

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 230-2015-OS/CD**

Lima, 29 de setiembre de 2015

**CONSIDERANDO:**

**1 ANTECEDENTES**

Que, el 25 de julio de 2015, fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 161-2015-OS/CD (en adelante “Resolución 161”), mediante la cual: i) se determinó el Saldo de la Cuenta de Promoción, ii) se aprobaron los factores de ajuste correspondientes al Reajuste Tarifario, y iii) se aprobó el valor de la alícuota aplicable a la Tarifa Única de Distribución de gas natural vigente a partir del 01 de agosto de 2015, para la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao;

Que, con fecha 19 de agosto de 2015, la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante “Cálidda”), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 161, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

**2 PETITORIO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN**

Que, la recurrente solicita en su recurso de reconsideración, que se realice una nueva liquidación para recalcular los Ingresos por Promoción de su empresa y, en consecuencia se determine nuevamente: i) el Saldo del Balance de Promoción y ii) los factores de reajuste de la Tarifa Única de Distribución; ya que como consecuencia de la aplicación indebida y retroactiva del numeral 4.2.3 del “Procedimiento de Reajuste de la Tarifa Única de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos de la concesión de Lima y Callao”, aprobado mediante Resolución N° 184-2012-OS/CD (en adelante “Procedimiento de Reajuste”), para el periodo del 01 de enero de 2010 hasta el 07 de mayo de 2014, se está consignando un monto equivocado de ingresos por parte de su representada.

**3 SUSTENTO DEL PETITORIO**

**3.1 IDENTIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE PROMOCIÓN A CLIENTES RESIDENCIALES EXISTENTES EN EL MARCO NORMATIVO**

Que, luego de exponer los antecedentes normativos y regulatorios vinculados a la promoción por la conexión de Consumidores Residenciales, Cálidda señala que han existido hasta tres formas de viabilizar el otorgamiento de descuentos por promoción a consumidores residenciales;

Que, la primera forma en que se viabilizó la promoción, señala Cálidda, fue a través de la implementación del Artículo 112° del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (en adelante “Reglamento de Distribución”), el cual estableció que debía incluirse como parte de los costos de operación y mantenimiento la “promoción por la conexión de Consumidores Residenciales”. De acuerdo con lo mencionado, indica que mediante Resoluciones N° 261-2009-OS/CD (en adelante “Resolución 261”) y N° 262-2009-OS/CD (en adelante “Resolución 262”) se aprobó la Tarifa de Distribución

considerando los costos de promoción para la conexión de 55 805 Consumidores Residenciales. Asimismo, manifiesta que la referida promoción fue aplicada desde el 01 de enero de 2010 hasta el 06 de mayo de 2012, fecha en la que entró en vigencia el Decreto Supremo N° 009-2012-EM (en adelante “Decreto 009”);

Que, respecto a la segunda forma de viabilizar la resolución, Cálidda señala que ésta se inició con la emisión del Decreto 009, cuya Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias establecieron que hasta que se apruebe el Plan de Conexiones de Consumidores Residenciales beneficiados con el descuento de promoción, los ingresos por promoción corresponderían a la diferencia entre lo recaudado por la empresa por la Tarifa Única de Distribución vigente, y lo que se hubiera recaudado producto de la aplicación de la tarifa reajustada resultante del reajuste tarifario realizado el año 2012. A decir de la recurrente, los Ingresos por Promoción que se recaudarían durante el periodo 2012 – 2014, únicamente provendrían de la diferencia mencionada;

Que, en relación a la tercera forma de viabilizar la promoción, la recurrente señala que ésta se encuentra contemplada en el numeral 4.2.3 del Procedimiento de Reajuste y en el numeral 9.1 del “Procedimiento de Liquidación para el Cálculo del Factor de Ajuste por Aplicación del Mecanismo de Promoción para Conexiones Residenciales”, aprobado mediante Resolución N° 006-2015-OS/CD (en adelante “Procedimiento de Liquidación”), los cuales establecieron que los ingresos por promoción correspondían a una “Alícuota” de los ingresos totales pagados por cada consumidor por concepto de la Tarifa Única de Distribución (en adelante “TUD”);

Que, manifiesta que de acuerdo con la Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias del Decreto 009, el Procedimiento de Reajuste debía ser aplicado desde la aprobación del Plan de Promoción, lo cual sucedió el 07 de mayo de 2014, mediante la Resolución N° 086-2014-OS/CD. Por tanto, recién a partir de la entrada en vigencia del Plan de Promoción, resultaba aplicable el numeral 4.2.3 del referido Procedimiento de Reajuste, el cual hace alusión a una “alícuota” para determinar los ingresos destinados a la promoción, siendo que Osinergmin habría considerado indebidamente la referida alícuota para calcular los ingresos de la promoción desde el año 2010.

