documentos con Registros N° 3722759 y N° 3735075, de fechas 26 de marzo y 18 de abril de 2024, respectivamente, ORYGEN solicitó la tercera modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO, sustentándose en la ocurrencia de un (1) evento de fuerza mayor, denominado "Fallas de fábrica en la Celda Incoming

---

[1] Mediante documento con Registro N° 3828046 de fecha 05 de setiembre de 2024, ingresó la misma documentación, remitida a esta Oficina General de Asesoría Jurídica, por el Despacho Viceministerial de Electricidad.

[2] Mediante documento con Registro N° 3849385 de fecha 15 de octubre de 2024, ingresó la misma documentación, remitida a esta Oficina General de Asesoría Jurídica, por el Despacho Viceministerial de Electricidad.

[3] Según cambio de denominación de razón social comunicada a través del Registro N° 3773385.

de la barra 3", a fin de prorrogar las fechas del inicio de obras y la Puesta en Operación Comercial (en adelante, POC) del 4 de marzo de 2024 al 30 de mayo de 2024, contenida en el Calendario de Ejecución de Obras.

1.5 Mediante Oficio N° 0547-2024-MINEM/DGE, notificado el 12 de marzo de 2024, la Dirección General de Electricidad (en adelante, DGE) observó la solicitud presentada, formulándose tres requerimientos, para cuya subsanación se otorgó el plazo de diez (10) días hábiles, bajo apercibimiento de declarar inadmisible dicha solicitud; entre ellos, el siguiente: "*3. Presentar pruebas fehacientes que acredite que el evento de fuerza mayor invocado se trata realmente de fallas de fábrica, toda vez que, en los documentos emitidos por SIEMENS se hace mención a una serie de deficiencias en el proceso de instalación.*"

1.6 Mediante documento con Registro N° 3722759, de fecha 26 de marzo de 2024, ORYGEN atendió dentro del plazo, dos (2) de las tres (3) observaciones formuladas a través del referido Oficio N° 0547-2024-MINEM/DGE, solicitando un plazo adicional de quince (15) días hábiles para presentar el informe final que sustente la falla, referido a la tercera observación.

1.7 Mediante Oficio N° 0740-2024-MINEM/DGE, notificado el 15 de abril de 2024, la DGE otorgó el plazo solicitado por ORYGEN a través del documento con Registro N° 3722759, bajo apercibimiento de declarar inadmisible la solicitud.

1.8 Mediante documento con Registro N° 3735075, de fecha 18 de abril de 2024, ORYGEN atendió dentro del plazo, la observación formulada a través del referido Oficio N° 0740-2024-MINEM/DGE.

1.9 Mediante Oficio N° 0837-2024-MINEM/DGE, notificado el 26 de abril de 2024, la DGE solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) emitir opinión sobre el evento de fuerza mayor invocado por ORYGEN.

1.10 Mediante Oficio N° 862-2024-OS-DSE, documento con Registro N° 3749348, de fecha 17 de mayo de 2024, OSINERGMIN adjuntó el Informe N° DSE-SIE-137-2024, en el que informó sobre el estado del proyecto "Central Eólica Wayra Extensión" y concluyó en el numeral 9.2 que dicho proyecto registra un avance global del 99,5%; sin embargo, no emitió opinión del evento invocado como fuerza mayor que nos ocupa, por el contrario, en el numeral 9.4 concluyó lo siguiente: "*Sobre el evento invocado por la Concesionaria, referido a "Fallas de fábrica en la Celda Incoming de la barra 3" que afectaron los hitos "Mechanical Completion", "Commissioning" y "Puesta en Operación Comercial" del Calendario de Ejecución de Obras, corresponde al MINEM evaluarlo, y, de ser el caso, calificarlo como Fuerza Mayor, así como establecer el tiempo de afectación y, de ser el caso, considerar la viabilidad del otorgamiento de la ampliación de plazo correspondiente.*".

1.11 Mediante Resolución Directoral N° 092-2024-MINEM/DGE (en adelante, RD 092), notificada el 07 de junio de 2024, sustentada en el Informe N° 0445-2024-MINEM/DGE-DCE, de fecha 05 de junio de 2024, la DGE concluyó que el EVENTO no califica como causal de fuerza mayor, por lo que declaró **IMPROCEDENTE** la solicitud de la tercera modificación de la CONCESIÓN.

1.12 Mediante documento con Registro N° 3770540, de fecha 28 de junio de 2024, ORYGEN interpuso recurso de reconsideración contra la RD 092.

1.13 Mediante Resolución Directoral N° 0109-2024-MINEM/DGE (en adelante, RD 0109), notificada el 13 de agosto de 2024, sustentada en el Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, la DGE declaró **INFUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto por ORYGEN.

1.14 Mediante documento con Registro N° 3827549, de fecha 04 de setiembre de 2024, complementado con el documento con Registro N° 3828043, de fecha 05 de setiembre de 2024, ORYGEN interpuso recurso de apelación contra la RD 0109, a través del cual, solicitó al VME que le permita el uso de la palabra a fin de exponer los argumentos de su recurso de apelación.

1.15 Mediante Memorando N° 01912-2024/MINEM-DGE, de fecha 10 de setiembre de 2024, la DGE elevó el recurso de apelación al Despacho Viceministerial de Electricidad (en adelante, VME), a fin de que resuelva en su calidad de superior jerárquico.

1.16 Mediante Memorando N° 00516-2024/MINEM-VME, de fecha 11 de setiembre de 2024, el VME remitió el expediente a esta Oficina General de Asesoría Jurídica (en adelante, OGAJ), a fin de que efectúe la evaluación legal respectiva.

1.17 Con fecha 02 de octubre de 2024, se llevó a cabo el uso de la palabra solicitado por ORYGEN, con participación de sus representantes legales, así como funcionarios del VME y de OGAJ.

1.18 Mediante documentos con Registros N° 3842919 y N° 3849386, de fechas 03 y 15 de octubre de 2024, respectivamente, ORYGEN remitió documentación adicional a su recurso de apelación.

