

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Lima, 29 de marzo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 20160011242 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 3 de octubre de 2017 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), representada por el señor Roberto Franco Gianoli Hanke, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3661-2017-OS/OR LIMA SUR del 14 de setiembre de 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir con la ejecución del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, correspondiente al año 2015, aprobado por Resolución N° 086-2014-OS/CD, así como por incumplir con las obligaciones emitidas por Osinergmin, conforme se establece en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM (en adelante, el Reglamento de Osinergmin).

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3661-2017-OS/OR LIMA SUR del 14 de setiembre de 2017, se sancionó a GNLC con una multa de 10 000 (diez mil) UIT, por incumplir el artículo 2° de la Resolución N° 086-2014-OS/CD¹, relacionado con la ejecución del Plan Quinquenal 2014-2018, correspondiente al periodo 2015 (en adelante, el Plan Quinquenal periodo de ejecución 2015) y por vulnerar el artículo 21° del Reglamento de Osinergmin², referido al cumplimiento de las obligaciones establecidas por Osinergmin.

En particular, se determinó que, para el periodo de ejecución del año 2015, GNLC incurrió en los siguientes incumplimientos del Plan Quinquenal 2014-2018:

¹ APRUEBA LA TARIFA ÚNICA DE DISTRIBUCIÓN DE CÁLIDDA - 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."

² REGLAMENTO GENERAL DE OSINERGMIN – DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM

"Artículo 21.- Definición de Función Normativa

Corresponde a OSINERGMIN dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas la ENTIDADES y usuarios.

De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERG de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico.

La función normativa de OSINERGMIN no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del SECTOR ENERGIA."



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Item	Grupo	Sub Grupo	Plan Quinquenal 2014-2018			
			Año 2015			
			Aprobado	Ejecutado	% de ejecución	% de inejecución
1	Gasoducto	Acero	56 113 m	8 777 m	15.64	84.36
2	Tubería de Conexión	Acero	928 m	257 m	27.69	72.31
		PE	267 447 m	259 560 m	97.05	2.95

Las infracciones imputadas se encuentran tipificadas en el numeral 4.1.9 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resoluciones Nos. 117-2015-OS/CD y 276-2016-OS/CD (en adelante, la Escala de Multas de la GFGN)³, así como en el numeral 9) de la Tipificación de Infracciones Generales 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 adelante, la Escala de Multas de Osinergmin)⁴.

2. Mediante escrito de registro N° 20160011242 de fecha 3 de octubre de 2017, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3661-2017-OS/OR LIMA SUR, solicitando se declare el archivo definitivo del procedimiento en atención a los siguientes argumentos:

a) Se ha vulnerado el Principio de *Non Bis In Idem*, toda vez que en un procedimiento administrativo previo Osinergmin ha sancionado a GNLC por el mismo incumplimiento materia del presente caso, es decir, la inejecución del Plan Quinquenal 2014 - 2018. Por lo tanto, la tramitación de este procedimiento vulnera el numeral 11) del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto

³ TIPIFICACIÓN Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN DE GAS NATURAL DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 388-2007-OS/CD MODIFICADA POR RESOLUCIONES N° 117-2015-OS/CD Y 276-2016-OS/CD

Rubro	Tipificación de la Infracción	Referencia Legal	Multa
4	NO CUMPLIR CON LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL SERVICIO DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL Y LÍQUIDOS DE GAS NATURAL, DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL Y LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL SUMINISTRO DE GAS NATURAL		
	4.1 Servicio de Distribución de Gas Natural		
	4.1.9 No cumplir con las normas y disposiciones relativas al Plan Quinquenal y Plan Anual	Art. 2 de la R.C.D. N° 086-2014-OS/CD Art. 63.c del TUO del Reglamento aprobado por D.S. N° 040-2008-EM (*)	Hasta 10 000 UIT por año

(*) Incorporado mediante modificación efectuada a través de la Resolución N° 276-2016-OS/CD

⁴ TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD MODIFICADO POR RESOLUCIÓN N° 449-2008-OS/CD

Rubro	Tipificación de la Infracción Artículo 1 de la Ley N° 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin	Base Legal	Rango de Multa Supervisión y Fiscalización en Hidrocarburos
9	Incumplir con 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

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), que establece la prohibición de aplicar sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho, cuando se aprecie una identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Agrega que, en su caso, ha sido sancionada con 1 000 (mil) UIT por incumplir el Plan Quinquenal 2014 – 2018, en lo referente al Plan Anual 2014, el cual forma parte del Plan Quinquenal 2014 – 2018, por lo que se ha incurrido en una doble sanción. Sostiene que en los dos (2) procedimientos sancionares GNLC es el sujeto sancionado, los hechos imputados son los mismos, toda vez que se refieren al incumplimiento del Plan Quinquenal 2014 – 2018, y el sustento de la sanción es el mismo por cuanto se pretende preservar el cumplimiento de los planes de expansión aprobados por Osinergmin.

La primera instancia pretende sostener que los hechos imputados son distintos debido a que se tratan de periodos diferentes, en un caso el periodo 2014 y en otro el periodo 2015; sin embargo, se trata del mismo Plan Quinquenal 2014 – 2018. En este caso Osinergmin pretende imponer una mayor punición como si la anterior no hubiera sido suficiente. Por lo tanto, continuar con el presente procedimiento implica vulnerar el Principio de *Non Bis In Idem*, debiéndose disponerse el archivo del mismo.

- b) Se ha efectuado una indebida tipificación, toda vez que se inició el procedimiento por infringir el numeral 9) de la Escala de Multas de Osinergmin, referido a incumplir obligaciones dispuestas por Osinergmin, entre otros supuestos, cuyo rango de sanción contempla un tope de 1 000 UIT. Sin embargo, posteriormente se amplía la imputación incorporando el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, referido al incumplimiento de las normas relacionadas al Plan Quinquenal, cuyo rango de sanción contempla una multa máxima de 10 000 UIT, siendo que dicho supuesto recién fue tipificado como infracción a mediados del año 2015.

Alega que la primera instancia manifiesta una intencionalidad de aplicar la multa más alta, ascendente a 10 000 UIT, aun cuando la tipificación se aprobó posteriormente, por lo que se estaría aplicando de manera retroactiva. Es decir, se estaría aplicando una tipificación establecida a mediados del 2015 al Plan Quinquenal aprobado antes de establecerse dicha tipificación, y cuya ejecución también se inició antes de la entrada en vigencia de la nueva tipificación.

Agrega que Osinergmin se equivoca al sostener que la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN cuenta con sustento legal aun cuando fue aprobada antes de emitirse el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, norma que estableció la obligatoriedad del Plan Quinquenal. Señala que el sustento legal de la mencionada tipificación consistente en la Resolución N° 086-2014-OS/CD, así como las facultades normativas de Osinergmin, no justifican que se declare sancionable el Plan Quinquenal cuando el Ministerio de Energía y Minas no lo había declarado así a través de una modificación del Reglamento de Distribución. Alega que Osinergmin, al declarar sancionable el Plan Quinquenal, ha asumido competencias exclusivas del Ministerio de Energía y Minas, lo que es contrario a la ley.



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

- c) Se han vulnerado los Principios de Legalidad, Seguridad Jurídica y Confianza Legítima. Precisa que el Plan Quinquenal no es obligatorio sino referencial. Ello, debido a que cuando se aprobó el Plan Quinquenal 2014 – 2018, 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 (en adelante, el TUO del Reglamento de Distribución), norma de superior jerarquía que la Resolución N° 086-2014-OS/CD, no establecía la obligatoriedad ni la posibilidad de sanción de los planes quinquenales y anuales. En ese sentido, antes de la modificación de dicha norma a través del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, el Plan Quinquenal era referencial, considerando que su ejecución depende de factores externos como es la obtención de permisos municipales, autorizaciones ambientales, o la variación de la demanda prevista en la formulación del plan por desinterés de clientes comerciales o industriales de contar con el servicio.



En caso de disminuir la demanda proyectada puede producirse ineficiencias al pretender ejecutarse inversiones que serán sub utilizadas, lo que resulta contrario al criterio de eficiencia que rige la regulación del sector. Precisa que en su caso no se concretó la demanda industrial proyectada en el Plan Anual 2015, por lo que no ejecutó la instalación de redes de acero para atender a dicho sector. A fin de acreditar ello adjunta a su escrito un listado de clientes que no fueron atendidos por razones que están fuera del control de GNLC, como es la pérdida de interés del cliente de contar con el servicio, la existencia de problemas de la empresa con el predio.



En ese sentido, invirtió los recursos destinados a la ejecución de redes de acero en la instalación de redes de polietileno para priorizar el desarrollo de redes residenciales, siendo que para el año 2015 se aprobaron 972 kilómetros de este tipo de redes, habiéndose instalado 1 336 kilómetros. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la variación del nivel de inversiones debe considerarse para el reajuste de la tarifa de distribución que se realiza en la mitad del periodo tarifario o en la liquidación al final del periodo, lo que le incentiva a no disminuir el nivel de sus inversiones.

- d) El Plan Quinquenal es referencial tal como lo han reconocido el Osinergmin y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM). No obstante, Osinergmin considera como obligatorio el Plan Quinquenal debido a que el Informe Técnico N° 512-2013-GART y el Informe N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH del Ministerio de Energía y Minas, así como la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, en el que se reconoce el carácter referencial del Plan Quinquenal, son meras opiniones sin carácter vinculante. Sin embargo, sí reconoce lo señalado en el Informe Técnico N° 230-2014-GART en el que se afirma que el Plan Quinquenal es obligatorio.

De acuerdo con lo antes indicado, Osinergmin ha emitido informes técnicos que se contradicen, y el Ministerio de Energía y Minas mantiene una posición en el sentido de que el Plan Quinquenal es referencial. Alega que Osinergmin no considera que estas actuaciones conducen a error a GNLC respecto de la obligatoriedad del Plan Quinquenal. Por lo tanto, lo señalado en la resolución apelada carece de sustento siendo que atendiendo al carácter

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

referencial del Plan Quinquenal se solicita la modificación del TUO del Reglamento de Distribución para establecer el carácter obligatorio del Plan Quinquenal.

Reitera que Osinergmin no toma en cuenta que a la fecha de aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018, esto es al 5 de mayo de 2014, no existía norma que estableciera la competencia de Osinergmin para exigir la obligatoriedad de dicho Plan Quinquenal, siendo que recién el 17 de junio de 2017 (sic), se modificó el TUO del Reglamento de Distribución, estableciendo su obligatoriedad. Alega que en virtud del Principio de Legalidad las autoridades deben actuar respetando la Constitución, la ley y el derecho. Sin embargo, el 14 de junio de 2015 se modificó el numeral 4.1 de la Escala de Multas de la GFGN, a través de la Resolución N° 117-2015-OS/CD, estableciendo en el numeral 4.1.9 la tipificación de la conducta sancionable referida a no cumplir con las normas y disposiciones del Plan Quinquenal, pese a que a esa fecha no era posible sancionar su incumplimiento.

