

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

Lima, 29 de julio del 2020

VISTO:

El Expediente N° 201900206137 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 17 de junio de 2020 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), representada por el señor Roberto Franco Gianoli Hanke, contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 315-2020-OS/DSR de fecha 6 de marzo de 2020, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR de fecha 27 de diciembre de 2019, mediante la cual se dispusieron dos (2) mandatos de carácter particular a fin de que cumpla las obligaciones previstas en su Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018, aprobado por Resolución N° 086-2014-OS/CD (en adelante, el Plan Quinquenal 2014-2018).

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR de fecha 27 de diciembre de 2019, se dispuso lo siguiente:
 - a) Emitir mandato de carácter particular a GNLC para que en el plazo máximo de dieciocho (18) meses de notificada dicha resolución, cumpla con ejecutar la totalidad de los proyectos detallados en el Anexo 1 de dicha resolución, teniendo en cuenta, además, el cumplimiento semestral detallado en el Anexo 2, conforme se detalla a continuación:
 - i) En el plazo máximo de seis (6) meses de notificada dicha resolución cumpla con ejecutar 20.76 km de redes de acero y 630.13 km. de redes de polietileno, bajo apercibimiento del inicio de la ejecución forzosa a través de la imposición de multas coercitivas, e independientemente de las sanciones que puedan imponerse en ejercicio de la potestad sancionadora.
 - ii) En el plazo máximo de doce (12) meses contados de notificada dicha resolución cumpla con ejecutar 29.06 km de redes de acero y 882.19 km. de redes de polietileno, bajo apercibimiento del inicio de la ejecución forzosa a través de la imposición de multas coercitivas, e independientemente de las sanciones que puedan imponerse en ejercicio de la potestad sancionadora.
 - iii) En el plazo máximo de dieciocho (18) meses de notificada dicha resolución cumpla con ejecutar 33.21 km de redes de acero y 1008.22 km. de redes de polietileno, bajo apercibimiento del inicio de la ejecución forzosa a través de la imposición de multas coercitivas, e independientemente de las sanciones que puedan imponerse en ejercicio de la potestad sancionadora.
 - b) Emitir mandato de carácter particular a GNLC para que en el plazo máximo de seis (06), doce (12) y dieciocho (18) meses de notificada dicha resolución, cumpla con presentar a Osinergmin en cada caso un informe de cumplimiento de la ejecución de

las obras conforme a lo establecido en el artículo 1° de dicha resolución.

La referida información deberá ser presentada de acuerdo al Anexo 3 de dicha resolución y en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles de vencidos los seis (06), doce (12) y dieciocho (18) meses señalados en el párrafo precedente, bajo apercibimiento del inicio de la ejecución forzosa a través de la imposición de multas coercitivas ante el incumplimiento en la presentación de cada uno de los tres reportes en mención.

2. Los mandatos de carácter particular citados precedentemente fueron emitidos en atención a que, según el Informe Técnico N° 2190-2019-OS/DSR¹, se determinó que GNLC no ejecutó la totalidad de las instalaciones e inversiones contempladas en el Plan Quinquenal 2014-2018.
3. Mediante escrito con registro N° 201900206137 del 24 de enero de 2020, GNLC interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR, el cual fue declarado infundado mediante la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 315-2020-OS/DSR del 6 de marzo de 2020.
4. A través del escrito con registro N° 201900206137 del 17 de junio de 2020, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División Supervisión Regional Osinergmin N° 315-2020-OS/DSR, en atención a los siguientes argumentos:
 - a) La primera instancia no ha evaluado la totalidad de sus argumentos contenidos en el recurso de reconsideración contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR, alegando que al tratarse de argumentos de derecho no corresponde ser evaluados en la reconsideración, incumpliendo el principio de debido procedimiento, por lo que atendiendo a su derecho de defensa solicita a este Tribunal la valoración de sus argumentos de derecho, referidos a la supuesta afectación a la función jurisdiccional, la vulneración del principio de *Non Bis in Idem* y al reconocimiento tarifario de proyectos no ejecutados.
 - b) El Plan Quinquenal 2014-2018 es referencial, por lo que los mandatos materia de apelación deben ser declarados nulos porque no se puede exigir la ejecución de obras que fueron concebidas como referenciales.

El carácter referencial del Plan Quinquenal 2014-2018 ha sido reconocido tanto por Osinergmin en el Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART, como por el Ministerio de Energía y Minas en el Informe Técnico Legal No. 0055-2014-MEM/DGH-DNH, documentos que adjunta a su escrito.

Sobre la base del principio de predictibilidad o de confianza legítima, presentó a Osinergmin un determinado Plan de Inversiones para un periodo de cinco (5) años,

¹ En la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR de fecha 27 de diciembre de 2019 se consignó el Informe Técnico N° 2127-2019-OS/DSR; no obstante, de la revisión del expediente se verifica que debería ser Informe Técnico N° 2190-2019-OS/DSR, por lo que al tratarse de un error material que no altera el contenido ni el sentido de la decisión final, es susceptible de ser corregido, conforme lo dispuesto por el artículo 212 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

bajo el entendimiento que la ejecución de dichas inversiones era referencial y, por tanto, ante cualquier factor que pudiera dificultar o impedir la ejecución de una inversión en determinado año, podía ejecutar dicha inversión adelantando obras de otro año o reemplazándolas por obras similares (dentro de las zonas o distritos considerados en el Plan Quinquenal 2014-2018).

Después de haberse aprobado el Plan Quinquenal 2014-2018, el 17 de junio de 2015 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Supremo 017-2015-EM, que modificó el literal d) del artículo 63c del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante, el TUO del Reglamento de Distribución), estableciendo la obligatoriedad de la ejecución del Plan Quinquenal. Tras la prepublicación del proyecto de Decreto Supremo que modificaría el TUO del Reglamento de Distribución, presentó consultas a la DGH sobre la propuesta de modificación prepublicada, siendo que mediante el Informe Técnico Legal N° 014-2015-MEM/DGH-DNH, la Dirección General de Hidrocarburos señaló que tal disposición modificatoria no podrá ser aplicada de manera retroactiva a la ejecución de los Planes Quinquenales aprobados con anterioridad a su entrada en vigencia.

Pese a las previas declaraciones de la autoridad administrativa respecto al carácter referencial del Plan Quinquenal, Osinergmin inició un procedimiento administrativo sancionador en su contra por presuntamente no haber ejecutado en su totalidad el Plan Quinquenal 2014-2018 y el TASTEM confirmó las multas impuestas. Al respecto, el Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución Número Ocho del 15 de agosto de 2019, declaró fundada la demanda contencioso administrativa que interpuso contra la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 que confirmó la Resolución de Oficina Regional de OSINERGMIN No. 253-2017-OS/OR LIMA SUR que impuso la sanción por incumplir el Plan Quinquenal 2014-2018 y, en consecuencia, declaró nulas tales resolución y archivó el procedimiento sancionador. Ello debido a que la autoridad judicial determinó que el Plan Quinquenal no tiene carácter obligatorio y que la interpretación de Osinergmin no resulta conforme a la legalidad y jerarquía normativa del ordenamiento jurídico.

