

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 016-2024-OS/CD**

Lima, 30 de enero de 2024

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, mediante Resolución N° 236-2023-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de diciembre de 2023 (en adelante "Resolución 236"), se modificó la Norma "Procedimiento de Aplicación del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)", aprobada mediante Resolución N° 063-2023-OS/CD (en adelante "Norma FOSE");

Que, con fecha 15 de enero de 2024, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (en adelante "San Gabán") interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución 236;

2. CALIFICACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO

Que, el recurso impugnatorio interpuesto contra la Resolución 236 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 236 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 236 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 la nulidad de la Resolución 236, y, se emita una nueva resolución pues considera que se ha incumplido la formalidad de prepublicación del proyecto modificadorio y no se han regulado aspectos vinculados a los retiros no declarados;

4. ARGUMENTOS DE SAN GABÁN

Que, San Gabán indica que Osinergmin no ha cumplido con la formalidad de efectuar la prepublicación de la Resolución 236 afectando de esa manera los principios de legalidad, participación y transparencia, lo cual vulnera el debido procedimiento administrativo;

Que, señala que Osinergmin 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, Osinergmin debería normar para asignar el agente responsable de brindar esta información a los agentes generadores que facturan el recargo FOSE. Asimismo, sostiene que Osinergmin debe tomar acciones correctivas para evitar que estos usuarios continúen retirando sin autorización electricidad del mercado mayorista;

Que, sostiene 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;

5. ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, 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 resolución que incluya aclaraciones y disposiciones que sugiere el recurso, vinculado fundamentalmente con el tema de los retiros no declarados;

Que, 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. 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;

Que, 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 en el inciso b) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 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;

Que, 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, 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;

Que, 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;

Que, aun cuando 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;

Que, en el Informe Legal N° 847-2023-GRT, en el cual se evaluó la procedencia de aprobar la modificación de la Norma FOSE, 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, debido al plazo establecido en el Decreto Supremo N° 032-2023-EM para tal efecto. 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;

Que, sin perjuicio de la improcedencia del recurso de reconsideración de San Gabán, cabe mencionar que la Resolución 236 cumple con el marco normativo vigente, según se explica en detalle en el Informe Técnico Legal [N° 038-2024-GRT](#) de la División de Distribución Eléctrica y 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° 03-2024 del 30 de enero 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° 236-2023-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° 016-2024-OS/CD**

Artículo 2.- Declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra la Resolución N° 236-2023-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 Técnico Legal [N° 038-2024-GRT](#).

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y consignarla, conjuntamente con el Informe Técnico Legal [N° 038-2024-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**