En tal sentido, antes de la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, mediante Decreto Supremo N° 017-2015-EM, el Plan Quinquenal era referencial, por lo que su exigibilidad es ilegal, siendo que al sustentarse dicha exigibilidad en normas de rango legal inferior se va más allá de lo que disponía el TUO el Reglamento de Distribución, imponiéndose obligaciones adicionales a GNLC. Asimismo, afirma que la exigibilidad del Plan Quinquenal no se encuentra prevista en el contrato de concesión y que Osinergmin no puede atribuirse competencias no establecidas de forma expresa en la ley siendo que las normas de atribución de competencias no pueden interpretarse de manera extensiva o analógica. En su caso, sostiene que no existe norma con rango legal que habilite a Osinergmin a exigir la obligatoriedad del Plan Quinquenal 2014-2018, concluir de forma distinta a ello implica vulnerar los Principios de Seguridad Jurídica, Confianza Legítima y Legalidad, situación que, a su vez, conlleva a la nulidad del pronunciamiento impugnado, correspondiendo, en consecuencia, disponer el archivo del presente procedimiento sancionador.

Alega que en el supuesto que se admita la exigibilidad del Plan Quinquenal, debe considerarse que tanto el Ministerio de Energía y Minas como Osinergmin han inducido a error a GNLC sobre el carácter referencial del Plan Quinquenal, por lo que conforme con lo dispuesto por el literal e) del artículo 255° del TUO de la LPAG, referido a la eximente de responsabilidad cuando la Administración induce a error al administrado, debe archivers el procedimiento. Ello, debido a que se ha acreditado que las entidades antes mencionadas se pronunciaron y sustentaron un cambio normativo en el TUO del Reglamento de Distribución declarando como referencial el Plan Quinquenal, lo que generó en GNLC la confirmación de que dicho Plan Quinquenal era referencial.

- e) Se ha vulnerado el Principio de Predictibilidad previsto en el numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG debido a que Osinergmin sostiene que los informes y exposición de motivos citados por GNLC para sustentar que el Plan Quinquenal es referencial, no tienen carácter vinculante y no pueden ser utilizados como criterios de interpretación. Alega que Osinergmin niega el valor de estos documentos para rechazar la posición de GNLC, sin embargo, utiliza dichos recursos para sustentar su posición. Así, Osinergmin se remonta al proceso de elaboración de la Resolución N° 086-2014-OS/CD para justificar que en el Informe



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

N° 230-2014-GART se señaló que el Plan Quinquenal es obligatorio. Del mismo modo, al mencionar la finalidad del Plan Quinquenal, Osinergmin se sustenta en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 014-2008-EM. En ese sentido, según se ha venido señalando en el presente procedimiento, las exposiciones de motivos sí constituyen una fuente de interpretación válida. En efecto, según se establece en el artículo 2° del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, la exposición de motivos es la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa.

De acuerdo con lo antes indicado se concluye que Osinergmin emplea un criterio antojadizo para, en un caso, usar informes, antecedentes y exposiciones de motivos a su favor y, cuando se trata de GNLC, desestima su utilización. Asimismo, el Plan Quinquenal es referencial conforme con la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2005-EM.

Por lo tanto, la resolución apelada incurre en vicios de nulidad incluyendo defectos de motivación que colocan a GNLC en una situación de desventaja frente a Osinergmin. En consecuencia, debe declararse la nulidad de la resolución apelada exonerando de responsabilidad a GNLC.

- f) Las normas citadas por Osinergmin a fin de sustentar la obligatoriedad del Plan Quinquenal, como la Resolución N° 086-2014-OS/CD, el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, y la Ley Marco de Organismos Reguladores, Ley N° 27332, son genéricas y se refieren a sus prerrogativas como regulador, pero no le atribuyen competencia para exigir mayores previsiones que las señaladas en el TUO del Reglamento de Distribución o en el Contrato de Concesión.

Asimismo, si bien Osinergmin cuenta con funciones normativas, ello no implica que en virtud de dicha función pueda normar aquellos aspectos que competen al MINEM, responsable del sector energía. Así, en cuanto a la determinación de la obligatoriedad o no del Plan Quinquenal corresponde a dicha autoridad, y no a Osinergmin, establecer ello. Tan es así que se solicitó la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, a través del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, a fin de establecer la obligatoriedad del Plan Quinquenal.

Precisa que existe una confusión en las funciones normativas y reguladoras de Osinergmin, siendo que la Resolución N° 086-2014-OS/CD se emitió en ejercicio de la función reguladora y no normativa de Osinergmin. Tan es así que dicha resolución fue objeto de impugnación a través de un recurso de reconsideración, pudiendo cuestionarse en la vía contenciosa administrativa, de ser el caso. Ello, no sería posible si se tratara de una de una norma, como erróneamente sostiene Osinergmin. Por lo tanto, la Resolución N° 086-2014-OS/CD no es una norma y no puede ser considerada como base legal para tipificar una infracción. En todo caso, el sustento legal sería el artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, norma que fue emitida con posterioridad.

En consecuencia, sostiene que no puede ser sancionada sobre la base del numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, modificada por Resolución N° 117-2015-OS/CD, publicada con

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

posterioridad a la aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018. Ello, debido a que se vulneraría el Principio de Irretroactividad. Asimismo, la tipificación prevista en el numeral 9 de la Escala de Multas de Osinergmin, adolece de un vicio de generalidad.

- g) La referencialidad del Plan Quinquenal 2014-2018 no implica que se afecte su finalidad debido a que la regulación tarifaria incentiva a GNLC para que realice mayores inversiones, las mismas que serán reconocidas en la tarifa correspondiente. Asimismo, la existencia de una contraprestación anticipada tampoco impide que pueda asumirse la referencialidad del Plan Quinquenal debido a que ante posibles limitaciones de éste puede aplicarse un ajuste tarifario.

Del mismo modo, respecto a que pudo solicitar la modificación del Plan Quinquenal 2014-2018 atendiendo al procedimiento previsto en el literal e) del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, sostiene que ello no es posible debido a que dicha norma no resulta aplicable por cuanto, en su caso, no se produjo una variación de consumidores residenciales. De acuerdo con la norma mencionada, puede solicitarse la variación del Plan Quinquenal cuando, en un determinado año del periodo tarifario, se proyecte una variación de más del 20% de las inversiones acumuladas en redes para atención de consumidores residenciales. Agrega que de haber ejecutado las redes de acero y no las de polietileno, se habría tenido una menor masificación del uso de gas natural. Ello, debido a que las redes de polietileno para el sector residencial se incrementaron en 37% con respecto a lo aprobado para el 2015. Igualmente, sostiene que la inejecución en las zonas previstas en el Plan Quinquenal para instalar redes de acero no afectó el desarrollo residencial, como erróneamente se señala en la resolución apelada.

- h) Osinergmin pretende ejercer su facultad sancionadora sobre la base de sus propios reglamentos y de la Ley Marco de Organismos Reguladores, Ley N° 27332. Sin embargo, para que pueda sancionar el incumplimiento del Plan Quinquenal debe haberse establecido la obligatoriedad del mismo y debe existir una tipificación expresa que establezca una infracción sancionable por incumplir con la obligación prevista normativamente. En su caso, resulta inexigible la obligatoriedad del Plan Quinquenal por cuanto no existe una obligación normativa dado que el TUO del Reglamento de Distribución no establecía la obligatoriedad del Plan Quinquenal.
- i) La referencialidad del Plan Quinquenal no atenta contra el derecho de acceso al servicio público de distribución de gas natural. Alega que estuvo habilitado para atender un mayor número de usuarios residenciales atendiendo a las inversiones adicionales que realizó comparado con las inversiones previstas en el Plan Quinquenal 2014-2018 para el periodo 2015. Alega que privilegió la ejecución de redes para usuarios residenciales, lo que resulta acorde con la política de masificación de uso de gas natural en el sector residencial. Ello, teniendo en cuenta la referencialidad del Plan Quinquenal que le permitió redistribuir sus inversiones para proyectos que resultaron viables, priorizando sobre otros proyectos que no contaron con la confirmación de volúmenes de parte de los grandes consumidores, como las industrias.



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Reitera que las variaciones en la ejecución del Plan Quinquenal 2014-2018 se debieron a causas exógenas a GNLC y que no existió una afectación al servicio residencial. Por el contrario, hubo una mayor ejecución en redes de polietileno que contribuyó al incremento de las inversiones en el año fiscalizado, lo que superó el monto de la inversión proyectada, por lo que no existe un costo evitado como erróneamente se sostiene. Ello, ha sido confirmado por Osinergmin mediante la Resolución N° 097-2016-OS/CD, a través de la cual confirma que el monto de la inversión para el año 2015 fue ejecutado adecuadamente, determinándose que no debe aplicarse una reducción de la tarifa. Tal pronunciamiento acredita que no se ha incumplido la normativa, por lo que resulta contradictorio iniciar un procedimiento administrativo sancionador por incumplir planes quinquenales cuando Osinergmin reconoce la correcta inversión en el periodo cuestionado no efectuando ajuste alguno a la tarifa reconocida.

- j) La tipificación contenida en el numeral 9) de la Escala de Multas de Osinergmin no cumple con el Principio de Tipicidad debido a su generalidad dado que utiliza una fórmula abierta, lo cual se encuentra proscrito por ser ilegal e inconstitucional, tal como lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento recaído en los Expedientes Nos. 2192-2002-A/TC y 2050-2002-A/TC. Asimismo, la base legal citada en la tipificación en cuestión no tiene relación con el hecho que se pretende sancionar. Alega que el sustento legal aplicado por la primera instancia para iniciar el presente procedimiento es nulo por vulnerar el Principio de Tipicidad y contravenir la Constitución, por lo que el 4 de junio de 2015 y a propuesta de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, el Consejo Directivo de Osinergmin aprobó la incorporación de la tipificación referida a incumplir el Plan Quinquenal en la Escala de Multas de la GFGN. Ello, evidencia no sólo que dicha conducta no se encontraba contemplada anteriormente sino también que para Osinergmin, dicha tipificación debía realizarse expresamente para poder ser sancionable.

Por lo tanto, habiéndose vulnerado el Principio de Tipicidad, debe archiversse el presente procedimiento en el extremo referido a la imputación por incumplir el numeral 9) de la Escala de Multas de la GFGN.

En cuanto a la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, alega que recién a partir de la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, mediante el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, es obligatorio el Plan Quinquenal. Por lo tanto, recién el siguiente Plan Quinquenal que presente GNLC y apruebe Osinergmin será de obligatorio cumplimiento, de lo contrario se estaría vulnerando el Principio de Seguridad Jurídica. Ello, ha sido corroborado en el Informe Técnico Legal N° 014-2015-MEM/DGH-DNH en el que se indica que dicha modificación no podrá aplicarse retroactivamente a los Planes Quinquenales aprobados antes de su entrada en vigencia sino a aquellos que se aprueben a partir de la entrada en vigencia de la norma en cuestión. Ello, a fin de no vulnerar el Principio de Irretroactividad.

Sin embargo, en su caso se está vulnerando en Principio de Irretroactividad al pretender imputarle el incumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018 que no era ni es obligatorio y, por lo tanto, no se encuentra sujeto a fiscalización ni sanción.

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Con relación a la vulneración del Principio de Seguridad Jurídica afirma que no puede entenderse que dicho principio trasgrede el *status quo* generado en el administrado por actos propios de la Administración. La seguridad jurídica intenta proteger al administrado frente a una situación de poder que ostenta la Administración, reprimiendo la arbitrariedad. A fin de sustentar lo alegado invoca los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes Nos. 00016-2002-AI/TC y 01601-2012-PA/TC. Agrega que sustenta sus inversiones en el Principio de Seguridad Jurídica; sin embargo, Osinergmin no permite predecir sus actuaciones debido a que en el Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART, que sustentó la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, admite que el Plan Quinquenal es referencial y, por otro lado, en el presente procedimiento, convierte dicho plan en obligatorio, demostrando un proceder arbitrario y contradictorio. Alega que no es válido ni suficiente restar valor al Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART emitido por Osinergmin, al Informe Técnico N° 0055-2014-MEM/DGH-DHN del MINEM ni a la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, señalando que son facultativos cuando dichos documentos son vinculantes debido a que sustentan la modificación del TUO del Reglamento de Distribución.



