



Aspectos jurídicos de las Resoluciones de Consejo Directivo del OSINERGMIN

Por José Antonio Del Risco

SANTIVÁNEZ
CAPELLA
ROCHA
SÚMAR
REYES



1. INTRODUCCIÓN

Habiendo transcurrido más de dos décadas de la creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“OSINERGMIN”), nos hemos podido dar cuenta de que tanto la actual estructura normativa que regula la actuación de su Consejo Directivo, como la manera en que este órgano ha venido materializando sus decisiones, siguen siendo algo confusas para los administrados.

Ello se debe al hecho de que el Consejo Directivo, a pesar de ejercer exclusivamente las funciones normativa y reguladora, cuenta con diversas funciones específicas adicionales. A diferencia de lo que ocurre con los órganos sancionadores, fiscalizadores o los que resuelven controversias, las resoluciones provenientes del Consejo Directivo de OSINERGMIN son heterogéneas. En consecuencia, mediante un solo instrumento jurídico, este órgano puede llegar a auto reglamentarse, aprobar normas, emitir mandatos, aprobar directivas, fijar tarifas, ordenar la publicación de proyectos normativos, designar funcionarios, entre otras facultades más.

La consecuencia directa de que estas resoluciones aborden materias diversas es que no sea tan fácil clasificarlas, ni mucho menos saber si sus alcances son generales o abstractos; dentro de qué función están enmarcadas; a partir de cuándo son eficaces; cuál es su régimen de notificación; o a partir de cuándo surten efectos. Toda esta situación, además, puede influir negativamente en la manera como los administrados pueden llegar a reaccionar ante una decisión que

consideran gravosa, ya sea mediante una impugnación en la vía administrativa como en la judicial. En suma, resulta complicado no solo comprender este tipo de instrumentos, sino también analizarlos para interponer un eventual recurso en contra.

Frente a ello, puede resultar de gran utilidad recurrir a la teoría del Derecho Administrativo para poder dilucidar aquella cuestión. Es decir, resultaría provechoso que, al analizar estos instrumentos, apliquemos los criterios diferenciadores entre acto y reglamento que nos han proporcionado los administrativistas para así caracterizar a las resoluciones aprobadas por el Consejo Directivo.

En el presente trabajo, entonces, se buscará establecer un método de análisis adecuado y beneficioso para las Resoluciones de Consejo Directivo (“RCD”) del OSINERGMIN, bajo la premisa de que incorporar, a nuestra esfera de análisis, la clasificación de estas resoluciones conforme a su naturaleza jurídica, resultaría beneficioso para el administrado, pues permitirá una mejor comprensión de dichos instrumentos.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES DEL OSINERGMIN

¿Qué implicancias tiene para el OSINERGMIN el hecho de haber sido caracterizado como un organismo regulador? Ello implica que es un organismo público estatal. De acuerdo al artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los organismos públicos son entidades desconcentradas que se encuentran adscritas a un ministerio, o bien a la Presidencia del Consejo de Ministros, y que cuentan con personería jurídica de Derecho Público y con competencias de alcance nacional.

Asimismo, estos organismos pueden ser de dos tipos. Por un lado, están los organismos públicos ejecutores, los cuales están sujetos a los lineamientos técnicos del sector al que pertenezcan (salud, educación, transporte, etc.) y siguen su misma política. Y, por otro lado, están los organismos públicos especializados, los cuales, a diferencia de los primeros, no se encuentran sujetos a un sector, pues tienen independencia para ejercer sus funciones de acuerdo a su propia normativa.

Los organismos reguladores se encuentran dentro de este segundo grupo; es decir, son en esencia organismos públicos especializados. Asimismo, la propia Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 32, los ha definido como organismos que han sido creados para “actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional”.

Por otro lado, para efectos doctrinarios, la naturaleza jurídica de OSINERGMIN sería la de una entidad, pero específicamente, un organismo. Es muy común confundir los conceptos de administración pública, entidad, organismo y órgano. No obstante, en realidad nos encontramos ante figuras jurídicas distintas, que, si bien presentan algunos elementos en común, son conceptualmente distintas.

Entonces, cuando estamos hablando de “entidades” de la administración nos estamos refiriendo a aquellos centros de impulsión del poder, de los cuales se irradiarán las atribuciones que la ley les haya conferido. No se trata de cualquier tipo de atribución, pues existen entidades que ejercen función jurisdiccional, legislativa o incluso funciones especiales. Para efectos de este caso, serán aquellas que ejercen o irradian función administrativa. Sin embargo, estos centros o entes de impulsión de poder no necesariamente tienen personalidad jurídica como tal, sino que también existen casos en que pudieran no tenerla. Es aquí donde entramos a la diferenciación entre organismo, órgano y persona-órgano.

Los organismos, como OSINERGMIN, son aquellas entidades a las cuales sí se les ha atribuido personalidad jurídica; es decir, son un centro de imputación de derechos, obligaciones y atribuciones. Es decir, son entelequias o creaciones jurídicas que por sí mismas son capaces de actuar sustentadas en su personalidad jurídica.

En suma, el OSINERGMIN, en tanto organismo regulador, deberá ser entendido como un organismo público especializado y descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público y con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera.

Por otro lado, la normativa del OSINERGMIN le ha reconocido seis funciones generales, las cuales también se aplican para los demás organismos reguladores, con pequeñas variaciones. De acuerdo a una lectura conjunta de la Ley Marco de Organismos Reguladores, el Reglamento General del OSINERGMIN, así como su Reglamento de Organización y Funciones, las funciones generales de este organismo público especializado son las siguientes: reguladora, normativa, supervisora, sancionadora, solución de controversias, y solución de reclamos de usuarios.

Entre estas funciones, las que son ejercidas de forma exclusiva por el Consejo Directivo son la reguladora y la normativa. La primera de estas comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios públicos de electricidad y gas natural bajo su ámbito, lo que incluye resolver, como única instancia administrativa, los recursos de reconsideración que las partes interesadas interpongan.

Por otro lado, la función normativa comprende la facultad exclusiva de dictar la normativa sobre los procedimientos a su cargo; incluyendo los procedimientos administrativos especiales que norman los procesos vinculados con las funciones supervisora, supervisora específica, fiscalizadora y sancionadora; los procedimientos de ejecución de decisiones y resoluciones de los órganos de

OSINERGMIN; así como otras disposiciones de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de los agentes o actividades supervisadas o de sus usuarios.

De igual forma, comprende la facultad de tipificar las conductas que constituyan infracciones administrativas y determinar las sanciones correspondientes. Se podrá apreciar que, entre todas estas facultades que el ordenamiento ha atribuido al OSINERGMIN, la más compleja, en principio, es la función normativa.

