

“Decenio de la igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”  
“Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho”

**Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT**  
**Análisis sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD mediante la cual se modifica la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)”**

Para : **Miguel Juan Révolo Acevedo**  
Gerente de Regulación de Tarifas

Referencia : a) Recurso de administrativo interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A., mediante Carta s/n, recibido el 15/01/2024.

b) Expediente Osinergmin N° 202400010448 (000521-2023-GRT).

Fecha : 26 de enero de 2024

---

**Resumen Ejecutivo**

En el presente informe se analiza el recurso de administrativo interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (en adelante “San Gabán”) contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD, mediante la cual se modificó la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)”.

San Gabán solicita se declare la nulidad de la Resolución 236 y, en consecuencia, se emita una nueva resolución pues considera que se ha incumplido la formalidad de prepublicación del proyecto modificatorio y no se han regulado aspectos vinculados a los retiros no declarados.

El recurso materia del presente informe, ha sido planteado por la impugnante como uno de apelación, correspondiendo ser encauzado, conforme al marco legal vigente, como uno de reconsideración al haber sido la resolución objeto de impugnación emitida por el Consejo Directivo, única instancia administrativa.

Al respecto, esta Asesoría concluye que el recurso impugnatorio de San Gabán resulta improcedente, toda vez que la resolución recurrida no constituye un acto administrativo impugnabile en sede administrativa, sino una norma o reglamento administrativo impugnabile únicamente en vía judicial, mediante el proceso específico de acción popular, de conformidad con el marco normativo aplicable. Asimismo, sin perjuicio de la improcedencia del recurso, se concluye que no se ha incurrido en ningún vicio de nulidad al no haberse efectuado la prepublicación de la norma, dado que ello resultaba impracticable, así como que i) no corresponde modificar el formato FOSE 05 para informar sobre el monto efectivamente pagado en materia de retiros no declarados; ii) la Norma FOSE no tiene como objetivo mediar ante un incumplimiento de pago por usuarios que retiren energía sin autorización; y iii) el recargo del FOSE considera a todos los usuarios libres que efectúen retiro en el mercado mayorista de electricidad.

El plazo para resolver el recurso impugnatorio de San Gabán vence el día 05 de febrero de 2024.

### **Informe Técnico Legal N° 038-2024-GRT**

## **Análisis sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD mediante la cual se modifica la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)”**

### **1) Antecedentes, resolución impugnada y presentación del recurso**

- 1.1** Con Ley N° 27510, publicada el 28 de agosto de 2001, se creó el Fondo de Compensación Social Eléctrica (en adelante “Ley FOSE”).
- 1.2** Mediante Resolución N° 2123-2001-OS/CD, publicada el 01 de noviembre de 2001, se publicó la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley FOSE, en la cual se establece que el Osinergmin tiene la obligación de aprobar los procedimientos para la aplicación del FOSE.
- 1.3** Como consecuencia de modificaciones normativas a la Ley FOSE, el Procedimiento de Aplicación del FOSE fue modificado varias veces, siendo la norma vigente, la publicada el 14 de abril de 2023, a través de Resolución N° 063-2023-OS/CD, la cual deroga la Resolución N° 2123-2001-OS/CD y aprueba la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)” (en adelante “Norma FOSE”).
- 1.4** En virtud de la Ley N° 31429, se incorporó el artículo 3-A en la Ley FOSE, a través de la cual se incluyó criterios de exclusión de usuarios con el objetivo de mejorar la focalización del subsidio. Posteriormente la Ley 31713, publicada el 21 de marzo de 2023, suspendió la aplicación del referido artículo 3-A hasta el 31 de diciembre de 2023.
- 1.5** Con la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 31728, publicada el 22 de abril de 2023, se modificó el artículo 3-A de la Ley FOSE y se dispuso que, mediante decreto supremo, refrendado por el Ministerio de Energía y Minas, se apruebe el Reglamento de dicha disposición, precisando que se establezca los criterios de exclusión complementarios que sean necesarios.
- 1.6** Mediante Decreto Supremo N° 032-2023-EM, publicado en edición extraordinaria del diario el Peruano de fecha 30 de noviembre de 2023, se reglamenta el artículo 3-A de la Ley FOSE, suspendiendo la aplicación de dicho Reglamento hasta el 31 de diciembre de 2023 y disponiendo en la Única Disposición Complementaria Final que Osinergmin como administrador del FOSE, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley FOSE aprueba las normas y los procedimientos necesarios para la aplicación de la Ley FOSE y de dicho Reglamento, en un plazo de 30 días calendario contados desde el día siguiente de la publicación del Decreto Supremo N° 032-2023-EM.
- 1.7** Con Resolución N° 236-2023-OS/CD (en adelante “Resolución 236”), publicada el 23 de diciembre de 2023, entre otras modificaciones a la Norma FOSE, se aprobó los procedimientos para la aplicación de los criterios de exclusión al amparo de lo regulado en el artículo 3-A de la Ley FOSE y su reglamento.