Los mandatos materia de apelación exigen la ejecución de algunos proyectos que formaban parte del Plan Quinquenal 2014-2018 en atención a su supuesto carácter obligatorio (no referencial), fundamento que ya ha sido rechazado por el Poder Judicial.

- c) La emisión de la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR (que contiene los mandatos apelados) constituye una actuación administrativa contraria a lo establecido en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú y en los artículos 4° y 13° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (en adelante, el TUO de la LOPJ), motivo por el cual debe ser declarada nula.

El artículo 139° de la Constitución Política del Perú consagra la independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y establece la prohibición de interferencias

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

de los demás poderes del Estado en las decisiones judiciales, señalando claramente que “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”.

En línea con la garantía constitucional de la prohibición de avocamiento a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, el artículo 4° del TUO de la LOPJ establece que “ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional (...)”.

Asimismo, el artículo 13° del TUO de la LOPJ señala que en los procedimientos administrativos las autoridades competentes están obligadas a suspender el procedimiento a su cargo cuando el asunto materia de controversia ha sido sometido a consideración del Poder Judicial y sin cuyo pronunciamiento la autoridad administrativa no puede emitir su decisión. Este artículo complementa al artículo 75° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), pues éste sólo regula la suspensión del procedimiento administrativo ante la existencia de conflictos de derecho privado sometidos al Poder Judicial mientras que el TUO de la LOPJ incluye cualquier conflicto, entre ellos, los conflictos de derecho público.

El incumplimiento de lo dispuesto en el TUO de la LOPJ mediante la emisión de un pronunciamiento por una autoridad administrativa vinculado a una materia que viene siendo discutida en el Poder Judicial, así como la eventual convalidación de dicho acto por cualquier superior jerárquico, no sólo constituye una infracción a los principios de administración de justicia, sino también un delito tipificado en el artículo 410° del Código Penal.

En el presente caso, a la fecha se viene discutiendo judicialmente si el Plan Quinquenal 2014-2018 es referencial u obligatorio sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento de Distribución, contando con una primera resolución judicial que declara que hasta la emisión del Decreto Supremo 017-2015-EM los Planes Quinquenales aprobados por el OSINERGMIN eran referenciales, por lo que la imposición de los mandatos apelados, amparándose en la función supervisora, importa la exigencia del cumplimiento de proyectos del Plan Quinquenal 2014-2018, cuya supuesta obligatoriedad se encuentra en discusión judicial.

d) Si bien los mandatos contenidos en la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR, en estricto, no constituyen una sanción administrativa, dicha resolución incluye un aviso que advierte el inicio de un procedimiento de ejecución forzada a través de la imposición de multas coercitivas y, además, el posible inicio de un procedimiento sancionador, en caso cumpla con ejecutar los proyectos indicados en los plazos establecidos en la resolución Impugnada; a pesar de que Osinergmin ya la sancionó por no ejecutar dichos proyectos y las sanciones vienen discutiéndose judicialmente. Ello, en su opinión, constituye una abierta vulneración del principio *Non Bis In Idem*.

e) Algunos de los proyectos que figuran en el Anexo 1 de la Resolución de División de

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR se encuentran ejecutados o incluidos en el Plan Quinquenal de Inversiones 2018-2022 y otros proyectos resultan de imposible cumplimiento, ello a raíz de una diferencia en los códigos de identificación de los proyectos y a que no pueden ser ejecutados exactamente como fueron configurados inicialmente por razones que escapan de su control, siendo que, en algunos casos, la ejecución de algún proyecto con un código determinado se ve superpuesto con la ejecución de otro u otros proyectos con diferentes códigos, lo que ocasiona que los códigos iniciales ya no respondan exactamente al proyecto original.

La ejecución de los proyectos tiene por finalidad la conexión de usuarios al Sistema de Distribución. Muchos de los proyectos considerados por la primera instancia como no ejecutados, en realidad sí fueron ejecutados, pues sí se ha cumplido con la finalidad de cada uno de los proyectos, esto es lograr la habilitación de los clientes para ser atendidos por el Sistema de Distribución. En algunos casos se tuvo que variar la traza original proyectada en el Plan Quinquenal 2014-2018 por razones de presencia de interferencias, modificaciones del lugar de las conexiones solicitadas por los clientes, identificación de optimización de los trazos, entre otros; sin embargo, se logró el cometido, esto es la conexión de los clientes.

A modo de ejemplo, cita determinados proyectos de redes de polietileno² y de acero³ a fin de demostrar que tales proyectos fueron ejecutados a través de otros proyectos de códigos diferentes o que se varió la traza original, pero en todos ellos se ha cumplido con la habilitación de los clientes. Señala que tales ejemplos son una muestra a fin de graficar la necesidad de que sea el área técnica de Osinergmin quien, con la información proporcionada por su área técnica, verifique la ejecución de los Proyectos en la práctica.

Existen otros proyectos considerados en el Anexo 1 de la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR que son de imposible ejecución por los siguientes motivos: i) desistimiento del cliente o solicitudes de postergación de proyectos, ii) denegatoria o improcedencia de otorgamiento de autorización municipal, iii) hallazgos arqueológicos, iv) imposibilidad técnica de construcción, v) pistas nuevas y vi) conflicto social, respecto de los cuales ha presentado las correspondientes solicitudes de excepción de ejecución, siendo que si se produce una situación específica de fuerza mayor, por principio general del derecho, la obligación queda liberada.

Independientemente de la calificación por parte de Osinergmin sobre un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, se encuentra imposibilitada de llevar a cabo algunas de las obras requeridas en el Anexo 1 de la citada resolución, debido a actos o situaciones que se encuentran fuera de su control razonable y que no le son atribuibles, toda vez que cuando se elaboró y aprobó el Plan Quinquenal 2014-2018 no pudo prever las circunstancias antes señaladas que estaban sujetas a la voluntad de terceros o a situaciones que iban a presentarse durante la ejecución de las obras. Señala como ejemplos, supuestos de existencia de restos arqueológicos en la zona proyectada para

² Proyectos: PE-12-863, PE-12-541, PRE-13-1066, PE-13-1140 y PE-13-115.

³ Proyectos: AC-12-239, AC-12-271, AC-12-578 y AC-13-813.

la ejecución de la obra o la existencia de riesgo de estabilidad de las viviendas.

En su opinión, la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR no cumple con el requisito de validez sobre el objeto y contenido del acto, toda vez que se le está exigiendo la ejecución de proyectos de imposible cumplimiento.