Finalmente, las principales normas que debemos tener en cuenta para poder identificar las funciones del OSINERGMIN son las siguientes:

PRINCIPALES NORMAS DE OSINERGMIN	
Año de publicación	Denominación de la norma
1996	Ley 26734 - Ley del OSINERG
2000	Ley 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores
2001	Decreto Supremo 054-2001-PCM - Reglamento General del OSINERGMIN
2002	Ley 27699 - Ley de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN
2005	Decreto Supremo 042-2005-PCM - Reglamento de la Ley Marco de Organismos Reguladores
2012	Ley 29901 - Ley que precisa competencias del OSINERGMIN
2013	Decreto Supremo 088-2013-PCM - Listado de funciones técnicas bajo la competencia de OSINERGMIN
2016	Decreto Supremo 010-2016-PCM - Reglamento de Organización y Funciones del OSINERGMIN
2019	Resolución 057-2019-OS/CD - Disposiciones relacionadas a instancias administrativas de OSINERGMIN

3. EL CONSEJO DIRECTIVO DEL OSINERGMIN

Si revisamos la estructura del OSINERGMIN, podemos clasificar a sus órganos en seis grandes grupos: órganos de alta dirección, de control institucional, de asesoramiento o de apoyo, de línea, órganos resolutivos, y órganos desconcentrados.

Entre los órganos más importantes que conforman dichos grupos, están la Gerencia de Regulación de Tarifas, la Gerencia de Supervisión de Energía, la Gerencia de Supervisión Minera, el Tribunal de Solución de Controversias, la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios, los Cuerpos Colegiados y, por supuesto, los órganos que conforman la Alta Dirección: la Gerencia General, la Presidencia y el Consejo Directivo.

El Consejo Directivo del OSINERGMIN es el órgano de mayor jerarquía e importancia del regulador, y cuyas decisiones se plasman día a día en las RCD. Para poder entender su funcionamiento, así como su naturaleza jurídica, debemos recurrir a la teoría general de la organización administrativa, y especialmente a la diferenciación entre órgano administrativo y ente administrativo. Esta diferenciación es de suma importancia, pues muchas veces estos términos se utilizan erróneamente, confundiéndolos con un significado opuesto.

3.1. El Consejo Directivo como órgano administrativo

Siguiendo lo señalado por Sánchez Morón, y como lo hemos indicado líneas arriba, los entes administrativos son todos aquellos organismos públicos que forman parte del conjunto organizativo de los poderes públicos, es decir, del Poder Ejecutivo (2011, p. 232). Asimismo, su principal característica es que se encuentran dotados de personalidad jurídica, lo cual les permite llevar a cabo sus funciones a fin de satisfacer las necesidades de interés general para las cuales fueron creados.

En cuanto a su tipología, estos pueden ser entes territoriales, cuando constituyen la organización administrativa de comunidades de ciudadanos que viven en un determinado territorio; por ejemplo, un municipio o provincia. En segundo lugar, pueden ser entidades públicas en estricto, es decir, aquellas instituciones creadas para la gestión de un determinado servicio público o la realización de determinadas actividades administrativas, las cuales dependen de una administración territorial o matriz.

Un tercer tipo son las corporaciones de derecho público, es decir, aquellas asociaciones de personas o empresas a las que se atribuye por la ley la gestión de algunos intereses públicos (como los colegios de abogados). Y finalmente, están las entidades privadas del sector público, las cuales pueden adoptar distintas modalidades societarias o asociativas (Sánchez Morón, 2011, p. 234-237).

Si quisiéramos clasificar al OSINERGMIN dentro de estas opciones, sería una “entidad pública en estricto”. Sin embargo, ninguna de las figuras vistas hasta ahora calzaría con el consejo directivo. Es por ello que debemos recurrir al concepto de órgano administrativo. Para ello debemos entender que cada ente administrativo u organismo no funciona como una unidad, sino que este se encuentra integrado por un conjunto de estructuras internas que están conformadas tanto por medios materiales como personales, los cuales ejercen funciones generales y específicas dentro de una determinada institución. Estos componentes materiales y personales son conocidos como órganos administrativos.

Según Vera y Rebollo, podemos definir a un órgano administrativo como “el elemento o la unidad que integra el aparato organizativo de la Administración pública que cuenta con un elemento personal (la persona física o natural que

ocupa su titularidad) y los recursos materiales precisos para el ejercicio de las funciones que le corresponden” (2017, p. 272). En otras palabras, los órganos no son sino los centros o unidades a través de las cuales operan las entidades públicas. Sin embargo, no debemos confundir al órgano con el titular.

Habiendo mencionado ello, es posible clasificar a los órganos desde al menos seis puntos de vista (Vera & Rebollo, 2017, p. 272). Por su estructura interna, pueden ser personales o colegiados (conformado por dos o más personas); un segundo criterio estructural también nos permite clasificarlos en simples (director general) o complejos (la dirección general). Según el modo de designación de sus titulares, pueden ser representativos, cuando han sido electos por designación popular, o no representativos. De acuerdo a su función, pueden ser activos, consultivos, de control, ejecutivos, de gestión, de coordinación, de resolución de conflictos, de instrucción, entre otros. Esta probablemente sea el criterio de clasificación más amplio de todos.

De igual manera, por sus relaciones con la organización, pueden ser jerárquicamente ordenados, o no sometidos a instrucciones jerárquicas (independientes, como es el caso de un consejo consultivo). Y, finalmente, por el ámbito territorial, los órganos pueden ser centrales (como un ministro) o periféricos (como el funcionario de una pregunta).

Habiendo mencionado ello, ¿cómo podríamos definir al Consejo del OSINERGMIN, según un punto de vista doctrinario? Pues, este sería un órgano administrativo 1) colegiado, 2) complejo, 3) no representativo, 4) ejecutivo, 5) independiente, y 6) central.

3.2. Conformación del Consejo Directivo

Desde el punto de vista normativo, el artículo 6 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores ha definido al Consejo Directivo de los reguladores como el órgano de dirección máximo de cada organismo regulador, el cual está conformado por cinco miembros designados mediante resolución suprema refrendada por el presidente del Consejo de Ministros, por el ministro de Economía y Finanzas, y por el ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada. En el caso del OSINERGMIN, sería el ministro de Energía y Minas. Solo de manera excepcional, el Consejo Directivo podrá estar conformado por seis miembros.

De acuerdo a una revisión sistemática de las normas sobre el OSINERGMIN conjuntamente con las normas generales de los reguladores, hemos podido concluir que lo que se ha querido es lograr que el Consejo Directivo sea un órgano no solamente cualificado en los requisitos técnicos y profesionales, sino también un órgano cuyos titulares actúen de manera independiente e imparcial, y no tengan conflictos de interés ya sea económicos como políticos. Ello lo podemos evidenciar en los requisitos que se requieren para poder ser designado como miembro directivo. De acuerdo al artículo 7 de la Ley Marco de los Organismos

Reguladores, se requiere ser profesional con menos de diez años de ejercicio; contar con reconocida solvencia e idoneidad procesional; y acreditar por lo menos estudios completos a nivel de maestría en materias relacionadas a la actividad objeto de competencia del regulador.

Finalmente, la designación de los miembros del Consejo Directivo tendrá una duración de cinco años, prorrogable por un año adicional. Al respecto, Herbert Tassano ha señalado que el regulador debe incorporar procesos que garanticen una selección sobre la base de criterios técnicos, mas no políticos, y una manera de hacerlo es logrando un proceso de transición escalonado. En otras palabras, los “períodos de los directores (léase: miembros del Consejo Directivo) no deben coincidir con el periodo presidencial-legislativo” (2008, p. 91).