Asimismo, señala que Osinergmin aprobó el Plan Quinquenal 2009-2013 sobre la misma base legal del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, siendo que nunca desconoció el carácter referencial de dicho Plan Quinquenal ni inició un procedimiento sancionador. Más aun, atendiendo a tal circunstancia solicitó al MINEM la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, lo que demuestra el entendimiento respecto de la exigibilidad del Plan Quinquenal. Sostiene que Osinergmin ha vulnerado el Principio de Confianza Legítima y su derecho a la seguridad jurídica respecto a la referencialidad del Plan Quinquenal. No es admisible modificar las reglas bajo las cuales se aprobó la Resolución N° 086-2014-OS/CD. Por lo tanto, la modificación del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución sólo podría regir para los futuros planes quinquenales, tal como se reconoce en el Informe Técnico N° 014-2015-MEM/DGH-DNH del MINEM.



De otro lado, alega que la solicitud de fuerza mayor para modificar el Plan Quinquenal que presentó no puede interpretarse en el sentido que demuestra la obligatoriedad del mismo. Precisa que dicho pedido lo formuló después del inicio del presente procedimiento sancionador. Asimismo, el carácter referencial del Plan Quinquenal es compatible con la solicitud de modificación del mismo cuando el concesionario no pueda salvaguardar la finalidad de masificación de uso de gas natural. Del mismo modo, resulta desproporcionado que Osinergmin pretenda sancionarla por una conducta que no genera ineficiencia social ni anomalía que deba corregirse a través de la punición.

Agrega que no se ha tomado en cuenta el Principio de Razonabilidad, toda vez que, al variar la ejecución de las inversiones priorizando las redes de polietileno sobre las redes de acero, ha incrementado el acceso al servicio público de gas natural. Reitera que de haber ejecutado la instalación de redes de acero conforme se indica en el Plan Quinquenal, no habría sido posible incrementar el nivel de ejecución de las redes de polietileno en favor de los usuarios residenciales.

Asimismo, afirma que la aplicación de normas que contravienen lo pactado contractualmente con el Estado Peruano atenta contra el Contrato de Concesión y el Contrato de Seguridades y Garantías suscrito bajo los alcances del artículo 1357° del Código Civil.

- k) El cálculo de la multa vulnera el Principio de Razonabilidad según el cual deben evaluarse los fundamentos fácticos y jurídicos de la infracción imputada, así como los factores o circunstancias vinculados al hecho que pretende sancionarse, de tal modo que se determine una sanción coherente con los elementos y circunstancias evaluados y proporcional al fin perseguido. A fin de sustentar lo alegado Invoca el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC.

En su caso, remite trimestralmente a Osinergmin reportes sobre las inversiones ejecutadas, así como el valor económico de éstas. Sin embargo, en la resolución apelada no se toma en cuenta el valor de dichos informes ni las inversiones que ha efectuado. Alega que no se ha beneficiado con ningún tipo de ahorro en sus operaciones, incurriendo, por el contrario, en mayores costos para la prestación del servicio, los cuales no han sido reconocidos por Osinergmin debido a que, según indica el organismo regulador, dichas inversiones no cubren las inversiones a las que estaba obligada GNLC de acuerdo con el Plan Quinquenal.

De otro lado, afirma que al señalarse los aspectos en los que se incurrió en incumplimiento, se advierte que los valores considerados en la resolución apelada y en los informes que la sustentan difieren de aquellos indicados en los informes trimestrales que presenta, lo que demuestra que no se han tomado en cuenta todos los reportes presentados por GNLC. Asimismo, no se han valorado los elementos fácticos y jurídicos relacionados con el cumplimiento normativo. A fin de sustentar lo afirmado, consigna en su recurso de apelación, a fojas 219 del expediente, el Cuadro 1 que contiene el metrado de lo ejecutado según el Informe de Multa y la información correspondiente al VNR que reporta a Osinergmin.

Del mismo modo, tampoco se han tenido en cuenta otras obras e instalaciones ejecutadas adicionalmente a lo previsto en el Plan Quinquenal, las cuales no han sido valoradas para determinar el costo evitado o como atenuantes. Precisa que el Plan Quinquenal 2014-2018 impuso como obligación a GNLC instalar 972 km de redes de polietileno; sin embargo, ha instalado 1 336 km de redes de polietileno, superando el metrado exigido por el referido Plan Quinquenal. Dichas redes sí tienen vinculación con las obras dejadas de ejecutar por cuanto forman parte del Plan Quinquenal 2014-2018.

Alega que al utilizarse el costo evitado como metodología para calcular la multa no se toma en cuenta que dicho costo no existe debido a que GNLC también ha ejecutado obras de importancia para el Estado Peruano, los usuarios y el mercado de gas natural. Afirma que, a diferencia de otros procedimientos sancionadores, este caso está relacionado con aspectos regulatorios tarifarios, por lo que, ante la inexecución de inversiones aprobadas, existen medidas para corregir dicha situación, como es un procedimiento seguido ante Osinergmin para evaluar si corresponde o no ajustar la tarifa de distribución.



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Adicionalmente, sostiene que los montos de inversión de gasoductos de acero, tubería de conexión de acero y tubería de conexión de polietileno utilizados para el cálculo de la multa, no han sido sustentados por la primera instancia, siendo mayores a los establecidos en la Resolución N° 140-2014-OS/CD, mediante la cual se modificaron los costos de inversiones previstos en la Resolución N° 086-2014-OS/CD.

Del mismo modo, deja constancia de su malestar por la afirmación contenida en la resolución apelada en el sentido que GNLC pretende proteger el interés particular afectando el interés general. Tal afirmación no ha sido sustentada por la primera instancia, no habiéndose precisado cuál es el beneficio obtenido. Ello, más aún cuando ha invertido un monto mayor en la instalación de redes, que aquel previsto en el Plan Quinquenal, desplegando esfuerzos a fin de llevar el gas natural a sectores de escasos recursos. A fin de acreditar sus afirmaciones, adjunta a su recurso de apelación el sustento técnico de las redes de acero.

- l) Solicita se le conceda el uso de la palabra a fin de exponer sus argumentos.
3. Mediante Memorandum N° 134-2017-OS/OR LIMA SUR recibido el 10 de octubre de 2017, la Oficina Regional Sur remitió los actuados al TASTEM.
4. Con fecha 1 de marzo de 2019 se realizó el informe oral solicitado por GNLC, conforme consta en el Acta de Informe Oral, obrante a fojas 309 del expediente, registrándose dicha diligencia en medio magnético (CD), el mismo que obra a fojas 308 del expediente.
5. El 19 de marzo de 2019, mediante escrito de registro N° 201600111242, GNLC presentó sus alegatos finales solicitando sean considerados por el TASTEM. Dichos alegatos son los siguientes:
 - a) En cuanto al Principio de Confianza Legítima reitera que siempre consideró al Plan Quinquenal 2014-2018 como referencial, teniendo en cuenta la normativa vigente al 17 de junio de 2015, así como las propias actuaciones y declaraciones de Osinergmin y el MINEM. Precisa que mediante el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, se modificó el TUO del Reglamento de Distribución estableciendo que el Plan Quinquenal de Inversiones y los Planes Anuales son obligatorios, siendo que dicha modificación se debió a que antes de ésta los mencionados documentos eran referenciales, tal como se indica expresamente en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM. Asimismo, Osinergmin nunca exigió el cumplimiento del Plan Quinquenal 2009-2013 ni de los planes anuales que lo actualizaban, pese a que GNLC efectuó variaciones a dicho plan, habiendo informado de ello tanto a Osinergmin como al MINEM. A fin de sustentar lo antes señalado consigna en su escrito, a fojas 368 del expediente, el "*Plano Comparativo entre lo aprobado en el Plan Quinquenal 2009-2013 y lo comunicado por Cálida para el año 2012*".

Asimismo, indica que reportaba trimestralmente las actualizaciones de lo ejecutado, evidenciándose las variaciones del Plan Quinquenal 2009-2013 y sus correspondientes Planes Anuales. Dicha actuación de Osinergmin reafirmó la referencialidad del Plan Quinquenal, la

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

misma que reconoció en el Informe N° 236-2014-GART del 2 de mayo de 2014, los cambios realizados por GNLC sin señalar incumplimiento alguno.

Del mismo modo, existen evidencias en el sentido que Osinergmin y el MINEM reconocían que el Plan Quinquenal de Inversiones era referencial, razón por la cual Osinergmin solicitó el cambio normativo del TUO del Reglamento de Distribución, lo que fue aceptado por el Ministerio de Energía y Minas. A fin de acreditar dicha alegación indica que adjuntó al expediente el Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART, el Informe Técnico Legal N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH y la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM.

En tal sentido, se evidencia la confianza legítima generada en GNLC por Osinergmin y el MINEM. A fin de complementar lo indicado, adjunta un informe legal del Doctor Víctor Baca, obrante de fojas 310 a 319 del expediente, en el que se precisa lo señalado en la audiencia realizada el 1 de marzo de 2019 sobre la aplicación del Principio de Confianza Legítima.

- b) Con relación al procedimiento de aprobación del Plan Quinquenal de Inversiones afirma que éste se encuentra regulado en el TUO del Reglamento de Distribución, y contempla las etapas de: i) elaboración del plan, ii) presentación del plan ante el MINEM, iii) aprobación del plan y, iv) ejecución y actualización del plan. Alega que de acuerdo con el literal b) del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, la elaboración del Plan Quinquenal de Inversiones, a cargo de GNLC, debe contemplar un contenido mínimo, como las zonas donde se proyecta tender la red de distribución con su cronograma tentativo, una proyección de los consumidores que estarían en condiciones de recibir el servicio, la valorización de las obras que se realizarán anualmente, así como el detalle de las inversiones.

Al respecto, sostiene que la norma reconoce que se trata de proyecciones, por lo que es factible que varíen las zonas proyectadas debido a las dificultades que puedan presentarse en tales zonas, como son los permisos municipales, o técnicas. Sostiene que GNLC realiza un estudio de campo; sin embargo, éste no contempla la remoción de suelos donde se proyecta instalar redes, los permisos a solicitarse a las municipalidades ni las reacciones de dichas autoridades, del mismo modo se asume la aceptación de las solicitudes del servicio requeridos por potenciales usuarios. Atendiendo a ello es que recién al ejecutarse las obras pueden identificarse los impedimentos mencionados.

Agrega que en la etapa de presentación del Plan Quinquenal de Inversiones ante el MINEM, dicha autoridad remite el plan al Osinergmin a fin de que se verifique el contenido mínimo previsto en el artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, siendo que de forma simultánea el MINEM verifica que el plan se encuentre alineado con la política energética vigente, es decir, la masificación del uso de gas natural en zonas vulnerables. Precisa que el artículo 63d del TUO del Reglamento de Distribución establece que la ejecución del plan se realiza mediante planes anuales. En la tercera etapa Osinergmin aprueba el plan considerando años calendario. En la cuarta etapa se ejecuta el Plan Quinquenal de Inversiones actualizándose a través de planes anuales siendo que Osinergmin realiza un procedimiento de liquidación del plan.



