

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

Lima, 29 de marzo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201700105497 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 23 de noviembre de 2017 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), representada por el señor Aldo Eduardo Vites Arciniega, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3988-2017-OS-OS/OR LIMA SUR del 2 de noviembre de 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir con la ejecución del Plan Anual 2016, aprobado por Resolución N° 111-2016-OS/CD (en adelante, el Plan Anual 2016).

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3988-2017-OS-OS/OR LIMA SUR del 2 de noviembre de 2017, se sancionó a GNLC con una multa de 10 000 (diez mil) UIT, por incumplir el literal d) del artículo 63c del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM y modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM (en adelante, el TUO del Reglamento de Distribución)¹, al no ejecutar diversas obras contempladas en su Plan Anual 2016, aprobado por

¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS – DECRETO SUPREMO N° 040-2008-EM MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO N° 017-2015-EM**

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

(...)

d) Aprobación:

El Plan Quinquenal de Inversiones debe ser presentado al MEM en original y copia, con copia al OSINERGMIN, a fin que dicho organismo verifique el cumplimiento de lo señalado en los literales a y b del presente artículo, para lo cual emitirá un informe al respecto. Dicho plan deberá considerar su ejecución y actualización mediante Planes Anuales, cuya ejecución es obligatoria para el Concesionario.

Presentado el Plan Quinquenal por el Concesionario, el MEM contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para remitir al OSINERGMIN un informe sobre la concordancia del mencionado Plan con la política energética vigente. Por su parte el OSINERGMIN contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contado a partir de la recepción del informe del MEM, para emitir su informe, en el cual se pronunciará sobre los aspectos de regulación tarifaria y supervisión de la prestación del servicio de distribución de Gas Natural por Red de Ductos; dicho pronunciamiento, deberá guardar concordancia con la política energética vigente señalada por el MEM.

El Plan Quinquenal de Inversiones será elaborado de acuerdo con los objetivos señalados en la regulación tarifaria y considerando el pronunciamiento del MEM, siendo aprobado por el OSINERGMIN dentro del proceso tarifario y remitido posteriormente al MEM a los 10 días de aprobado, en formato físico y digital. Mediante el Plan Anual se informarán las actualizaciones del Plan Quinquenal.

Los Planes Anuales serán aprobados por OSINERGMIN considerando años calendarios y detallando las zonas donde se ejecutarán las obras. Dichos planes deben detallar y/o actualizar la programación de la ejecución de las obras aprobadas en el Plan Quinquenal de Inversiones. Los criterios que deben cumplir el Plan Anual y los formatos para el reporte del estado de ejecución de las obras, serán definidos por OSINERGMIN.

El OSINERGMIN realizará la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones aprobado inicialmente, al final de cada periodo tarifario, tomando como base: i) la ejecución del Plan Quinquenal, ii) los Planes Anuales y sus respectivas actualizaciones remitidos por la empresa concesionaria y aprobados por el Regulador, según las zonas geográficas que se hayan definido en los mismos y, iii) el resultado de la supervisión de la ejecución de los mismos. Para efectos de la liquidación del Plan Quinquenal para cada una de las zonas geográficas consideradas en el mismo, la diferencia entre lo ejecutado y lo aprobado deberá ser valorado, se efectuarán



Resolución N° 111-2016-OS/CD, modificado por Resolución N° 177-2016-OS/CD, conforme se detalla en el siguiente cuadro²:

GRUPO	SUB GRUPO	APROBADO	EJECUTADO	% EJECUCIÓN	% INEJECUCIÓN
Gasoducto	Acero	66 163 m	23 984.48 m	36.3%	63.7%
	Polietileno	919 818 m	639 992 m	69.6%	30.4%
Tubería de Conexión	Acero	814 m	170.53 m	20.9%	79.1%
	Polietileno	19 m	0 m	0%	100%
Estaciones de Regulación	ERP	8	0	0%	100%
	City Gate	1	0	0%	100%
Obras Especiales	Válvulas	515	382	74.2%	25.8%
	Cruce de Ríos	3	0	0%	100%
	Hot Tap	52	10	19.2%	80.8%
	Cruce de Vías	89	9	10.1%	89.9%



El incumplimiento imputado se encuentra tipificado 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

utilizando los costos unitarios aprobados en el proceso regulatorio en el que se aprobó el Plan Quinquenal de Inversiones, debidamente actualizados a la fecha de cálculo.