### **3.2 ERROR DE CÁLCULO DE LOS INGRESOS POR PROMOCIÓN**

Que, al respecto, Cálidda señala que la tercera forma del Mecanismo de Promoción ha sido aplicada desde el 01 de enero de 2010, a pesar que la misma rige recién a partir del 07 de mayo de 2014, lo cual vulnera el principio de irretroactividad de las normas consagrado en el Artículo 103° de la Constitución Política del Perú, y es concordante con lo expuesto por Osinergmin en el Oficio N° 699-2012-GART;

Que, reitera que desde la vigencia del Procedimiento de Reajuste hasta el 06 de mayo de 2014, no se generaron Ingresos por Promoción recaudados por la TUD. Asimismo, en relación al periodo comprendido desde el 01 de enero de 2010 hasta el 05 de mayo de 2012, señala que mediante Resolución N° 091-2012-OS/CD (en adelante “Resolución 091”), se reajustó la TUD, reduciéndose la misma por haberse producido variaciones significativas tanto en el Costo Medio como en los Gastos de Promoción;

Que, en suma, Cálidda señala que como consecuencia de la aplicación indebida y retroactiva del numeral 4.2.3 del Procedimiento de Reajuste para el periodo del 01 de

enero de 2010 hasta el 07 de mayo de 2014, se está consignando un monto equivocado de ingresos por parte de su representada;

Que, específicamente, para el periodo del 06 de mayo de 2012 al 07 de mayo de 2014, señala que se debe tomar en cuenta que su representada no percibió ingresos a través de la TUD, ya que durante ese periodo, los Gastos de Promoción se financiaron sólo con los ingresos correspondientes a la diferencia entre lo pagado por los consumidores a la concesionaria y lo que hubiera recaudado si aplicaba tarifas reajustadas, por lo que no procede aplicar el concepto de alícuota;

Que, de otro lado, señala que por la aplicación de la alícuota contemplada en el Procedimiento de Reajuste durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2010 al 07 de mayo de 2014, se le está dejando de reconocer 6,8 millones de dólares americanos, correspondientes al cierre efectuado el 06 de mayo de 2015 lo cual, según indica, se encuentra detallado en el Anexo 4 de su recurso;

Que, finalmente, señala que conforme al Artículo 13° del Procedimiento de Liquidación, el Saldo de la Cuenta de Promoción se determina sumando los balances ejecutados hasta un periodo anterior al Periodo de Evaluación, por lo que el Saldo de la Cuenta de Promoción de la actual liquidación incluye los saldos de balance anteriores, siendo factible la corrección correspondiente.

#### **4 ANÁLISIS DE OSINERGMIN**

Que, tal y como lo ha señalado la empresa recurrente, a la fecha se han efectuado las siguientes liquidaciones: i) Resolución N° 277-2014-OS/CD, publicada el 31 de diciembre de 2014, la cual comprende al periodo del 01/01/2010 al 06/05/2014, ii) Resolución N° 087-2015-OS/CD, publicada el 29 de abril de 2015, la cual comprende al periodo del 07/05/2015 al 06/02/2015 y iii) Resolución N° 161-2015-OS/CD, publicada el 25 de julio 2015, la cual comprende al periodo del 07/02/2015 al 06/05/2015;

Que, al respecto, Cálidda interpone recurso de reconsideración contra la Resolución 161; sin embargo, al revisar los argumentos expuestos por la recurrente se verifica que estos están dirigidos a que el Regulador recalculé los Ingresos por Promoción correspondientes al periodo del 06 de mayo de 2012 al 07 de mayo de 2014, ya que busca cuestionar los criterios y cálculos correspondientes a la liquidación del periodo 2010 – 2014, cuyo saldo ha sido aprobado con la Resolución N° 277-2014-OS/CD (en adelante “Resolución 277”);

Que, lo señalado se ratifica si observamos el cuadro presentado como Anexo 4 del Recurso, donde se observa que los montos obtenidos por Cálidda para los periodos de liquidación efectuados mediante las Resoluciones N° 087-2015-OS/CD y N° 161-2015-OS/CD son iguales a los montos determinados por el Regulador, existiendo discrepancias, únicamente, respecto a la liquidación efectuada mediante Resolución 277;

Que, de acuerdo a lo expuesto, el análisis de los argumentos de Cálidda implicaría revisar el criterio y la metodología utilizada por el Regulador para la liquidación efectuada mediante Resolución 277 y sus respectivos informes de sustento, toda vez que la misma comprende el periodo cuestionado por la recurrente;

Que, la mencionada Resolución 277 fue impugnada por Cálidda en su oportunidad, habiendo sido sus argumentos desestimados mediante Resolución N° 052-2015-OS/CD

(en adelante “Resolución 052”), la cual agotó la vía administrativa en concordancia con lo señalado en el literal a) del artículo 218.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante “LPAG”). Cabe precisar que en dicha oportunidad, la recurrente no cuestionó la procedencia de considerar el componente de la promoción como parte de la TUD reajustada, sino que al contrario, cuestionó el valor o magnitud del porcentaje de dicho componente. Dicha impugnación fue declarada infundada, toda vez que la metodología para determinar la alícuota había sido definida correctamente;