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Sostiene que las variaciones que realizó del Plan Quinquenal de Inversiones cumplen con la política energética vigente. Ello, toda vez que las zonas donde se ejecutaron las obras son sectores vulnerables. Alega que las causas que ocasionaron la variación de algunas zonas del Plan Quinquenal de Inversiones son las dificultades para obtener permisos municipales, los problemas de seguridad para sus trabajadores en zonas de alta criminalidad, los hallazgos arqueológicos, las imposibilidades técnicas por interferencias con otros servicios, los problemas de calidad de suelos identificados al iniciarse la obras, la modificación de la demanda industrial inicialmente considerada, así como la desconfianza de las personas respecto de los beneficios del uso del gas natural debido a que lo consideran peligroso.

De otro lado, afirma que el Decreto Supremo N° 037-2018-EM, publicado el 28 de diciembre de 2018, admite variaciones al Plan Quinquenal de Inversiones o al Plan Anual, siguiendo los lineamientos establecidos en el TUO del Reglamento de Distribución. Así, se ha previsto que cuando se presenten causas no atribuibles al concesionario, como aquellas mencionadas anteriormente, se puede modificar el Plan Quinquenal de Inversiones siendo que la variación no puede significar disminuir el monto de las inversiones reconocidas a través de la tarifa de distribución, lo que ha venido cumpliendo durante todos los años del Plan Quinquenal 2014-2018.

En tal sentido, solicita que se tome en cuenta el Decreto Supremo N° 037-2018-EM a efectos de archivar el presente procedimiento. Ello, debido a que dicha norma la favorece y de haber estado vigente cuando se inició el presente procedimiento no se le habría iniciado el mismo. Reitera que las zonas donde ejecutó las obras tienen similares características a aquellas donde se vio imposibilitada de ejecutarlas.

A fin de acreditar sus afirmaciones adjunta a su escrito las comunicaciones enviadas a Osinergmin y a la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM informando la actualización de los planes anuales, el plano en el que se evidencia las modificaciones reportadas a Osinergmin en diciembre de 2011, relacionadas con el Plan Quinquenal 2009-2013, para el periodo 2012, así como el informe de Osinergmin en el que reconoce las modificaciones del Plan Quinquenal 2009-2013 sin señalar la existencia de incumplimientos. Igualmente, adjunta un informe legal a fin de sustentar la vulneración del Principio de Confianza Legítima.

6. Luego de haber realizado la evaluación del expediente, este Tribunal ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
7. Con relación a lo alegado en el literal a) del numeral 2), en el sentido que se ha vulnerado el Principio de *Non Bis In Idem* al haberse sancionado a GNLC en un procedimiento previo por incumplir el Plan Quinquenal 2014-2018, corresponde indicar que conforme se establece en el numeral 11) del artículo 246° 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 fundamento.

Al respecto, debe señalarse que el procedimiento alegado por la recurrente, tramitado en el Expediente N° 201500072496, estaba referido al incumplimiento del Plan Quinquenal 2014-



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

2018 en su horizonte anual 2014, siendo que el presente procedimiento se refiere únicamente a la ejecución del referido Plan Quinquenal 2014-2018 en el horizonte anual 2015. En efecto, conforme se desprende de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 6 de mayo de 2014, las obras que debía ejecutar GNLC para el año 2014 y que fueron motivo de supervisión y fiscalización y cuyo incumplimiento sustentó la sanción impuesta por parte de este Organismo Regulador, son las siguientes:

GRUPO	SUB GRUPO	UNIDAD	AÑO 2014	EJECUTADO PARA 2014 ⁵
Gasoducto	Acero	m	76 722	19 056
	PE	m	917 353	1 220 894
Tubería de Conexión	Acero	m	1 868	533.39
	PE	m	227 342	611 050
Estaciones de Regulación	ERP	U	5	0
	City Gate	U	1	0
Obras Especiales	Válvulas	U	86	81
	Cruces de Ríos	U	1	0
	Hot Tap	U	32	34
	Cruces de Vías	U	2	0
	Otras	U	2	0



Asimismo, de acuerdo con la citada Resolución N° 086-2014-OS/CD, para el año 2015 GNLC debía ejecutar las siguientes obras:

GRUPO	SUB GRUPO	UNIDAD	AÑO 2015
Gasoducto	Acero	m	56 113
	PE	m	971 710
Tubería de Conexión	Acero	m	928
	PE	m	267 447
Estaciones de Regulación	ERP	U	0
	City Gate	U	0
Obras Especiales	Válvulas	U	58
	Cruces de Ríos	U	1
	Hot Tap	U	14
	Cruces de Vías	U	2
	Otras	U	1



En tal sentido, si bien ambos horizontes supervisados corresponden al Plan Quinquenal 2014-2018, es también cierto que las obras contenidas en dicho plan se ejecutan en cada uno de los horizontes anuales que comprende. Por lo tanto, son horizontes de periodos diferentes y hechos distintos, por lo que no se cumple el supuesto previsto por el Principio de *Non Bis In Idem*, esto es, la triple identidad entre sujeto, hecho y fundamento.

⁵ Tal como se determinó en el procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201500072496, cuya sanción fue confirmada por este Tribunal a través de la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, emitida el 13 de junio de 2017.

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Resulta oportuno mencionar que, según lo previsto en el Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, aprobado por Resolución N° 037-2010-EM, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 29 de abril de 2010, y tal como lo mencionó este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 de fecha 13 de junio de 2017, en virtud de la cláusula sexta de la Adenda al referido Contrato BOOT, GNLC 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 Inversiones⁶. Esta obligación, según se estipuló en la citada adenda al contrato, sería fiscalizada al vencimiento de cada año⁷.

Por lo tanto, corresponde a este Organismo Regulador, en legítimo ejercicio de sus facultades de supervisión y fiscalización, evaluar año a año el cumplimiento de la ejecución de las obras en cuestión, las mismas que evidentemente difieren en cada uno de los horizontes anuales, tal como se desprende de los dos (2) cuadros antes consignados.

En consecuencia, se desestima lo alegado en este extremo al referirse a hechos distintos los procedimientos alegados por la recurrente, esto es, el tramitado en el Expediente



⁶ Debe tenerse presente que uno de los aspectos mínimos que contiene el Plan Quinquenal de Inversiones es la proyección del número de consumidores que estarán en condiciones de recibir el servicio. Ello, conforme se establece en el literal b) 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, el mismo que señala lo siguiente:

"Artículo 63.c.- El Concesionario está obligado a definir su Plan Quinquenal de crecimiento de la red de Distribución de acuerdo a lo siguiente:

(...)

b) Contenido mínimo:

(...)

-La proyección del número de Consumidores que estarán en condiciones de recibir el servicio. (...)"

⁷ RESOLUCIÓN SUPREMA N° 037-2010-EM – ANEXO – MODIFICACIÓN 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
"SEXTA: NUEVO COMPROMISO DE CLIENTES EFECTIVAMENTE CONECTADOS

6.1 Obligaciones a cargo de la Sociedad Concesionaria

6.1.1 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 de Inversiones propuesto por la Sociedad Concesionaria, deberá prestar efectivamente el Servicio de Distribución a, por lo menos:

	Año	Consumidores por año	Consumidores por año acumulados
(i)	Al finalizar el primer 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, en forma anualizada."

N° 201500072496 y el tramitado en el presente procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de *Non Bis In Idem*.

8. Con relación a las alegaciones expresadas en los literales c), d), e), f), g), h), i) y j) del numeral 2) y a) del numeral 5), respecto a que el Plan Quinquenal de Inversiones tiene carácter referencial, este Tribunal reitera lo expresado en las Resoluciones Nos. 237-2016-OS/TASTEM-S1 y 083-2017-OS/TASTEM-S1, de fechas 27 de diciembre de 2016 y 13 de junio de 2017, respectivamente, en el sentido que al haberse reconocido las inversiones y obras proyectadas para la ejecución del referido Plan Quinquenal en la Tarifa Única de Distribución, éste ha adquirido el carácter obligatorio, por lo que resultan exigibles a la recurrente. Como ya se ha señalado en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, la propia Resolución N° 086-2014-OS/CD, a través de la cual se aprobó el Plan Quinquenal de Inversiones 2014–2018 de GNLC, estableció en su artículo 2° la obligación de la concesionaria de ejecutar el referido plan en el período antes indicado⁸.

Del mismo modo, cabe reiterar, respecto de lo alegado por la recurrente en el sentido que el Plan Quinquenal 2014-2018 recién es obligatorio desde que se produjo la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, a través del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, que la obligatoriedad del referido Plan Quinquenal 2014-2018 se sustenta en lo establecido en el artículo 2° de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, el mismo que impone a la recurrente el deber de cumplir con el Plan Quinquenal 2014-2018, siendo que dicha norma fue emitida en ejercicio de las facultades normativas y regulatorias de Osinergmin. En efecto, en dicha norma se estableció lo siguiente:

“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)

Al respecto, tal como lo expresó este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 de fecha 13 de junio de 2017, 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 Reguladores⁹. Así, en concordancia

⁸ Ver texto de la norma citada en la nota 1.

⁹ LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES – LEY N° 27332

“Artículo 3°.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende a su vez la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros (...).”

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

con la norma antes citada, el artículo 21° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM¹⁰, 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 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 LPAG¹¹.

Asimismo, resulta oportuno precisar, respecto de lo alegado en el sentido que existe una confusión en las funciones normativa y reguladoras de Osinergmin y que la Resolución N° 086-2014-OS/CD fue emitida únicamente en ejercicio de la función reguladora, que conforme se establece en el artículo 21° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM¹², la función normativa faculta a este Organismo Regulador a emitir no sólo reglamentos y normas de carácter general sino también normas de carácter particular referidas a obligaciones de los supervisados, como es el caso de GNLC. Así, la Resolución N° 086-2014-OS/CD, al aprobar no sólo la Tarifa Única de Distribución aplicable a todos los usuarios de GNLC sino también el Plan Quinquenal 2014-2018, impuso a la recurrente la obligación de cumplir con aplicar la tarifa aprobada de distribución, así como la obligación de ejecutar todas y cada una de las obras a las que se comprometió en virtud del Plan Quinquenal 2014-2018 que ella misma propuso, el cual, luego del procedimiento correspondiente, fuera aprobado por este Organismo Regulador. Por lo tanto, la Resolución N° 086-2014-OS/CD fue emitida en legítimo ejercicio de la función normativa, no existiendo la confusión alegada por la recurrente.

Del mismo modo, debe precisarse respecto de lo afirmado en el sentido que este Organismo Regulador ha actuado vulnerando la competencia del Ministerio de Energía y Minas, que la Resolución N° 086-2014-OS/CD, mediante la cual se impone a la recurrente la obligación de cumplir con el Plan Quinquenal 2014-2018, fue emitida en legítimo ejercicio de las facultades normativas de este Organismo Regulador. En efecto, tal como lo dispone el artículo 21° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, la función normativa es exclusiva y se ejerce dentro del ámbito de competencia de Osinergmin. Del mismo modo, debe señalarse respecto del Plan Quinquenal de Inversiones, que conforme se establece en el artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, vigente a la fecha en que se aprobó el Plan Quinquenal 2014-2018, que corresponde a Osinergmin la aprobación del

¹⁰ Ver texto de la norma citada en la nota 2.