Los saldos anuales, a favor o en contra, serán debidamente actualizados a la fecha de cálculo de la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones. Dicha liquidación será considerada en la base de la regulación tarifaria del siguiente periodo de regulación.

El Concesionario remitirá con el sustento técnico correspondiente el Plan Anual de programación de ejecución de las inversiones aprobadas en el Plan Quinquenal al MEM con copia al OSINERGMIN dentro de la primera quincena de diciembre del año previo a su ejecución. El Concesionario podrá realizar la actualización trimestral del Plan Anual, debiendo informarla a OSINERGMIN, con el sustento técnico correspondiente.

El OSINERGMIN realizará la liquidación del Plan Anual tomando como base: i) el resultado de la supervisión de la ejecución de las inversiones aprobadas en el Plan Quinquenal y, ii) el Plan Anual remitido por el Concesionario. Al culminar el periodo tarifario los saldos a favor o en contra que resulten de la liquidación de los Planes Anuales serán considerados en la base de la regulación tarifaria para el siguiente periodo tarifario.

El OSINERGMIN aprobará el procedimiento necesario para realizar la liquidación del Plan Quinquenal y del Plan Anual.

El OSINERGMIN supervisará el cumplimiento del Plan Quinquenal y del Plan Anual y sus respectivas actualizaciones, para lo cual deberá aprobar los formatos informativos de ejecución mensual que correspondan. Asimismo, informará anualmente en la primera quincena del año al MEM respecto a la ejecución del Plan Quinquenal y el Plan Anual.

En caso de incumplimiento de la ejecución del Plan Quinquenal o del Plan Anual, el OSINERGMIN podrá determinar y aplicar las sanciones respectivas, con excepción de aquellos incumplimientos que se deriven por situaciones no atribuibles al Concesionario y debidamente acreditadas por éste y calificadas como tales por la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural del OSINERGMIN; vinculados pero no limitándose, a la demora o denegatoria en el trámite u obtención de permisos o autorización de alguna entidad administrativa o por afectación de terceros.

El OSINERGMIN informará anualmente a la DGH respecto a la ejecución del Plan Anual.

El OSINERGMIN aprobará el procedimiento necesario para realizar la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones.”

² Tal como se desprende del cuadro consignado en el literal b) del numeral 4.2.1 de la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3988-2017-OS-OS/OR LIMA SUR del 2 de noviembre de 2017, a la vuelta de la foja 229 del expediente, así como del Informe de Cálculo de Multa N° 1897-2017-OS/DSR, a fojas 177 del expediente.

Osinergmin, aprobada por Resolución N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución N° 276-2016-OS/CD, que establece que el incumplimiento de las obligaciones relativas al Plan Quinquenal y Plan Anual, dará lugar a la imposición de una sanción de multa de hasta 10 000 (diez mil) UIT por año³.

2. Mediante escrito de registro N° 201700105497 de fecha 23 de noviembre de 2017, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3988-2017-OS-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 dos (2) procedimientos administrativos previos 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 del procedimiento vulnera el numeral 11) del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto 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, y con 10 000 (diez mil) UIT en lo referente al Plan Anual 2015. Precisa que los planes anuales mencionados forman parte del Plan Quinquenal 2014 – 2018, por lo que se ha incurrido en una doble sanción. Sostiene que en los tres (3) 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.

Sin embargo, 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, en el otro el 2015, y ahora el periodo 2016, segmentando cada año del quinquenio de forma independiente con la finalidad de imponer sanciones particulares con cuantías excesivas y desproporcionadas. Precisa que el cambio de inversiones del plan repercute en todos los planes posteriores debido a que se trata de una unidad, es decir, un conjunto de aportes programados de forma conjunta, por lo que debe archivers el procedimiento.

³ RESOLUCIÓN N° 276-2016-OS/CD – MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 4.1.9 DE LA TIPIFICACIÓN Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN DE GAS NATURAL DE OSINERGMIN

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

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

- b) Se han vulnerado los Principios de Legalidad, Seguridad Jurídica y Confianza Legítima. Precisa que el Plan Quinquenal y sus correspondientes Planes Anuales no son obligatorios sino referenciales. Ello, debido a que cuando se aprobó el Plan Quinquenal 2014 – 2018, el artículo 63.c del TUO del Reglamento de Distribución 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 el caso de la disminución de 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 2016, 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 o, por mudanza del cliente.