- f) La Tarifa de Distribución remunera las inversiones y los costos de operación y mantenimiento en que incurre el Concesionario, es decir, se remuneran las inversiones existentes y las inversiones proyectadas en el Plan Quinquenal de Inversiones (como el caso del periodo 2018-2022), cuya proyección no ha previsto lo indicado por la Resolución de División Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR. De lo contrario, al exigirse su cumplimiento sin el previo reconocimiento en el procedimiento tarifario, se estaría atentando contra su derecho de propiedad pues se estaría desconociendo y dejando de remunerar un grupo importante de inversiones, sin considerar que los proyectos del Plan Quinquenal 2014-2018 que no pudieron ser ejecutados, fueron reemplazados por otras inversiones de similares características, siendo que el monto invertido durante dicho periodo fue superior al aprobado en el respectivo plan.

Por tanto, no es que haya una inejecución de proyectos con el fin de apropiarse de los ingresos tarifarios, sino que destinó dichos ingresos a ejecutar proyectos cuya ejecución sí era factible y que cumplieran con los criterios considerados para la aprobación de dicho plan.

Con la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR se le exige ejecutar un mayor nivel de inversión no previsto en el procedimiento tarifario aprobado por el Consejo Directivo de Osinergmin, siendo que, necesariamente, dicha inversión deberá verse reflejada en un incremento tarifario que recaerá en los usuarios del sistema de distribución, pues de lo contrario significará una vulneración de las normas y disposiciones del TUO del Reglamento de Distribución y de su Contrato BOOT.

5. Mediante Memorándum N° DSR-887-2020, recibido el 18 de junio de 2020, la División de Supervisión Regional, remitió los actuados a TASTEM.
6. Con relación al recurso de apelación interpuesto por GNLC y luego de la revisión y evaluación de los actuados, este Tribunal ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes.
7. En cuanto a lo alegado en el literal a) del numeral 4), en el sentido que la primera instancia ha incumplido el principio de debido procedimiento, toda vez que no evaluó la totalidad de sus argumentos contenidos en su recurso de reconsideración, alegando que se tratan de argumentos de derecho que no corresponde ser evaluados en una reconsideración; cabe señalar que, de acuerdo con el Principio del Debido Procedimiento, contenido en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, tales como el derecho a ser notificados, a acceder al expediente, a refutar

los cargos imputados, a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios, a ofrecer y a producir pruebas, a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda, a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente y en un plazo razonable, y a impugnar las decisiones que los afecten⁴.

En cuanto al derecho a impugnar, el artículo 217° del TUO de la LPAG establece que tal derecho se ejerce a través de los recursos administrativos. Respecto del recurso de reconsideración, el artículo 219° del referido TUO dispone que **deberá sustentarse en nueva prueba**; en tanto que, de acuerdo con el artículo 220° del mismo cuerpo normativo, el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o **cuando se trate de cuestiones de puro derecho**⁵.

En el presente caso, de la revisión del expediente se observa que el 24 de enero de 2020, la recurrente interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR, para lo cual cumplió con lo dispuesto por el artículo 219° del TUO de la LPAG, toda vez que adjuntó las siguientes nuevas pruebas: i) Listado de los proyectos reconocidos en el Plan Quinquenal 2018-2022, ii) Listado de los proyectos que la recurrente afirma que haber ejecutado, iii) Actas de habilitación y iv) comunicaciones enviadas a algunos clientes solicitando confirmación de interés del suministro sin haber obtenido respuesta; medios probatorios con los cuales pretendía demostrar que algunos de los proyectos contenidos en los mandatos de la primera instancia se encontrarían reconocidos en el Plan Quinquenal 2018-2022, que otros ya habrían sido ejecutados y que otros serían de imposible cumplimiento.

En tal sentido, habiendo cumplido la recurrente con adjuntar a su recurso de reconsideración nuevas pruebas, correspondía que la primera instancia actúe y valore

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”

⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

“Artículo 217. Facultad de contradicción

217.1 Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

(...)

Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

Artículo 220.- Recurso de apelación

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

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

tales medios probatorios, a fin de determinar si resultaban pertinentes y formaban convicción para que reconsidere o modifique su decisión inicial. Al respecto, de la revisión de la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 315-2020-OS/DSR de fecha 6 de marzo de 2020, se verifica que en efecto la primera instancia cumplió con actuar y valorar las nuevas pruebas, llegando a la conclusión que ellas no daban mérito para modificar su pronunciamiento inicial, por lo que declaró infundado el recurso de reconsideración.

Adicionalmente, se verifica que la recurrente también formuló argumentos jurídicos a su recurso de reconsideración, referidos a la supuesta afectación a la función jurisdiccional, la vulneración del principio de *Non Bis in Idem* y al reconocimiento tarifario de proyectos no ejecutados, los cuales también fueron evaluados por la primera instancia, precisando las razones por las cuales fueron desestimados.

De lo señalado en los párrafos precedentes se concluye que la primera instancia cumplió con emitir pronunciamiento por el recurso de reconsideración de la recurrente evaluando todos sus argumentos, no observándose la supuesta vulneración del principio del debido procedimiento que alega la recurrente. En todo caso, de no encontrarse conforme con dicho pronunciamiento (sea en el fondo o en la forma), la recurrente tenía expedito su derecho de impugnar tal decisión (derecho reconocido por el principio del debido procedimiento), tal cual lo hizo en el presente caso, siendo que incluso reiteró los mismos argumentos de su recurso de reconsideración en su recurso de apelación, los cuales serán objeto de análisis y pronunciamiento en los numerales siguientes.

Debido a lo anterior, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

8. Respecto de lo alegado en el literal b) del numeral 4), en el sentido que el Plan Quinquenal 2014-2018 tendría carácter referencial y no obligatorio, es necesario precisar que en anteriores pronunciamientos (Resolución N° 237-2016-OS/TASTEM-S1 de fecha 27 de diciembre de 2016 y Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 de fecha 13 de junio de 2017) este Tribunal Administrativo ha determinado que el Plan Quinquenal 2014-2018 es de carácter obligatorio.

Así, en el numeral 6 de la Resolución N° 237-2016-OS/TASTEM-S1, se señaló lo siguiente:

“(…)

Teniendo en consideración que los argumentos señalados por GNLC en su recurso de apelación, implican que previamente se determine si el Plan Quinquenal tiene carácter obligatorio, o si como sostiene GNLC, solo es referencial, este Tribunal considera necesario realizar un análisis de la regulación aplicable a la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, cuya concesionaria es GNLC, en lo referente al Plan Quinquenal, a fin de determinar si éste tiene o no carácter obligatorio.