Que, ahora bien, en cuanto a la Resolución 161, esta ha sido emitida como consecuencia de la evaluación trimestral del Saldo del Balance de la Promoción y reajuste tarifario de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao que ordena realizar el Reglamento de Distribución. Lo señalado se evidencia en la parte considerativa de la resolución impugnada, donde se señala expresamente lo siguiente: *“Que, en tal sentido, el anterior monitoreo del Mecanismo de Promoción se aprobó mediante Resolución Osinergmin N° 087-2015-OS/CD y comprendió hasta el 06 de febrero de 2015; correspondiendo, por tanto, determinar el Saldo de la cuenta de Promoción y el reajuste tarifario de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao para el periodo comprendido entre el 07 de febrero de 2015 hasta el 06 de mayo del 2015...”*. En el mismo sentido, los informes que sustentaron la resolución impugnada, analizan y detallan el cálculo del Saldo de la cuenta de Promoción, únicamente del periodo señalado;

Que, sin embargo, teniendo en consideración que la resolución debe establecer un saldo final de la cuenta de Promoción, éste considera, necesariamente, los saldos aprobados en las evaluaciones anteriores. En tal sentido, se concluye que la Resolución 161 no ha sido la generadora de lo que Cálidda alega como perjuicio económico, ya que el mismo se habría generado en la liquidación aprobada mediante Resolución 277, siendo que la resolución impugnada se limita a recoger dicho resultado;

Que, de acuerdo a lo expuesto, no resulta procedente el cuestionamiento de Cálidda, ya que este se ha interpuesto contra un acto administrativo distinto a aquel que contiene las vulneraciones o afectaciones que se sustentan en el recurso de reconsideración. Al respecto, el Artículo 206° de la LPAG señala que *“...frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa...”* Adicionalmente, el artículo 206.3 de la LPAG establece que no cabe impugnación administrativa a los actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, o como en el presente caso que agotaron la vía administrativa;

Que, de otro lado, cabe mencionar que el sentido del artículo 206.3 antes citado no es sólo evitar que actos administrativos que han quedado consentidos sean revividos, sino que también es evitar conductas repetitivas de la autoridad y de los administrados cuando no median nuevos argumentos o pruebas a analizar sobre un mismo tema. Asumir una posición contraria significaría infringir el precepto jurídico doctrinario en virtud del cual *“no puede hacerse por la vía indirecta lo que la ley prohíbe en forma directa”*;

Que, al respecto, Enrique Sayagués Laso<sup>1</sup> sostiene que: *“La interposición de los recursos obliga a la administración a dictar un pronunciamiento confirmando, modificando o revocando el acto impugnado. Este pronunciamiento constituye la palabra final de la administración sobre la cuestión planteada, con lo cual el acto adquiere carácter*

---

<sup>1</sup> Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 4ª. Edición.

*definitivo. Igualmente el acto adquiere carácter definitivo si el administrado omite recurrir dentro de los plazos establecidos”;*

Que, por lo fundamentos expuestos, corresponde declarar improcedente el recurso de reconsideración en todos sus extremos;

Que, sin perjuicio de lo señalado, resulta oportuno precisar que la regulación tarifaria de distribución de gas natural para el periodo 2010 - 2014, incorporó como parte de la estructura de la TUD, el concepto de Gasto de Promoción. Dicho componente de la tarifa, correspondiente a la promoción, no fue eliminado por ninguna disposición o mandato, por lo que la recaudación de los montos destinados a cubrir los Gastos de Promoción, antes y después de cualquier reajuste, se realizó a través de montos incorporados dentro de la TUD aplicable;

Que, en tal sentido, cuando se efectuó la liquidación de ingresos y gastos de la cuenta de la Promoción para el referido periodo 2010-2014, se utilizó el término “alcuota” para referirse al porcentaje o proporción de los montos recaudados a través de la TUD destinados al Mecanismo de Promoción durante todo el periodo 2010-2014, siendo que el valor o magnitud de dicho porcentaje, corresponde al que resulte aplicable en cada oportunidad de acuerdo con las regulaciones vigentes;

Que, finalmente, se han expedidos los Informes N° [579-2015-GART](#) y N° [578-2015-GART](#) elaborados por la División de Gas Natural y la Coordinación Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, los mismos que complementan la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el Artículo 3°, numeral 4, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas; y,

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 32-2015.

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A., contra la Resolución N° 161-2015-OS/CD, de conformidad con lo señalado en el numeral 4 de la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo 2°.-** La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el Informe Técnico N° [579-2015-GART](#) y el Informe Legal N° [578-2015-GART](#), en la página Web de Osinergmin: [www.osinergmin.gob.pe](http://www.osinergmin.gob.pe).

**Jesús Tamayo Pacheco**  
**Presidente del Consejo Directivo**