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 2016 se aprobaron 919.81 kilómetros de este tipo de redes, habiéndose instalado 1 311.64 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.

- c) El Plan Quinquenal es referencial tal como lo han reconocido el Osinergmin y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM). Precisa que de acuerdo con el Principio de Buena Fe Procedimental previsto en el numeral 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la autoridad no puede actuar contra sus propios actos. Ello, en concordancia con el numeral 1.15 del citado Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual las actuaciones de la autoridad son congruentes con las expectativas de los administrados generados razonablemente por las prácticas y antecedentes administrativos.

No obstante, la primera instancia sostiene que el presente caso únicamente se vincula al Plan Anual 2016 y no tiene relación con el Plan Quinquenal de Inversiones 2014 – 2018, que fue aprobado en su integridad bajo ciertas reglas establecidas, como es su carácter referencial. No se ha tomado en cuenta que el Plan Anual 2016 forma parte del Plan Quinquenal, habiéndose omitido pronunciamiento sobre este aspecto, por lo que se ha incurrido en una causal de nulidad por falta de motivación. Precisa que los procedimientos sancionadores iniciados por los planes anuales de los años 2014 y 2015 no se han desligado del Plan Quinquenal 2014 – 2018.

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

En tal sentido, no es posible desvincular los planes anuales del plan quinquenal toda vez que, forman parte de un mismo periodo regulatorio y se les aplica el mismo marco regulatorio.

Asimismo, la primera instancia no se ha pronunciado respecto del carácter referencial del plan quinquenal, reconocido en los informes técnicos emitidos por Osinergmin y el MINEM, así como en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, sosteniendo que el procedimiento sólo se refiere al Plan Anual 2016, omitiendo explicar la razón por la que el plan anual y el plan quinquenal deben considerarse de manera aislada.

No se ha tomado en cuenta una serie de actuaciones que han llevado a error a GNLC respecto del grado de vinculación del Plan Quinquenal como son 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.

Agrega que cuando se aprobó el Plan Quinquenal 2014 – 2018, esto es el 5 de mayo de 2014, no existía una norma que asignara competencia a Osinergmin para exigir la obligatoriedad de dicho plan y de sus planes derivados. Precisa que recién el 17 de junio de 2015 se modificó el TUO del Reglamento de Distribución para hacer obligatorio los planes quinquenales y los planes anuales, por lo que los planes aprobados para el periodo 2018-2023 recién serán obligatorios.

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, siendo que, recién el 29 de diciembre de 2016, se publicó en el diario oficial El Peruano la modificación antes indicada tipificando como infracción sancionable incumplir los planes anuales.

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.



RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

Alega que en el supuesto que se admita la exigibilidad del Plan Quinquenal y de sus correspondientes Planes Anuales, 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 y de sus Planes Anuales, 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 archivar 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 y sus Planes Anuales, lo que generó en GNLC la confirmación de que dichos Planes Quinquenal y Anual eran referenciales. Reitera que no puede omitirse un pronunciamiento al respecto toda vez que, cada Plan Anual es una fracción del Plan Quinquenal de Inversiones no pudiendo analizarse de forma separada.



- d) 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. Sin embargo, 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. En tal sentido, se evidencia que el Plan Quinquenal y los Planes Anuales son referenciales, conforme se desprende de la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2005 (sic).



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.

Se ha vulnerado el Principio de Irretroactividad debido a que el Plan Quinquenal 2014-2018 fue elaborado y aprobado antes de la modificación del TUO del Reglamento de Distribución, lo que resulta relevante en el presente procedimiento debido a que el Plan Anual 2016 se deriva del Plan Quinquenal 2014-2018 y se rige por las mismas reglas que rigieron la aprobación del citado Plan Quinquenal. Así, 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.

Agrega que la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN modificada por Resolución N° 117-2015-OS/CD y por Resolución N° 276-2016-OS/CD no puede aplicarse en este caso debido a que dichas modificaciones fueron publicadas posteriormente a la aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018 y del Plan Anual 2016. Asimismo, precisa que la última modificación, esto es, la Resolución N° 276-2016-OS/CD, publicada el 29 de diciembre de 2016 en el diario oficial El Peruano, recién tipifica el incumplimiento de los Planes Anuales con una sanción de 10 000 (diez mil) UIT. Por lo tanto, se evidencia la aplicación retroactiva por cuanto dicha tipificación no estuvo vigente en el año 2016, salvo los dos (2) últimos días de dicho año.