3.3. Las funciones del Consejo Directivo

Las funciones del Consejo Directivo de OSINERGMIN, por más especializadas que pudieran resultar, no son sino una derivación de las funciones clásicas mediante las cuales la Administración ha ejercido su participación a lo largo de los años. La mayoría de la doctrina ha decidido clasificar a la actividad de la Administración en tres grandes grupos: la actividad de servicio público, la actividad de fomento, y la actividad de limitación.

Esta última actividad está caracterizada por el condicionamiento o la limitación de las actividades que desempeñan los privados. Para tal fin, la Administración se ha valido de diversas formas, mecanismos o técnicas. Una de estas ha sido la promoción de la competencia, pero otra también ha sido la utilización de la actividad de regulación, mediante la cual el Estado ha buscado intervenir dentro del mercado a fin de poder satisfacer el interés general (Martín Mateo, 2016, p. 32). De este concepto nacen los organismos reguladores, así como sus respectivas funciones.

Habiendo mencionado ello, las funciones de los organismos reguladores, y, por ende, las que puedan ejercer sus Consejos Directivos, son en esencia el ejercicio de una actividad administrativa: la de limitación, ordenación o de garantía (poco importa cuál de estos conceptos decidamos utilizar). Ello debido a que, siguiendo lo señalado por Vera y Rebollo, los reguladores establecen la forma en la que deben proceder los particulares en determinados sectores económicos: lo que pueden o deben hacer, o cómo deben hacerlo. Asimismo, también reaccionan coactivamente en caso de incumplimiento, a fin de que no se causen daños al interés público (2017, p. 64). En términos generales, no hacen sino ejercer un ejercicio de autoridad, mediante el cual se reglamentan las actividades privadas sujetas a regulación económica.

Las principales fuentes normativas que han recogido las funciones (administrativas, al final de cuentas) del Consejo Directivo del OSINERGMIN han sido su Ley de creación (Ley N° 26734); la Ley Marco de los Organismos Reguladores; el Reglamento General del OSINERGMIN; el Reglamento de la Ley

Marco de los Organismos Reguladores; y el Reglamento de Organización y Funciones del OSINERGMIN.

Si realizamos una lectura sistemática de todas estas normas, podremos llegar a la conclusión de que el Consejo Directivo es el órgano que cuenta con la mayor cantidad de funciones, a comparación de otras instancias. Es más, sus atribuciones son tan diversas que se han podido clasificar en al menos cuatro maneras: generalidad, tipificación, competencia y origen.

a) Según su generalidad

Según su generalidad, podemos encontrar funciones generales y específicas. Las primeras llevan ese nombre debido a que, hoy en día, todos los organismos reguladores, por el solo hecho de ser reguladores, cuentan con estas atribuciones, las cuales hemos abordado líneas arriba. Nos referimos a las clásicas funciones supervisora, reguladora, normativa, sancionadora, solución de controversias, y solución de reclamos de usuarios.

A pesar de ello, también podemos encontrar funciones específicas, debido a que estas están atribuidas no al regulador en general, sino al Consejo Directivo. Tras una revisión exhaustiva de la normativa de OSINERGMIN, se ha podido concluir que su Consejo Directivo tiene más de cincuenta funciones específicas, como, por ejemplo: designar a los miembros de algunos órganos, aprobar la memoria anual, proponer normas legales, aprobar precios máximos en procesos de licitación, emitir mandatos de conexión, aprobar compensaciones, entre otros.

Las funciones específicas están presentes en las siguientes disposiciones (en los artículos citados, solo estamos considerando, a manera de ejemplo, algunas funciones específicas):

FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL CONSEJO DIRECTIVO DE OSINERGMIN	
Disposición normativa	Función específica
Artículo 9 de la Ley del OSINERG	<ul style="list-style-type: none"> • Planear, dirigir y supervisar el cumplimiento de las funciones generales de OSINERGMIN • Resolver en última instancia administrativa los conflictos derivados de la realización de las actividades en el ámbito de su competencia • Proponer al MINEM normas legales relacionadas con el desarrollo de las actividades en los subsectores de electricidad e hidrocarburos • Expedir directivas para solucionar y resolver las reclamaciones de los usuarios de los servicios de electricidad e hidrocarburos.
Artículo 23 del Reglamento General del OSINERGMIN	<p>En ejercicio de la función normativa, OSINERG puede dictar disposiciones de carácter general referidas a los siguientes asuntos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sistemas tarifarios o regulatorios o, mecanismos para su aplicación. • Mecanismos de participación de los interesados en el proceso de aprobación de dispositivos y normas de carácter general • Reglas a las que están sujetas los procedimientos que se sigan ante cualesquiera de los órganos de OSINERGMIN • Organización interna de OSINERGMIN

	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de prestación de los servicios públicos
Artículo 52 del Reglamento General del OSINERGMIN	<ul style="list-style-type: none"> • Elegir a su vicepresidente. • Designar a los miembros de los Cuerpos Colegiados y declarar la vacancia • Designar a los miembros de la JARU y declarar la vacancia • Planear, dirigir y supervisar las funciones de OSINERG • Aprobar el Reglamento de ROF de OSINERG • Proponer a la PCM el presupuesto de OSINERG • Aprobar la Memoria Anual y los Estados Financieros. • Aprobar la enajenación, permuta, compra, otorgamiento de promesas de compraventa, garantías, otorgamiento de préstamos y adjudicación de bienes de OSINERG en el pago de deudas • Aceptar asignaciones, donaciones, legados o transferencias por cualquier título hacia OSINERG • Dictar las normas, reglamentos, resoluciones y/o directivas referidas a asuntos de su competencia • Proponer ante las autoridades correspondientes las normas legales relacionadas a los subsectores de electricidad e hidrocarburos • Fijar, revisar y modificar las tarifas de venta de energía eléctrica • Fijar, revisar y modificar las tarifas y compensaciones por el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, de transporte de gas natural por ductos y por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos
Artículo 7 del ROF de OSINERGMIN	<ul style="list-style-type: none"> • Aprobar las políticas y los lineamientos de acción de OSINERGMIN • Ejercer las funciones normativa y reguladora de OSINERGMIN, de manera exclusiva, y a través de Resoluciones • Determinar las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora. • Aprobar los precios máximos en los procesos de licitación o subasta de conformidad con la normativa de la materia • Aprobar las propuestas normativas a ser presentadas a las autoridades respectivas • Aprobar el Plan Estratégico Institucional • Aprobar la propuesta de Reglamento de Organización y Funciones de OSINERGMIN • Aprobar la propuesta de escala remunerativa general de OSINERGMIN y aprobar la escala remunerativa específica • Aprobar la Memoria Institucional de OSINERGMIN • Aprobar el establecimiento de órganos desconcentrados • Otras funciones que le correspondan dentro del marco legal vigente

b) Según su tipificación

Según su tipificación, es posible encontrar funciones explícitas, es decir, aquellas que se han reconocido de manera expresa al Consejo Directivo. Las implícitas, en cambio, no han sido redactadas de la misma manera, sino que estas funciones pueden ser identificadas son con cláusulas abiertas o generales.