- 1.8** Con fecha 15 de enero de 2024, la empresa San Gabán, mediante documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 236, cuyo análisis es objeto del presente informe.

## **2) Plazo para interposición, admisibilidad y calificación del recurso**

- 2.1** De conformidad con el artículo único de la Ley N° 31603, con el que se modificó el artículo 207 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>1</sup>, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles contados desde su interposición.
- 2.2** Considerando que la Resolución 236 fue publicada el 23 de diciembre de 2023, el plazo máximo para la interposición de los recursos administrativos por los interesados venció el pasado 18 de enero de 2024, habiéndose verificado que el recurso de San Gabán ha sido presentado dentro del plazo, el 15 de enero de 2024.
- 2.3** La recurrente solicita la nulidad de la Resolución 236 mediante la interposición de un recurso administrativo, conforme se indica en numeral 11.1 del artículo 11<sup>2</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO de la LPAG”).
- 2.4** El recurso administrativo ha sido interpuesto como un recurso de apelación contra la Resolución 236, sin embargo, según lo establecido en el artículo 220 del TUO de la LPAG, los recursos de apelación deben ser resueltos por el superior jerárquico de la autoridad que expidió el acto administrativo, lo cual no es posible en el presente procedimiento toda vez que la Resolución 236 fue expedida por el Consejo Directivo, órgano que no tiene subordinación jerárquica a otro órgano administrativo y es única instancia, conforme al artículo 6 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el artículo 2 del Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, los artículos 21 y 52 inciso k) del Reglamento General de Osinergmin, aprobado con Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y los artículos 6 y 7 inciso b) del Reglamento de Organización y Funciones del Osinergmin. Teniendo en cuenta que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación y que es deber de la autoridad encauzar el procedimiento; corresponde, en consecuencia, que el recurso sea calificado y encauzado como uno de reconsideración, en ejercicio de la facultad prevista en los artículos 86.3 y 223<sup>3</sup> del TUO de la LPAG y sea analizado por la misma autoridad que expidió la resolución impugnada.

---

<sup>1</sup> Artículo 218.2 del TUO de la LPAG

<sup>2</sup> **Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad**

**11.1** Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III, capítulo II de la presente ley.

<sup>3</sup> **Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos**

...

3. Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

**Artículo 223.- Error en la calificación**

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

- 2.5** El recurso resulta admisible, al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.

### **3) Petitorio y argumentos del recurso**

San Gabán solicita que se declare la nulidad de la Resolución 236, y, se emita una nueva resolución, sustentando su petitorio en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

- 3.1** Indica que Osinermin no ha cumplido con la formalidad de efectuar la prepublicación de la Resolución 236 afectando de esa manera el principio de legalidad, participación y transparencia, lo cual vulnera el debido procedimiento administrativo.
- 3.2** Señala que Osinermin no ha desarrollado en la parte considerativa lo expuesto en la parte resolutive de la Tabla FOSE05, del Anexo N° 2 del artículo 2 de la Resolución 236. Manifiesta que no se menciona la forma de obtener esta información para los usuarios con retiro no declarado (RND). Agrega que, Osinermin en su facultad normativa debería normar para asignar el agente responsable de brindar esta información a los agentes generadores que facturan el recargo FOSE. Asimismo, sostiene que Osinermin debe tomar acciones correctivas para evitar que estos usuarios continúen retirando sin autorización electricidad del mercado mayorista.
- 3.3** Refiere que no se ha incluido un campo adicional en la tabla FOSE05 para registrar el monto efectivamente cobrado por el recargo FOSE aplicado a los usuarios con retiro no declarado; pese a que, se hace referencia a ese tipo de usuarios en el Informe N° 269-2023-GRT. Señala que, es fundamental incorporar este campo ya que permitirá separar la declaración de información de facturación e información del monto realmente recaudado o pagado. Precisa que este tipo de usuarios presentan una morosidad significativa por lo que se necesita un mecanismo claro para registrar el recargo.

### **4) Análisis Técnico Legal**

#### **4.1 Sobre la impugnación de disposiciones con carácter normativo**

En principio, corresponde dilucidar si la modificación de la Norma “Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)” dispuesta por la Resolución 236 puede ser materia de impugnación en vía administrativa, pues de lo contrario, dicho recurso de reconsideración devendría en improcedente.

El recurso impugnatorio interpuesto por San Gabán tiene como finalidad que se declare la nulidad de la Resolución 236 y ésta quede sin efecto, emitiéndose una nueva que incluya aclaraciones y disposiciones que sugiere el recurso, vinculado fundamentalmente con el tema de los retiros no declarados. Sobre el particular, y conforme a lo dispuesto en el Artículo 1° del TUO de la LPAG, se entiende por acto administrativo, las declaraciones de las entidades destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. La doctrina reconoce que el acto administrativo es una

declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata. Los actos administrativos deben distinguirse de los denominados reglamentos administrativos, cuya característica principal es su esencia normativa, general y abstracta, no referida a situaciones concretas, singulares y/o derechos personales concretos, en el sentido de que crean derecho, a diferencia de los actos administrativos que sólo procuran su aplicación y ocasionan efectos directos al administrado.

La Resolución 236 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 y el inciso b) del artículo 7 del reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 010-2016-PCM. A diferencia de los actos administrativos, las disposiciones normativas constituyen actos reglamentarios que surte efectos generales y de carácter abstracto, con vocación de permanencia, y lo más importante, constituye una fuerza innovadora del ordenamiento jurídico. Por lo que, los actos administrativos y los reglamentos administrativos cuentan con procedimientos distintos para su aprobación, y sus efectos son también diferentes. La Resolución 236 tiene la misma naturaleza del reglamento administrativo que modifica y es una resolución aprobada por Osinergmin en ejercicio de su facultad normativa antes mencionada, por lo que, no es un acto administrativo impugnabile en los términos establecidos en los artículos 120, 217 y 218 del TUO de la LPAG<sup>4</sup>.

Los recursos administrativos previstos en el TUO de la LPAG son aplicables contra actos administrativos y no contra las normas o reglamentos administrativos, de modo que estos últimos solo puedan 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<sup>5</sup>, y que se encuentra bajo competencia exclusiva del Poder Judicial; ello en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú.

De acuerdo a lo expuesto, el recurso interpuesto por San Gabán, debe ser declarado improcedente. Esta conclusión ha sido plasmada en diversos casos similares, declarando improcedente los recursos que impugnaron procedimientos y/o normas de carácter general, como en las Resoluciones N° 131-2023-OS-CD, N° 099-2022-OS/CD, N° 033-2021-OS/CD, N° 180-2019-OS/CD, N° 043-2018-OS-CD, N° 028-2016-OS/CD, N° 176-2015-OS/CD, N° 105-2014- OS/CD, N° 036-2012-OS/CD, N° 087-2011-OS/CD, N° 070-2010-OS/CD, N° 182-2009-OS/CD, N° 004-2009-OS/CD, N° 003-2009-OS/CD, entre otras.

---

<sup>4</sup> Cabe indicar que en la parte considerativa de la Resolución 236, se estableció que las empresas pueden interponer los recursos administrativos previstos en el TUO de la LPAG contra la aprobación del factor de recargo y el programa de transferencias del FOSE. En consecuencia, el recurso de reconsideración ha sido previsto para impugnar las fijaciones de factores específicos, más no para impugnar las normas que se relacionan con dichos temas, dado que las impugnaciones sobre el contenido de una norma al ser actos reglamentarios y abstractos, solo proceden en vía judicial.

<sup>5</sup> Aprobado por la Ley N° 31307

## 4.2 Sobre la falta de prepublicación de la norma

Sin perjuicio de lo indicado en el numeral 4.1, es decir, que el recurso resulta improcedente, cabe señalar que, en el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, se dispone la excepción de la publicación de los proyectos de normas con carácter general cuando se considere que ésta es impracticable.

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

En atención a lo anterior, se concluyó que resultaba impracticable realizar la pre publicación 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; dado que, la no prepublicación de proyectos normativos se encuentra permitida normativamente, siempre y cuando se cumplan las condiciones advertidas en la norma, como ha ocurrido en el presente caso.

## 5) Aspectos técnicos relevantes

Sin perjuicio de que corresponde declarar improcedente el recurso de reconsideración de San Gabán, en esta oportunidad cabe mencionar los aspectos técnicos que evidencian que la Resolución 236 cumple con el marco normativo vigente. En tal sentido, la información de los ítems del 15 al 18 de la tabla FOSE05 correspondiente al Anexo N° 2 de la Resolución 236, se puede obtener solicitando formalmente al usuario a quien emitirá la factura por el retiro no declarado o solicitando la referencia de la ubicación de la instalación para que las coordenadas puedan ser obtenidas a través de un medio tecnológico alternativo.

Respecto a las acciones correctivas para evitar que usuario retiren energía sin autorización del mercado mayorista, se debe tener presente que la modificación de la Norma FOSE no tiene como objetivo mediar ante el incumplimiento de pago por usuarios que retiren energía sin autorización, sino que establece el procedimiento para que las empresas apliquen el FOSE en cumplimiento a lo dispuesto por la Ley FOSE.

Respecto a los campos para informar sobre el monto efectivamente pagado por el retiro no declarado, es necesario indicar que mediante el análisis de la consulta indicada en el 1.3.5 Opinión 5 del Informe Técnico N° 269-2023-GRT se indicó que el recargo del FOSE considera a todos los usuarios libres que efectúen retiro en el mercado mayorista de electricidad. Asimismo, se indicó que, en el caso de los retiros no declarados asignados a los

generadores, corresponde informar el recargo del FOSE, luego de ocurrido el pago del retiro, en la declaración al Osinergmin más próxima. Es decir, el retiro no declarado debe ser tratado e informado en los mismos formatos igual a lo que ocurre con un retiro con contrato, con la salvedad de que la información debe ser reportada luego del pago del retiro no declarado por el usuario, es decir cuando haya finalizado el proceso del cobro.

## **6) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso**

- 6.1** De conformidad con el artículo único de la Ley N° 31603, con el que se modificó el artículo 207 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles contados desde su interposición.
- 6.2** Teniendo en cuenta que la empresa San Gabán interpuso su recurso impugnatorio el 15 de enero de 2024, el plazo máximo para resolver dicho recurso vence el 05 de febrero de 2024.
- 6.3** Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG.

## **7) Conclusiones**

- 7.1** Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente Informe, el recurso interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A., contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD debe ser calificado como un recurso de reconsideración. Dicho recurso, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 7.2** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4 de este informe, está Asesoría considera que corresponde declarar improcedente el recurso impugnatorio presentado por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 236-2023-OS/CD, en donde solicita declarar la nulidad de la resolución que modifica la Norma FOSE, en tanto que cuestiona una disposición de naturaleza normativa, la cual solo puede ser impugnada en sede judicial, ello en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú.
- 7.3** Sin perjuicio de la improcedencia del recurso, se concluye que no se ha incurrido en ningún vicio de nulidad al no haberse efectuado la prepublicación de la norma dado que ello resultaba impracticable, así como tampoco corresponde modificar el formato FOSE 05 para informar sobre el monto efectivamente pagado en materia de retiros no declarados.

**7.4** La resolución del Consejo Directivo con la que se resuelva el recurso de reconsideración materia del presente informe, deberá expedirse a más tardar el 05 de febrero de 2024 y publicarse en el diario oficial.

**[lgrajeda]**

**[mcastillo]**

**[mdamas]**

**[jamez]**

/apm