El Decreto Supremo N° 014-2008-EM.-

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

Mediante el Decreto Supremo N° 014-2008-EM, publicado el 28 de febrero de 2008, se modificó el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. Según se precisó en dicha norma, al haber transcurrido más de cuatro (4) años desde la puesta en operación comercial del sistema de distribución por red de ductos, resultaba necesario efectuar ajustes en la regulación, ello a fin de adecuarla a la realidad del mercado, de manera que se propicie el desarrollo de esta actividad. Entre los principales cambios cabe destacar la normativa relativa al Plan Quinquenal y al Plan Anual:

- *Mediante el numeral 2.33 al artículo 2° del Reglamento, se incorporó la definición del Plan Quinquenal, el cual es descrito como el Programa de Ejecución del Sistema de Distribución elaborado por el concesionario para un período de cinco (5) años.*
- *Se incorporó el artículo 63° al artículo 63° del Reglamento, en el que se establecen los criterios a considerar para elaborar el Plan Quinquenal, su contenido mínimo, oportunidad de presentación y forma de aprobación. Asimismo, en dicho artículo se señaló que OSINERGMIN y el concesionario coordinarán los ajustes al Plan Quinquenal de acuerdo a los objetivos señalados en la regulación tarifaria, siendo aprobado por OSINERGMIN dentro del proceso de regulación tarifaria. Dicho plan deberá considerar su ejecución mediante planes anuales.*

El Decreto Supremo N° 048-2008-EM.-

A través del Decreto Supremo N° 048-2008-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de julio de 2008, se modificaron diversos artículos del Decreto Supremo N° 040-99-EM, Reglamento de la Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, entre ellos, el artículo 16° en lo referente a la existencia de una tarifa por Red Principal de Distribución y otra por las otras redes, las que fueron integradas en una sola denominada Tarifa Única de Distribución.

La Adenda al Contrato BOOT aprobada por Resolución Suprema N° 037-2010-EM.-

Mediante Resolución Suprema N° 037-2010-EM, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de abril de 2010, se aprobó la Adenda al Contrato BOOT Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, incorporándose el numeral 14.12 a la cláusula décimo cuarta del Contrato BOOT, sobre el régimen de la Tarifa Única de Distribución, así como una cláusula adicional sobre nuevo compromiso de clientes conectados, conforme a lo siguiente:

“14.12 RÉGIMEN DE TARIFA ÚNICA.

La Tarifa Única de Distribución, será fijada de acuerdo con lo dispuesto en las leyes vigentes y los siguientes principios:

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

- La Tarifa Única de Distribución remunera la prestación del servicio de distribución dentro del área de la concesión, independientemente de la ubicación o el nivel de presión del suministro, y será aplicable a todos los consumidores ubicados dentro del área de la concesión.
(...)
- Dentro del procedimiento de regulación de las Tarifas Únicas de Distribución, se aprobará el Plan Quinquenal de Inversiones, cuyo costo será incluido en la Base Tarifaria. Dicho Plan Quinquenal será revisado anualmente por el regulador.
(...)"

"SEXTA.- NUEVO COMPROMISO DE CLIENTES EFECTIVAMENTE CONECTADOS.

6.1 La Sociedad Concesionaria en forma adicional a los compromisos vinculados a la capacidad mínima conforme a la cláusula 3.1.2 del Contrato BOOT, en los plazos que se describen a continuación, a contarse desde la fecha de entrada en vigencia de la Tarifa Única de Distribución, y de conformidad con el Plan Quinquenal propuesto por la Sociedad Concesionaria, deberá prestar efectivamente el servicio de distribución a, por lo menos:

	Año	Consumidor es por Año	Consumidores por año acumulados
(i)	Al finalizar el primera año	12,000	12,000
(ii)	Al finalizar el segundo año	15,000	27,000
(iii)	Al finalizar el tercer año	18,000	45,000
(iv)	Al finalizar el cuarto año	21,000	66,000
(v)	Al finalizar el quinto año	25,000	91,000
	Total al quinto año	91,000	

El número de consumidores mencionados en los numerales (i), (ii), (iii), (iv) y (v) anteriores, serán consumidores adicionales a los consumidores que ya se encuentran conectados a la fecha de entrada en vigencia de la Tarifa Única de Distribución.

La fiscalización de la obligación de consumidores señalada en los numerales (i), (ii), (iii), (iv) y (v) anteriores, será realizada al vencimiento de cada año, es decir, de forma anualizada."

La Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-EM, que aprueba la las Tarifas Únicas de Distribución y el Plan Quinquenal para el período 2014-2018.

De conformidad con lo establecido en el artículo 63°c del Reglamento, según la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 014-2008-EM, OSINERGMIN y GNLC debían coordinar los ajustes al Plan Quinquenal de acuerdo a los objetivos señalados en la regulación tarifaria, siendo aprobado dicho instrumento por OSINERGMIN dentro del correspondiente proceso de regulación tarifaria.

Asimismo, de acuerdo al numeral 14.12 de la cláusula décimo cuarta del Contrato BOOT, la Tarifa Única de Distribución cubre el costo del servicio, pagado mediante los ingresos garantizados y los pagos adelantados por la garantía, más las inversiones y los costos de administración, operación y mantenimiento incrementales eficientes correspondientes a la capacidad adicional que garanticen la adecuada prestación del servicio, teniendo en consideración la demanda actual y la proyección de la misma, así como las restricciones existentes al momento de la instalación. En dicha cláusula, expresamente, se señaló que dentro del procedimiento de regulación de la Tarifa Única de Distribución, OSINERGMIN aprobará el Plan Quinquenal, cuyo costo será incluido en la Base Tarifaria.

Ello se explica con mayor detalle en el Informe N° 0130-2014-GART del 10 de marzo de 2014, que sustentó la determinación de la Tarifa Única de Distribución de Gas Natural aplicable para el periodo 2014-2018. En dicho informe se señaló que de conformidad con el artículo 105° del Reglamento de Distribución, las tarifas de distribución de gas natural deben remunerar los costos eficientes de la empresa, lo que determina que el regulador establezca las tarifas mediante el Método de la Empresa Eficiente, es decir, utilizando como referencia una empresa que produce al mínimo costo con la tecnología existente. En este escenario, las tarifas deben ser fijadas en base a los Costos Medios de Largo Plazo.

Según el artículo 28° de la Norma de Estudios Tarifarios, el costo medio se determina como el cociente de la suma de los valores presentes de los costos de inversión (CAPEX), los costos de explotación (OPEX), y el valor presente de la demanda. En los artículos 110° y 111° del Reglamento se estableció que la determinación de los costos de inversión (CAPEX) se conforman sobre la base del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las redes existentes y la valorización de las redes proyectadas para el Periodo de Regulación que son propuestas y aprobadas en el Plan Quinquenal. En efecto, en el caso de las redes proyectadas, éstas se basan en la infraestructura (tuberías de acero, tuberías de polietileno, estaciones de regulación, etc.) propuesta en el Plan Quinquenal por GNLC.

En aplicación de este marco normativo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD, publicado el 6 de mayo de 2014, OSINERGMIN aprobó las Tarifas Únicas de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, y el Plan Quinquenal que deberá ejecutar GNLC para el período 2014-2018, señalándose lo siguiente:

“Artículo 1°.- Alcance y definición

La presente resolución aprueba el Plan Quinquenal de Inversiones del concesionario, el Plan de Promoción, el Valor Nuevo de Reemplazo, las Categorías Tarifarias, las Tarifas Únicas de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, el derecho de conexión, los topes máximos de acometidas, el cargo por inspección, supervisión y habilitación de la instalación interna y

los cargos máximos de corte y reconexión del servicio, de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao.”

“Artículo 2°.-Plan Quinquenal de Inversiones

Aprobar el Plan Quinquenal de Inversiones de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao que deberá ejecutar la empresa GNLC para el periodo 2014-2018, el mismo que se adjunta como Anexo 1 y forma parte integrante de la presente resolución.”

Lo antes expuesto acredita que al momento de establecer la Tarifa Única de Distribución, OSINERGMIN consideró que las inversiones proyectadas por GNLC en su Plan Quinquenal serían ejecutadas, tan es así, que a través de la regulación se le estaba remunerando por los costos que su ejecución supondría para la empresa concesionaria. Asimismo, debe destacarse que las inversiones comprometidas en el Plan Quinquenal, son aquellas que le permitirán cumplir con el compromiso de clientes efectivamente conectados establecido en su Contrato de Concesión.

De acuerdo a ello, estas inversiones establecidas en el Plan Quinquenal resultaban exigibles y de obligatorio cumplimiento, y no son solo referenciales, como sostiene GNLC.

Cabe destacar que si bien GNLC sostiene que tanto la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM, como la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria de OSINERGMIN, habrían emitido sendas comunicaciones reconociendo el carácter no obligatorio, sino referencial, del Plan Quinquenal, debe tenerse presente que se trata de informes técnicos no vinculantes. Además, la posición de OSINERGMIN sobre el particular ha quedado expresada en el numeral 2) del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014/OS/CD, que aprobó la Tarifa Única de Distribución y el Plan Quinquenal para el periodo 2014-2018, en donde se señaló que es GNLC la que considera que dicho Plan es solo referencial.

(...)”

Asimismo, en el numeral 8 de la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 se agregó lo siguiente:

“(…)”

8.1 Sobre el carácter obligatorio de las disposiciones emitidas por OSINERGMIN

OSINERGMIN, en su calidad de Organismo Regulador, ejerce la función normativa expresamente otorgada por ley, tal como lo establece el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores. Así, en concordancia con la norma antes citada, el artículo 21° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, faculta a este Organismo Regulador a emitir disposiciones, ya sean de carácter general o particular, las mismas que determinan las obligaciones de las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades de

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

hidrocarburos, como es el caso de la recurrente. En ese sentido, la función normativa de este Organismo Regulador se encuentra definida y delimitada expresamente en el ordenamiento legal, por lo que su accionar se circunscribe rigurosamente a aquello que la ley le faculta, conforme lo prevé el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

Del mismo modo, debe señalarse que el artículo 1° de la Ley N° 27699 dispone que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN, constituye infracción sancionable. Resulta oportuno mencionar que es función de este Organismo Regulador supervisar y fiscalizar que las actividades bajo su ámbito de competencia, como es el caso de subsector hidrocarburos –en el que la recurrente se desenvuelve-, se desarrollen de acuerdo con los dispositivos legales y normas técnicas vigentes. Ello, según se establece en el literal c) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN.

De acuerdo con el marco legal antes mencionado, este Organismo Regulador, en legítimo ejercicio de sus facultades, ha previsto que el incumplimiento de las disposiciones que emite constituye una infracción sancionable, tal como se ha calificado en el rubro 9 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, modificada por Resolución N° 449-2008-OS/CD.

En tal sentido, las disposiciones emitidas por el Organismo Regulador -en ejercicio de su competencia- constituyen normas de obligatorio cumplimiento a las que se encuentran sujetos quienes desarrollen actividades incluidas en las competencias del Organismo Regulador, entre ellas las vinculadas a la distribución de gas natural, no siendo facultativo el acatarlas o no. Asimismo, OSINERGMIN se encuentra plenamente facultado a imponer las sanciones que correspondan en caso de incumplimiento a las normas y disposiciones de carácter general o particular que emita.

8.2 Sobre el carácter obligatorio de la Resolución N° 086-2014-OS/CD

En el marco legal anteriormente citado el OSINERGMIN emitió la Resolución N° 086-2014-OS/CD, norma de carácter particular a través de la cual, entre otras disposiciones de naturaleza regulatoria, aprobó el Plan Quinquenal de Inversiones 2014 – 2018 de GNLC. Cabe señalar que conforme lo establece el artículo 63.c del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, OSINERGMIN es la autoridad competente para aprobar el Plan Quinquenal de Inversiones. Del mismo modo, esta norma impone la obligación a las concesionarias -como es el caso de GNLC- de formular su plan quinquenal de inversiones. Así, conforme con las normas antes citadas, al aprobarse el Plan Quinquenal de Inversiones de GNLC se impuso a dicha concesionaria el deber

de cumplirlo, tal como se expresamente dispuso en el artículo 2° de la Resolución N° 086-2014-OS/CD:

“Artículo 2°.- Plan Quinquenal de Inversiones

*Aprobar el Plan Quinquenal de Inversiones de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao **que deberá ejecutar la empresa Cálidda** para el periodo 2014-2018, el mismo que se adjunta como Anexo 1 y forma parte integrante de la presente resolución.” (negrita y subrayado agregado)*

De otro lado, es importante tener presente que la Resolución N° 086-2014-OS/CD, fue emitida siguiendo el procedimiento regulatorio contemplado en la Resolución N° 080-2012-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de abril de 2012, la misma que aprobó la Norma “Procedimientos para la Fijación de Precios Regulados” cuyo Anexo C.2 corresponde al Procedimiento para Fijación de las Tarifas de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, Acometidas y Cargos de Mantenimiento Corte y Reconexión. De acuerdo con esta última, la aprobación de la propuesta tarifaria presentada por GNLC, propuesta en la que también se incluía el Plan Quinquenal de Inversiones tal y como se pactó en la Adenda al Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, se efectúa siguiendo las etapas expresamente señaladas en el citado Anexo C.2, entre las que se encuentra la realización de audiencias públicas, la participación de los interesados a través de consultas o formulación de sugerencias, así como la impugnación de la resolución que fija las tarifas.

En ese sentido, la aprobación de las tarifas de distribución de gas natural por red de ductos al igual que el Plan Quinquenal de Inversiones, no constituye un simple acto administrativo unilateral y de carácter particular sino que es el resultado del desarrollo de una serie de etapas expresamente delimitadas, que son de conocimiento público, y en el que no solamente interviene este Organismo Regulador sino también la concesionaria, la que cumpliendo una obligación, desempeña un rol fundamental al iniciar este proceso con la presentación de su propuesta tarifaria y estudios técnico económicos, en los que también incorpora su Plan Quinquenal de Inversiones. Del mismo modo, participan todos aquellos interesados, como son los usuarios afectados por el servicio público de distribución de gas natural por red de ductos, quienes con sus propuestas y sugerencias coadyuvan a que éste Organismo Regulador pueda emitir el pronunciamiento correspondiente concluyendo de esta manera con el proceso de aprobación tarifaria así como del Plan Quinquenal de Inversiones. Resulta pertinente advertir que todo este proceso corresponde a un estudio y análisis minucioso, para finalmente concluir con su aprobación, dentro de las políticas de expansión y masificación del uso del gas natural.

De otro lado, es importante destacar que en virtud de la cláusula sexta de la Adenda al Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao,

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

aprobado por Resolución N° 037-2010-EM, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de abril de 2010, la recurrente se comprometió a prestar de manera efectiva el servicio de distribución a un total de 91 000 consumidores adicionales a los que estaban conectados a la fecha de vigencia de la tarifa única de distribución. Dicha prestación se cumpliría según las cuotas anuales previstas para un horizonte de cinco (5) años, y de conformidad con el Plan Quinquenal de Inversiones. Esta obligación, según se estipuló en la citada adenda al contrato, sería fiscalizada al vencimiento de cada año.

De lo anteriormente señalado se evidencia la importancia de ejecutar el Plan Quinquenal de Inversiones y su carácter obligatorio, toda vez que de ello dependía el cumplimiento de la obligación de expandir el servicio de distribución de gas natural por red de ductos, que asumió GNLC en virtud de la adenda citada en el párrafo precedente. Del mismo modo, es importante destacar que en la adenda al contrato BOOT también se estableció que el procedimiento de regulación de tarifas únicas comprende la aprobación del Plan Quinquenal de Inversiones, instrumento que sería revisado anualmente por el regulador.

*En ese sentido, GNLC en su calidad de concesionaria del servicio de distribución de gas natural por red de ductos, **tenía pleno conocimiento de su obligación de ejecutar el Plan Quinquenal de Inversiones aprobado por este Organismo Regulador**, así como el hecho de que el cumplimiento del citado instrumento estaba sujeto a una revisión anual que sería efectuado por este Organismo Regulador. (Negrita y subrayado agregado)*

En consecuencia, atendiendo al marco legal aplicable y a las consideraciones expuestas, queda claro que la Resolución N° 086-2014-OS/CD, a través de la cual OSINERGMIN aprobó el Plan Quinquenal de Inversiones 2014 – 2018 de GNLC, tiene carácter obligatorio –tal como se indica en la citada resolución “deberá”-para dicha concesionaria (...).

Sin perjuicio de lo antes señalado, también es importante considerar que el literal e) del artículo 63c del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, contempló un mecanismo para actualizar el Plan Quinquenal dentro de un periodo tarifario, lo que implicaba, a su vez, el ajuste tarifario. Ello siempre que se proyectara una variación mayor al 20% de las inversiones previstas acumuladas en redes para la atención de consumidores residenciales. Así, en el caso en que la recurrente se encontrara en el supuesto antes indicado, circunstancia que afectaría el pleno cumplimiento de los compromisos asumidos en el Plan Quinquenal, era factible solicitar la variación o actualización de dicho instrumento.

(...)

De otro lado este Tribunal advierte que no es razonable solicitar el inicio de un procedimiento regulatorio riguroso y de carácter técnico el cual, conforme se

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

establece en el Anexo C.2 de la Resolución N° 080-2012-OS/CD, debe realizarse siete (7) meses previos al inicio de un nuevo periodo tarifario, y a su vez sostener que la aprobación tarifaria así como los planes de inversión establecidos, materializados en una resolución emitida por el Consejo Directivo de este Organismo Regulador, como es el caso de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, sólo tenga un carácter referencial siendo que su cumplimiento estaría sujeto a la voluntad del concesionario.

(...)

Por lo tanto, teniendo en cuenta el marco legal mencionado en los considerandos precedentes, los compromisos asumidos por la recurrente a través del Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao y su Adenda suscritos con el Estado Peruano, así como el carácter mandatorio de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, este Tribunal reitera su pronunciamiento en el sentido de que el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 de GNLC es de obligatorio cumplimiento.

8.3 Sobre los informes invocados por GNLC

De otro lado, en cuanto a los informes mencionados por la recurrente, debe tenerse presente que dichos documentos no sustituyen en modo alguno las disposiciones que sustentaron el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, como es la obligación contenida en la Resolución N° 086-2014-OS/CD, emitida en legítimo ejercicio de la facultad normativa de este Organismo Regulador, y la tipificación prevista en el rubro 9 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, norma emitida en aplicación de la facultad de tipificación expresamente otorgada mediante Ley N° 27699.

Asimismo, es importante recalcar que las opiniones expresadas en los informes invocados por la recurrente no tienen carácter vinculante de conformidad con la presunción establecida en el numeral 180.2 del artículo 180° del TUO de la LPAG. Ello, más aun cuando se tratan de documentos que no tienen un alcance general sino que se circunscriben a la evaluación de una modificación efectuada a diversas disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, cuya observancia no constituyen la materia controvertida en el presente procedimiento. Adicionalmente, debe señalarse que los informes invocados por GNLC no han sido emitidos a petición de la recurrente por lo que no tienen efectos legales sobre ésta, ni tampoco han sido publicados para conocimiento público.

Del mismo modo, es importante señalar que en ninguna parte de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, ni en ninguna otra norma de carácter general o particular emitida por este Organismo Regulador u otra autoridad se dispuso expresamente que el Plan Quinquenal de Inversiones 2014 - 2018 de GNLC

tenía carácter referencial o facultativo y, por lo tanto, su cumplimiento estaría sujeto a la voluntad de dicha concesionaria”

Con los argumentos contenidos en las resoluciones emitidas por este Tribunal Administrativo, citadas precedentemente, se verifica que en su oportunidad se desvirtuaron los argumentos de la recurrente referidos a un supuesto carácter referencial del Plan Quinquenal 2014-2018, habiendo quedado plenamente acreditado que dicho plan quinquenal **tiene carácter obligatorio y su cumplimiento resulta exigible a la recurrente, no siendo facultativo el acatarlas o no**. Por tanto, considerando que en el presente caso es materia de análisis y pronunciamiento el recurso de apelación presentado por la recurrente contra los mandatos impuestos por la primera instancia, con los cuales se pretende lograr el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Plan Quinquenal 2014-2018, respecto del cual este Tribunal Administrativo ya determinó que es de obligatorio cumplimiento, corresponde desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente en este extremo.

9. Con relación a lo alegado en el literal c) del numeral 4), en el sentido que la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR debe ser declarada nula debido a que su emisión constituye un avocamiento indebido a una causa pendiente ante el Poder Judicial, donde a la fecha se viene discutiendo judicialmente si el Plan Quinquenal 2014-2018 es referencial u obligatorio, se debe precisar que conforme se establece en el numeral 2) del artículo 139° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 4° y 13° del TUO de la LOPJ, ninguna autoridad puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el Poder Judicial. Asimismo, cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, debe suspenderse el procedimiento administrativo a fin de que la autoridad jurisdiccional declare el derecho que defina el litigio⁶.

⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

“Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.

TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL- DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS

“Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

(...)

Artículo 13.- Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo

Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de

A fin de delimitar la prohibición del avocamiento indebido alegada por la recurrente, resulta oportuno citar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04952-2011-PA/TC⁷, la misma que, entre otras consideraciones, consigna lo siguiente:

“La proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes

4. (...)

Como ya fue expresado por este Colegiado en la STC 0003-2005-PI/TC (fund. 149 y ss.), tal disposición contiene dos normas prohibitivas. “Por un lado, la proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial”.

5. *El referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, “consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial, puesto que como este Tribunal recordó en la STC 00023-2003-AI/TC:*

(...) El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso [fundamento 29. Cf. igualmente, STC 0004-2006-AI/TC, fundamentos 17-18].

Así, el principio de independencia judicial exige “la imposibilidad de aceptar intromisiones en el conocimiento de los casos y controversias que son de conocimiento del Poder Judicial. Pero, de otro lado, la prohibición del avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial también es una garantía compenetrada con el derecho al juez predeterminado por la ley, cuyo contenido constitucionalmente declarado excluye que una persona pueda ser juzgada por órganos que no ejerzan funciones jurisdiccionales o que, ejerciéndolas, no tengan competencia previamente determinada en la ley para conocer de un caso o controversia” (STC 0003-2005-PI/TC, fund. 151).”

De la revisión de la Resolución Número Ocho de fecha 15 de agosto de 2019, emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, presentada por la recurrente, se verifica que la demanda contenciosa administrativa interpuesta tiene como pretensión principal que se declare la nulidad de la

competencia, en cada caso.”

⁷ Pronunciamiento disponible en el enlace web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04952-2011-AA.html>

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 y, como pretensión accesoria, que se declare la nulidad de la Resolución de Oficinas Regionales N° 253-2017-OS/OR LIMA SUR, mediante las cuales se le impuso una sanción al haberse determinado incumplimientos al Plan Quinquenal 2014-2018, es decir, el objeto de tal proceso judicial consiste en determinar la validez de las referidas resoluciones emitidas en un procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la recurrente.

En el presente caso, es materia de análisis y pronunciamiento el recurso de apelación interpuesto por la recurrente contra dos (2) mandatos de carácter particular emitidos por la primera instancia a fin de lograr el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Plan Quinquenal 2014-2018, que, como ya se indicó precedentemente, sí tienen carácter obligatorio.

Por otro lado, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 24° del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, la admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario⁸; es decir, la sola interposición de la demanda no invalida los pronunciamientos ni los fundamentos contenidos en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1.

Al respecto, es oportuno precisar que la recurrente no alegó haber solicitado al Poder Judicial una medida cautelar a fin de impedir los efectos de la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, siendo que tampoco Osinergmin ha sido notificado con ninguna medida cautelar. Asimismo, la sentencia contenida en la Resolución Número Ocho, emitida en la tramitación del Expediente N° 11631-2017-0-1801-JR-CA-23, no constituye un pronunciamiento definitivo de la autoridad judicial, toda vez que, como lo reconoce expresamente la recurrente, dicha resolución fue apelada por Osinergmin, tal como se puede corroborar en el aplicativo "Consulta de Expedientes Judiciales" de la página web del Poder Judicial (<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>), donde se ha verificado también que no se ha solicitado ninguna medida cautelar dentro de dicho proceso.

Adicionalmente, debemos agregar que, de acuerdo con el artículo 74° del TUO de la LPAG, sólo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, **puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia** siendo que la demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva⁹.

⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY QUE REGULA EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - DECRETO SUPREMO N° 011-2019-JUS**

"Artículo 24.- Efecto de la Admisión de la demanda

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario".

⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS**

"Artículo 74.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

74.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

74.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.

74.3 La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta

En tal sentido, al no haber ley ni mandato judicial expreso que impida los efectos de la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 ni existe pronunciamiento definitivo en sede judicial respecto del supuesto carácter referencial del Plan Quinquenal 2014-2018, subsiste la obligación de este Tribunal Administrativo de resolver el presente recurso de apelación, no advirtiéndose intromisión alguna respecto de la cuestión litigiosa que viene tramitando la recurrente ante el órgano jurisdiccional ni tampoco un desplazamiento del juzgamiento objeto de evaluación ante la referida autoridad del Poder Judicial al fuero administrativo.

Atendiendo a lo señalado en los párrafos precedentes, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

10. En cuanto a lo señalado en el literal d) del numeral 4), en el sentido que los apercibimientos de imposición de multas coercitivas o del posible inicio de un procedimiento sancionador en caso no cumpla con ejecutar los proyectos indicados en los plazos establecidos en la resolución Impugnada constituye una vulneración al Principio de *Non Bis In Idem*, debido a que Osinergmin ya la sancionó por no ejecutar dichos proyectos y las sanciones vienen discutiéndose judicialmente; corresponde indicar que no corresponde emitir pronunciamiento respecto de supuestos de hecho futuro, siendo que en el presente caso, no se ha materializado ninguna actuación encaminada a sancionar a la recurrente, tratándose de meros apercibimientos que se ejecutarán en caso se verifique el incumplimiento de los mandatos materia de apelación, en cuyo caso recién correspondería realizar la evaluación de la afectación alegada por la recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior cabe señalar que, conforme se establece en el numeral 11) del artículo 248° del TUO de la LPAG, no pueden imponerse penas y sanciones administrativas, de manera sucesiva o simultánea, por los mismos hechos en los que se aprecie una identidad de sujeto, hecho y fundamento¹⁰.

En el presente caso, siguiendo la argumentación de la recurrente, en el hipotético caso que se le inicie un procedimiento sancionador por el incumplimiento de los dos (2) mandatos materia de apelación, correspondería realizar la verificación de la triple identidad señalada por el numeral 11) del artículo 248° del TUO de la LPAG. Al respecto, si bien se presentaría la identidad de sujetos (en este caso GNLC), no ocurre lo mismo con la identidad de hecho, toda vez que la sanción dictada en el procedimiento sancionador que derivó la emisión de la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 del 13 de junio de 2017 fue impuesta luego de verificarse que la recurrente incumplió cuatro (4) obligaciones previstas en su Plan Quinquenal 2014-2018, en tanto que el procedimiento sancionador que eventualmente se iniciaría en virtud de los apercibimientos dispuestos en la

disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.

74.4 Las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, conforme a lo normado en la presente Ley. Todo acto en contra es nulo de pleno derecho".

¹⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

11. Non bis in idem.- *No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.*

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7."

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR responderán al incumplimiento de los mandatos de carácter particular contenidos en dicha resolución; es decir, los hechos que sustentarían ambos procedimientos serían distintos.

En cuanto a la identidad de fundamento, es necesario precisar que, de acuerdo con el Rubro 9 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, modificada por Resolución N° 449-2008-OS/CD, constituyen conductas infractoras el incumplimiento de: i) medidas complementarias, ii) medidas correctivas, iii) medidas preventivas, iv) medidas de seguridad, v) **mandatos de carácter particular** u vi) **otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN**¹¹. En el caso del procedimiento sancionador anterior, el fundamento de la sanción fue el incumplimiento de las obligaciones dispuestas por OSINERGMIN en el Plan Quinquenal 2014-2018, en tanto que el fundamento del hipotético procedimiento sancionador que se iniciaría contra la recurrente será el incumplimiento de mandatos de carácter particulares.

Por lo expuesto anteriormente corresponde desestimar lo señalado en el literal d) del numeral 4).

11. Respecto a lo alegado en el literal e) del numeral 4), en el sentido algunos de los proyectos que figuran en el Anexo 1 de la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR se encuentran ejecutados a través de otros proyectos

¹¹ RESOLUCIÓN N° 449-2008-OS/CD – MODIFICACIÓN DEL RUBRO 9 DE LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES GENERALES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES CONTENIDA EN LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE OSINERGMIN

Rubro	Tipificación de la Infracción Artículo 1° de la Ley N° 27699 – Ley de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN	Base Legal	Rango de multas según otras Áreas y Otras Sanciones			
			Supervisión y Fiscalización Eléctrica	Supervisión y Fiscalización de Hidrocarburos	Procedimiento de Reclamos	Supervisión y Fiscalización Específica
9	Incumplir medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN	Art. 2° de la Ley N° 27699. Numeral 232.1 de la Ley N° 27444 Arts. 21°, 31° y 79° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM Arts. 16°, 18° y 41° del Reglamento aprobado por RCD N° 640-2007-OS/CD Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28151	Hasta 1 000 UIT		De 1 a 10 UIT	De 20 a 1 000 UIT

RESOLUCIÓN N° 107-2020-OS/TASTEM-S1

de códigos diferentes o incluidos en el Plan Quinquenal 2018-2022 y otros proyectos resultan de imposible cumplimiento; cabe señalar que el carácter obligatorio del Plan Quinquenal que ha sido sustentado precedentemente exige que la recurrente cumpla con todos y cada uno de los proyectos comprometidos en el Plan Quinquenal 2014-2018, de tal manera que la existencia de otros proyectos ya ejecutados a través de los cuales se atendió a los clientes, o la inclusión de los proyectos en el Plan Quinquenal 2018-2022 no la eximen ni liberan de su obligación de ejecutar los proyectos incluidos en el Plan Quinquenal 2014-2018.

Por otro lado, respecto de las ineficiencias que, según alega, se ocasionarían con el cumplimiento del mandato materia de apelación debido a la existencia de obras cercanas desde las cuales se atiende a los usuarios, cabe precisar que ello debió ser previsto en el Plan Quinquenal 2014-2018, **elaborado por ella misma** y aprobado por Osinergmin conforme lo dispuesto por el artículo 63c, del TUO del Reglamento de Distribución¹². En tal sentido, dado que el referido plan fue elaborado por ella misma, ahora no podría alegar que existen ineficiencias para su ejecución.

En cuanto a la supuesta existencia de proyectos de imposible ejecución, respecto de los cuales refiere habría presentado las correspondientes solicitudes de excepción de ejecución, cabe señalar que la recurrente no ha identificado cuáles serían tales proyectos ni ha indicado el estado en el que se encontrarían las solicitudes que refiere haber presentado, ni ha presentado medio probatorio alguno que acredite tal afirmación, por lo que este Tribunal Administrativo se encuentra impedido de analizar y evaluar tal argumento.

En tal sentido, corresponde desestimar los argumentos contenidos en el literal e) del numeral 4).

12. Con relación a lo alegado en el literal f) del numeral 4), en el sentido que exigir el cumplimiento de los mandatos contenidos la Resolución de División Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR sin el previo reconocimiento en el procedimiento tarifario, se estaría atentando contra su derecho de propiedad pues se estaría desconociendo y dejando de remunerar un grupo importante de inversiones; cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 110° del TUO del Reglamento de Distribución las inversiones de las instalaciones del Sistema de Distribución que se considerarán en el cálculo del Margen de Distribución y Margen Comercial incluyen a las inversiones consideradas en el Plan Quinquenal¹³.

¹² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS - DECRETO SUPREMO N° 040-2008-EM**

"Artículo 63c.- El Concesionario está obligado a definir su Plan Quinquenal de crecimiento de la red de distribución (...)"

¹³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS - DECRETO SUPREMO N° 040-2008-EM**

"Artículo 110.- Las inversiones de las instalaciones del Sistema de Distribución que se considerarán en el cálculo del Margen de Distribución y Margen Comercial corresponderán tanto al Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) que representará el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes, así como también, las inversiones consideradas en el Plan Quinquenal. Dicho costo incluye:

a) Las inversiones requeridas para la prestación del servicio, sujetos a las restricciones existentes al momento de la instalación.
b) Los costos financieros durante el período de la construcción, calculados con una tasa de interés que no podrá ser superior a la Tasa de Actualización;

De lo anterior se desprende que los proyectos comprometidos en el Plan Quinquenal 2014-2018 ya fueron incluidos como inversiones del sistema de distribución para el cálculo del margen de distribución y del margen comercial correspondientes a las Tarifas Únicas de Distribución aprobadas mediante Resolución N° 086-2014-OS/CD; es decir, la recurrente ya percibió ingresos mediante la tarifa por proyectos que se comprometió a ejecutar y no lo hizo, por lo que su argumento que se estaría afectando su derecho de propiedad no encuentra sustento legal, por lo que corresponde desestimar los alegatos contenidos en el literal f) del numeral 4).

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 315-2020-OS/DSR del 6 de marzo de 2020 que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 2839-2019-OS/DSR de fecha 27 de diciembre de 2019, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** los dos (2) mandatos de carácter particular.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Ricardo Mario Alberto Maguñá Pardo y Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo Morelli.

«image:osifirma»

PRESIDENTE

-
- c) Los costos administrativos y tributarios que fueron requeridos durante la etapa de la construcción, debidamente justificados, así como las restricciones al momento de la instalación;
- d) Los costos y compensaciones por el establecimiento de las servidumbres utilizadas; y,
- e) Los costos por concepto de estudios y supervisión.
- Las inversiones señaladas en el inciso a) incluyen el Valor Nuevo de Reemplazo, y la proyección razonable, contenida en el Plan Quinquenal, para abastecer la demanda considerada en el período señalado en el artículo 113 del presente Reglamento. Para la fijación del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR), el Concesionario presentará la información sustentatoria, dividida según el tipo de red, pudiendo el OSINERGMIN rechazar fundadamente la incorporación de bienes y costos innecesarios. Para dicha presentación, OSINERGMIN establecerá los plazos, formatos, procedimientos y medios*.