Por ejemplo, en el artículo 7, literal n), del Reglamento de Organización y Funciones del OSINERGMIN se ha establecido que el Consejo Directivo también podrá ejercer “otras funciones que le correspondan dentro del marco legal vigente”. De igual manera, en el artículo 9, literal e), de la Ley del OSINERGMIN,

se ha señalado que el Consejo Directivo podrá “ejercer las demás atribuciones que le señalan las leyes y los reglamentos”.

c) Según la competencia

En tercer lugar, según la competencia, hay funciones que solo puede ejercerlas el consejo directivo de manera exclusiva, es decir, no las puede delegar o transferir. Es el caso de las funciones normativa y reguladora. Asimismo, existen funciones que sí se pueden delegar a otros órganos, como es el caso de las disposiciones establecidas en los literales i), j) y x) del artículo 52 del Reglamento General del OSINERGMIN.

Es decir, el primer literal está referido a la aprobación de compras, permutas o garantías sobre bienes; el segundo, a aceptar donaciones, legados o cualquier otra transferencia; y el tercero, a la implementación de procesos de privatización del sector energía.

d) Según su origen

En cuarto lugar, según su origen, las funciones pueden ser atribuidas por una norma con rango de ley, como es el caso de la Ley Marco de Organismos Reguladores o la Ley del OSINERGMIN. Pero también existen funciones que, si bien no se encuentran reconocidas en una ley, sí lo están en una norma infralegal, como el Reglamento de Organización y Funciones, o el Reglamento General del OSINERGMIN.

El resultado de todo el análisis realizado es que, si bien el consejo directivo ejerce dos (02) funciones generales explícitas (normativa y reguladora), a estas se les suman más de cincuenta funciones específicas adicionales, las cuales en algunos casos tienen su fundamento en una función general implícita.

3.4. Las Resoluciones de Consejo Directivo del OSINERGMIN

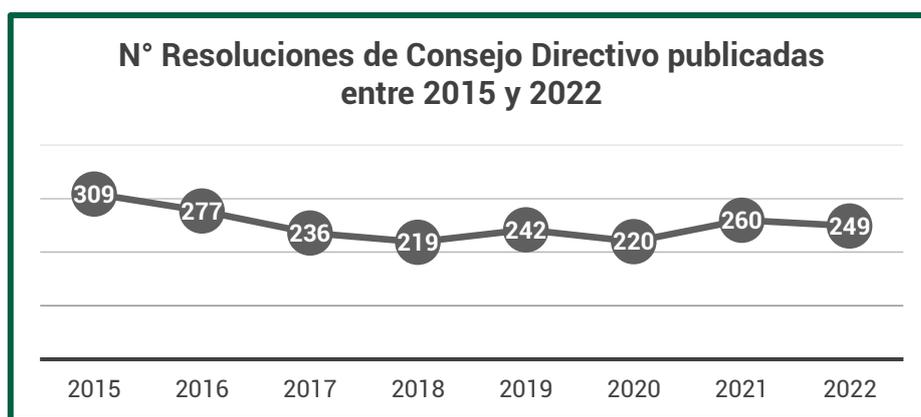
Cuando hablamos de RCD nos estamos refiriendo a aquellos instrumentos mediante los cuales el principal órgano del regulador toma y expresa sus decisiones. Así como los jueces manifiestan su decisión mediante autos, decretos o sentencias, los órganos administrativos lo hacen mediante resoluciones.

En base a dicha premisa, Richard Martin ha logrado identificar uno de los problemas que se abordan en esta investigación: me refiero a la confusión que el administrado puede llegar a tener al momento de reaccionar frente a una decisión administrativa que considera gravosa, debido al actual diseño institucional que tiene el OSINERGMIN.

Frente a ello, el autor señala que, para el año 2016, el diseño institucional de los reguladores tenía varios objetivos pendientes en relación a la implementación de mecanismos dentro de la propia entidad reguladora. Una de las falencias ha sido,

precisamente, la traba al ejercicio de un debido procedimiento administrativo, en el cual el administrado pueda tener las herramientas necesarias para poder impugnar las decisiones de los reguladores (2016, p. 45).

Considero que esta falencia puede abrirnos la puerta para explicar cuál es el problema que hemos identificado. Sin embargo, antes de ello, debemos empezar haciendo énfasis en el hecho de que, salvo los órganos que se encargan de dictar resoluciones sancionatorias, el Consejo Directivo es el órgano del OSINERGMIN que emite más resoluciones al año. Como se observa en la imagen, entre el 2015 y 2022, el número de resoluciones emitidas anualmente no fue menor a 200, llegando incluso el 2015 a la cantidad de 309.



Fuente: Elaboración propia en base a la información proporcionada por OSINERGMIN

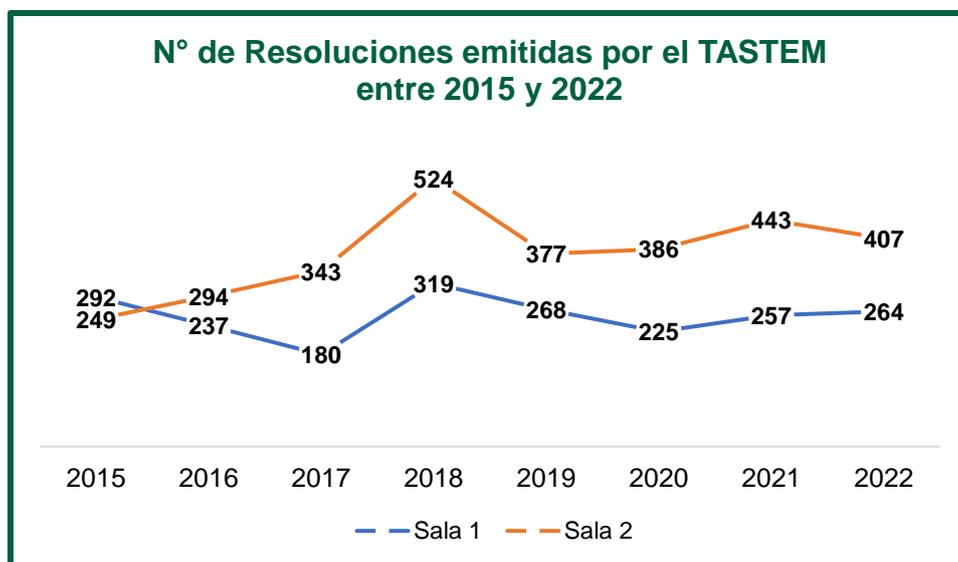
En el caso de las resoluciones de la Presidencia del Consejo Directivo, el número máximo de resoluciones emitidas al que se llegó fue 171 el 2018; y 161 el 2016, tal como se evidencia en el siguiente gráfico:



Fuente: Elaboración propia en base a la información proporcionada por OSINERGMIN

Con respecto al TASTEM, el número de resoluciones emitidas varía dependiendo de la sala en la que nos encontremos. A excepción del año 2015, del 2016 al 2022, la cantidad de resoluciones emitidas por la Sala 2 del TASTEM (que es competente para resolver en materia de hidrocarburos líquidos y minería) ha