¹¹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 006-2017-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:

1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)”

Texto del inciso 1.1 del numeral 1) del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹² Ver nota 2.

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

mismo dentro del proceso tarifario. De acuerdo con las normas antes citadas corresponde a este Organismo Regulador aprobar el Plan Quinquenal de Inversiones siendo que dicha competencia es ejercida de manera exclusiva a través de la función normativa y reguladora. Ello, teniendo en cuenta que conjuntamente con el Plan Quinquenal de Inversiones también se aprueba la Tarifa Única de Distribución.

En tal sentido, se desestima lo alegado respecto a que Osinergmin habría vulnerado la competencia del MINEM al exigir el cumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018. Ello, toda vez que, como se ha señalado en los párrafos precedentes, el referido Plan Quinquenal es de obligatorio cumplimiento en virtud de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, pronunciamiento que al haber sido emitido en ejercicio de la función normativa de Osinergmin e impone una obligación a GNLC, lo cual debe ser acatado por dicha concesionaria de manera íntegra.

Con relación a la vulneración del Principio de Confianza Legítima y de Predictibilidad sustentado en el Informe Técnico N° 512-2013-GART, el Informe N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH, el Informe Técnico Legal N° 014-2015-MEM-DGH-DHN y la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM invocados por la recurrente, se reitera lo indicado por este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, en el sentido que los citados pronunciamientos no tienen carácter vinculante. Ello, conforme con lo establecido en el numeral 180.2 del artículo 180 del TUO de la LPAG¹³, y teniendo en cuenta que dichos documentos no tienen un alcance general sino que se circunscriben a la evaluación de una modificación efectuada a diversas disposiciones contenidas en el TUO del Reglamento de Distribución.

Del mismo modo, se reitera lo indicado en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 en el sentido que no se advierte en 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 que se haya dispuesto 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.

Adicionalmente, en cuanto al Informe Técnico N° 230-2014-GART que cuestiona la recurrente, debe precisarse que el referido documento, de carácter público, sí constituye parte de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, tal como expresamente se indica en los Vistos de dicha resolución, así como en la parte considerativa de la misma, en la que se precisa que los comentarios y sugerencias recibidos relacionados con el proyecto de resolución que fija la Tarifa Única de Distribución, así como con el Plan Quinquenal de Inversiones, fueron evaluados en el Informe Técnico N° 230-2014-GART. Igualmente, en los considerandos también se menciona expresamente que el informe técnico en cuestión complementa la motivación que

¹³ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS

"Artículo 180.- Presunción de la calidad de los informes

(...)

180.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley."

Texto del numeral 171.2 del artículo 171° de la Ley N° 27444.

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

sustenta la decisión de Osinergmin, habiéndose dispuesto expresamente, en el artículo 22° su publicación conjuntamente con la Resolución N° 086-2014-OS/CD¹⁴.

En tal sentido, el Informe Técnico N° 230-2014-GART, a diferencia de los documentos que menciona la recurrente, constituye un documento público cuyo contenido vincula a este Organismo Regulador con el pronunciamiento que emitió a efectos de aprobar el Plan Quinquenal 2014-2018.

Adicionalmente, debe tenerse presente, contrariamente a lo alegado en el recurso de apelación, que el Plan Quinquenal materia de autos es el correspondiente al periodo 2014-2018, en su horizonte anual 2015, y no al periodo 2009-2013 que invoca GNLC. Por lo tanto, la evaluación efectuada en el presente caso está referido únicamente al Plan Quinquenal 2014-2018, en particular el horizonte 2015. Igualmente, debe señalarse que si bien el Plan Quinquenal 2009-2013 no fue materia de fiscalización, ello no implica en modo alguno que este Organismo Regulador no se encuentre facultado a fiscalizar el cumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018. Ello, más aún cuando no se ha dispuesto expresamente que el referido Plan Quinquenal tenga carácter referencial. Por lo tanto, la fiscalización del Plan Quinquenal 2014-2018 no atenta contra el Principio de Confianza Legítima invocada por la recurrente.

Asimismo, resulta oportuno reiterar lo indicado por este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, en el sentido que la emisión de la Resolución N° 086-2014-OS/CD siguió el procedimiento regulatorio contemplado en la Resolución N° 080-2012-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 28 de abril de 2012, que aprobó la Norma "Procedimiento para la Fijación de Precios Regulados", cuyo Anexo C.2 corresponde al Procedimiento para



¹⁴ RESOLUCIÓN N° 086-2014-OS/CD

"VISTOS:

La propuesta de Tarifas Únicas de Distribución presentada por la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante "Cálida") al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN") respecto a las Tarifas de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao para el periodo 2014-2018; los Informes Técnicos N° 0233-2014-GART, N° 0235-2014-GART, N° 0236-2014-GART y N° 237-2014-GART, y el Informe Legal N° 230-2014-GART, elaborados por la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante "GART") de OSINERGM.

CONSIDERANDO:

(...)

Que, hasta el 31 de marzo de 2014 se recibieron los comentarios y sugerencias respecto al proyecto de resolución que fija la Tarifa Única de Distribución de Gas Natural de Lima y Callao, correspondiente al periodo 2014-2018. Se aprueba el Plan Quinquenal de Inversiones, el Plan de Promoción del concesionario y demás conceptos que prevé el Reglamento de Distribución. Los citados comentarios y sugerencias presentados, han sido analizados en los Informes N° 230-2014-GART y N° 233-2014-GART, acogiéndose sólo aquellos que contribuyen con el objetivo de la regulación tarifaria.

(...)

Que, los Informes N° 0233-2014-GART, N° 0235-2014-GART, N° 0236-2014-GART, N° 237-2014-GART y N° 230-2014-GART, emitidos por la División de Gas Natural y la Coordinación Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, complementan la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN, cumpliéndose de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

(...)

SE RESUELVE:

(...)

Artículo 22.- *La presente resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada, junto con los Informes N° 230-2014-GART, N° 0233-2014-GART, N° 0235-2014-GART, 0236-2014-GART y N° 237-2014-GART, en la página web de OSINERGMIN: www2.osinerg.gob.pe.*

(...)"

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

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 Callao¹⁵, 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 tarifas¹⁶.

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.



¹⁵ RESOLUCIÓN SUPREMA N° 037-2010-EM – ANEXO – MODIFICACIÓN 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
"TERCERA:MODIFICACIONES PARA LA APLICACIÓN DE TARIFA ÚNICA

(...)

3.3 De conformidad con lo señalado en el numeral 2.1 de la presente Adenda, las Partes acuerdan incorporar al mismo un numeral 14.12 dentro de la Décimo Cuarta Cláusula 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:

(...)

- 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. (...)"

¹⁶ Tal como se establece en el Anexo C.2 de la Resolución N° 080-2012-OS/CD las etapas a seguir para la aprobación de la tarifa de distribución de gas natural por red de ductos, así como del Plan Quinquenal de Inversiones, son las siguientes:

- Presentación de la propuesta tarifaria y estudios técnico económicos.
- Publicación de la propuesta tarifaria y convocatoria a Audiencia Pública del concesionario.
- Audiencia Pública del concesionario.
- Observaciones a la propuesta tarifaria.
- Absolución de observaciones.
- Publicación en la página web de OSINERGMIN.
- Pre publicación del proyecto de resolución que fija la tarifa y la relación de la información que la sustenta, y convocatoria a Audiencia Pública del OSINERGMIN-GART.
- Audiencia Pública de OSINERGMIN-GART.
- Opiniones y sugerencias de los interesados respecto a la pre publicación.
- Publicación de la resolución que fija las tarifas.
- Interposición de recursos de reconsideración (de ser el caso).
- Publicación de los recursos de reconsideración y convocatoria a Audiencia Pública.
- Audiencia Pública para sustentación de recursos de reconsideración.
- Opiniones y sugerencias sobre los recursos de reconsideración.
- Resolución de recursos de reconsideración.
- Publicación de las resoluciones que resuelven recursos de reconsideración.
- Audiencias solicitadas por las empresas prestadoras y las organizaciones representativas de usuarios (artículo 8° de la Ley N° 27838).



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Del mismo modo, participan todos aquellos interesados, como son los usuarios beneficiados por el servicio público de distribución de gas natural por red de ductos, quienes con sus propuestas y sugerencias coadyuvan a que este 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 natural¹⁷.

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, 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 entrada en 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 Inversiones¹⁸. Esta obligación, según se estipuló en la citada adenda al contrato, sería fiscalizada al vencimiento de cada año¹⁹.



¹⁷ Cabe mencionar, tal como se indica en la parte considerativa de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, que con fecha 9 de octubre de 2013 GNLC presentó su propuesta tarifaria, su propuesta de Plan Quinquenal de Inversiones y el Plan de Promoción. Asimismo, a través del documento N 1205-13-MEM/DGH de fecha 24 de octubre de 2013, la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM emitió su pronunciamiento respecto al Plan Quinquenal de Inversiones señalando que la concesionaria debería considerar el Plan de Acceso Universal de la Energía 2013-2022 para generar mayor calidad de vida de las poblaciones de menores recursos y lograr un mayor impacto de la masificación del gas natural. Con fecha 21 de noviembre de 2013 GNLC atendió las recomendaciones del MINEM. Del mismo modo, se convocó a audiencia pública para el sustento de la propuesta tarifaria, la misma que se realizó en la ciudad de Lima el 23 de octubre de 2013 y en la ciudad de Cañete el 24 de octubre del 2013. Igualmente, con fecha 7 de noviembre de 2013 se remitió a GNLC el Oficio N° 780-2013-GART el cual contiene las observaciones a la propuesta tarifaria, siendo contestadas por la concesionaria el 5 de diciembre de 2013. A través de la Resolución N° 037-2014-OS/CD publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2014, se aprobó el cronograma del proceso de fijación tarifaria conforme con las etapas g), h), i) y j) del procedimiento (ver nota 21). Mediante Resolución N° 038-2014-OS/CD se publicó el proyecto de resolución que fija la tarifa única de distribución de gas natural por red de ductos para el periodo 2014-2018, que aprueba el Plan Quinquenal de Inversiones, el Plan de Promoción, entre otros aspectos, otorgándose un plazo de doce (12) días hábiles para que los interesados formulen comentarios y sugerencias. Asimismo, se convocó a audiencia pública la misma que se realizó los días 20 y 21 de marzo de 2014 en las ciudades de Cañete y Lima, respectivamente. En ese sentido, habiéndose recibido los comentarios y sugerencias se procedió a la evaluación correspondiente la misma que se efectuó mediante los Informes Nros. 0233, 0235, 0236, 237 y 230-2014-GART emitidos por la División de Gas Natural y la Coordinación Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria de OSINERGMIN. Concluida dicha etapa se publicó con fecha 6 de mayo de 2014 la Resolución N° 086-2014-OS/CD que aprobó, entre otros, el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 de GNLC.

¹⁸ Debe tenerse presente que uno de los aspectos mínimos que contiene el Plan Quinquenal de Inversiones es la proyección del número de consumidores que estarán en condiciones de recibir el servicio. Ello, conforme se establece en el literal b) 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, el mismo que señala lo siguiente:

"Artículo 63.c.- El Concesionario está obligado a definir su Plan Quinquenal de crecimiento de la red de Distribución de acuerdo a lo siguiente:

(...)

b) Contenido mínimo:

(...)