Reitera que 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.

- e) 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.

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 42% con respecto a lo aprobado para el 2015, pasando de 919 km a 1 311 km en el año 2016. 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. Precisa que en el informe técnico que adjunta como Anexo 3-A de su recurso de apelación, se indica que con la infraestructura existente de acero para el año 2016 y la inversión ejecutada en dicho año para instalar tubería de acero y ERP's se ejecutaron 1 311 km de redes de polietileno en el año 2015.

- f) Se ha incurrido en el ejercicio ilegítimo de poder por cuanto Osinergmin pretende usar la potestad sancionadora fuera de los límites legales contraviniendo el numeral 1.17 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual las competencias atribuidas se ejercen únicamente para la finalidad prevista en las normas que la otorgan evitándose el abuso del poder.

Alega que para sancionar el incumplimiento de los Planes Quinquenales éstos deben ser obligatorios y debe existir una norma expresa con una tipificación exhaustiva que determina la existencia de una infracción sancionable, en este caso la obligatoriedad del Plan Quinquenal. En su caso, el Plan Quinquenal 2014-2018 y sus Planes Anuales son inexigibles debido a que no existe una ley previa, por lo que no ha incumplido obligación normativa alguna.



- g) 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 referido Principio de Seguridad Jurídica; sin embargo, Osinergmin ha vulnerado abiertamente su derecho a la seguridad jurídica debido a que ha obrado de forma contraria a los propios actos del Estado peruano. Alega que no es válido ni suficiente restar valor al Informe Técnico N° 0055-2014-MEM/DGH-DHN del Ministerio de Energía y Minas 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. Ello, teniendo en cuenta que en la resolución apelada se afirma que dichos pronunciamientos no son aplicables debido a que se refieren al Plan Quinquenal 2014-2018 siendo que el presente procedimiento está referido al Plan Anual 2016.



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 Ministerio de Energía y Minas 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 y la Resolución N° 111-2016-OS/CD, ésta última emitida cuando no existía la tipificación bajo la cual se le sanciona en el presente procedimiento. En ese sentido, se ha acreditado la vulneración a su derecho a la seguridad jurídica debido a la actuación arbitraria y contradictoria de Osinergmin, por lo que debe archivar el procedimiento.



Agrega que la referencialidad del Plan Quinquenal y de sus Planes Anuales no afecta la finalidad pública de éstos, ni el objetivo de la masificación del uso del gas natural, ni el fomento del acceso de usuarios, sino que ha permitido a GNLC expandir sus servicios a los usuarios residenciales, incurriendo en mayores inversiones. En ese sentido, resulta desproporcionado que Osinergmin pretenda sancionarla por una conducta que no genera ineficiencia social ni anomalía que deba corregirse a través de la punición.

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.

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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.

Adicionalmente, sostiene que de los múltiples vicios de nulidad que acarrea la resolución apelada, aquél referido a que, al emitirse la tipificación para sancionar el incumplimiento de los planes anuales un día antes de la evaluación del cumplimiento del Plan Anual 2016 no se afecta la seguridad jurídica, constituye el vicio más evidente y no puede ser subsanado. Alega que, de acuerdo con el Principio de Seguridad, si se va efectuar un análisis anual, el administrado debe saber cuando menos al inicio del año, las consecuencias jurídicas de su accionar.

- h) 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 GNLC⁴. Asimismo, no se han valorado los elementos fácticos y jurídicos relacionados con el cumplimiento normativo.

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 919 km de redes de polietileno; sin embargo, ha instalado 1 311 km de redes de polietileno, superando el metrado exigido por el referido Plan Quinquenal y en Plan Anual 2016. Dichas redes sí tienen vinculación con las obras dejadas de ejecutar por cuanto forman parte del Plan Quinquenal 2014-2018.

⁴ Según detalla en el cuadro consignado en su recurso de apelación, a fojas 272 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 tarifario, por lo que, ante la inejecución 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.

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.

A fin de acreditar sus afirmaciones adjunta a su recurso de apelación el detalle de las redes residenciales por distrito instaladas en el 2016, así como el listado de clientes comerciales o industriales que no fue factible atender en el año 2016.