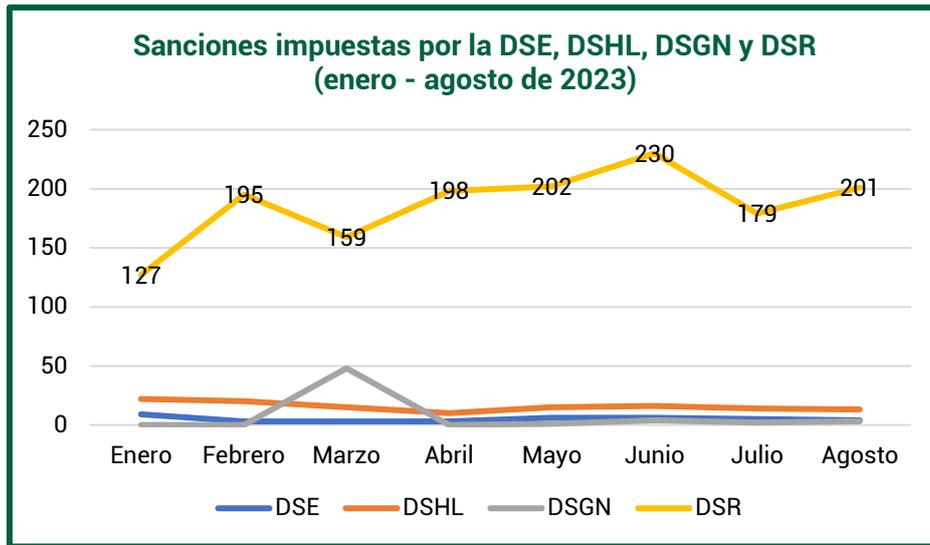
superado a las emitidas por la Sala 1 (competente en los sectores de electricidad y gas natural). Para el año 2022, mientras la Sala 1 emitió 264 resoluciones, la Sala 2 emitió 407.



Fuente: Elaboración propia en base a la información proporcionada por OSINERGMIN

Ahora bien, si dejamos de lado el número resoluciones emitidas, y nos enfocamos en el número de sanciones impuestas a nivel de primera instancia, para el caso del sector energía, existe una diferencia abismal entre el número de sanciones impuestas por la División de Supervisión Regional (DSR), órgano al cual se encuentran adscritas las Oficinas Regionales de OSINERGMIN, que son competentes en lo que respecta a distribución y comercialización; y las otras tres divisiones de la Gerencia de Supervisión de Energía. Nos estamos refiriendo a la División de Supervisión de Electricidad (DSE), la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos (DSHL), y la División de Supervisión de Gas Natural (DSGN).

Teniendo en cuenta ello, conforme a la información proporcionada por el OSINERGMIN, solo en el año 2022, el número de sanciones impuestas por la DSR ascendió a 1 786, con un total de 8 090.90 UIT en multas. En cambio, la DSE, DSHL y DSGN impusieron 107, 220 y 17 sanciones, respectivamente. En cuanto al valor total de las sanciones, la DSE impuso 1 884.48 UIT; la DSHL impuso 16 768.38 UIT; y la DSGN impuso 653.26 UIT. Para los meses de enero a agosto de 2023, podemos observar el siguiente gráfico:

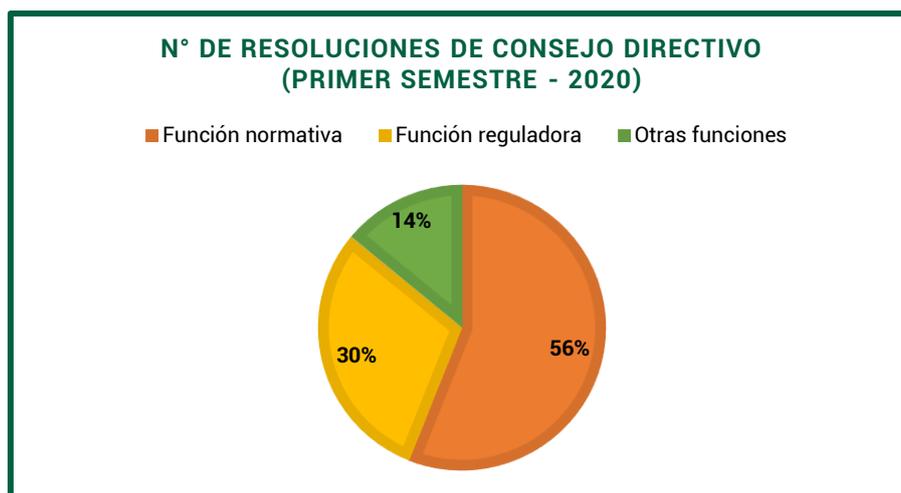


Fuente: Elaboración propia en base a la información proporcionada por la Gerencia de Supervisión de Energía de OSINERGMIN

Retomando nuestra línea argumentativa, no debería sorprendernos que los demás organismos reguladores (OSIPTTEL, OSITRAN y SUNASS) también presenten cifras similares, debido a que, pese a tener funciones específicas las cuales varían dependiendo del sector en que nos encontremos, comparten una serie de potestades generales inherentes, así como un mismo marco normativo. Evidentemente, no es objeto del presente trabajo abarcar las cifras de los demás reguladores, pero ello no quiere decir que esta primera evidencia encontrada no nos pueda ser de utilidad para entender un poco mejor el comportamiento de sus órganos, desde el punto de vista de la cantidad de las resoluciones que emiten.

Si se realizara una profundización mayor al respecto, probablemente se encontrarían diversas causas por las cuales se presentan estas cifras: exceso en la regulación, cantidad de infracciones cometidas por las empresas, política del propio regulador, cumplimiento de determinados estándares, criterios de eficiencia, o la cantidad y complejidad de funciones del órgano que aprueba la resolución. Este último caso es el que nos preocupa, y es precisamente, el problema que hemos detectado.

Para ello, entre los años 2015 y 2022, hemos tomado como muestra a las RCD publicadas en el Diario Oficial “El Peruano” en el primer semestre del año 2020. Concretamente, se ha tomado como punto de partida a la Resolución N° 001-2020-OS-CD, y como punto de arribo a la Resolución N° 100-2020-OS-CD.



Fuente: Elaboración propia en base al Diario Oficial "El Peruano"

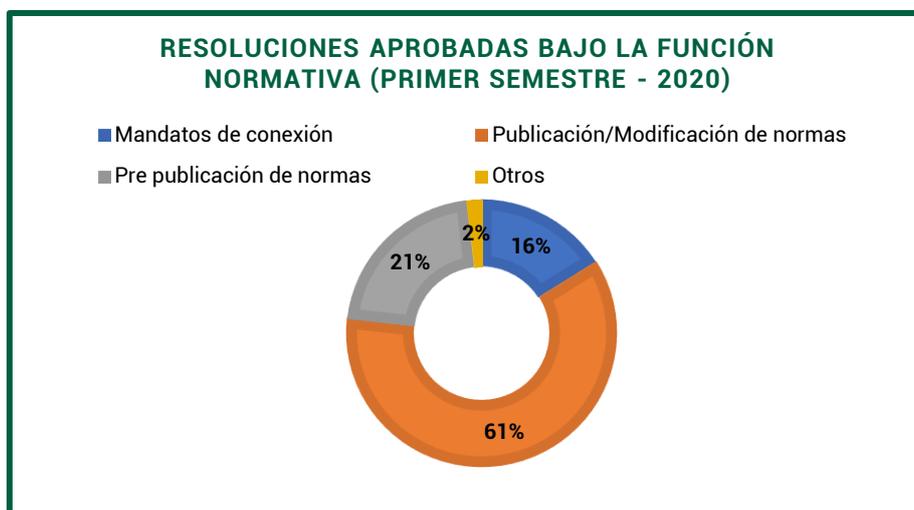
Como se puede apreciar de la primera imagen, para el primer semestre del 2020, el 56% de resoluciones aprobadas por el Consejo Directivo fueron emitidas bajo el ejercicio de una función normativa; el 30% bajo una función reguladora; y el 14% en el marco de otras funciones distintas estas dos primeras. Al respecto, es preciso realizar un par de comentarios. Por un lado, más allá del hecho de que el 2020 haya sido un año atípico debido a los impactos generados por la pandemia del COVID-19 y las medidas adoptadas por el gobierno, las cifras antes vistas nos confirman un hecho importante: que el Consejo Directivo es, de todas maneras, un órgano técnico-normativo. Ello implica que las dos funciones principales que ejerza sean la normativa y la reguladora.

Por otro lado, el 14% de resoluciones que se dictaron bajo otras funciones no debe dejarse de lado, pues ello evidencia que, en algunos casos, el Consejo Directivo no necesariamente tenga que recurrir a las funciones generales, sino que también pueda ejercer otras funciones implícitas o específicas. Por ejemplo, dentro de este grupo, se han encontrado nombramientos de funcionarios, actualizaciones de datos, disposición de acciones de supervisión, o respuestas a peticiones administrativas. Si pudiéramos englobar todas estas facultades dentro de una función, podría denominarse función ejecutiva, directiva, o administrativa. Esta es una primera muestra de la complejidad de las RCD de OSINERGMIN.

Sin embargo, nos hemos podido dar cuenta de que la diversidad de posibilidades decisorias que el Consejo Directivo puede tener al momento de ejercer la función normativa puede generar confusiones al administrado. Lo primero que se puede pensar es que esta potestad solo fue atribuida al Consejo Directivo para la aprobación de normas o reglamentos. Pero en realidad, puede implicar varias otras opciones.

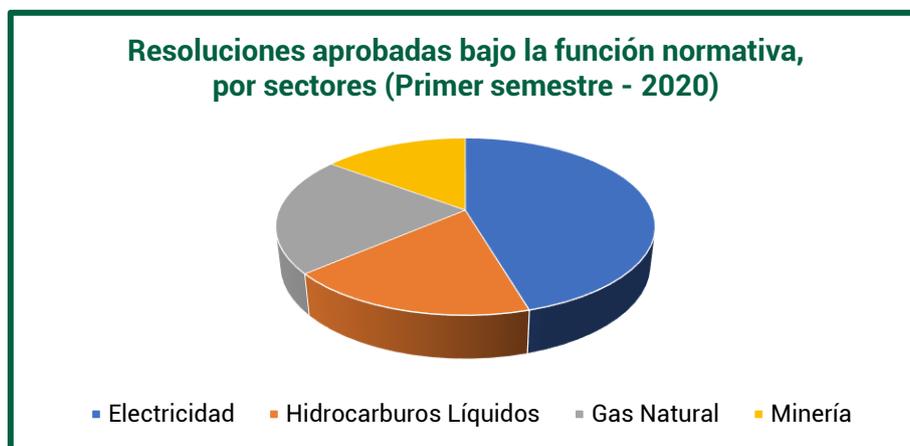
Por ejemplo, de todas las resoluciones publicadas en el primer semestre del 2020 en las que se ejerce función normativa, el 61% estaban referidas a publicaciones o modificaciones de normas; el 21% correspondía a pre publicación de normas

para comentarios (o también conocida como publicación de proyectos normativos); un 16% se refería a mandatos de interconexión; y el 2% restante estaba constituida por otros temas misceláneos.



Fuente: Elaboración propia en base al Diario Oficial "El Peruano"

Asimismo, si las resoluciones aprobadas bajo la función normativa (publicadas en el primer semestre del 2020) fueran clasificadas por sectores, la proporción sería de la siguiente manera: 40% resultan aplicables al sector eléctrico, 29% a hidrocarburos líquidos, 19% a gas natural y 13% a minería.



Fuente: Elaboración propia en base al Diario Oficial "El Peruano"

Como podemos observar, la heterogeneidad que presentan las RCD del OSINERGMIN en el marco de su función normativa es evidente, no tanto por el hecho de que nos encontremos ante uno de los órganos que aprueba un mayor número de instrumentos, sino por lo amplias que resultan ser las funciones. La consecuencia directa de esta heterogeneidad es la generación de una confusión para los administrados.

Esto se debe, por un lado, a que el marco regulatorio de las resoluciones es amplio y se encuentra en constante evolución, por lo que se tiene que recurrir a una lectura conjunta de varias normas, para poder encontrar la disposición que faculta al Consejo Directivo a emitir su decisión. Incluso es común que las normas que atribuyan competencias sean sectoriales, ya sea de electricidad, hidrocarburos o minería. Es decir, generalmente se dan ocasiones en las que, a través de un Decreto Supremo emitido por el Ministerio de Energía y Minas se faculta al Consejo Directivo de OSINERGMIN para desempeñar determinada función.

Por otro lado, a ello se debe añadir el hecho de que no en todos los casos será fácil diferenciar si nos encontramos ante actos administrativos propiamente dichos, reglamentos, o alguna otra decisión de carácter sui generis. Al respecto, nuestra posición es que la problemática descrita puede ser cubierta, de alguna manera, a través del análisis sistemático del panorama normativo, y la caracterización de las RCD según su naturaleza jurídica.

4. ¿CÓMO ANALIZAR UNA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO DEL OSINERGMIN?

4.1. Cuestión previa: los criterios diferenciadores entre actos administrativos y reglamentos

Para poder sostener la hipótesis de que analizar las RCD de OSINERGMIN puede resultar beneficioso para el administrado, recurriremos a dos conceptos que, probablemente, se encuentren dentro de las figuras jurídicas con mayor desarrollo doctrinario en el Derecho Administrativo. Me refiero al acto administrativo y al reglamento.

Por un lado, el acto administrativo ha sido generalmente definido como “la declaración productora de efectos jurídicos dictada por una Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa” (Baca & Abruña, 2019, p. 92). Esta definición nos lleva a desprender cinco características importantes: 1) tiene carácter declarativo, 2) es unilateral, 3) se caracteriza por su no normatividad, 4) tiene origen administrativo, y 5) está sometido al derecho administrativo.