-La proyección del número de Consumidores que estarán en condiciones de recibir el servicio. (...)"

¹⁹ RESOLUCIÓN SUPREMA N° 037-2010-EM – ANEXO – MODIFICACIÓN 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

"SEXTA: NUEVO COMPROMISO DE CLIENTES EFECTIVAMENTE CONECTADOS

6.1 Obligaciones a cargo de la Sociedad Concesionaria

6.1.1 La Sociedad Concesionaria en forma adicional a los compromisos vinculados a la Capacidad Mínima conforme a la Cláusula 3.1.2

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 precedente²⁰. 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 regulador²¹.

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 efectuada por este Organismo Regulador.



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 de Inversiones propuesto por la Sociedad Concesionaria, deberá prestar efectivamente el Servicio de Distribución a, por lo menos:

	Año	Consumidores por año	Consumidores por año acumulados
(i)	Al finalizar el primer 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, en forma anualizada."

²⁰ Resulta oportuno indicar que uno de los objetivos de la adenda al contrato BOOT era precisamente la masificación del servicio de distribución de gas natural por red de ductos, tal y como se consignó en el numeral 2.3 de la cláusula segunda del referido documento, el mismo que señala lo siguiente:

"SEGUNDA: OBJETO

El presente Acuerdo tiene como objeto:

(...)

2.3 Incorporar, producto de las nuevas inversiones en Capacidad, los nuevos compromisos asumidos por la Sociedad Concesionaria de atender a clientes efectivos, con el objeto de lograr una efectiva masificación del servicio de distribución de gas natural por red de ductos, en el área de la concesión, compromisos adicionales a los establecidos en el numeral 3.1.2 de la Cláusula Primera del Contrato BOOT.

(...)"

²¹ **"TERCERA: MODIFICACIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA TARIFA ÚNICA**

(...)

3.3 De conformidad con lo señalado en el numeral 2.1 de la presente Adenda, las Partes acuerdan incorporar al mismo un numeral 14.12 dentro de la Décimo Cuarta Cláusula del Contrato BOOT, sobre el régimen de Tarifa Única, 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:

(...)

- 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. (...)"

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de Confianza Legítima ni el Principio de Predictibilidad ni el de Seguridad Jurídica, como se alega, ni tampoco se ha empleado un criterio antojadizo con relación a los informes invocados por la recurrente y a la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM. Tal como se ha señalado, los informes en cuestión no constituyen documentos públicos vinculantes, a diferencia del Informe N° 230-2014-GART que forma parte de los Vistos y sustenta el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 086-2014-OS/CD, habiendo sido publicado por disposición expresa de la citada resolución, por lo que es de conocimiento público. Asimismo, en cuanto a la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, debe tenerse presente que la obligatoriedad del Plan Quinquenal no puede ser entendida a partir de la referida Exposición de Motivos sino, como se ha señalado en la presente resolución, desde que este Organismo Regulador, en legítimo ejercicio de su función normativa, establecida por la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores así como por el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, emitió el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 086-2014-OS/CD, imponiendo a GNLC la obligación de cumplir con el Plan Quinquenal 2014-2018. Ello, teniendo en cuenta el sustento legal contenido en el literal d) del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, el cual establece que el Plan Quinquenal debe ser aprobado dentro del procedimiento de regulación de la tarifa única de distribución.

Cabe señalar, adicionalmente, que la emisión de la Resolución N° 086-2014-OS/CD no vulneraba ni contravenía el marco legal aplicable a los planes quinquenales contenido en el TUO del Reglamento de Distribución, por cuanto dicha norma no había previsto de manera expresa que la ejecución de los planes quinquenales de inversión tenía el carácter referencial. Asimismo, en cuanto a lo alegado en el sentido que el Plan Quinquenal de Inversiones 2009-2013 no fue materia de fiscalización ni sanción, debe precisarse que la Resolución N° 261-2009-OS/CD, a través de la cual se aprobó el citado Plan Quinquenal, dispuso la aprobación del referido Plan Quinquenal sin imponer de manera expresa a la recurrente la obligación de sujetarse a éste²². No obstante, no podría concluirse a partir de lo señalado en la citada resolución que los alcances de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, que aprobó el Plan Quinquenal 2014-2018 e impuso de manera expresa a la recurrente el deber de cumplirlo, se limitan a aquellos señalados en la Resolución N° 261-2009-OS/CD y que en virtud de este pronunciamiento el Plan de Inversiones 2014-2018 tiene el carácter referencial. Como ha venido sosteniendo este Tribunal en la presente resolución, así como en anteriores



²² RESOLUCIÓN N° 261-2009-OS/CD

"Artículo 1.- Alcance y definición

La presente resolución aprueba el Plan Quinquenal de inversiones del Concesionario, 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 Lima y Callao.

De acuerdo a lo establecido en la normativa vigente las tarifas aprobadas en la presente resolución, son aplicables a todos los consumidores que se encuentren geográficamente dentro de la concesión de distribución de gas natural de Lima y Callao y que tengan contrato vigente con el Distribuidor.

Artículo 2.- Plan Quinquenal de inversiones

Apruébese el Plan Quinquenal de Inversiones de la concesión de gas natural de Lima y Callao, de acuerdo a lo establecido en el informe N° 555-2009-GART, el cual forma parte de la presente Resolución."

pronunciamientos²³, el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 es de carácter obligatorio y debe ser cumplido íntegramente por la recurrente.

De otro lado, respecto de lo alegado en el sentido que la referencialidad del Plan Quinquenal 2014-2018 se sustenta en que su ejecución depende de factores externos, como la obtención de permisos municipales y la variación de la demanda, cabe señalar que los factores externos que señala la recurrente no constituyen condicionantes del cumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018. En efecto, la obtención de permisos municipales, así como los estudios de mercado deben ser aspectos contemplados por la recurrente a efectos de proponer el Plan Quinquenal, por lo que no podría alegar, una vez aprobado dicho plan, que le resulta imposible ejecutarlo en atención las circunstancias que señala. Como se ha señalado en párrafos anteriores, la aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018 es el resultado de una rigurosa evaluación efectuada, no sólo por este Organismo Regulador, sino también por la propia recurrente quien formula la propuesta del Plan Quinquenal. Del mismo modo, debe advertirse que la recurrente, atendiendo a las circunstancias que a su entender le impedirían cumplir cabalmente con los compromisos que asumió en virtud del Plan Quinquenal, pudo solicitar la evaluación de tales circunstancias a fin determinar si éstas calificaban como de fuerza mayor. Sin embargo, de los actuados no se desprende que haya solicitado dicha evaluación.



Sin perjuicio de lo antes indicado, resulta oportuno mencionar, en cuanto a las comunicaciones que GNLC adjuntó a su recurso de apelación a fin de acreditar la variación de la demanda²⁴, que tales documentos, consistentes en cartas remitidas por GNLC a diversas personas jurídicas, únicamente evidencian la información brindada por la concesionaria en el sentido que se ha previsto la ejecución del proyecto para lo cual requiere a tales personas jurídicas que se comuniquen con los representantes de la recurrente a efectos de que se les informe los pasos a seguir para que puedan beneficiarse con el uso del gas natural. No obstante, tales medios probatorios no evidencian la negativa de los potenciales usuarios de contar con el servicio de distribución de gas natural ofrecido por la recurrente, por lo que no se puede concluir a partir de tales medios probatorios que efectivamente ha existido la variación de demanda que se alega. Ello, más aún cuando tales circunstancias no han sido evaluadas a solicitud de la recurrente, a efectos de determinar si califican como de fuerza mayor.



Asimismo, la instalación de redes de polietileno que GNLC señala haber efectuado no sustituye la obligación de instalar las redes de acero contempladas en el Plan Quinquenal 2014-2018 y, por lo tanto, no la exonera de su responsabilidad de cumplir lo previsto en el citado Plan Quinquenal. En efecto, conforme se verificó durante la supervisión, si bien la recurrente manifiesta haber excedido el metrado respecto de la instalación de redes de polietileno contemplado en el Plan Quinquenal 2014-2018, es también cierto que se ha evidenciado un bajo nivel de cumplimiento en lo referente a la instalación de redes de acero en gasoducto (15.64%) y tuberías de conexión (27.69%). Ello, conforme se advierte en el siguiente cuadro:

²³ Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1 del 13 de junio de 2017 y Resolución N° 237-2016-OS/TASTEM-S1 del 27 de diciembre de 2016.

²⁴ Documentos que obran de fojas 159 a 193 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

GRUPO	SUB GRUPO	UNIDAD	AÑO 2015	EJECUTADO AÑO 2015	% DE CUMPLIMIENTO
Gasoducto	Acero	m	56 113	8 777	15.64 %
	PE	m	971 710	1 336 203	
Tubería de Conexión	Acero	m	928	257	27.69%
	PE	m	267 447	259 560	97.05%
Estaciones de Regulación	ERP	U	0	3	
	City Gate	U	0	0	
Obras Especiales	Válvulas	U	58	523	
	Cruces de Ríos	U	1	1	
	Hot Tap	U	14	21	
	Cruces de Vías	U	2	28	
	Otras	U	1	4	

Al respecto, no podría sostenerse que haber superado lo previsto en el Plan Quinquenal 2014-2018, en lo referido a la instalación de tuberías de polietileno, sustituye el alto grado de incumplimiento en que incurrió la recurrente, en lo que corresponde a la instalación de tuberías de acero. Ello, toda vez que conforme se ha venido señalando en la presente resolución, el cumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018 es obligatorio debiendo observarse su ejecución en los términos en que fuera aprobado. Adicionalmente, es oportuno observar que los compromisos de inversión contenidos en el Plan Quinquenal 2014-2018, en cada uno de sus horizontes anuales, no podrían entenderse en el sentido que son obligatorios en cuanto al monto invertido y referenciales en cuanto a las obras que debían ejecutarse, como se pretende al alegarse que al haberse superado los montos de inversión para algunas obras debe darse por cumplido dicho Plan Quinquenal. Tal como se ha venido señalado, la obligación de la recurrente es dar cumplimiento cabal al Plan Quinquenal 2014-2018 en cada uno de sus horizontes anuales.

Con relación a lo señalado en el sentido que no es aplicable el literal e) del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución a efectos de solicitar una modificación del Plan Quinquenal 2014-2018 por cuanto dicha norma sólo prevé la variación de consumidores residenciales, debe precisarse que el supuesto de modificación del Plan Quinquenal 2014-2018, a la fecha en que fuera aprobado, se encontraba previsto en el mencionado literal e) del artículo 63.c del TUO del Reglamento de Distribución siendo que dicha norma sustentaba la actualización del Plan Quinquenal contemplada en el numeral 10.4 del artículo 10 del "Procedimiento para la Elaboración de los Estudios Tarifarios sobre Aspectos Regulados de la Distribución de Gas Natural", aprobado por Resolución N° 659-2008-OS/CD²⁵. De acuerdo con el referido Procedimiento, el cambio del Plan Quinquenal implica un reajuste de la tarifa de distribución,

²⁵ PROCEDIMIENTO PARA LA ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS TARIFARIOS SOBRE ASPECTOS REGULADOS DE LA DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL – RESOLUCIÓN N° 659-2008-OS/CD

"Artículo 10.- Plan Quinquenal de Inversiones

(...)