- i) Solicita se le conceda el uso de la palabra a fin de exponer sus argumentos.
3. Mediante Memorandum N° 162-2017-OS/OR LIMA SUR recibido el 4 de diciembre 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 348 del expediente, registrándose dicha diligencia en medio magnético (CD), el mismo que obra a fojas 347 del expediente.
5. El 19 de marzo de 2019, mediante escrito de registro N° 201700105497, GNLC presentó un escrito a fin de expresar 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 y sus planes anuales, como referenciales, 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

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

Anuales. Dicha actuación de Osinergmin reafirmó la referencialidad del Plan Quinquenal, la 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 MINEM. 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 349 a 358 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 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 verifique el contenido mínimo previsto en el artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución siendo que, de forma simultánea, el Ministerio de Energía y Minas 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° 096-2019-OS/TASTEM-S1

Sostiene que, si bien el presente procedimiento se refiere al Plan Anual 2016, dicho plan no puede ser entendido de forma autónoma al Plan Quinquenal 2014-2018. Ello, conforme lo reconoció Osinergmin en el Informe 0353-2016-GRT, que sustentó la Resolución N° 111-2016-OS/CD a través de la cual se aprobó el Plan Anual 2016. En tal sentido, los Planes Anuales deben regirse por las mismas normas y criterios aplicables al Plan Quinquenal del cual se derivan.

De otro lado, indica 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, 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 2012, 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

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 precisarse que el citado procedimiento, tramitado en el Expediente N° 201500072496, estaba referido al incumplimiento del Plan Quinquenal 2014-2018 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



Del mismo modo, 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

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.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 1

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

	Cruces de Vías	U	2
	Otras	U	1

Asimismo, de acuerdo con la citada Resolución N° 086-2014-OS/CD, para el año 2016 GNLC debía ejecutar las siguientes obras:

GRUPO	SUB GRUPO	UNIDAD	AÑO 2016
Gasoducto	Acero	m	66 163
	PE	m	919 818
Tubería de Conexión	Acero	m	814
	PE	m	19
Estaciones de Regulación	ERP	U	8
	City Gate	U	1
	Válvulas	U	515
Obras Especiales	Cruces de Ríos	U	3
	Hot Tap	U	52
	Cruces de Vías	U	89



En tal sentido, si bien los 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.

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. 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.

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:

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 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 lo afirmado en los literales b), c), d), e), f) y, g) 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



(...)

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."

artículo 2° la obligación de la concesionaria de ejecutar el referido plan en el período antes indicado.

Del mismo modo, cabe reiterar, respecto de lo alegado por la recurrente en el sentido que el Plan Quinquenal 2014-2018 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 Reguladores⁸. Así, en concordancia con la norma antes citada, el artículo 21° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM⁹, faculta a este Organismo Regulador a emitir disposiciones, ya sean de carácter general o particular, las mismas que determinan las



⁸ 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.

(...)"

⁹ REGLAMENTO GENERAL DE OSINERGMIN – DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM

"Artículo 21.- Definición de Función Normativa

Corresponde a OSINERG dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las ENTIDADES y de éstas con sus 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 OSINERG no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del SECTOR ENERGÍA."

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 el TUO de la LPAG¹⁰.

Asimismo, debe tenerse presente que conforme se establece en el artículo 21° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM¹¹, 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, fue aprobado por este Organismo Regulador. Por lo tanto, la Resolución N° 086-2014-OS/CD fue emitida en legítimo ejercicio de la función normativa de Osinergmin.

Del mismo modo, con relación a lo alegado respecto a que la primera instancia no se ha pronunciado en el sentido a que el Plan Anual 2016 forma parte del Plan Quinquenal, debe precisarse que, conforme se desprende del numeral 4.2.3 de la resolución apelada, a la vuelta de la foja 227 del expediente, se señaló expresamente que el objeto de fiscalización del presente procedimiento no es la inobservancia del Plan Quinquenal 2014-2018 sino el incumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2016 en cuanto al tipo, cantidad y zona específica aprobados por Resolución N° 111-2016-OS/CD, modificado por Resolución N° 177-2016-OS/CD. Ello, de acuerdo con lo previsto en el literal d) del artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, el cual establece expresamente la obligatoriedad precisándose, además, que la referencialidad alegada por GNLC respecto del Plan Quinquenal 2014-2018 no es materia de discusión en el caso de autos.

En ese sentido, la primera instancia no ha omitido pronunciarse sobre la pretendida vinculación, argumentada por GNLC, del Plan Anual 2016 respecto del Plan Quinquenal 2014-2016.

¹⁰ 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.

¹¹ Ver nota 9.

Asimismo, este Tribunal reitera lo indicado en el numeral 7) en el sentido que las obligaciones contenidas en el Plan Anual 2016 difieren claramente de aquellas contenidas en el Plan Anual 2015, así como también de aquellas que debieron ejecutarse en el año 2014, por lo que no puede entenderse -como se alega- que debe aplicarse el mismo marco regulatorio del Plan Quinquenal 2014-2018, esto es, el supuesto carácter referencial que argumenta la recurrente. Tal como expresamente se ha establecido, el artículo 2 de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, norma emitida en legítimo ejercicio de la función normativa y reguladora del este Organismo Regulador, impuso a la recurrente la obligación de cumplir con el Plan Quinquenal 2014-2018 habiéndose previsto que la ejecución de éste será efectuada por Osinergmin de manera anual.

Del otro lado, debe precisarse respecto de lo afirmado en el sentido que este Organismo Regulador ha actuado vulnerando la competencia del MINEM, 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 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 reguladora y normativa de Osinergmin e impone una obligación a GNLC, debe ser acatado por dicha concesionaria de manera íntegra.

De otro lado, en cuanto a lo afirmado en el sentido que Osinergmin ha incurrido en el ejercicio ilegítimo de poder, se reitera lo indicado en los párrafos precedentes respecto a que este Organismo Regulador emitió la Resolución N° 086-2014-OS/CD, imponiendo la obligación a la recurrente de cumplir con el Plan Quinquenal 2014-2018, en legítimo ejercicio de su función normativa, por lo que el Plan Quinquenal en cuestión es de obligatorio cumplimiento para GNLC, así como los Planes Anuales que de éste se deriven, no constituyendo dicho pronunciamiento un ejercicio ilegítimo de poder como se alega.

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° 096-2019-OS/TASTEM-S1

Resolución N° 083-2017-OS/TASTEM-S1, en el sentido que los citados pronunciamientos no tienen carácter vinculante. Ello, conforme con la presunción establecida en el numeral 180.2 del artículo 180° del TUO de la LPAG¹², 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. Adicionalmente, debe señalarse que los informes invocados por GNLC no han sido emitidos a petición de la recurrente, por lo que no tienen efectos legales sobre ésta, ni tampoco han sido publicados para conocimiento público.

Del mismo modo, 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, resulta oportuno mencionar que el Informe Técnico N° 230-2014-GART que sustenta la Resolución N° 086-2014-OS/CD, es de carácter público y constituye parte de la citada Resolución N° 086-2014-OS/CD, tal como se 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 sustenta la decisión de Osinergmin, habiéndose dispuesto expresamente, en el artículo 22° su publicación conjuntamente con la Resolución N° 086-2014-OS/CD¹³.



¹² 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.

¹³ 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 "Cálidda") 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.

(...)

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 2016, 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 2016. 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 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 Callao¹⁴, se efectúa siguiendo las etapas expresamente señaladas en el



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.

(...)"

¹⁴ 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. (...)"

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 tarifas¹⁵.

En ese sentido, la aprobación de las tarifas de distribución de gas natural por red de ductos, al igual que el Plan Quinquenal de Inversiones, no constituye un simple acto administrativo unilateral y de carácter particular sino que es el resultado del desarrollo de una serie de etapas expresamente delimitadas, que son de conocimiento público, y en el que no solamente interviene este Organismo Regulador sino también la concesionaria, la que cumpliendo una obligación, desempeña un rol fundamental al iniciar este proceso con la presentación de su propuesta tarifaria y estudios técnico económicos, en los que también incorpora su Plan Quinquenal de Inversiones.

Del mismo modo, participan todos aquellos interesados, como son los usuarios 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 natural¹⁶.