Este desarrollo conceptual es compatible con la definición de acto propuesta en el TUO de la LPAG: “Son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

Por otro lado, los reglamentos son disposiciones administrativas de carácter general y de rango inferior a la ley, y que, además, contienen normas jurídicas propiamente dichas. A diferencia de los actos administrativos, los reglamentos tienen una fuerza incoactiva, es decir, enriquecen el ordenamiento jurídico.

Asimismo, pueden desconocer y modificar los derechos adquiridos de los particulares (Vera & Rebollo, 2017, p. 223-225).

Habiendo mencionado todo lo anterior, la doctrina ha considerado que resulta necesario diseñar criterios que ayuden a que la diferenciación entre acto y reglamento se pueda realizar de una mejor manera. En esta sección abordaremos algunos de estos razonamientos.

Un primer punto de vista que debemos considerar en este análisis es el esbozado por Richard Martin, siguiendo el criterio de Juan Alfonso Santamaría Pastor. Se concluye de lo formulado por Santamaría que la mejor manera de abordar la distinción entre reglamento y acto es en base a dos pares de conceptos, los cuales tienen que leerse conjuntamente con los elementos esenciales de todo imperativo jurídico: sujeto y objeto. De tal forma que:

“En atención al sujeto pasivo, los imperativos pueden clasificarse en especiales (tienen como destinatarios a una o varias personas identificadas de modo singular e inequívoco) y generales (los destinatarios se designan en base a conceptos abstractos). [...] Y en atención al objeto, los imperativos jurídicos pueden clasificarse en concretos (tienen como objeto uno o varios supuestos de hecho o acciones singulares) y abstractos (comprenden una categoría abstracta de supuestos de hecho o de acciones)” (Santamaría, 1988, p. 723-725).

En base a ello, es posible decir que mientras la relación general-abstracto estará haciendo referencia al reglamento, la relación especial-abstracto nos remitirá a un acto administrativo propiamente dicho, es decir, como lo concibe la Ley del Procedimiento Administrativo General. En cambio, las fórmulas general-concreto y especial-abstracto no son del todo claras, por lo que en estos casos es donde tendremos los mayores problemas, pero ello no quiere decir que no debamos aplicar los criterios diferenciadores, porque de alguna u otra manera, estos nos permitirán tener un panorama mucho más claro.

Finalmente, Richard Martin termina aseverando de manera rotunda que, así como existen leyes de carácter singular (autorización de una expropiación) y leyes de caso único (creación de una universidad), también es posible hablar de reglamentos generales y singulares. Los Reglamentos de Organización y Funciones, más conocidos como “ROF” serían un ejemplo del segundo caso (2002, p. 110). Todo ello lo llevó a concluir que las resoluciones de los organismos reguladores emitidas en el marco de su función normativa no necesariamente implican la emisión de un acto administrativo.

Una segunda referencia sobre el presente tema nos la otorga Giancarlo Vignolo, quien ha descrito tres criterios diferenciadores del acto y reglamento: la generalidad, el criterio ordinamental, y la “no consunción” (2020, p. 74-76). Así, pues, según el criterio de la generalidad, los reglamentos tendrían alcances generales para todos los sujetos pasivos de su objeto. En cambio, los actos

administrativos tendrían efectos singulares. Evidentemente, este es un criterio que ha quedado desfasado, pues hoy en día, las decisiones de los entes administrativos son mucho más complejas.

El segundo criterio es el ordinamental, el cual propone que la característica de los reglamentos es su “fuerza innovativa” en el ordenamiento. Es decir, una vez publicado en el Diario Oficial El Peruano, este, inmediatamente, forma parte de todo el conjunto de normas vinculantes de nuestro ordenamiento jurídico, el cual está compuesto por normas con rango legal, y con rango infra legal. No obstante, nuevamente, es un criterio insuficiente, pues hay actos administrativos que también se publican en El Peruano.

El tercer criterio que describe Vignolo es el de la “no consunción”, según el cual la característica de todo acto administrativo es que este se agota en su simple cumplimiento; se consume en este. Ello no sucede con los reglamentos, ya que estos seguirán siendo aplicables y completamente vigentes para los demás casos similares que compartan el mismo supuesto de hecho. Finalmente, la postura del autor es utilizar tanto el segundo como el tercer criterio de forma conjunta (2020, p. 75).

4.2. Esquema de análisis de las Resoluciones de Consejo Directivo

Habiendo llegado a este punto, pasaremos a desarrollar cuál es nuestra propuesta en relación al análisis que se debe aplicar cuando nos encontramos frente a una resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN. Dicho análisis consiste en dos etapas.

La primera etapa podría denominarse “fase normativa”, y esta se centra en una revisión del marco normativo aplicable al caso concreto, específicamente, una búsqueda de cuál o cuáles podrían ser las disposiciones normativas que han habilitado al Consejo Directivo para emitir la decisión materia de controversia.

En base a ello, se deberá identificar la función o funciones que dieron origen a la emisión de la resolución. Como hemos planteado anteriormente, las funciones del Consejo Directivo las podemos clasificar en al menos cuatro maneras: generalidad, tipificación, competencia y origen. Según su generalidad, podemos encontrar funciones generales y específicas; según su tipificación, son explícitas e implícitas; según la competencia, hay potestades delegables e indelegables; y según su origen, las funciones pueden ser atribuidas por una norma con rango de ley o infra legal.

Lo interesante, y a la vez complejo, de esta diversidad es que no en todas las normas vamos a encontrar los ocho tipos de funciones, así como no en todas las normas la función que estamos buscando va a estar claramente desarrollada. Es por ello que el mejor camino para poder identificar las funciones es utilizar la clasificación según la generalidad; es decir, separar las funciones generales de las específicas. Lo que se deberá hacer es, entonces, dividir las en tres niveles:

aquellas que el Consejo Directivo ejerce a nivel de organismo regulador; las que se ejercen a nivel de organismo (es decir, como OSINERGMIN), y las que se ejercen a nivel del propio Consejo Directivo (órgano administrativo). En los dos primeros casos, nos estaremos refiriendo a las funciones generales; y en el tercer caso, a las específicas.

En ese sentido, la única norma que establece las funciones generales del Consejo Directivo a nivel de los organismos reguladores es la Ley Marco de Organismos Reguladores (artículo 3, inciso 1). En cambio, si queremos identificar las funciones a nivel de OSINERGMIN, tenemos a la Ley del OSINERGMIN (artículo 5); el Reglamento General del OSINERGMIN (artículos 1, 21, 26, 31, 32, 35, 36, 44, 45, 48 y 78); y el Reglamento de la Ley Marco de Organismos Reguladores (artículo 3). A partir de ello, será mucho más sencilla la identificación de las funciones explícitas, implícitas, delegables, indelegables, con rango legal, y con rango infra legal.