II. BASE LEGAL

2.1. Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas.
2.2. Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.
2.3. Decreto Supremo N° 009-93-EM, que aprueba el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.
2.4. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
2.5. Decreto Supremo Nº 031-2007-EM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas.
2.6. Decreto Supremo N° 038-2014-EM, que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Energía y Minas.
2.7. Resolución Ministerial N° 438-2017-MEM/DM, modificada por la Resolución Ministerial N° 084-2019-MEM/DM, que delega facultades en diversos funcionarios del MINEM.

III. ANÁLISIS

Competencia de la Oficina General de Asesoría Jurídica

3.1. De conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo Nº 031-2007-EM y modificatorias (en adelante, ROF del MINEM) la OGAJ es el órgano de asesoramiento del Ministerio encargado de asesorar a la Alta Dirección y a los demás órganos del Ministerio, cuando corresponda; emitiendo opinión sobre aspectos legales del Sector.

3.2. En esa línea, conforme al literal e) del artículo 49 del ROF del MINEM, esta Oficina General tiene entre sus funciones: emitir opinión sobre los recursos impugnativos, quejas y oposiciones interpuestos contra las resoluciones que se resuelvan en última instancia administrativa, en los casos que corresponda.

3.3. Por tanto, en cumplimiento de su rol de asesoramiento, corresponde a la OGAJ emitir opinión respecto del recurso de apelación interpuesto contra la RD 0109.

Petitorio del recurso de apelación

3.4. ORYGEN solicitó que se declare la nulidad y se deje sin efecto la RD 0109 y, en consecuencia, también la nulidad de la RD 092, por contravenir las disposiciones del artículo 25 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), los artículos 37 y 52 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, RLCE) y los principios establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

3.5. En consecuencia, solicita se admita y apruebe la solicitud de modificación de la concesión definitiva de generación para el proyecto "Central Eólica Wayra Extensión", en los términos solicitados por ORYGEN.

Admisibilidad del Recurso de Apelación

3.6. De acuerdo con lo establecido en el numeral 120.1 del artículo 120 y el numeral 217.1 del artículo 217 del TUO de la LPAG, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce, lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos correspondientes.

3.7. En ese sentido, el artículo 218 del TUO de la LPAG dispone que los recursos administrativos a los que tiene acceso y puede hacer uso el administrado, en caso que la decisión administrativa le ocasione agravio son: (i) Recurso de Reconsideración; (ii) Recurso de Apelación; y (iii) Recurso Administrativo de Revisión, estableciendo que el término para la interposición de los citados recursos administrativos, es de quince (15) días perentorios, debiendo resolverse en treinta (30) días por parte de la administración, en el caso del recurso de apelación, y quince (15) días en caso del recurso de reconsideración[4].

3.8. En el presente caso, de acuerdo a los actuados del expediente, se observa lo siguiente:

- Mediante documento con Registro N° 3694910, de fecha 4 de marzo de 2024, complementado con los documentos con Registros N° 3722759 y N° 3735075, de fechas 26 de marzo y 18 de abril de 2024, respectivamente; ORYGEN solicitó la tercera modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO, sustentándose en la ocurrencia de un (1) evento de fuerza mayor.

[4] De conformidad con lo establecido en la Ley N° 31603, que establece la modificación del artículo 207 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a través del cual, se reduce el plazo para resolver el recurso de reconsideración.
Así como también, conforme a lo dispuesto a través del Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1633, publicado el 30 agosto 2024.

- Mediante RD 092, notificada el 07 de junio de 2024, la DGE declaró **IMPROCEDENTE** la solicitud de la tercera modificación de la CONCESIÓN y del CONTRATO presentada por ORYGEN.
- Mediante documento con Registro N° 3770540, de fecha 28 de junio de 2024, ORYGEN presentó recurso de reconsideración contra la RD 092.
- Mediante RD 0109, notificada el 13 de agosto de 2024, la DGE declaró **INFUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto por ORYGEN.
- Mediante documento con Registro N° 3827549, de fecha 04 de setiembre de 2024, complementado con los documentos con Registros N° 3828043, N° 3842919 y N° 3849386, de fechas 05 de setiembre, 03 de octubre y 15 de octubre de 2024, respectivamente, ORYGEN interpuso recurso de apelación contra la RD 0109.

3.9. Sobre el particular, esta Oficina General verifica que el recurso de apelación ha sido interpuesto dentro del plazo de quince (15) días hábiles establecido en el TUO de la LPAG, por ende, se han observado los criterios de formalidad establecidos en la normativa, por lo que corresponde su evaluación.

3.10. Considerando que el plazo para resolver es de treinta (30) días hábiles, y teniendo en cuenta la fecha de interposición del recurso de apelación, el plazo máximo para resolver es el **18 de octubre de 2024**[5].

3.11. Como puede apreciarse, el recurso de apelación presentado se encuentra dentro del plazo máximo para resolver y, en ese sentido, se procede a realizar la evaluación correspondiente.

3.12. Finalmente, cabe precisar que, de acuerdo al artículo 225 del TUO de la LPAG, el silencio administrativo en materia de recursos se rige por lo dispuesto en el artículo 38 y el sub numeral 2) del numeral 35.1 del artículo 35 del mismo cuerpo legal.

Normativa sobre el Recurso de Apelación

3.13. El artículo 220 del TUO de la LPAG, describe el recurso de apelación de la siguiente manera:

> ***"Artículo 220.- Recurso de apelación***
> *El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."*

3.14. De acuerdo a la doctrina, el recurso de apelación tiene *"como presupuesto la existencia de una jerarquía administrativa titular de la potestad de corrección, y por eso su finalidad es exigir al superior que examine lo actuado y resuelto por el subordinado de ahí que este recurso podamos ejercerlo únicamente cuando cuestionemos actos emitidos por un órgano administrativo subordinado jerárquicamente a otro y no cuando se trate de actos emitidos por la máxima autoridad de órganos autárquicos, autónomos o carentes de tutela administrativa"*[6].

---

5 No se contabiliza en el cómputo del plazo, los días 07 y 08 de octubre de 2024, al tratarse de días no laborables para el sector público y/o feriados nacionales.

6 Morón, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 14va edición. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p. 221.

3.15. Cabe resaltar que la decisión que resuelve el recurso de apelación debe ser emitida mediante Resolución del Despacho Viceministerial de Electricidad, de conformidad con el artículo 220 del TUO de la LPAG y el artículo 63 del ROF del MINEM. Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta resolución pone fin a la instancia administrativa.

Argumentos del recurso de apelación

3.16. En el presente caso, ORYGEN interpuso recurso de apelación contra la RD 0109, argumentando lo siguiente:

Contravención a la LCE y al RLCE

a) De conformidad con el artículo 25 de la LCE y 37 del RLCE, en la etapa de evaluación de admisibilidad, la DGE debe evaluar el cumplimiento por parte del solicitante de los datos y requisitos señalados expresamente en dicha norma.

b) A través del artículo 25 de la LCE, no faculta a la autoridad de evaluar la solicitud, requerir información o documentación distinta a la mencionada en el referido artículo y tiene por objeto evaluar la admisión de la solicitud; sin embargo, en la etapa de evaluación técnico-normativa, la autoridad sí puede requerir información y/o documentación complementaria. No obstante, ello no ha sido previsto para la evaluación de la admisibilidad de la solicitud.

c) A través del artículo 52 del RLCE y el MAPRO de la DGE, se indica que de no haberse formulado oposición (o éstas hayan sido resueltas a favor del peticionario) y habiéndose cumplido con los requisitos de admisibilidad, la DGE procederá a efectuar la evaluación técnico-normativa pertinente. Así también, la DGE podría formular observaciones y solicitar información complementaria hasta en tres (3) oportunidades: (i) si verifica la existencia de deficiencias u omisiones en una primera evaluación de la solicitud presentada; (ii) respecto de la nueva información que presente el solicitante en respuesta al primer requerimiento; y, (iii) excepcionalmente, podrá solicitar información complementaria, de ser necesario para la continuación del trámite.

d) La DGE no puede decidir no formular una segunda ronda de observaciones si considera que la información presentada está incompleta, por lo que, en el marco de los principios administrativos de legalidad, debido procedimiento y verdad material, debe cumplir con las etapas procedimentales dispuestas por las normas, ejercer las facultades que le han sido encomendadas y pedir toda la información adicional que sea necesaria para resolver la solicitud de modificación.

Contravención del principio de predictibilidad o confianza legítima

e) De conformidad con el principio de predictibilidad o confianza legítima, previsto en el numeral 1.15, del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la DGE debe aplicar los mismos criterios a todos los administrados, sin distinción, conforme a la práctica que se viene aplicando.

f) La DGE no puede ir en contra del principio de confianza legítima y de predictibilidad que deben tener las decisiones administrativas, sin dar razón

alguna que pueda justificar la diferencia respecto de casos anteriores, como lo es la Resolución Ministerial N° 331-2021-MINEM/DM, a través de la cual, se consideró como un evento de fuerza mayor las fallas de fábrica en una unidad de generación, en tanto excedía de las "previsiones normales". Es más, en dicha ocasión se tomó en cuenta que la empresa Electro Zaña S.A.C. había acreditado una conducta diligente, al culminar las obras de concesión definitiva y poner en operación la central, al igual que ha ocurrido en el presente caso.

g) Sin embargo, en el presente caso, la DGE a través del Informe N° 445-2024-MINEM/DGE que sustenta la RD 092, no consideró el sustento técnico elaborado por HITACHI ENERGY PERÚ S.A. (en adelante, HITACHI), ni el tercero independiente, limitándose a señalar que el fabricante, en este caso, SIEMENS no admitió que la falla sea de fábrica, exigencia que no fue efectuada en el caso presentado por la empresa Electro Zaña S.A.C.

h) Así también, **no cuenta con una debida motivación** al no justificar por qué la Falla CI identificada, no constituye una falla de fábrica, limitándose a afirmar que lo expuesto por SIEMENS determinaba que la falla se debió a un error en el proceso de instalación, a pesar de haberse informado y documentado que ello era técnicamente imposible y se contaba con la evidencia de que la pieza desprendida se encontraba dentro de un compartimiento interno al cual ni HITACHI u ORYGEN tienen acceso, pues la celda viene totalmente sellada y ensamblada de fábrica y además que no había existido ningún incidente durante el transporte o conexión de la Celda Incoming.

i) Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 3 del TUO de la LPAG, la debida motivación es un requisito de validez y su vulneración, o la falta de esta, incurre en una causal de nulidad. En consecuencia, para ORYGEN, la RD 092 deviene en nula por falta de motivación.

j) El Informe de Mantenimiento de SIEMENS contenía en sus conclusiones, diagnósticos y observaciones que no estaban asociados con la causa, raíz de la falla como fuese luego confirmado por la propia SIEMENS en la carta presentada como Nueva Prueba 1 en el Recurso de Reconsideración.

k) Mediante la RD 092, sustentada en el Informe N° 445-2024-MINEM/DGE, la DGE declaró improcedente la solicitud presentada al conjeturar que la "falla se debió a errores durante la instalación", sin desarrollar **el sustento técnico elaborado por HITACHI y los especialistas externos**, limitándose solo a lo indicado por SIEMENS y negándole el valor probatorio correspondiente.

l) A través de la carta presentada por SIEMENS, como una de las nuevas pruebas aportadas a través del Recurso de Reconsideración, como fabricante de la Celda Incoming, se precisó que las observaciones, recomendaciones y/o conclusiones del Informe Mantenimiento SIEMENS no deben ni pueden interpretarse como causantes de la falla presentada en la Celda Incoming debido a que no están orientadas a identificar la causa raíz de la falla como erradamente interpretó la DGE en su Informe N° 445-2024-MINEM/DGE.

m) La nueva prueba 2, denominado "Análisis de Causa Raíz de falla Celda Incoming Siemens FT2-2 (+H16) 33 kV" fue elaborado por el Ingeniero Hugo Delfín Pimentel

Malvaceda, un informe externo, en el que especialistas en celdas Gis como la Celda Incoming analizaron la información técnica de la Falla CI y concluyeron entre otros, que la falla es de fábrica.

n) La DGE afirmó a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE, que mediante Informe Técnico N° DSE-STE-17-2019, OSINERGMIN se habría pronunciado sobre la solicitud presentada; sin embargo, dicho informe fue emitido respecto de otra concesión y de otro concesionario, por lo que el sustento, no es aplicable al presente caso.

o) La DGE comete un error técnico a través del Informe 608-2024-MINEM/DGE, al señalar que las FAT y las SAT "acreditan que la celda pasó las pruebas de fábrica" dicha afirmación evidencia el primer error técnico en el análisis de la DGE puesto que la SAT son "Site Acceptance Test" es decir son pruebas de sitio no de fábrica. Y el segundo error técnico cometido por la DGE es afirmar que una prueba FAT implica que no pueda existir un vicio en la fabricación no identificado por dicha prueba. Todo equipo que es fabricado se emite con una prueba FAT, no hay equipo que sea recibido por un proyecto eléctrico sin prueba FAT y eso no implica que, a pesar de ello, no se presenten fallas de fábrica como ya ha sucedido antes.

p) ORYGEN presentó el Recurso de Reconsideración contra la RD 092, solicitando el uso de la palabra a fin de poder explicar con mayor detalle los aspectos altamente técnicos del expediente; sin embargo, no fue otorgado.

q) Por tanto, considera que la RD 092 y la RD 109, fueron emitidas sin la debida motivación, el cual, es uno de los requisitos de validez del acto administrativo, y por tanto, incurriendo en causal de nulidad.

Sobre la Imprevisibilidad del evento

r) A través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE, se indicó, entre otros, que las fallas de fábrica, de transporte o de montaje no son eventos impredecibles; sin embargo, debe considerarse que la fuerza mayor es un fenómeno que debe observarse y analizarse en concreto y por lo tanto, sus elementos deben evaluarse con relación al hecho específico en el que consiste, teniendo como contexto al contrato y a la relación obligatoria que dicho evento impacta.

Sobre la activación de la póliza de seguro

s) ORYGEN indicó que no tuvo la necesidad de activar la póliza de seguro para cubrir el impacto económico del evento invocado como fuerza mayor, debido a que corresponde a un riesgo económico que no fue asumido, ni trasladado a ORYGEN, al corresponder al contratista. Así, a través del "Contrato EPC para la Construcción de la Subestación Eléctrica del Parque Eólico Wayra Extensión: Obras Civiles e Instalaciones eléctrica", suscrito entre ORYGEN y HITACHI, se estableció que HITACHI garantizaba, entre otros, que cualquier defecto de fabricación de los bienes, como ocurre en el presente caso, el impacto económico sería trasladado a HITACHI y por tanto, ORYGEN no incurrió en ningún costo con ocasión de las actividades que fueron ejecutadas para superar el Evento.

t) Así también, ha sido el mismo HITACHI quien emitió el "Informe Falla Celda MY Incoming Tipo 8DA10 – Subestación Eléctrica del Parque Eólico Wayra" en el que reconoce que se trata de una falla de fábrica.

Evaluación legal del recurso de apelación

3.17. Previamente a la evaluación legal de los argumentos expuestos por ORYGEN, esta OGAJ considera pertinente señalar que, de acuerdo a los literales l) y p) del artículo 64 del ROF del MINEM, la DGE tiene la función de: *"Evaluar, emitir opinión y tramitar solicitudes de concesiones, autorizaciones y servidumbres para desarrollar actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de otros asuntos de su competencia"*, así como: *"Analizar y evaluar la información técnica, económica y financiera relacionada al Subsector Electricidad"*.

3.18. Asimismo, de acuerdo con las competencias establecidas en la Resolución Ministerial N° 438-2017-MEM/DM, modificada por la Resolución Ministerial N° 084-2019-MEM/DM, que delega facultades en diversos funcionarios del MINEM, la DGE tiene la competencia de ejercer las facultades inherentes a la posición de Parte Contractual o Interviniente en los Contratos de Concesión, y en ese contexto, le corresponde evaluar y denegar en su caso, solicitudes de modificación de contratos.

3.19. En ese contexto, se advierte que es en ejercicio de dicha facultad que la DGE emitió la RD 092, a través de la cual declara IMPROCEDENTE la solicitud de la tercera modificación de la concesión presentada por ORYGEN, sustentándose en la ocurrencia del evento de fuerza mayor, denominado **"Fallas de fábrica en la Celda Incoming de la barra 3"**. Por tanto, corresponderá a esta OGAJ verificar que el pronunciamiento de la DGE haya sido emitido de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

3.20. Sobre el particular, en el presente caso, ORYGEN argumenta que la DGE declaró improcedente la solicitud presentada al conjeturar que la "falla se debió a errores durante la instalación"; sin embargo, no desarrolló el sustento técnico presentado por HITACHI y los especialistas externos, lo cual, es una grave falta de motivación, al solo citar las conclusiones y negar el valor probatorio correspondiente.

3.21. Así también, argumentó que la DGE habría dejado de aplicar el artículo 52 del RLCE, debido a que en el caso de que se verifique la existencia de deficiencias u omisiones en la presentación de la solicitud, podrá realizar observaciones hasta en tres (3) oportunidades. No obstante, ello no fue previsto para la evaluación de la admisibilidad de la solicitud, lo cual, coincide con lo indicado a través del MAPRO de la DGE.

3.22. Al respecto, el artículo 25 de la LCE señala que:

> ***"Artículo 25.-*** *La solicitud para la obtención de concesión definitiva, será presentada al Ministerio de Energía y Minas, con los siguientes datos y requisitos:*
> *(...)*
> *La aprobación de solicitudes de modificación de concesiones o autorizaciones, cuando corresponda, están sujetas a la actualización de los requisitos y verificación de las condiciones previstas en el presente artículo y las normas de inversión privada correspondientes".*

3.23. Por su parte, el artículo 37 del RLCE establece que:

*"**Artículo 37.-** La solicitud de concesión definitiva será presentada observando lo establecido en el artículo*
25 de la Ley.
(...)"

3.24. Así también, a través del artículo 52 del RLCE se establece que:

*"**Artículo 52** .- De no haberse formulado oposición o éstas hayan sido resueltas a favor del peticionario en la vía administrativa , y habiéndose cumplido con los requisitos de admisibilidad , la DGE o el GORE procederá a efectuar la evaluación técnico - normativa pertinente en el marco del Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables de acuerdo a la naturaleza del proyecto, con la finalidad de decidir si procede o no el otorgamiento de la concesión.*

En caso la DGE o el GORE verifiquen la existencia de deficiencias u omisiones en la presentación de la solicitud, podrán observarla por única vez. Asimismo, la DGE o el GORE podrán formular observaciones por única vez respecto a la nueva información presentada en la subsanación. Para ambos casos, se otorga al peticionario el plazo de diez (10) días hábiles para que subsane las observaciones formuladas, bajo apercibimiento de declarar inadmisible la solicitud. Excepcionalmente, la DGE o GORE podrán solicitar información complementaria, de ser necesario, para la continuación del trámite correspondiente.

De ser procedente la solicitud, la DGE o el GORE notificará al peticionario el proyecto de resolución y el Contrato de Concesión para que dentro del plazo de tres (03) días hábiles siguientes a la notificación, verifique los datos numéricos, técnicos y de ubicación consignados en los mencionados documentos. Transcurrido el plazo sin mediar respuesta, se considerará que el peticionario está conforme con la información."

3.25. Asimismo, ORYGEN mencionó que a través de otro caso, la DGE consideró que evento de fuerza mayor "Fallas e fábrica de la Unidad de Generación 1 de la CH Zaña", presentado por la Central Hidroeléctrica Zaña. Por tanto, alega que se estaría vulnerando el principio de predictibilidad o confianza legítima y el principio de imparcialidad.

3.26. Por su parte, la DGE señaló en el Informe N° 445-2024-MINEM/DGE-DCE, que sustenta la RD 092, lo siguiente:

"(...)
<u>De lo expresado por SIEMENS (empresa encargada de la fabricación de los equipos) en sus informes, se evidencia que esta no atribuye que lo ocurrido haya sido una falla de fábrica como sostiene ENEL; por el contrario, SIEMENS formula una serie de observaciones en el proceso de instalación del equipo, de lo que se desprende que la falla se debió a errores durante la instalación</u>.

El montaje en una celda eléctrica es una actividad que está dentro del control y responsabilidad de las partes involucradas en la instalación y puesta en servicio de los equipos eléctricos. La negligencia o falta de seguimiento a las recomendaciones del fabricante en el montaje de una celda puede derivar en problemas de funcionamiento, seguridad y operatividad de la instalación eléctrica.

En el contexto de la industria eléctrica, se espera que los contratistas, instaladores y operadores sigan las especificaciones y directrices proporcionadas por los fabricantes de equipos eléctricos para garantizar un montaje adecuado y seguro. Si se produce una falla debido a un deficiente montaje que resulta de no seguir las recomendaciones del fabricante, generalmente se considera como una responsabilidad atribuible a la parte que realizó la instalación.

En relación a que los contratistas, instaladores y operadores sigan las especificaciones y directrices proporcionadas por los fabricantes de equipos eléctricos, esta Dirección General observó a ENEL mediante el Oficio N° 0547-2024-MINEM/DGE, que lo expresado por SIEMENS en sus informes hace mención a una serie de deficiencias en el proceso de instalación.

En respuesta, mediante el documento con Registro N° 3735075 (VV), ENEL presenta un informe emitido por la empresa HITACHI ENERGY PERÚ S.A. denominado "Informe Falla Celda MT Incoming Tipo 8DA10 – Subestación Eléctrica del Parque Eólico Wayra", emitido el 26 de marzo de 2024, donde detalla las actividades previas al montaje, actividades de montaje, identificación de la falla y responde a los cuestionamientos de SIEMENS, como el porqué de la instalación de una bolsa tipo disecante dentro de la barra fase R que no cumple con el estándar de fábrica, los desniveles en piso con valores mayores a lo indicado por fábrica, para finalmente concluir lo siguiente:

"(...)
4. Conclusiones

- *Se concluye que la falla acontecida durante le ejecución de las pruebas de puesta en servicio fue ocasionada por un elemento metálico desprendido de la parte interna del interruptor de la fase R, celda H16 Incoming Tipo 8DA10, la cual es* ***una falla de fábrica*** *por ser una componente interna que llega dentro de la celda ensamblada.*
- *Se concluye que LA CELDA fue ensamblada en fábrica y no sufrió ningún daño durante el transporte y montaje en sitio por lo que se reafirma que la falla es de fábrica.*
- *Se concluye que el polo R de la celda H16 Incoming Tipo 8DA10 debe ser reemplazada con la intervención del especialista por parte del fabricante, la actividad fue ejecutada por el fabricante.*
- *Sobre las recomendaciones de Siemens se concluye que no existe relación causa efecto sobre la falla presentada, siendo que éstas constituyen recomendaciones como parte de su informe de mantenimiento correctivo el cual fue ejecutado por ellos de acuerdo a sus responsabilidades.".*

Al respecto, de las conclusiones de HITACHI ENERGY PERÚ S.A., empresa encargada del montaje de los equipos, no se acredita fehacientemente que la falla en la celda MT Incoming Tipo 8DA10, es una falla de fábrica, dado que la misma empresa SIEMENS, encargada de fabricarlos, ha formulado observaciones, cuestionando el proceso de instalación y no reconoce que se trate de una falla de fábrica.
(...)"

3.27. Así también, a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, que sustenta la RD 0109, señaló lo siguiente:

"3. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
(...)

3.5. Contra la línea argumentativa técnico legal que sustenta la Resolución Directoral N° 0092-2024-MINEM/DGE, ORYGEN ha presentado el recurso de reconsideración que mediante nuevas pruebas afirma lo siguiente:

- Nueva Prueba-1: Carta de Siemens de código DNAP000F02.102 mediante la cual el fabricante ratifica que los informes emitidos durante la inspección y mantenimiento de la Celda Incoming son descriptivos y no tienen como finalidad o alcance identificar la causa raíz de la Falla CI.
- Nueva Prueba-2: Informe Técnico "Análisis de Causa Raíz de falla en Celda Incoming Siemens 8DA10 + H16 33 KV" elaborado por dos especialistas en montaje y puesta en servicio de equipos de alta tensión con experiencia acreditada en el sector, ratifica que la Falla CI fue ocasionada y tuvo su origen durante el proceso de fabricación y no durante la etapa de montaje en la SE Flamenco.
- Nuevas Prueba-3 y Prueba-4: Prueba FAT y Prueba SAT donde se evidencia que la Celda Incoming pasó todas las pruebas satisfactoriamente y sin desviaciones lo que demuestra que no existían indicios de la existencia de una pieza que estuviese deficientemente ensamblada en fábrica.

3.6. En función de las nuevas pruebas presentadas, ORYGEN afirma que el evento invocado para calificación de fuerza mayor corresponde a una falla de fábrica y que cumple lo estipulado en el artículo 1315 del Código Civil en lo que respecta a que dicho evento es extraordinario, imprevisible e irresistible; en consecuencia, debe ser calificado como de fuerza mayor.
3.7. Evaluando las nuevas pruebas presentadas, específicamente la Nueva Prueba-1, que es la Carta de Siemens de código DNAP000F02.102 se advierte que el fabricante no ha señalado ni indicado ni admitido que la falla ocurrida corresponde a un ensamblamiento deficiente de fábrica; sólo se limita a afirmar que los informes previamente emitidos no tienen como finalidad identificar la causa raíz de la falla.
3.8. Asimismo, mediante la Nueva Prueba-2 el Informe Técnico "Análisis de Causa Raíz de Falla en Celda Incoming Siemens 8DA10+H16 33KV", ORYGEN presenta una evaluación con especialistas de parte, en la cual concluyen que la falla de la celda se debió a un defecto de ensamblamiento de fábrica. En relación a las Nuevas Pruebas 3 y 4, estas acreditan que la celda en cuestión pasó las pruebas de fábrica satisfactoriamente.
3.9. De lo anterior se desprende que habría una contradicción entre la Nueva Prueba-2 con las Nuevas Pruebas 3 y 4, dado que la primera es un informe de parte, donde se afirma que el evento materia de solicitud de fuerza mayor proviene de un defecto de fábrica en el ensamblamiento de la celda, mientras que las Nuevas Pruebas 3 y 4 dan cuenta que este dispositivo aprobó las pruebas que se efectuaron con lo cual se establece que la celda salió correctamente de fábrica.
3.10. En ese sentido, ante esta contradicción de los medios probatorios presentados, consideramos que la Nueva Prueba-1, la Carta de Siemens de código DNAP000F02.102 complementa y refuerza las Nuevas Pruebas 3 y 4, puesto que tal como se ha manifestado, no se señala ni se pronuncia en este documento, que la celda ha tenido un defecto de fábrica.
3.11. De la evaluación de las nuevas pruebas, al no haberse demostrado que el evento materia de análisis provino de una falla de ensamblamiento de la celda en fábrica, se colige que estas no modifican la línea argumentativa jurídica del Informe N° 0445-2024-MINEM/DGE-DCE; en consecuencia, se considera que el sentido de lo resuelto en la Resolución Directoral N° 0092-2024- MINEM/DGE se mantiene.
(...)"

3.28. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 del TUO de la LPAG, los requisitos mínimos de validez de un acto administrativo son los siguientes: (i) competencia, (ii) objeto o contenido, (iii) finalidad pública, **(iv) motivación**; y, (v) procedimiento regular. Así, el mencionado artículo señala lo siguiente:

> *"(...) **Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos***
> *Son requisitos de validez de los actos administrativos:*
> *(...)*
> *4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".*

3.29. Sobre la motivación, Morón Urbina[7] señala que:

> ***"I. Principio General: El deber de motivar las decisiones***
> *La exteriorización obligatoria de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración es denominada motivación. Para el régimen nacional, la motivación ha dejado de ser solo un elemento formal del acto administrativo, para inscribirse dentro del aspecto esencial de la sustancia del acto.*
>
> *La exigencia de argumentar la orientación de los actos administrativos, es reconocida como **el mecanismo necesario para permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad en la actuación pública,** dado que obliga al funcionario a razonar, reflexionar, a patentizar tanto la justificación de su acto como el objetivo perseguido con su emisión, con lo cual brinda mayores posibilidades para evaluar si ejerce su competencia circunscribiéndose solo a dictados de interés público, exponiendo su elemento valioso para una ulterior interpretación, calificación y control de su actuación, en términos de objetividad y finalidad públicas"*

3.30. Asimismo, el artículo 6 del TUO de la LPAG desarrolla la motivación del acto administrativo, indicando que:

> ***"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo***
> *6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado".*

3.31. De acuerdo a lo señalado previamente, se tiene que la motivación de los actos administrativos, es un requisito mínimo de validez del acto, debiendo ser expresa y precisando la relación concreta entre los hechos probados y las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado.

Respecto de la falta de motivación en la RD 092

3.32. Sin embargo, esta OGAJ advierte que el pronunciamiento de la DGE no se encuentra debidamente motivado, en tanto que a través de la RD 092, no desarrolló el sustento técnico presentado por ORYGEN, a través del documento denominado "Informe Falla Celda MT Incoming Tipo 8DA 10" elaborado por HITACHI, lo cual, es una grave falta de motivación, toda vez que, no desvirtuó las precisiones brindadas en el numeral 3.4. y que desarrollan aquellas recomendaciones realizadas a través del "Informe Técnico-Mantenimiento correctivo mayor a Celda 8DA10 de Siemens", y solo consideró que a través de lo expresado por SIEMENS (fabricante de los equipos) se evidenciaría que

[7] MORÓN URBINA, Juan; Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica, XIV Edición: Lima, 2019. Pp. 244.

no se trataría de una falla de fábrica por formular observaciones en el proceso de instalación del equipo que serían de responsabilidad de ORYGEN.

3.33. Cabe precisar que el Informe elaborado por HITACHY, fue presentado a razón del Oficio N° 0547-2024-MINEM/DGE, a través del cual, la DGE realizó observaciones a la solicitud presentada por ENERGY, y respecto del cual, consideró a través del Informe N° 445-2024-MINEM/DGE-DCE que *"(...) de las conclusiones de Hitachi Energy Perú S.A. empresa encargada del montaje de los equipos, no se acredita fehacientemente que la falla en la celda MT Incoming Tipo 8DA10, es una falla de fábrica, dado que la misma empresa SIEMENS, encargada de fabricarlos, ha formulado observaciones, cuestionando el proceso de instalación y no reconoce que se trate de una falla de fábrica"*, para así concluir que el EVENTO no califica como causal de fuerza mayor, declarando improcedente la solicitud de la tercera modificación de la concesión.

Respecto de la falta de motivación en la RD 0109

3.34. Asimismo, a través del Recurso de Reconsideración presentado por ORYGEN, presentó los siguientes medios probatorios: *(1) Carta de Siemens de código DNAP000F02.102 mediante la cual el fabricante ratifica que los informes emitidos durante la inspección y mantenimiento de la Celda Incoming son descriptivos y no tienen como finalidad o alcance identificar la causa raíz de la Falla CI* ***(en adelante, NUEVA PRUEBA 1)****; (2) Informe Técnico "Análisis de Causa Raíz de falla en Celda Incoming Siemens 8DA10 + H16 33 KV" elaborado por dos especialistas en montaje y puesta en servicio de equipos de alta tensión con experiencia acreditada en el sector, ratifica que la Falla CI fue ocasionada y tuvo su origen durante el proceso de fabricación y no durante la etapa de montaje en la SE Flamenco* ***(en adelante, NUEVA PRUEBA 2)****; y (iii) Prueba FAT y Prueba SAT donde se evidencia que la Celda Incoming pasó todas las pruebas satisfactoriamente y sin desviaciones lo que demuestra que no existían indicios de la existencia de una pieza que estuviese deficientemente ensamblada en fábrica* ***(en adelante, NUEVA PRUEBA 3 Y 4)****.*

3.35. Sin embargo, a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, respecto de la NUEVA PRUEBA 1, la DGE no desvirtuó el argumento indicado por Siemens referido a que **ninguno de sus informes presentados tendría por objetivo identificar la causa raíz de la falla** (referido al Informe de Inspección por emisión de ruido en Celda 8DA10+H16 Incoming Busbar") y por el contrario, **consideró que SIEMENS debió de indicar que se trataba de una falla de fábrica**, sin sustentar el motivo técnico y/o jurídico por el cual dicho requisito debe ser presentado durante la tramitación de un procedimiento de modificación de concesión, más aún cuando a través de la NUEVA PRUEBA 2, si concluyó que se trataba de una falla de fábrica.

3.36. Al respecto, del análisis realizado por la DGE a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE, se observa que sin sustento técnico o legal, se resta mérito probatorio a la NUEVA PRUEBA 2 por ser un informe de parte y el cual, si concluye que se trataría de una falla de fábrica y por el contrario, solo consideran las NUEVAS PRUEBAS 1, 3 y 4, a través del cual, según refieren, acreditaría lo contrario.

3.37. En este punto, es importante precisar que, a través del artículo 197 del Código Procesal Civil, se establece que la valoración probatoria resulta de vital importancia, lo que permite una adecuada decisión final, por lo que es necesario que se pronuncie sobre cada uno de los medios probatorios aportados; sin embargo, la DGE habría

considerado suficiente los documentos emitidos por SIEMENS, en su calidad de fabricante y obvió analizar el desarrollo técnico emitido por HITACHI (empresa del montaje de los equipos).

3.38. A razón de ello, esta Oficina General, advierte vicios de motivación que se configuran cuando no se cumple con explicar las razones que permitieron dar el valor y eficacia, o en su caso, negándoles el valor correspondiente. Así, a través del numeral 3.4 del artículo 3 del TUO del la LPAG dispone como requisito de validez de los actos administrativos, que este sea debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. En atención a dicho requisito, el artículo 6 del TUO prevé que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

3.39. Asimismo, se debe de considerar que de acuerdo al Principio del Debido Procedimiento, es la motivación de un acto administrativo, una garantía para el administrado, dado que, este podrá conocer las razones de la decisión tomada por la Administración y, sobre la base de ello, ejercer su derecho de defensa. Sólo una resolución motivada permite al administrado conocer sobre qué bases puede ejercer su derecho de defensa contra decisiones de la Administración que afecten sus intereses. En consecuencia, la falta de motivación o la existencia de defectos en la misma constituyen causales de nulidad del acto administrativo.

3.40. De tal manera que, se entiende que existe una motivación insuficiente o defectuosa, cuando las premisas fácticas en las que se sustenta no encuentran suficiente sustento probatorio o argumentativo, de modo que no sea posible afirmar de manera razonable (no necesariamente exacta) aquellos hechos en los que se pretende sustentar el análisis de la Autoridad Administrativa, por lo que la evaluación jurídico-fáctico aplicado al momento de resolver deviene en insuficiente.

3.41. Asimismo, respecto de la NUEVA PRUEBA 3, se indicó que la Celda Incoming pasó todas las pruebas satisfactoriamente y sin desviaciones, demostrando que no existían indicios de la existencia de una pieza que estuviese deficientemente ensamblada en fábrica; sin embargo, según lo desarrollado por ORYGEN a través de su recurso de apelación, la DGE incurrió en un error al afirmar que la prueba FAT no permita que se evidencie un defecto en la fabricación.

Sobre la vulneración al artículo 52 del RLCE

3.42. Por otro lado, a través del Recurso de Reconsideración, ORYGEN indicó que existieron vulneraciones en la RD 092, al no haber cumplido con el artículo 52 del RLCE y el MAPRO de la DGE, al no realizarse las rondas de observaciones en el marco de la evaluación técnico – normativa; sin embargo, la DGE no se pronunció al respecto a través del Informe N° 608-2024-MINEM/DGE-DCE.

3.43. Por tanto, esta OGAJ advierte que aun cuando la DGE no haya emitido pronunciamiento sobre tal cuestionamiento, la normativa citada no señala ser de obligatorio cumplimiento el realizar hasta 3 rondas de observaciones como señala ORYGEN, pues ello resulta ser una facultad discrecional de la DGE en su calidad de evaluador de la solicitud, quien **podrá** realizar las observaciones correspondientes hasta en 3 oportunidades, de considerarlo necesario en su calidad de evaluador.

Sobre la solicitud de uso de la palabra a través del Recurso de Reconsideración

3.44. Por otro lado, tambien se advierte que ORYGEN a través de su Reconsideración solicitó el uso de la palabra; sin embargo, la DGE no brindó atención al pedido ni desarrolló de manera motivada la omisión a la petición.

3.45. Al respecto, corresponde señalar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento, los administrados gozan de derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, como el derecho a solicitar el uso de la palabra o informe oral; sin embargo, es importante resaltar que dicha norma no establece que debe otorgarse el uso de la palabra cada vez que se solicita; razón por la cual, es factible que cada órgano de la Administración, en este caso, la DGE decida si se otorga o no, aunque de forma motivada.

Sobre el informe de OSINERGMIN citado en el Informe N° 608-2024-MINEM/DGE que sustentaría la solicitud de ORYGEN

3.46. Así también, ORYGEN indicó que a pesar de que a través del Informe N° DSE-SIE-137-2024, OSINERGMIN no emitió opinión técnica sobre la solicitud que nos ocupa, en el numeral 3.4. del Informe 608-2024-MINEM/DGE, que sustenta la RD 109, indicó que *"mediante Informe Técnico N° DSE-STE-17-2019, OSINERGMIN se habría pronunciado **sobre la solicitud presentada"***; sin embargo, dicho informe fue emitido respecto de otra concesión y de otro concesionario, por lo que el sustento, no es aplicable al presente caso, como erradamente señaló la DGE.

3.47. Por tanto, al haberse verificado que el pronunciamiento de la DGE no se encuentra debidamente motivado, corresponde declarar su nulidad, debiendo retrotraer el procedimiento a la etapa en la cual la DGE emita un pronunciamiento respecto a la solicitud de la tercera modificación de la concesión presentada por ORYGEN, de conformidad con lo señalado en el numeral 12.1 del artículo 12 del TUO de la LPAG[8].

3.48. En ese contexto, al determinarse que el pronunciamiento de la DGE no se encuentra debidamente motivado, carece de objeto pronunciarse sobre los argumentos de ORYGEN; no obstante, al momento de emitir su nuevo pronunciamiento, la DGE deberá evaluar dichos argumentos y medios probatorios, incluido el nuevo antecedente señalado por ORYGEN en su recurso de apelación, referido a la Resolución Ministerial N° 331-2021-MINEM/DM, a través de la cual, se consideró como un evento de fuerza mayor las fallas de fábrica en una unidad de generación, en tanto esto excedía de las "previsiones normales", solicitado por la empresa Electro Zaña S.A.C., así como la imprevisibilidad del evento y la activación de la póliza de seguro y los argumentos referidos a la Prueba FAT y Prueba SAT realizadas.

3.49. Ahora bien, es importante señalar que, de conformidad con el numeral 13.1 del artículo 13 del TUO de la LPAG[9], la nulidad de un acto implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

---

8 ***"Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad***
12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro".

9 ***"Artículo 13.- Alcances de la nulidad***
13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él"

3.50. En el presente caso, se advierte que el pronunciamiento de la DGE que habría incurrido en nulidad, sería la RD 092, que declaró **IMPROCEDENTE** la solicitud de la tercera modificación de la concesión; no obstante, tambien corresponde declarar la nulidad de la RD 0109, que declaró **INFUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto contra la RD 092.

3.51. Por su parte, de acuerdo con el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG[10], al declararse la nulidad del acto administrativo, también debe disponerse lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta.

3.52. Sobre el particular, Morón Urbina[11] señala que:

> "***III. Promoción de responsabilidad funcional ante nulidades por ilegalidad manifiesta***
> *(...) la reforma de la LPAG ha establecido que la acción de deslinde será necesaria en los casos en que la nulidad sea consecuencia de advertir una 'ilegalidad manifiesta' y no frente a cualquier tipo de vicio en el procedimiento o en el acto (...)*
>
> *Ahora la clave para determinar si una declaratoria de nulidad vendrá aparejada del deslinde de responsabilidad está en que la autoridad superior considere que la causal de la invalidez sea una 'ilegalidad manifiesta' o una de tipo 'no manifiesto'. Ciertamente esta diferenciación no es unívoca porque permite tener márgenes de valoración en el superior jerárquico, pero podría deducirse que la idea es que no haya promoción de la responsabilidad, cuando la autoridad de primera instancia haya sido diligente, respetando el debido proceso y aplicado las normas vigentes y aplicables al caso, y no cuando, por ejemplo, exista diferencias valorativas sobre los medios probatorios entre la primera y segunda instancia (...)"* (Subrayado agregado).

3.53. Sobre el particular, esta OGAJ no advierte que en el presente caso la DGE haya incurrido en una ilegalidad manifiesta, en tanto su pronunciamiento se efectuó en el marco del desarrollo del procedimiento, y de conformidad con la normativa vigente; no obstante, resulta necesario que complemente la motivación de su decisión, más aún considerando los argumentos expuestos por el administrado, y debiendo pronunciarse por el nuevo antecedente desarrollado en su recurso de apelación. Por tanto, al no observarse ninguna "ilegalidad manifiesta" en el pronunciamiento de la DGE, esta OGAJ concluye que no corresponde disponer acción sobre el deslinde de responsabilidad respecto a la emisión del acto declarado inválido.

IV. CONCLUSIONES

4.1. El recurso de apelación interpuesto por ORYGEN debe ser declarado **FUNDADO** mediante una Resolución Viceministerial, debiendo declararse la nulidad de la RD 092 y de la RD 0109, y retrotraerse el procedimiento a la etapa en la cual la DGE evalúe y emita un pronunciamiento debidamente motivado respecto de la solicitud de la tercera

---

10 ***"Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad***
11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico"

11 MORÓN URBINA, Juan; Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica, XIV Edición: Lima, 2019. Pp. 264-265.

modificación de la concesión presentada por ORYGEN, por las razones y fundamentos referidos en el presente Informe.

4.2. En la referida Resolución Viceministerial se deberá incluir un artículo en la que se disponga la notificación a ORYGEN del presente informe, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG.

4.3. No corresponde disponer acciones para determinar el deslinde de responsabilidad, toda vez que no se advierte ilegalidad manifiesta en la emisión del pronunciamiento de la DGE.

V. RECOMENDACIÓN

Se remite un proyecto de Resolución Vice Ministerial debidamente visado por esta Oficina General para la prosecución del trámite correspondiente.

Atentamente,

Elaborado por:

Fiorella Susana Bossio Davila
Especialista Legal I en Derecho de Electricidad
Oficina General de Asesoría Jurídica

Aprobado por

Giovanna M. Díaz Revilla
Jefa
Oficina General de Asesoría Jurídica