¹⁵ 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:

- a. Presentación de la propuesta tarifaria y estudios técnico económicos.
- b. Publicación de la propuesta tarifaria y convocatoria a Audiencia Pública del concesionario.
- c. Audiencia Pública del concesionario.
- d. Observaciones a la propuesta tarifaria.
- e. Absolución de observaciones.
- f. Publicación en la página web de OSINERGMIN.
- g. 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.
- h. Audiencia Pública de OSINERGMIN-GART.
- i. Opiniones y sugerencias de los interesados respecto a la pre publicación.
- j. Publicación de la resolución que fija las tarifas.
- k. Interposición de recursos de reconsideración (de ser el caso).
- l. Publicación de los recursos de reconsideración y convocatoria a Audiencia Pública.
- m. Audiencia Pública para sustentación de recursos de reconsideración.
- n. Opiniones y sugerencias sobre los recursos de reconsideración.
- ñ. Resolución de recursos de reconsideración.
- o. Publicación de las resoluciones que resuelven recursos de reconsideración.
- p. Audiencias solicitadas por las empresas prestadoras y las organizaciones representativas de usuarios (artículo 8° de la Ley N° 27838).

¹⁶ 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,

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 Inversiones¹⁷. Esta obligación, según se estipuló en la citada adenda al contrato, sería fiscalizada al vencimiento de cada año¹⁸.

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.

¹⁷ 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. (...)"

¹⁸ 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."

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 precedente¹⁹. 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 regulador²⁰.

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.

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-



¹⁹ 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.

(...)"

²⁰ **"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° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 éste²¹. 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 pronunciamientos²², 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 indicado en párrafos anteriores, la aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018 es el resultado de una rigurosa evaluación



²¹ 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."

²² 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.

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 de 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 demanda²³, que tales documentos, consistentes en diecinueve (19) cartas remitidas por GNLC a diversas personas jurídicas, únicamente evidencian la información brindada por la concesionaria en el sentido que se encuentra en el proceso de validar sus planes para el desarrollo de infraestructura en la vía pública en el año 2016, por lo que requiere a tales personas jurídicas que se comuniquen por escrito con los representantes de la recurrente a efectos de que confirmen su interés de contar con el suministro de gas natural. No obstante, 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 la mayoría de obras que comprende el Plan Anual 2016. Ello, conforme se advierte en el cuadro contenido en el numeral 1), el mismo que se reitera a continuación.

GRUPO	SUB GRUPO	APROBADO	EJECUTADO	% EJECUCIÓN	% INEJECUCIÓN
Gasoducto	Acero	66 163 m	23 984.48 m	36.3%	63.7%
	Polietileno	919 818 m	639 992 m	69.6%	30.4%
Tubería de Conexión	Acero	814 m	170.53 m	20.9%	79.1%
	Polietileno	19 m	0 m	0%	100%
Estaciones de Regulación	ERP	8	0	0%	100%
	City Gate	1	0	0%	100%
Obras	Válvulas	515	382	74.2%	25.8%

²³ Documentos que obran de fojas 241 a 257 del expediente.

Especiales	Cruce de Ríos	3	0	0%	100%
	Hot Tap	52	10	19.2%	80.8%
	Cruce de Vías	89	9	10.1%	89.9%

Al respecto, no podría sostenerse que haber superado lo previsto en el Plan Quinquenal 2014-2018, respecto a la instalación de tuberías de polietileno, sustituye el alto grado de incumplimiento en que incurrió la recurrente, respecto a la instalación de la mayoría de obras contempladas en el Plan Anual. Ello, toda vez que conforme se ha venido señalando en la presente resolución, el cumplimiento íntegro 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/CD²⁴. De acuerdo con el referido Procedimiento, el cambio del Plan Quinquenal implica un reajuste de la tarifa de distribución, 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

²⁴ 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."

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 metrado de tubería de acero establecido en el Plan Quinquenal 2014-2018, así como las demás obras previstas para el horizonte anual 2016, no se encontraba previsto como un supuesto de modificación del Plan Quinquenal. Por lo tanto, resultaba imperativo para GNLC cumplir la ejecución de todas las instalaciones comprometidas para el año 2016, lo que fundamenta el carácter obligatorio del Plan Quinquenal 2014-2018.

De otro lado, con relación a lo afirmado respecto a que la referencialidad del Plan Quinquenal y sus Planes Anuales no afecta la finalidad pública de éstos ni la masificación del uso del gas natural, se reitera que conforme lo establecido por la Resolución N° 086-2014-OS/CD, la recurrente se encontraba obligada a cumplir íntegramente el Plan Quinquenal 2014-2018, así como los correspondientes Planes Anuales, siendo que la ejecución de éstos no estaba condicionado a la voluntad de la recurrente. En tal sentido, al constituir una obligación y al haberse verificado su incumplimiento, corresponde a este Organismo Regulador, en legítimo ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora, imponer las sanciones que correspondan.