La segunda etapa de análisis de las RCD será denominada “fase doctrinaria”, debido a que aplicaremos la teoría del derecho administrativo expuesta en la presente investigación para poder dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de las resoluciones. La finalidad de esta fase será ayudarnos a separar aquellas resoluciones que aprueban actos administrativos, de aquellas que aprueban normas o reglamentos. A partir de los criterios diferenciadores que hemos desarrollado a partir de la doctrina, tenemos el siguiente esquema de análisis:

CÓMO APLICAR LOS CRITERIOS DIFERENCIADORES A LAS RESOLUCIONES DE CONSEJO DIRECTIVO DEL OSINERGMIN		
Criterio	Característica de las resoluciones	Naturaleza jurídica
Generalidad en relación al sujeto pasivo	Especiales (una o varias personas identificadas de modo singular e inequívoco)	Acto administrativo
	Generales (los destinatarios se designan en base a conceptos abstractos)	Reglamento
Generalidad en relación al objeto	Concretos (tienen como objeto uno o varios supuestos de hecho o acciones singulares)	Acto administrativo
	Abstractos (comprenden una categoría abstracta de supuestos de hecho o de acciones)"	Reglamento
Criterio ordinamental	No innovan en el ordenamiento jurídico	Acto administrativo
	Innovan en el ordenamiento jurídico	Reglamento
Criterio de la "no consunción"	Se agotan en su simple cumplimiento	Acto administrativo
	No se agotan en su simple cumplimiento	Reglamento

Fuente: Elaboración propia

En base a ello, es posible decir que los instrumentos jurídicos emitidos por el Consejo Directivo que cumplan con todos los criterios, podrán considerarse o bien

actos o bien reglamentos. No consideramos correcta la aplicación de un único criterio, pues, la doctrina ya se ha pronunciado al respecto señalando que ello resultaría reduccionista. Las herramientas del derecho administrativo, con el paso de los años, se han ido complejizando, lo que también ha tenido efectos en la facilidad con la que se podía identificar su naturaleza jurídica.

Asimismo, debemos tener en cuenta que las fórmulas general-concreto y especial-abstracto no son del todo claras, por lo que en estos casos es donde tendremos los mayores inconvenientes. Generalmente, las resoluciones que presentarán estas características estarán relacionadas a la función reguladora, es decir, aprobación o modificación de tarifas. Con respecto al criterio ordinamental, recordemos que no porque una disposición haya sido publicada en el Diario Oficial El Peruano, se cumplirá la condición innovativa en el ordenamiento. Existen diversos instrumentos jurídicos que, sin tener la calidad de normas, igualmente son publicados en El Peruano, pero no con la finalidad de incorporarlos al ordenamiento, sino simplemente para darles publicidad.

Finalmente, si bien la aplicación de los criterios nos ayudará a analizar las resoluciones, siempre será sustancial añadir a nuestro estudio las características particulares del caso concreto, pues, como dicen, el diablo está en los detalles. Siempre es posible que nos encontremos en contextos en los cuales se rompa la regla establecida, y se deba recurrir a otros criterios u otro tipo de razonamiento. La doctrina, el *soft law*, los precedentes administrativos y la jurisprudencia resultan ser herramientas en la cuales nos podamos apoyar para entender mejor las decisiones del organismo regulador.

5. CONCLUSIONES

El Consejo Directivo no solo es el órgano máximo de un ente administrativo, sino que también es el encargado de tomar las decisiones más importantes de la institución. Tratándose del OSINERGMIN, a lo largo de este artículo, nos hemos podido dar cuenta de la complejidad que pueden llegar a tener las resoluciones de su órgano principal, ya sea por la gran cantidad de funciones específicas, o también por las diversas materias en las que el Consejo Directivo puede intervenir.

Lo cierto es que los problemas de los que hemos hablado no pueden ser un impedimento para que los administrados podamos comprender de manera adecuada aquello que el regulador quiere decir. A fin de cuentas, así como los jueces se comunican a través de los autos, decretos y sentencias, los órganos directivos lo hacen a través de sus resoluciones.

Una primera conclusión a la que podemos arribar es que debemos entender al Consejo Directivo como una pieza que forma parte del complejo organigrama administrativo del OSINERGMIN. Además, desde el punto de vista doctrinario, puede definirse como un órgano colegiado, complejo, no representativo,

ejecutivo, independiente y central. En cuanto a sus funciones, tiene potestades generales, específicas, explícitas, implícitas, atribuidas por una ley, y asignadas por una norma con rango infra legal. Dichas funciones son las que serán plasmadas al momento de emitir las RCD, que no son sino unos instrumentos a través de los cuales el órgano manifiesta o declara su voluntad.

Por otro lado, si lo que queremos es realizar un correcto análisis de las RCD del OSINERGMIN, no debemos perder de vista, por un lado, la definición doctrinaria de acto administrativo y reglamento, así como los criterios que nos ayudarán a diferenciar ambas figuras. A continuación, un primer nivel de análisis se debe realizar a nivel normativo, para lo cual debemos recurrir a las cinco principales normas que, a lo largo de los años, han regulado la actuación del organismo regulador. En el segundo nivel de estudio, nos enfocaremos en delimitar cuál es la naturaleza jurídica de la decisión materia de controversia.

A partir de ello, los siguientes pasos dependerán no solo de la discrecionalidad del lector, sino también de la estrategia legal que se pretenda utilizar.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Baca Oneto, V., & Abruña Puyol, A. (2019). El Reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho peruano? *Revista De Derecho*, 11(1).

<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1529>

Falla, A. (2003). Las nuevas agencias reguladoras: «Ni muy muy. . . ni tan tan». *IUS ET VERITAS*, 27.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16267>

Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. (2012). *Manual de Derecho Administrativo* (29.^a ed.). Aranzadi.

Martin, R. (2016). El Control Jurisdiccional de la Actuación de los Organismos Reguladores: Balance Crítico de la Experiencia Peruana. *Revista de Derecho Administrativo*, 16.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16291>

Morón, J. (2011). La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los organismos reguladores. *IUS ET VERITAS*, 42.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12093>

Quintana, E. (2006). Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos? *THEMIS Revista de Derecho*, 52.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8826>

Sánchez Morón, M. (2011). Teoría general de la organización administrativa. En *Derecho Administrativo: Parte General* (7.^a ed., pp. 223–267). Tecnos.

Santamaría, A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo (Vol. 1)*. Centro de Estudios Ramón Aceres.

Tassano, H. (2008). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 4.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14527>

Vera, D., & Rebollo, M. (2017). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Tecnos.

Vignolo, G. (2020). Los mandatos de los Organismos Reguladores ¿son actos administrativos o son reglamentos? *FORSETI Revista de Derecho*, 8(11).

<https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1254>

SOBRE EL AUTOR

José Antonio Del Risco es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Asociado del área regulatoria de Santiváñez Abogados. Tiene una especialización en Derecho de la Energía y Minería en el Programa de Extensión Universitaria de OSINERGMIN. Actualmente, viene cursando el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo en la PUCP.

De igual forma, cuenta con experiencia en procedimientos sancionadores, trilaterales, procesos contencioso administrativos y arbitrajes en los sectores de electricidad, gas natural y telecomunicaciones. En su práctica profesional, ha formado parte del Área Legal de la División de Supervisión de Gas Natural del OSINERGMIN, y ha brindado asesoría jurídica en temas regulatorios a empresas del sector eléctrico.