10.4 El Plan Quinquenal será actualizado cuando en un año del periodo tarifario se proyecte inversiones mayores en 20% a las inversiones previstas acumuladas en redes para la atención de consumidores residenciales, de acuerdo con lo dispuesto en el literal e) del Artículo 63c del Reglamento. El cambio del Plan Quinquenal conlleva el reajuste de la Tarifa de Distribución, de ser el caso. La actualización del Plan Quinquenal se efectuará de acuerdo al procedimiento establecido en los literales a) a d) del Artículo 63c del Reglamento."

de ser el caso, y deberá observarse el procedimiento previsto en los literales a) a d) del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución.

Así, de acuerdo con las normas citadas previamente, de requerirse alguna modificación en el Plan Quinquenal ésta únicamente estaba referida a la variación de los consumidores residenciales en un porcentaje mayor al 20% de las inversiones previstas, debiendo observarse para efectos de la modificación, el reajuste de la tarifa de distribución, así como seguir todo el procedimiento establecido para la aprobación del Plan Quinquenal. Por lo tanto, la modificación en la ejecución de la instalación de tuberías de acero que la recurrente ha efectuado de manera unilateral, esto es, dejar de instalar el medrado de tubería de acero establecido en el Plan Quinquenal 2014-2018 en lo concerniente al año 2015, no se encontraba previsto como un supuesto de modificación del Plan Quinquenal. Por lo tanto, resultaba imperativo para GNLC cumplir la ejecución de dichas instalaciones de tubería de acero, lo que fundamenta el carácter obligatorio del Plan Quinquenal 2014-2018.

De otro lado, en cuanto a lo alegado respecto de la Resolución N° 097-2016-OS/CD en el sentido que dicho pronunciamiento confirma que el monto de la inversión para el año 2015 fue ejecutado adecuadamente, debe precisarse que la resolución en cuestión no exime de responsabilidad a GNCL por el incumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018 como se infiere, sino que aprueba los factores de reajuste tarifario de la concesión de distribución así como el valor de la alícuota aplicable a la Tarifa Única de Distribución y determina el saldo de la cuenta de promoción de la concesión. Del mismo modo, debe precisarse que la Resolución N° 097-2016-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 28 de abril de 2016, no expresa en modo alguno un pronunciamiento en el sentido que lo ejecutado por la recurrente respecto del Plan Quinquenal 2014-2018 para el año 2015 se ajusta a lo previsto en el referido plan. Por lo tanto, se desestima lo alegado en este extremo por cuanto la resolución invocada por la recurrente en modo alguno sustenta un cumplimiento íntegro del Plan Quinquenal 2014-2018 y que, como consecuencia de ello, debiera eximirse de responsabilidad a GNLC. Tal como se ha señalado, la resolución en cuestión regula temas distintos a la evaluación del cumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018.

En cuanto a lo señalado respecto de la solicitud de fuerza mayor que GNLC manifiesta haber presentado debe señalarse que conforme se establece en el artículo 4° del "Procedimiento de Calificación de Fuerza Mayor en las Actividades de Transporte y Distribución de Gas Natural", aprobado por Resolución N° 104-2015-OS/CD²⁶, la autoridad competente para evaluar y calificar dichas solicitudes es la División de Distribución y Comercialización de Gas Natural (actual Jefe de la Oficina Regional Lima Sur), en primera instancia, y la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin (actual Gerente de Supervisión Regional), en segunda y última instancia administrativa. Por lo tanto, no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento

²⁶ PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE SOLICITUDES DE FUERZA MAYOR EN LAS ACTIVIDADES DE TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL – RESOLUCIÓN N° 104-2015-OS/CD

"Artículo 4.- Órganos Competentes

La División de Producción, Procesamiento y Transporte de Gas Natural, y la División de Distribución y Comercialización de Gas Natural de Osinergmin, serán los órganos competentes para evaluar y resolver en primera instancia las solicitudes de calificación de fuerza mayor presentadas por los concesionarios, siendo la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin la segunda y última instancia."

alguno respecto de la solicitud de calificación de fuerza mayor que la recurrente alega haber formulado y que no ha obtenido.

En consecuencia, se desestiman las alegaciones expresadas por la recurrente en los extremos correspondientes a los literales c), d), e), f), g), h), i) y j) del numeral 2) y a) del numeral 5), en atención a la evaluación efectuada en el presente numeral.

9. Con relación a lo señalado en los literales b) y j) del numeral 2), respecto a la vulneración de los Principios de Tipicidad e Irretroactividad, cabe precisar en principio que la tipificación correspondiente al numeral 9) de la Escala de Multas de Osinergmin, consistente en no cumplir con las obligaciones de carácter particular impuestas por este Organismo Regulador, se sustenta precisamente en el incumplimiento de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, la cual, como se ha venido señalando, tiene carácter obligatorio. En efecto, debe tenerse presente, como lo indicó este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, 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 sancionable²⁷. Al respecto, 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 Osinergmin²⁸.

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/CD²⁹.

²⁷ LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO DEL OSINERGMIN – LEY N° 27699

"Artículo 1°.- Facultad de Tipificación"

Toda acción u omisión que implique el incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERGMIN se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos, paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERGMIN establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados.

²⁸ LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN

"Artículo 5°.- Funciones"

Son funciones del OSINERGMIN:

(...)

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.

(...)"

²⁹ Ver nota 4.



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

En tal sentido, las disposiciones emitidas por el Organismo Regulador -en ejercicio de su competencia- a las que se encuentran sujetas quienes desarrollen actividades incluidas en las competencias del Organismo Regulador, entre ellas las vinculadas a la distribución de gas natural, constituyen normas de obligatorio cumplimiento 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.

Asimismo, con relación a lo afirmado en el sentido que la tipificación contenida en el numeral 9 de la Escala de Multas de Osinergmin es general por utilizar una fórmula abierta, debe señalarse que la tipificación en cuestión indica de manera expresa que el incumplimiento de las disposiciones emitidas por Osinergmin constituye infracción sancionable. Del mismo modo, la Resolución N° 086-2014-OS/CD, establece claramente la obligación de la recurrente de dar cumplimiento al Plan Quinquenal 2014-2018 que se aprobó en virtud de dicha resolución. En tal sentido, resulta evidente que el incumplimiento de lo dispuesto por la Resolución N° 086-2014-OS/CD constituye un supuesto de infracción sancionable conforme se ha previsto en el numeral 9 de la Escala de Multas de Osinergmin, al tratarse de una obligación dispuesta expresamente por este Organismo Regulador.

Con relación a lo antes indicado resulta oportuno citar lo señalado por el Tribunal Constitucional con relación al Principio de Tipicidad que cuestiona la recurrente³⁰:

“5. Este Colegiado también ha establecido que: “(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)” (Exp. N° 2050-2002-AA/TC-Fundamento Jurídico N° 9).

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”

Al respecto, tal como se ha expresado en los considerandos precedentes, la tipificación contenida en el numeral 9) de la Escala de Multas de Osinergmin, cuya aplicación cuestiona la recurrente, establece de manera clara e inequívoca que constituye infracción sancionable el incumplimiento de las disposiciones emitidas por este Organismo Regulador. En consecuencia,

³⁰ Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004.

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

la Resolución N° 086-2014-OS/CD, disposición emitida por Osinergmin en el marco de su función normativa y reguladora, debe ser acatada por la recurrente tal como expresamente se dispuso en su artículo 2 siendo que su incumplimiento constituye una conducta sancionable, conforme se ha previsto en el numeral 9 de la Escala de Multas de Osinergmin.

Del mismo modo, resulta oportuno reiterar lo señalado por este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, respecto al empleo de la fórmula abierta que argumenta la recurrente, en el sentido que es posible el empleo de conceptos jurídicos indeterminados tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia permitiendo prever con suficiente seguridad la naturaleza y características de las conductas incursas en la infracción sancionable³¹.

Con relación a lo antes indicado debe señalarse que las empresas que desarrollan actividades en el sector hidrocarburos, como por ejemplo aquellas que se dedican a la distribución del gas natural por red de ductos, cuentan con la especialización necesaria, así como la capacidad técnica, administrativa y financiera que les permite identificar claramente las obligaciones contenidas en las leyes y normas a las que se encuentran sujetas. En ese sentido, es razonable considerar que estas empresas están en la capacidad de prever qué conductas resultan contrarias al ordenamiento legal que regula sus actividades y, por lo tanto, son pasibles de ser sancionadas por la autoridad, por lo que no resulta admisible sostener que las empresas del sector hidrocarburos desconozcan las obligaciones a las que se encuentran sujetas.

Asimismo, es importante mencionar que las obligaciones que deben ser cumplidas por quienes desarrollen actividades de hidrocarburos se encuentran establecidas en una gran variedad de cuerpos normativos, por lo que no es razonable efectuar una tipificación exhaustiva de todos y cada uno de los supuestos de hecho que configuran infracción. Ello más aun, teniendo en cuenta que el sector hidrocarburos es dinámico y cambiante. En ese sentido, se justifica el empleo de la tipificación indeterminada bajo criterios lógicos, técnicos y de experiencia, tal como lo menciona el Tribunal Constitucional.

³¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC de fecha 3 de enero de 2003. En dicho pronunciamiento se señala lo siguiente:
“(…)”

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón que en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje. (…)

(…)”

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “la exigencia de “lex certa” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de infracción tipificada.” (STC 69/1989) (…)”



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

En el presente caso, si bien es cierto que la tipificación aplicada no señala expresamente que el incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones constituye infracción, es también cierto que dicho documento es aprobado por el Consejo Directivo de OSINERGMIN mediante la expedición de una disposición, como es el caso de la Resolución N° 086-2014-OS/CD que expresamente en su artículo 2° impone el deber a la concesionaria de cumplir con los compromisos de inversión allí establecidos.

En ese sentido, la tipificación contenida en el numeral 9) de la Escala de Multas de la GFGN no vulnera el Principio de Tipicidad como se sostiene debiendo desestimarse este extremo del recurso de apelación.

Asimismo, en cuanto a lo alegado en el sentido que la conducta referida a incumplir el Plan Quinquenal de Inversiones fue tipificada recién con la modificación de la Escala de Multas de la GFGN con fecha 4 de junio de 2015, debe precisarse que dicha tipificación si bien hace referencia expresa al incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones, es también cierto que ello no implica que antes de la modificación en cuestión este Organismo Regulador no contara con la facultad de sancionar el incumplimiento de las disposiciones que emita, como ocurre con la Resolución N° 086-2014-OS/CD, tal como se ha explicado ampliamente en los párrafos precedentes.

De otro lado, con relación al cuestionamiento relacionado con la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, en el sentido que recién es aplicable a partir de la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, debe señalarse que el fundamento legal de la tipificación en cuestión, a la fecha de su incorporación en la mencionada Escala de Multas, lo constituye el artículo 2° de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, que aprobó el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018. Del mismo modo, debe precisarse que la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, mediante Decreto Supremo N° 017-2015-EM, ocurrida el 17 de junio de 2015, se realizó antes de concluirse el periodo materia de supervisión, esto es, la ejecución del Plan Quinquenal 2014-2018 para el año 2015. Por lo tanto, la verificación de lo ejecutado en dicho periodo se efectúa al concluir éste, es decir, al concluir el año 2015, cuando ya se encontraba vigente tanto la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN como la modificación del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, a través de Decreto Supremo N° 017-2015-EM, que expresamente dispuso la aplicación de sanciones en caso de verificarse el incumplimiento de los planes quinquenales o anuales.