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

9. En cuanto a lo argumentado en los literales d) y g) del numeral 2), respecto a la vulneración del Principio de Irretroactividad, así como al cuestionamiento referido a la modificación de la tipificación del numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, debe señalarse que si bien dicha tipificación hace referencia expresa al incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones y a sus Planes Anuales, 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.

Asimismo, con relación a lo afirmado en el sentido que la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN 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 2014-2015 para el año 2016. Por lo tanto, la verificación de lo ejecutado en dicho periodo se efectúa al concluir éste, es decir al concluir el año 2016, 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



RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

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 2016, 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.

Adicionalmente, debe precisarse respecto de lo afirmado en el sentido que no corresponde aplicar la tipificación contenida en el numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN por haberse publicado un (1) día antes de la evaluación del cumplimiento del Plan Anual 2016 y dos (2) días antes de concluir el año 2016, que la conducta consistente en incumplir el Plan Quinquenal así como los Planes Anuales ya se encontraba vigente desde antes de la modificación cuestionada por la recurrente, siendo la base legal de dicha tipificación el artículo 2 de la Resolución N° 086-2014-OS/CD. Asimismo, la modificación efectuada únicamente actualizó la base legal antes indicada incorporando como base legal el artículo 63c del TUO del Reglamento de Distribución, norma cuya modificación ya se encontraba vigente desde el 17 de junio de 2015, fecha de su publicación en el diario oficial El Peruano. Por lo tanto, no resultaba desconocido para la recurrente el carácter obligatorio del Plan Quinquenal 2014-2018 y de sus correspondientes Planes Anuales, como el referido al año 2016, por cuanto la obligatoriedad de los mismos ya se encontraba prevista desde la publicación de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, habiendo sido reafirmada al modificarse el TUO del Reglamento de Distribución el 17 de junio de 2015. Del mismo modo, cabe indicar que la modificación del numeral 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN únicamente estuvo referida a la actualización de su base legal mas no a la cuantía de la multa prevista para dicha tipificación, la misma que contempla una sanción de hasta 10 000 (diez mil) UIT.

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.

Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de Irretroactividad alegado ni se ha incurrido en un vicio de nulidad, por lo que se desestima lo argumentado en los literales d) y g) del numeral 2).

10. Con relación a lo afirmado en el literal h) 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 2016 se han considerado valores que difieren de aquella información que habría presentado ante Osinergmin. No obstante, como se indica no obran

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

medios probatorios en el expediente que permitan concluir que los niveles de inexecución de los compromisos de inversión asumidos por la recurrente para el año 2016 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 396 y 397 del expediente, consistentes en comunicaciones remitidas a este Organismo Regulador, así como al Ministerio de Energía y Minas, 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 2016 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 para el año 2015, cuyo nivel de cumplimiento en la mayoría de obras a ejecutar no llega ni al 50% de lo previsto en el Plan Quinquenal, tal como se aprecia en el cuadro contenido en el numeral 1).

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 2016.

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 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 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, así como en la Resolución N° 111-2016-OS/CD, normas que son de obligatorio cumplimiento y de pleno conocimiento de la recurrente así como de conocimiento público, al haber sido publicadas en el diario oficial El Peruano con fechas 6 de mayo de 2014 y 28 de mayo de 2016.

Igualmente, 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/ 130 855 380.20 (Ciento treinta millones ochocientos cincuenta y cinco mil trescientos ochenta y 20/100 Soles), equivalente a 32 309.97 (Treinta y dos mil trescientos nueve con noventa y siete centésimas) UIT, 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 h) 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 su horizonte 2016, 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, en su horizonte anual 2016.



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 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 4.1.9 de la Escala de Multas de la GFGN, ni a la sanción, no corresponde acceder a lo solicitado por la recurrente.

RESOLUCIÓN N° 096-2019-OS/TASTEM-S1

Con relación a los medios probatorios que señala consistentes en las comunicaciones remitidas a Osinergmin y al Ministerio de Energía y Minas, 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 Ministerio de Energía y Minas 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 2016, 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 23 de noviembre de 2017, complementado con escrito de fecha 19 de marzo de 2019, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 3988-2017-OS-OS/OR LIMA SUR del 2 de noviembre 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