

*Resolución de Consejo Directivo que resuelve el recurso interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 016-2024-OS/CD*

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 034-2024-OS/CD**

Lima, 12 de marzo de 2024

**CONSIDERANDO:**

**1. ANTECEDENTES**

Que, mediante Resolución N° 016-2024-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 01 de febrero de 2024 (en adelante "Resolución 016"), se declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (en adelante "San Gabán") 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)";

Que, con fecha 22 de febrero de 2024, San Gabán interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución 016;

**2. CALIFICACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO**

Que, el recurso impugnatorio interpuesto contra la Resolución 016 fue presentado por San Gabán como un recurso de apelación; sin embargo, según lo establecido en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "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 que no se encuentra subordinada jerárquicamente a otro órgano administrativo y es única instancia en sede administrativa;

Que, teniendo en cuenta que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación y que, al advertir el error, es deber de la autoridad encauzar el procedimiento; en consecuencia, corresponde que el recurso impugnatorio de San Gabán contra la Resolución 016 sea calificado como uno de reconsideración a efectos que, de acuerdo con los artículos 86.3, 219 y 223 del TUO de la LPAG, sea resuelto por la misma autoridad que expidió la resolución impugnada;

**3. PETITORIO**

Que, San Gabán solicita que se declare 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;

**3.2** Emitir una nueva resolución cumpliendo las formalidades y atendiendo su pedido de aclaración;

**3.3** Emitir pronunciamiento respecto a cuándo se debe prepublicar las resoluciones y cuándo no;

#### **4. ARGUMENTOS DE SAN GABÁN**

Que, 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, Osinergmin 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 declarada nula, al haber introducido de manera *extra petita* un documento ajeno a los usuarios;

Que, la recurrente indica que Osinergmin 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;

Que, San Gabán refiere que Osinergmin 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;

Que, finalmente, 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 Osinergmin, antes de la publicación, vigencia y aplicación final;

#### **5. ANÁLISIS DE OSINERGMIN**

##### **5.1. Sobre el agotamiento de la vía administrativa**

Que, la Resolución N° 236-2023-OS/CD fue aprobada en el marco del ejercicio de la función normativa de Osinergmin 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 Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM;

Que, 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;

Que, es así que, mediante Resolución 016, Osinergmin resolvió declarar improcedente el recurso de San Gabán interpuesto contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD, al tener naturaleza de reglamento administrativo y no de acto administrativo impugnabile, tal como se indicó en el Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT con el que se complementa la motivación de la Resolución 016, 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;

Que, cabe precisar que, 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, al derecho de defensa de la recurrente, el debido procedimiento, y tampoco implica una introducción "*extra petita*" de un documento ajeno a los usuarios. Asimismo, el referido informe es de acceso público al estar publicado en la página web institucional de Osinergmin;

Que, 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;

Que, 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;

Que, 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;

Que, por lo expuesto, el recurso interpuesto por San Gabán deviene en improcedente, al encontrarse agotada la vía administrativa;

## **5.2. Sobre la solicitud de aclaración y prepublicación del proyecto de la norma**

Que, 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 petitorio general ajeno a un procedimiento concreto y que no involucra un cuestionamiento sobre lo resuelto en el acto impugnado;

Que, 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 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;

Que, 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

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 034-2024-OS/CD**

entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Es así que conforme al numeral 3.1 del mencionado artículo, se encuentra exceptuada 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;

Que, 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 Supremo N° 032-2023-EM, 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; teniendo en cuenta que los alcances del referido artículo 3-A aplican desde el 01 de enero de 2024, según la Ley N° 31713 y el referido Decreto Supremo. En ese sentido, se cumplió con explicar la razón por la cual se consideraba que la prepublicación de la norma era impracticable;

Que, 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 N° 038-2024-GRT fuera previamente puesto en conocimiento de los usuarios;

Que, se ha emitido el Informe Legal [N° 152-2024-GRT](#) de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas de Osinergmin, el mismo que 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;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 010-2016-PCM; y, en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como en sus normas modificatorias y complementarias;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 09-2024 del 12 de marzo de 2024;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.-** Calificar el recurso de apelación presentado por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A., como un recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 016-2024-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2 de la parte considerativa de la presente resolución.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 034-2024-OS/CD**

**Artículo 2.-** Declarar improcedente en todos sus extremos el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 016-2024-OS/CD, por las razones señaladas en el análisis contenido en el numeral 5 de la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 3.-** Incorporar, como parte integrante de la presente resolución, el Informe Legal [N° 152-2024-GRT](#).

**Artículo 4.-** Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y consignarla, conjuntamente con el Informe Legal [N° 152-2024-GRT](#) en la página web Institucional de Osinergmin: <https://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2024.aspx>

**Omar Chambergo Rodríguez  
Presidente del Consejo Directivo**