En tal sentido, al concluirse el periodo supervisado del Plan Quinquenal 2014-2018, esto es, el año 2015, correspondía a este Organismo Regulador determinar el cumplimiento o no de la ejecución del mencionado Plan Quinquenal 2014-2018 para el año 2015 y, de ser el caso, aplicar la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN a efectos de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, tipificación que ya se encontraba vigente al concluirse el periodo materia de supervisión. Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de Irretroactividad alegado.



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Asimismo, respecto del Informe N° 014-2015-MEM/DGH-DHN que invoca la recurrente, se reitera lo indicado en los párrafos precedentes en el sentido que dicho documento no tiene carácter vinculante para este Organismo Regulador.

De otro lado, con relación a lo señalado respecto a que se ha tipificado indebidamente, toda vez que el procedimiento se inició por infringir el numeral 9) de la Escala de Multas de Osinergmin siendo ampliado, posteriormente, a fin de incorporar el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, debe precisarse, conforme se indicó en la resolución apelada, a fojas 151 del expediente, que si bien la conducta referida a incumplir con el Plan Quinquenal 2014-2018 califica como infracción de acuerdo con los numerales 9 de la Escala de Multas de Osinergmin y 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, a efectos de determinar la sanción a imponerse se ha tomado en cuenta aquella que corresponde a la infracción más gravosa, esto es la sanción prevista para el incumplimiento del numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN.

Sin perjuicio de lo antes indicado, resulta oportuno señalar que, de acuerdo con el Principio del Concurso de Infracciones, establecido en el numeral 6) del artículo 246° del TUO de la LPAG, cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad³².

En consecuencia, no se ha impuesto la sanción de manera indebida ni arbitraria, sino que ésta obedece a aquella expresamente prevista en la Escala de Multas de la GFGN, habiéndose observado, además, el Principio del Concurso de Infracciones establecido en el numeral 6 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

Por lo tanto, se desestiman las alegaciones contenidas en los literales b) y j) del numeral 2), al no haberse vulnerado, en el presente caso, los Principios de Tipicidad e Irretroactividad invocados por la recurrente.

10. En cuanto a lo argumentado en el literal k) del numeral 2), respecto a la vulneración del Principio de Razonabilidad debido a que la graduación de la sanción no consideró los informes que remite trimestralmente a Osinergmin ni las inversiones que ha efectuado, se reitera lo indicado por este Tribunal en la Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, en el sentido que la recurrente no ha presentado, en el presente procedimiento, medios probatorios que respalden su afirmación.

En efecto, GNLC sostiene que al determinarse el incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones para el año 2015 se han considerado valores que difieren de aquella información que habría presentado ante Osinergmin. No obstante, como se indica no obran medios

³² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)"

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

probatorios en el expediente que permitan concluir que los niveles de inejecución de los compromisos de inversión asumidos por la recurrente para el año 2015 sean distintos de aquellos verificados por la primera instancia.

En efecto, los documentos presentados con el escrito de fecha 19 de marzo de 2019, obrantes a fojas 357 y 358 del expediente, consistentes en comunicaciones remitidas a este Organismo Regulador, así como al MINEM, dan cuenta del envío a las referidas autoridades, del Plan Anual 2012, por lo que no evidencian lo alegado por la recurrente, más aún cuando el presente procedimiento está referido al Plan Quinquenal 2014-2018 en su horizonte 2015 y no al Plan Anual 2012.

Asimismo, en cuanto a las inversiones efectuadas adicionalmente a lo señalado en el Plan Quinquenal 2014-2018 que alega GNLC, debe tenerse presente tal como se menciona en el numeral 2) del Anexo 1 de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, que si bien es cierto la recurrente efectuó dichas inversiones adicionales, en particular, aquellas referidas a la instalación de tuberías de polietileno, es también cierto que dichas inversiones no pueden sustituir ni modificar los compromisos que asumió en virtud del Plan Quinquenal 2014-2018 relacionados con la instalación de tuberías de acero para el año 2015, cuyo nivel de cumplimiento no llega ni al 50% de lo previsto en el Plan Quinquenal, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

GRUPO	SUB GRUPO	UNIDAD	AÑO 2015	EJECUTADO AÑO 2015	% DE CUMPLIMIENTO
Gasoducto	Acero	m	56 113	8 777	15.64 %
	PE	m	971 710	1 336 203	
Tubería de Conexión	Acero	m	928	257	27.69%
	PE	m	267 447	259 560	97.05%
Estaciones de Regulación	ERP	U	0	3	
	City Gate	U	0	0	
Obras Especiales	Válvulas	U	58	523	
	Cruces de Ríos	U	1	1	
	Hot Tap	U	14	21	
	Cruces de Vías	U	2	28	
	Otras	U	1	4	

En tal sentido, no es factible incorporar las inversiones adicionales que GNLC manifiesta haber realizado a efectos de calcular la multa, por cuanto, según se indicó en la resolución apelada, el costo evitado está conformado por las valorizaciones de las obras dejadas de ejecutar en el periodo 2015, en este caso, la instalación de tuberías de acero y de polietileno señaladas en el cuadro precedente, a las que se comprometió la recurrente en virtud del Plan Quinquenal 2014-2018.

En cuanto al beneficio ilícito que cuestiona la recurrente, corresponde indicar que dicho componente del cálculo de la multa se relaciona con las valorizaciones de las obras dejadas de ejecutar por la recurrente y que fueron internalizadas por ésta como costo evitado.

Del mismo modo, respecto de los montos considerados para el cálculo de las multas, debe señalarse que éstos se sustentan básicamente en las valorizaciones de las inversiones



RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

proyectadas para el periodo supervisado, las mismas que se encuentran detalladas en el Cuadro 1.2 del numeral 6) del Anexo 1 de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, norma que es de obligatorio cumplimiento y de pleno conocimiento de la recurrente así como de conocimiento público, al haber sido publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 6 de mayo de 2014. Asimismo, debe señalarse que si bien a través de la Resolución N° 140-2014-OS/CD se modificaron dos (2) de las tres (3) valorizaciones aplicadas en el presente caso para el cálculo de la multa, es también cierto que las valorizaciones modificadas correspondientes a tubería de conexión, tanto en acero como en polietileno, se vieron incrementadas, por lo que de aplicarse se incrementaría la sanción calculada. Del mismo modo, debe tenerse presente que, conforme se desprende del cálculo efectuado en la resolución apelada, se advierte que la sanción de multa resultante asciende a S/. 50 932 502.25 (Cincuenta millones novecientos treinta y dos mil quinientos dos y 25/100 Soles) la misma que supera el rango máximo de 10 000 (diez mil) UIT previsto para la infracción tipificada en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, por lo que, conforme lo indicó la primera instancia, no debe excederse el rango máximo de la multa antes indicada, por lo que se determinó imponer dicha multa máxima de 10 000 (diez mil) UIT, con la que concuerda este Tribunal.



En consecuencia, se desestima lo alegado en el literal k) del numeral 2) al no haberse vulnerado el Principio de Razonabilidad.

11. En cuanto a lo afirmado en el literal b) del numeral 5) respecto del procedimiento de aprobación del Plan Quinquenal según el cual se reconoce que se trata de proyecciones, se reitera lo señalado en el numeral 8) respecto a que conforme se estableció en el artículo 2° de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, emitido en virtud del procedimiento de aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018 y de la Tarifa Única de Distribución, descrito en el citado numeral 8), corresponde a la recurrente dar cumplimiento a la ejecución del Plan Quinquenal 2014-2018 en los términos en que fuera aprobado. Por lo tanto, las obras comprendidas en el referido plan quinquenal no constituyen proyecciones sujetas a variación según la voluntad de la concesionaria, por lo que las obras adicionales que manifiesta haber ejecutado no sustituyen aquellas a las que se comprometió en virtud del referido Plan Quinquenal 2014-2018.



Del mismo modo, conforme se indicó en el numeral 8), la aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018 se realizó con la participación de la recurrente quien fue la que formuló dicho plan inicialmente siendo que en las revisiones posteriores también tuvo participación, como se detalla en el procedimiento de aprobación indicado en el numeral 8). En consecuencia, las circunstancias que alega para su incumplimiento, tales como las dificultades para obtener los permisos municipales, los problemas de seguridad, los hallazgos arqueológicos, entre otros, no constituyen eximentes de responsabilidad por cuanto son situaciones que pueden ser objeto de trazabilidad a efectos de elaborar un plan de las características del Plan Quinquenal de Inversiones.

De otro lado, con relación al Decreto Supremo N° 037-2018-EM que invoca, debe precisarse que dicha norma, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 28 de diciembre de 2018, modificó el literal d) del artículo 63c e incorporó los artículos 63d y 63e al TUO del Reglamento de Distribución, estableciendo entre otras normas, la posibilidad de variar la ejecución del Plan

RESOLUCIÓN N° 103-2019-OS/TASTEM-S1

Quinquenal de Inversiones por causas debidamente sustentadas. Sin embargo, dicha norma no resulta aplicable al presente caso conforme se estableció de manera expresa en la Única Disposición Complementaria Transitoria, la misma que dispone para efectos de la aplicación del literal b) del artículo 63d -referido a los lineamientos para modificar las redes de acero y estaciones de regulación- los planes anuales que se encuentren en ejecución se rigen por la normativa vigente al momento de su aprobación.

Igualmente, en cuanto a lo solicitado por GNLC a fin de que se aplique las disposiciones del Decreto Supremo N° 037-2018-EM al presente caso por favorecerla, debe señalarse que no procede lo solicitado por cuanto, en virtud de la excepción al Principio de Irretroactividad, establecida en el numeral 5) del artículo 246 del TUO de la LPAG, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo sólo en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción así como a los plazos de prescripción. En tal sentido, no habiéndose producido una modificación respecto de la tipificación de la infracción, esto es, la tipificación contenida en el numeral 9) de la Escala de Multas de Osinergmin ni en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, ni a la sanción, no corresponde acceder a lo solicitado por la recurrente.

Con relación a los medios probatorios que señala consistentes en las comunicaciones remitidas a Osinergmin y al MINEM, el plano de modificaciones reportadas a Osinergmin en el año 2011 y el informe de Osinergmin en el que se reconoce las modificaciones del Plan Quinquenal 2009-2013; debe señalarse que los documentos en cuestión están referidos al Plan Quinquenal 2009-2013, asimismo, las comunicaciones remitidas a Osinergmin y al MINEM están referidas al Plan Anual 2012, es decir, ninguno de los documentos antes indicados corresponden al Plan Anual 2014-2018, en particular, a la ejecución para el año 2015, que es materia de autos. Por lo tanto, no resultan relevantes a efectos del presente procedimiento.

En consecuencia, se desestima lo alegado en el literal b) del numeral 5) atendiendo a lo expresado en los considerandos precedentes.

De otro lado, con relación al informe legal presentado, cabe señalar que dicho documento contiene una apreciación y/u opinión de parte respecto de lo actuado en el presente procedimiento, siendo que, de la evaluación del mismo, este Tribunal advierte que las apreciaciones contenidas en el informe mencionado reiteran los argumentos expresados por la recurrente, los mismos que ya han sido evaluados y desvirtuados en los numerales precedentes.

Por lo tanto, este Tribunal reitera todos y cada uno de los considerandos de la presente resolución.

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. con fecha 3 de octubre de 2017, complementado con escrito de fecha 19 de marzo de 2019, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3661-2017-OS/OR LIMA SUR del 14 de setiembre de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo.



**LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE**