

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 907-2019-OS/OR LIMA SUR

San Juan de Miraflores, 09 de abril del 2019

VISTOS:

El Expediente N° 201900003978, el Informe de Instrucción N° 129-2019-OS/OR LIMA SUR de fecha 10 de enero de 2019, el Informe de Cálculo de Multa N° 482-2019-OS/DSR de fecha 10 de enero de 2019 y el Informe Final de Instrucción N° 1150-2019-OS/OR LIMA SUR de fecha 18 de marzo de 2019.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES:

- 1.1. A través del Oficio N° 147-2019-OS/OR LIMA SUR, notificado el 23 de enero de 2019¹, se comunicó a la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, al haberse detectado que no cumplió con lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, modificado -entre otros- por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, al haberse verificado que no ha cumplido con el Plan Anual 2017 en los términos aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, conforme se observa en el Informe de Instrucción de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 129-2019-OS/OR LIMA SUR, constituyendo dicho incumplimiento infracción administrativa sancionable por *“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual”*, tipificada en el numeral 4.1.9² de la Tipificación y Escala de Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin.
- 1.2. Por escrito de registro N° 201900003978, recibido el 30 de enero de 2019, GNLC formuló descargos a lo señalado en el Oficio N° 147-2019-OS/OR LIMA SUR.
- 1.3. A través del Oficio N° 657-2019-OS/OR LIMA SUR, notificado el 21 de marzo de 2019, se remitió a GNLC el Informe Final de Instrucción N° 1150-2019-OS/OR LIMA SUR y el Informe de Cálculo de Multa N° 482-2019-OS/DSR.
- 1.4. Vencido el plazo otorgado para que GNLC formule sus descargos a lo señalado en el Oficio N° 657-2019-OS/OR LIMA SUR, la referida empresa no presentó sus descargos.

2. BASE LEGAL:

El literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, establece lo siguiente³:

¹ A través del referido oficio se notificó a la empresa GNLC el Informe de Instrucción N° 129-2019-OS/OR LIMA SUR y el Informe N° 90-2019-OS/DSR.

² De verificarse el incumplimiento podrá sancionarse con una multa hasta de 10,000 UIT (Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias).

³ La obligación por parte del concesionario y la facultad de Osinergmin para determinar y aplicar las sanciones respectivas también se encuentran recogidas en las modificaciones al Reglamento de Distribución.

TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos Decreto Supremo N° 040-2008-EM
Artículo 63c.- El Concesionario está obligado a definir su Plan Quinquenal de crecimiento de la red de Distribución de acuerdo a lo siguiente: (...) d) Aprobación: <u>El Plan Quinquenal de Inversiones</u> 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. <u>Dicho plan deberá considerar su ejecución y actualización mediante Planes Anuales, cuya ejecución es obligatoria para el Concesionario.</u> (...) <u>Los Planes Anuales serán aprobados por OSINERGMIN considerando años calendarios y detallando las zonas donde se ejecutarán las obras.</u> (...) (...) <u>En caso de incumplimiento de la ejecución del Plan Quinquenal o del Plan Anual, el OSINERGMIN podrá determinar y aplicar las sanciones respectivas</u> (...) (el subrayado y sombreado es nuestro)

De acuerdo con lo señalado en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, la empresa GNLC se encuentra obligada a cumplir el Plan Anual 2017, el cual fue aprobado por Osinergmin para la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.

Cabe indicar que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63c del Reglamento de Distribución, en lo relacionado al cumplimiento del Plan Anual 2017 de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, en los términos aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, constituye supuesto de infracción administrativa sancionable tipificado en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aplicable a la industria de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD, por "No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual"; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin.

3. DESCARGOS DE LA EMPRESA SUPERVISADA:

Conforme se ha indicado en los antecedentes de la presente resolución, la empresa GNLC no ha formulado descargos al Oficio N° 657-2019-OS/OR LIMA SUR, notificado el 21 de marzo de 2019, a través del cual se le remitió el Informe Final de Instrucción N° 1150-2019-OS/OR LIMA SUR y el Informe de Cálculo de Multa N° 482-2019-OS/DSR.

En tal sentido, teniendo en cuenta que GNLC no ha presentado argumentos ni documentos al Oficio N° 657-2019-OS/OR LIMA SUR, en el presente análisis se evaluarán los descargos presentados con escrito de registro N° 201900003978, recibido el 30 de enero de 2019, mediante el cual la referida empresa formuló descargos a lo señalado en el Oficio N° 147-2019-OS/OR LIMA SUR, con el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, conforme se detalla a continuación:

3.1 Sobre la caducidad del presente procedimiento administrativo sancionador

GNLC señala que el presente procedimiento administrativo debe ser archivado al ser el reinicio de un procedimiento que ha sido declarado caduco, siendo que la institución jurídica de la caducidad genera como consecuencia intrínseca, que cualquier derecho que incurra en ella sea totalmente extinto.

3.2 Sobre la cuestión previa de la aplicación de reglas del Plan Quinquenal a los Planes Anuales

GNLC plantea como cuestión previa que siendo que -sobre la base del Reglamento de Distribución e inclusive sobre la base de lo expresado por el propio Osinergmin en la aprobación del Plan Anual 2017- **los Planes Anuales no son autónomos en sí mismos sino que parten de Planes Quinquenales de Inversión** que son propuestos por los concesionarios y aprobados por Osinergmin, **necesariamente la regulación aplicable al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 es aplicable al Plan Anual 2017**, agregando que la propuesta y aprobación del referido Plan Quinquenal fue realizado con anterioridad a la modificación del Reglamento de Distribución efectuada por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, por tal motivo las modificaciones realizadas por este decreto supremo son aplicables a los siguientes Planes Quinquenales que se aprueben.

GNLC sustenta dicha posición indicando que, de la lectura del literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución vigente a la presentación y aprobación del PQ 2014-2018⁴, **el Plan Quinquenal de Inversiones consideraba su ejecución mediante planes anuales, lo que innegablemente significa una relación entre ambos instrumentos**; inclusive con la modificación introducida por el Decreto Supremo 017-2015-EM⁵ al literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución se advierte la vinculación entre los Planes Quinquenales y los Planes Anuales. Añade GNLC que en el noveno considerando de **la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD⁶, que aprueba el Plan Anual 2017, expresamente reconoce la vinculación entre el Plan Anual 2017 y el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018.**

3.3. Sobre el carácter referencial del Plan Quinquenal

GNLC refiere que, de conformidad con lo establecido en el artículo 63c del Reglamento de Distribución vigente al momento de la aprobación del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 (es decir, antes de la modificación realizada por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM), el Plan Quinquenal **tiene carácter referencial al establecer la obligatoriedad de la presentación de los Planes Anuales en los cuales se actualizan los ajustes respectivos**, explicando -GNLC- que debe ser así -referencial- porque la ejecución del Plan Quinquenal depende de factores externos a la esfera de control del concesionario, así como a la demanda real en un momento dado, añadiendo GNLC que la **normativa vigente al momento de la presentación y aprobación del referido plan no establecía la obligación de su cumplimiento ni las**

⁴ TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, antes del Decreto Supremo N° 017-2015-EM

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

(...)

d) Aprobación:

(...)

Dicho plan deberá considerar su ejecución mediante planes anuales.

(...)

El Concesionario, dentro de la primera quincena de diciembre, remitirá el Plan Anual a la DGH y al OSINERGMIN.

(...)"

⁵ TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, a partir del Decreto Supremo N° 017-2015-EM

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

(...)

d) Aprobación:

(...)

Dicho plan deberá considerar su ejecución y actualización mediante Planes Anuales, cuya ejecución es obligatoria para el Concesionario.

(...)

Mediante el Plan Anual se Informarán las actualizaciones del Plan Quinquenal.

(...)

Dichos planes deben detallar y/o actualizar la programación de la ejecución de las obras aprobadas en el Plan Quinquenal de Inversiones. (...)"

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD – Aprobación del Plan Anual 2017

"Que, con la finalidad de cumplir con el encargo contenido en el Reglamento de Distribución, corresponde a Osinergmin evaluar y aprobar el Plan Anual 2017 para la Concesión de Gas Natural por Red de Ductos de Lima y Callao **teniendo en consideración lo aprobado en el Plan Quinquenal de Inversiones** respectivo y proceder con su aprobación; (...)"

facultades de supervisión y sanción de la autoridad competente porque se consideraban que las inversiones ahí referidas constituían proyecciones, no inversiones fijas e inamovibles.

Dicha *característica referencial -según indica GNLC- es reconocida por el Ministerio de Energía y Minas* a través de: (i) el Informe N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH que sustentó el proyecto de Decreto Supremo que propuso la modificación del Reglamento de Distribución, y (ii) la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM que modificó -entre otros- el artículo 63c del Reglamento de Distribución. Asimismo, GNLC señala que a través del Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART (numeral 3.2.2), que sustentó la propuesta normativa de modificación del Reglamento de Distribución alcanzada al Ministerio de Energía y Minas, *Osinerghmin reconoce el carácter referencial* del Plan Quinquenal de Inversiones.

GNLC indica que el *carácter referencial del Plan Quinquenal le permitió redistribuir sus inversiones* en el período aprobado para los proyectos que contaron con una viabilidad en un momento determinado priorizándolos sobre otros -que no contaron con una confirmación de volúmenes o desarrollo por parte de los grandes consumidores-, con lo cual se pudo privilegiar la conexión de usuarios residenciales, en línea con la política nacional de masificación del uso de gas natural a nivel residencial, debiendo considerarse que ha ejecutado redes de polietileno por encima de lo aprobado para el periodo, por lo que señala GNLC que no es correcto que se habría afectado el servicio a nivel residencial. Asimismo, GNLC añade que cualquier variación en el nivel de las inversiones ejecutadas por el concesionario será tomada en consideración a fin de reajustar y/o liquidar la tarifa de distribución, siendo esto lo que incentiva al concesionario a no disminuir el nivel de inversiones y, por el contrario, ampliar sus redes para atender a un número mayor de usuarios.

Finalmente, GNLC señala que a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2017-OS/CD -que hace referencia a la evaluación del saldo de balance de la cuenta de promoción al 06 de febrero de 2017 y la determinación del reajuste tarifario asociado a la Promoción- *el propio Osinerghmin ha reconocido la ejecución adecuada de la inversión del período cuestionado no realizando ajuste alguno a la tarifa reconocida.*

3.4. Tipificación de la infracción del Plan Quinquenal sin sustento legal

GNLC señala que después de trece (13) meses de haberse aprobado el Plan Quinquenal 2014-2018, con fecha 14 de junio de 2015 se modificó el numeral 4.1 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aplicable a la industria de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 117-2015-OS/CD, incorporándose el *numeral 4.1.9 que tipifica como conducta sancionable no cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal, lo cual se efectuó sin sustento legal puesto que el artículo 63c del Reglamento de Distribución vigente no reconocía el carácter obligatorio del Plan Quinquenal*, ya que recién con fecha 17 de junio de 2015 se modificó dicho artículo del Reglamento de Distribución mediante Decreto Supremo N° 017-2015-EM, *aprobándose esta tipificación con carácter particular.*

3.5. Vulneración del Principio de Irretroactividad

GNLC alega que *recién a partir del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, el siguiente Plan Quinquenal de Inversiones -y los respectivos Planes Anuales que se deriven de éste- que presente GNLC y apruebe Osinerghmin serán de obligatorio cumplimiento*, conforme señaló el Ministerio de Energía y Minas en el Informe N° 014-2015-MEM/DGH-DNH que absuelve los comentarios al proyecto de Decreto Supremo que propuso la modificación del Reglamento de Distribución; por lo que la Oficina Regional de Lima Sur vulnera abiertamente el principio de irretroactividad al imponer una sanción -entiéndase al imputar una infracción- a GNLC por el supuesto incumplimiento del Plan Anual de Inversiones 2017 cuando el *Plan Quinquenal de Inversiones que no era ni es de obligatorio cumplimiento y, por tanto, el Plan Anual 2017, no está sujeto a fiscalización ni sanción.* GNLC agrega que, siendo que los Planes Anuales se corresponden con el Plan Quinquenal de Inversiones de un determinado periodo tarifario, se rigen por la norma vigente a la aprobación de éste.

3.6. Vulneración del Principio de Seguridad Jurídica

GNLC alega -invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional- que se ha vulnerado el Principio de la Seguridad Jurídica al afectarse a través del presente procedimiento administrativo sancionador, la **legítima y razonable expectativa de GNLC de que el Plan Quinquenal de Inversiones es referencial y no obligatorio -y por tanto también el Plan Anual-**, expectativa que tuvo y tiene sustento en la redacción del artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución, en los pronunciamientos emitidos por el **Ministerio de Energía y Minas** (Informe Técnico Legal N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH y Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM) y en la propia actuación del **organismo regulador** (Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART).

GNLC agrega que en el anterior período tarifario 2009-2013, Osinergmin también aprobó un Plan Quinquenal de Inversiones, sobre la misma base legal (artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución), siendo que Osinergmin no desconoció el carácter referencial de dicho plan iniciando un procedimiento sancionador, como ocurre en el presente caso, sino que solicitó al Ministerio de Energía y Minas el cambio normativo a nivel de Decreto Supremo.

Asimismo, señala GNLC que no es admisible modificar las reglas bajo las cuales se aprobó la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD, por lo que la modificación del artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución sólo puede regir para los futuros Planes Quinquenales de Inversiones, tal como se reconoce en el Informe N° 014-2015-MEM/DGH-DNH.

Finalmente, GNLC señala que en el supuesto negado que se desestimen sus argumentos y se considere como obligatorio el Plan Quinquenal de Inversiones y sus correspondientes Planes Anuales, solicita se archive el presente procedimiento en base a lo dispuesto en el literal e) del artículo 255 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual señala como condiciones eximentes a la responsabilidad por infracciones, el **error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal**, toda vez que a través de los diferentes documentos del Ministerio de Energía y Minas y Osinergmin, ambas entidades se pronunciaron declarando como referencial el Plan Quinquenal de Inversiones, lo que generó en GNLC la confirmación de su carácter referencial tanto del Plan Quinquenal como de los Planes Anuales que se derivan de éste.

3.7. Sobre las Inversiones Ejecutadas referidas en el Informe de Instrucción

GNLC señala que ha invertido más dinero de lo proyectado para el año 2017, dando prioridad a las redes de polietileno, lo cual no ha sido considerado en el cuadro del Informe de Instrucción -según indica- el cual omite información de todas las inversiones ejecutadas por GNLC en el año 2017, enviada de forma periódica al propio Osinergmin.

Añade GNLC que las zonas donde se han ejecutado las obras durante el año 2017 cumplen con los mismos criterios y principios de la política de masificación de uso de gas natural (sectores medio y bajo), conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

DISTRITO	ESTRATO	TOTAL
ATE VITARTE (23 sectores)	Bajo a Medio	90%
CALLAO (5 sectores)	Bajo a Medio	91%
Cañete (1 sector)	Bajo a Medio	65%
Carabayllo (6 sectores)	Bajo a Medio	94%
Comas (7 sectores)	Bajo a Medio	89%
Independencia (8 sectores)	Bajo a Medio	87%
Los Olivos (3 sectores)	Bajo a Medio	90%
Lurín (3 sectores)	Bajo a Medio	92%
Puente Piedra (29 sectores)	Bajo a Medio	75%
San Juan de Lurigancho (13 sectores)	Bajo a Medio	93%
San Martín de Porres (15 sectores)	Bajo a Medio	94%
Santa Anita (2 sectores)	Bajo a Medio	89%
Villa El Salvador (4 sectores)	Bajo a Medio	99%
Villa María del Triunfo (4 sectores)	Bajo a Medio	98%

4. ANÁLISIS:

4.1. Hecho acreditado:

Se ha verificado que la empresa GNLC no cumplió con lo dispuesto en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución, en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2017 de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, toda vez que se ha corroborado que incumplió con la ejecución de las instalaciones contempladas en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, de acuerdo con el detalle establecido en el Informe Técnico N° 90-2019-OS/DSR, conforme se describe a continuación:

- i. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Gasoductos de Acero** contemplado en el Plan Anual 2017.
- ii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Tubería de Conexión de Acero** contemplado en el Plan Anual 2017.
- iii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Gasoductos de Polietileno** contemplado en el Plan Anual 2017.
- iv. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Tubería de Conexión de Polietileno** contemplado en el Plan Anual 2017.
- v. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de ERP** contemplado en el Plan Anual 2017.
- vi. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Válvulas** contemplado en el Plan Anual 2017.
- vii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Hot Tap** contemplado en el Plan Anual 2017.
- viii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Cruce de Vías** contemplado en el Plan Anual 2017.
- ix. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de otras Obras Especiales** contemplado en el Plan Anual 2017.

En efecto, GNLC no cumplió con ejecutar el Plan Anual 2017 de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, según se evidencia en el siguiente cuadro que muestra el nivel de ejecución del citado instrumento:

PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2017 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado	No ejecutado por GNLC	% de Incumplimiento
Acero	Gasoducto	m	54,311	36,610.01	67.41%
	Tubería de Conexión	m	284	192.21	67.68%
Polietileno	Gasoducto	m	857,463	338,432.39	39.47%
	Tubería de Conexión	m	73	44	60.27%
Estaciones Regulación	ERP	U	10	7	70.00%
Obras Especiales	Válvulas	U	306	28	9.15%
	Hot Tap	U	15	8	53.33%
	Cruce de Vías	U	15	12	80.00%
	Otras	U	11	6	54.55%

4.2. Análisis de los descargos presentados por la empresa:

4.2.1. Sobre el Plan Anual 2017:

A efectos de proceder con el análisis de los descargos formulados por GNLC, es importante desarrollar los aspectos relevantes (obligación, supervisión, infracción y fiscalización) que sustentan el procedimiento administrativo sancionador del Plan Anual 2017.

a) De la obligación:

La ejecución del Plan Anual 2017, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, es una obligación de GNLC, conforme a los términos expresados por el organismo regulador en el ejercicio de sus funciones y, además, de acuerdo a lo que dispone el Reglamento de Distribución, disposición que se aplica desde el día siguiente de su publicación.

En efecto, a través del artículo 5 del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, publicado el 17 de junio de 2015, se modificó el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, estableciéndose que los **Planes Anuales son de obligatorio cumplimiento por parte del concesionario**, los cuales serán presentados por éste y aprobados por Osinergmin **respecto de años calendario y detallando las zonas donde se ejecutarán las obras**, dispositivo que se aplica desde el día siguiente de su publicación conforme dispone el artículo 39⁷ del Decreto Supremo N° 017-2015-EM.

En ese sentido, y sin perjuicio del análisis que pudiera efectuarse respecto del Plan Quinquenal en las vías correspondientes, **a partir del 18 de junio de 2015, los Planes Anuales que presente el concesionario hasta la primera quincena de diciembre de cada año⁸ serán aprobados por Osinergmin y su ejecución será de obligatorio cumplimiento.**

Bajo este marco normativo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, **se aprobó el Plan Anual 2017** para la concesión de gas natural por red ductos de Lima y Callao **-que presentó GNLC con fecha 15 de diciembre de 2016-, estableciéndose las diversas instalaciones que el concesionario debía ejecutar al 31 de diciembre del año 2017, conforme a la obligación de ejecutar los Planes Anuales que establece el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM**, las cuales se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro de Instalaciones aprobadas del Plan Anual 2017⁹

Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado
Acero	Gasoducto	m	54,311
	Tubería de Conexión	m	284
Polietileno	Gasoducto	m	857,463
	Tubería de Conexión	m	73
Estaciones Regulación	ERP	U	10
	City Gate	U	1

⁷ Decreto Supremo N° 017-2015-EM

"Artículo 39.- Vigencia

El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano."

⁸ Cabe indicar que los Planes Anuales, antes y a partir de la publicación del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, se presentan a Osinergmin dentro de la primera quincena de diciembre conforme se observa a continuación:

TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, antes del Decreto Supremo N° 017-2015-EM

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

(...)

d) Aprobación:

(...)

El Concesionario, dentro de la primera quincena de diciembre, remitirá el Plan Anual a la DGH y al OSINERGMIN.

(...)"

TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, a partir del Decreto Supremo N° 017-2015-EM

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

(...)

d) Aprobación:

(...)

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. (...)"

⁹ Expresado en totales por tipo de instalación.

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 907-2019-OS/OR LIMA SUR

Obras Especiales	Válvulas	U	306
	Hot Tap	U	15
	Cruce de Vías	U	15
	Cruce de Ríos	U	1
	Otras	U	11

Conforme al cuadro mostrado, las instalaciones que se aprobaron en el Plan Anual 2017, para su debida ejecución por parte de GNLC, se establecieron en unidades de medida (metros o unidades), siendo que de acuerdo con la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, las instalaciones señaladas se aprobaron de la siguiente manera:

- **Tipo y Cantidad de Instalaciones:** En el Plan Anual 2017 se contempló: i) el tipo de instalaciones específicas que GNLC debía construir - cada grupo (gasoducto, tubería de conexión, estaciones de regulación y obras especiales) y subgrupo (acero, polietileno, estación de regulación, city gate, válvulas, cruces de ríos, hot tap y cruces de vías) señalados en el cuadro anterior-, así como ii) la cantidad de dichas instalaciones.
- **Zonas específicas:** Además de lo descrito en el párrafo anterior, en el Plan Anual 2017 se contempló el detalle de las instalaciones que se debían ejecutar en cada subgrupo en función de iii) zonas específicas, de conformidad con el artículo 63c del Reglamento de Distribución, estableciéndose de este modo el tipo y número de instalación que GNLC debía construir por cada distrito que forma parte de la concesión, conforme se detalla a continuación:

DISTRITO	ACERO (m)		POLIETILENO (m)		ERPs y CITY GATES (u)		OBRAS ESPECIALES (u)			
	Gasoductos	Tuberías Conexión	Gasoductos	Tuberías Conexión	ERPs	City Gates	Válvulas	Hot Tap	Cruce Vías	Cruce Ríos
ATE	4726	50	84334	-	-	-	18	9	12	-
CALLAO	3421	20	11473	-	2	-	7	7	3	-
CARMEN DE LA LEGUA	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-
CARABAYLLO	5106	160	-	-	-	-	5	1	3	-
COMAS	7597	30	114709	-	1	-	93	5	14	1
INDEPENDENCIA	1336	-	117751	-	-	-	87	1	9	-
LIMA	1801	21	-	-	-	-	3	1	-	2
PUENTE PIEDRA	11821	256	110248	-	-	-	48	1	4	-
SAN MARTIN DE PORRES	7156	25	136292	-	1	-	35	4	10	-
SANTA ANITA	1559	38	99900	-	-	-	60	3	12	-
VILLA EL SALVADOR	1353	-	134032	-	-	-	78	-	5	-
CHILCA	3229	53	-	-	2	-	2	-	-	-
LOS OLIVOS	826	-	6740	-	-	-	3	1	1	-
LURIGANCHO	1698	55	-	-	-	-	9	4	4	-
LURÍN	-	-	928	19	-	-	5	-	-	-
SAN VICENTE DE CAÑETE	6 330	-	76728	-	1	1	41	-	-	-
CHORRILLOS	2175	28	-	-	-	-	2	1	3	-
BELLAVISTA	46	-	-	-	-	-	-	2	-	-
EL AGUSTINO	1199	-	-	-	1	-	2	2	2	-
PUEBLO LIBRE	1149	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SAN BORJA	240	9	-	-	-	-	1	1	-	-
SAN JUAN DE LURIGANCHO	1533	-	11	-	-	-	2	2	2	-
SAN JUAN DE MIRAFLORES	-	-	665	-	-	-	-	-	-	-
SAN MIGUEL	74	14	-	-	-	-	1	5	3	-
VILLA MARIA DEL TRIUNFO	170	12	25331	-	-	-	12	-	2	-
SAN ANTONIO	1618	43	-	-	-	-	1	-	-	-
VENTANILLA	-	-	676	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	66163	814	919818	19	8	1	515	52	89	3

FUENTE: Cuadro N° 1, 2, 3, 4 y 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.

Por lo expuesto, **la ejecución del Plan Anual 2017 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, es una obligación de GNLC de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM (obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado).** De esta manera, cada unidad de medida de cumplimiento se evalúa en los términos específicos expresados y no únicamente en función de la inversión global efectuada, como equivocadamente señala GNLC.

b) De la Supervisión:

La supervisión realizada a la obligación establecida en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución, de ejecutar el Plan Anual aprobado, ha concluido que GNLC no ha ejecutado las instalaciones contempladas en el Plan Anual 2017 en los términos aprobados.

Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el literal d) artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, **la ejecución del Plan Anual aprobado es una obligación a cargo de GNLC, por lo que resulta materia de supervisión por parte de Osinergmin el cumplimiento del Plan Anual 2017 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, de acuerdo con el artículo 31 del Reglamento General de Osinergmin N° 054-2001-PCM¹⁰, concordante con el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹¹, que señala que **la función supervisora de Osinergmin comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como de cualquier mandato o resolución emitida por el propio Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas**; facultad de supervisión -de la obligación de cumplir con la ejecución del Plan Anual aprobado- que se afirma de forma expresa en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM¹².**

En este contexto, transcurrido el año 2017, Osinergmin procedió con la supervisión de la obligación establecida en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, emitiendo el Informe Técnico N° 90-2019-OS/DSR -que forma parte integrante del Informe de Instrucción N° 129-2019-OS/OR LIMA SUR que obra en el expediente del presente procedimiento-, en el que recoge el detalle del cumplimiento del Plan Anual 2017 de acuerdo a los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD,

¹⁰ Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

"Artículo 31.- Definición de Función Supervisora

La función supervisora permite a OSINERG **verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las ENTIDADES y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERG o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la ENTIDAD supervisada.**
(...)"

¹¹ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

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

a) Función supervisora: comprende **la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador** o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
(...)"

¹² TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, modificado del Decreto Supremo N° 017-2015-EM

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

d) Aprobación:

(...)

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. (...)"

modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, respecto a **las instalaciones que GNLC debía ejecutar durante el año 2017 por i) tipo; ii) cantidad; y iii) zona específica**, obteniendo el siguiente nivel de cumplimiento de ejecución del Plan Anual 2017:

PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2017 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado	No ejecutado por GNLC	% de Incumplimiento
Acero	Gasoducto	m	54,311	36,610.01	67.41%
	Tubería de Conexión	m	284	192.21	67.68%
Polietileno	Gasoducto	m	857,463	338,432.39	39.47%
	Tubería de Conexión	m	73	44	60.27%
Estaciones Regulación	ERP	U	10	7	70.00%
Obras Especiales	Válvulas	U	306	28	9.15%
	Hot Tap	U	15	8	53.33%
	Cruce de Vías	U	15	12	80.00%
	Otras	U	11	6	54.55%

De lo expuesto se observa que **de la supervisión realizada a la obligación establecida en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución, de ejecutar el Plan Anual aprobado, Osinergmin ha verificado que GNLC no ha ejecutado las instalaciones contempladas en el Plan Anual 2017** de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.

c) **De la Infracción:**

El incumplimiento de la obligación establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, de ejecutar el Plan Anual aprobado, califica como conducta infractora administrativa sancionable por "No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual", tipificación incorporada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD.

En efecto, **el incumplimiento de la obligación establecida en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, de ejecutar el Plan Anual aprobado, ha sido previsto como un supuesto de infracción administrativa sancionable ("No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual")**, tipificada en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aplicable a la industria del Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS-CD, modificada por **Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD**; tipificación que ha sido dictada por Osinergmin dentro de los alcances de la Ley Complementaria para el Fortalecimiento Institucional de Osinergmin - Ley N° 27699¹³, por el cual el **Consejo Directivo del Osinergmin tiene la facultad de tipificar -así como de graduar las sanciones, por- los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas por incumplir las disposiciones legales y técnicas, así como las dictadas por el propio Organismo Regulador, como la disposición establecida en el artículo 63c del Reglamento de Distribución (obligación de ejecutar el Plan Anual 2017).**

¹³ Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinergmin - Ley N° 27699

"Artículo 1.- **Facultad de Tipificación**

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

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

Conforme a lo antes señalado, y considerando que -de acuerdo a lo indicado en el literal anterior- **de la supervisión realizada a la obligación establecida en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución, de ejecutar el Plan Anual aprobado, Osinergmin ha verificado que GNLC no ha ejecutado el Plan Anual 2017** de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, **la conducta de GNLC se subsume en el supuesto de infracción administrativa sancionable de “No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual”**, tipificada en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aplicable a la industria del Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS-CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD.

d) De la Fiscalización:

Osinergmin inició el presente procedimiento administrativo sancionador, por el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución, de ejecutar el Plan Anual aprobado, al haberse verificado que GNLC no ejecutó el Plan Anual 2017, imputando la comisión de la infracción administrativa sancionable por “No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual”.

Al respecto, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 36 del Reglamento General de Osinergmin N° 054-2001-PCM¹⁴, concordante con el literal d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹⁵, **la función fiscalizadora y sancionadora de Osinergmin comprende la facultad de imponer sanciones a las entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales o técnicas, así como respecto a las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por el propio Organismo Regulador**; por lo que, **Osinergmin cuenta con facultades para determinar la comisión de la infracción y sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63c del Reglamento de Distribución (obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado).**

Bajo esta facultad, y en observancia del Principio al Debido Procedimiento, a efectos de **determinar la comisión de la infracción y sancionar -de ser el caso- el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63c del Reglamento de Distribución (obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado)**, a través del Oficio N° 147-2019-OS/OR LIMA SUR, notificado el 23 de enero de 2019, se informó a GNLC -a fin de que formule sus descargos- **el inicio del procedimiento administrativo sancionador, al haberse detectado que no cumplió con lo establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución de Gas Natural al haberse verificado que no ha cumplido con el Plan Anual 2017 en los términos aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD**, lo que constituye un supuesto

¹⁴ Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

“Artículo 36.- Definición de la Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite a OSINERG imponer sanciones a las ENTIDADES que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, **así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por OSINERG.**

(...)”

¹⁵ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - Ley N° 27332

“Artículo 3.- Funciones

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

(...)

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende **la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia** por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (...)”.

Cabe señalar que esto es concordante con el numeral 4.4 del artículo 4 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, que señala lo siguiente:

“Artículo 4.- Definiciones

Para los fines del presente Reglamento, los siguientes términos se definen como:

4.4 Función fiscalizadora y sancionadora

Comprende la **facultad de determinar la comisión de conductas tipificadas como infracciones administrativas y, de ser el caso, imponer la sanción correspondiente.** Abarca el inicio del procedimiento administrativo sancionador por parte del órgano instructor hasta la resolución de segunda y última instancia administrativa.

(...)”.

de infracción administrativa sancionable por ***“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual”***, señalada en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aplicable a la industria de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS-CD, ***modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD.***

De lo desarrollado anteriormente se colige **(i)** que la ejecución del Plan Anual 2017, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, es una ***obligación*** de GNLC, conforme lo dispone el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM; **(ii)** que en base a dicha obligación, Osinergmin realizó la ***supervisión*** correspondiente, verificando que GNLC no ha ejecutado el Plan Anual 2017 de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD; **(iii)** que, asimismo, el incumplimiento de dicha obligación, ha sido previsto como un supuesto de ***infracción*** administrativa sancionable por ***“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual”***, tipificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD; **(iv)** que, en razón a lo anterior, se inició a GNLC el presente procedimiento administrativo ***sancionador***, imputándose la comisión de la infracción tipificada antes indicada (***“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual”***, tipificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD por el incumplimiento), por el incumplimiento de la obligación establecida en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM (***ejecutar el Plan Anual aprobado***), al haberse verificado que GNLC no ha cumplido con el Plan Anual 2017 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.

4.2.2. Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador (ver numeral 3.1 de la presente resolución)

Con relación a lo alegado por GNLC en el numeral 3.1 de la presente resolución, ***el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante la LPAG) ha establecido de forma expresa y clara que ante la declaración de caducidad de un procedimiento administrativo sancionador, el órgano competente se encuentra facultado para “iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador” -que en estricto es distinto a “reiniciar el procedimiento declarado caduco” como refiere GNLC-, requiriendo como única condición que “la infracción no hubiera prescrito”***¹⁶.

La figura de la ***“caducidad del procedimiento”*** recogida en la LPAG tiene como efecto jurídico la ***terminación formal del procedimiento***, es decir, que al vencimiento del plazo previsto en la ley se genera la restricción de realizar alguna actuación procedimental dentro del procedimiento caduco (procediéndose a su archivo); mas ***no se ha previsto como efecto jurídico de la caducidad del procedimiento la extinción de la acción de la Administración para ejercitar las potestades sancionadoras conferidas por ley*** (efecto que lo distingue de la figura de la prescripción) ***ni se ha previsto un pronunciamiento implícito de fondo sobre la materia fiscalizada*** (como ocurre en la figura del silencio administrativo); por el contrario, ***la LPAG ha conferido a la figura de la “caducidad del procedimiento” el efecto de mantener intacta la acción de la Administración para ejercitar las potestades sancionadoras -en tanto no haya vencido el plazo de prescripción-*** lo cual se evidencia en sus disposiciones legales cuando señala que ***“el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo***

¹⁶ El artículo 259 de la LPAG señala expresamente que:

“2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

(...)

*4. En el supuesto que **la infracción no hubiera prescrito**, el órgano competente evaluará el **inicio de un nuevo procedimiento sancionador**. El procedimiento caducado administrativamente **no interrumpe la prescripción**.*

*5. La declaración de la caducidad administrativa **no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización**, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. Asimismo, **las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes** durante el plazo de tres (3) meses adicionales **en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador**, luego de lo cual caducan, pudiéndose disponer nuevas medidas de la misma naturaleza en caso se inicie el procedimiento sancionador.”*

procedimiento sancionador”, “la declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización” o “las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador”.

En ese sentido, lo argumentado por GNLC respecto a que la caducidad genera como consecuencia intrínseca que cualquier derecho que incurra en ella sea totalmente extinto, resulta contrario a lo dispuesto en la LPAG, careciendo de todo fundamento legal.

4.2.3. Sobre la cuestión previa de la aplicación de reglas del Plan Quinquenal a los Planes Anuales desconociendo la vigencia de reglas aplicables a los Planes Anuales y la validez del Plan Anual aprobado (ver numeral 3.2 de la presente resolución)

Con relación a la cuestión previa planteada por GNLC en el primer párrafo del numeral 3.2 de la presente resolución, debe señalarse que ***la concesionaria intenta eliminar del análisis la existencia del Plan Anual 2017 aprobado por Osinergmin -a pesar que el presente procedimiento administrativo sancionador tiene como objeto la verificación del incumplimiento de dicho Plan Anual- y considerar que lo único existente es el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018, cuestionándose -en otras palabras- la validez del Plan Anual 2017,*** lo cual no tiene asidero fáctico ni jurídico, ya que -conforme se ha desarrollado con mayor amplitud en el numeral 4.2.1 de la presente resolución- ***el Plan Anual 2017 sí existe (fue aprobado por el Consejo Directivo de Osinergmin y publicado el 23 de febrero de 2017, resultando un acto plenamente válido y vigente) y tiene una regulación especial, recogida inicialmente en el Decreto Supremo N° 017-2015-EM y posteriormente en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD que lo aprobó,*** todo ello partiendo de la propuesta formulada y presentada por GNLC a Osinergmin.

En efecto, conforme se ha indicado en el numeral 4.2.1 de la presente resolución, el Plan Anual 2017 ha sido aprobado por el Consejo Directivo de Osinergmin mediante ***la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, considerándose válida y plenamente vigente, en tanto que el mismo Consejo Directivo o autoridad jurisdiccional no hayan dispuesto lo contrario;*** sin embargo GNLC pretende -equivocadamente- desconocer la validez del Plan Anual 2017 (para el concesionario no existe el Plan Anual), para afirmar la no retroactividad del Decreto Supremo N° 017-2015-EM tomando como elemento de análisis al Plan Quinquenal (el Plan Quinquenal 2014-2018 es anterior al Decreto Supremo N° 017-2015-EM) y no al Plan Anual (el Plan Anual 2017 es posterior al Decreto Supremo N° 017-2015-EM), ***teniendo el argumento de GNLC como objetivo eliminar del análisis al Plan Anual y desviar el análisis hacia el Plan Quinquenal*** (instrumento que no es objeto del presente procedimiento administrativo sancionador, cuyo alcance -en la obligatoriedad- es objeto de supervisión y fiscalización en otro procedimiento), ***lo cual implicaría desconocer la validez del Plan Anual aprobado por Osinergmin, así como la regulación especial emitida (Decreto Supremo N° 017-2015-EM y la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD) y la clara obligatoriedad que se ha establecido en dicha regulación especial,*** con la consecuente sanción en caso de incumplimiento. Cabe señalar que ***los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o desconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlo,*** ello con el propósito de ***asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público;*** por lo que no resulta admisible que en un procedimiento administrativo sancionador -que tiene como objeto verificar el cumplimiento de las obligaciones- se pretenda que la administración pública deje de aplicar los actos dictados por la administración pública (Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD), así como las disposiciones legales vigentes (Decreto Supremo N° 017-2015-EM), cuya invalidez, ilegalidad o inconstitucionalidad no ha sido declarada por órgano competente.

Debe añadirse a lo antes señalado que, ***el Plan Anual tiene características particulares que justifican su autonomía, así como su validez y vigencia:***

- (i) **La funcionalidad del Plan Anual de Inversiones:** El Plan Anual sirve para establecer las zonas específicas en las que se desarrollarán en determinado año calendario (***anualidad***) las redes que brindarán acceso al servicio público de gas natural a los consumidores, especialmente a los

residenciales; lo cual difiere del Plan Quinquenal, que -existiendo un Plan Anual aprobado- sirve principalmente para establecer metas quinquenales (**quinquenio**) de desarrollo de inversiones. En ese sentido, pretender que el Plan Anual tiene una suerte de naturaleza accesoria, significaría medrar contra el derecho de acceso a los consumidores, ya que el Plan Anual resulta una garantía para el cumplimiento de la finalidad pública de dar cobertura a la necesidad de acceso al servicio público de gas natural a la población de escasos recursos.

- (ii) **La forma especial de aprobación del Plan Anual de Inversiones**: El Plan Anual de Inversiones que aprueba Osinergmin, deriva -previamente y de manera distinta al Plan Quinquenal- del desarrollo de un procedimiento con distintas etapas (entre otras, presentación de propuesta, observaciones, publicación de aprobación, reconsideración y absolución de reconsideración) en las cuales intervienen el propio concesionario y Osinergmin, con funciones y participaciones particulares, con facultades, requisitos y exigencias preestablecidas, todo lo cual denota que para formar la decisión de Osinergmin de aprobar el Plan Anual de Inversiones, se requiere una serie de requisitos y condiciones previas establecidos en el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, por lo que **resulta sujeto a la razón que -debido al proceso estructurado para la aprobación- el cumplimiento de la ejecución del Plan Anual de Inversiones sea exigible y no se encuentre expuesto a la sola voluntad de una persona** -más aún si esta persona es el monopolista de un servicio público, cuyos intereses particulares y posición de dominio en el mercado pueden afectar el interés general plasmado en el Plan Anual de Inversiones-, pues lo contrario implicaría atribuir efectos irrisorios (desproporcionalmente menores) al desarrollo estructurado de la voluntad de aprobación.

Asimismo, debe señalarse que **la regulación aplicable al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 no es aplicable al Plan Anual 2017 ya que éste tiene una regulación propia (para Planes Anuales)**. En efecto, **la afirmación de GNLC referente a que los Planes Anuales se rigen por la regulación vigente a la aprobación del Plan Quinquenal al que corresponden** (a fin de concluir que al no aplicarse al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 el artículo 63c del Reglamento de Distribución en los términos modificados por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, la obligación -prevista en el referido decreto- de ejecutar el Plan Anual aprobado no resultaría aplicable al Plan Anual 2017), **no se encuentra contenida en una norma jurídica del Reglamento de Distribución o en otro dispositivo normativo aplicable a la industria del gas natural**; por el contrario, el artículo 109 de la Constitución Política del Perú señala que **“la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”**, observándose que en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 017-2015-EM (disposición relativa a la vigencia del referido decreto) no se ha establecido disposición que postergue su vigencia en todo o en parte, por lo que las normas jurídicas que allí se establecen son de obligatorio cumplimiento desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial -publicación realizada el 17 de junio de 2015- conforme a la carta magna, aplicándose inmediatamente a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia el Decreto Supremo N° 017-2015-EM (es decir desde el 18 de junio de 2015 hasta su derogación).

En ese sentido, **a partir del 18 de junio de 2015, el nuevo régimen jurídico para los Planes Anuales que establece el Decreto Supremo N° 017-2015-EM (modificando el literal d del artículo 63c del Reglamento de Distribución), consistente en la incorporación de la aprobación administrativa por parte del Organismo Regulador de los Planes Anuales (en años calendario y detallando las zonas donde se ejecutarán las obras), así como la obligación de ejecutar tales instrumentos, aparejando consecuencias sancionadoras a su incumplimiento por parte del concesionario, se aplica inmediatamente a los hechos, relaciones y situaciones jurídicas que ocurren mientras tiene vigencia el Decreto Supremo N° 017-2015-EM**, es decir, **la disposición (obligación) de cumplir con el Plan Anual aprobado bajo imposición de sanciones se aplica inmediatamente a los Planes Anuales que Osinergmin apruebe a partir del 18 de junio de 2015, como resulta ser el Plan Anual 2017** aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.

Cabe recalcar que **el Plan Anual es un instrumento que no se origina temporalmente con el Plan Quinquenal de Inversiones ya que no se aprueba junto con éste, sino que se origina en un momento distinto -como se aprecia en el caso del Plan Anual 2017, cuya aprobación se produjo en un momento**

posterior- rigiéndose dicho instrumento, junto con las situaciones y relaciones jurídicas que se deriven de éste, por las normas jurídicas vigentes en el momento que se origina, así como por las normas jurídicas que entren en vigencia durante su ejecución, conforme lo prescribe el artículo 103 y 109 de la Constitución Política del Perú, no resultando jurídicamente lógico pretender que se apliquen normas jurídicas derogadas a hechos, situaciones y relaciones jurídicas que ocurren con posterioridad a la derogación, por lo que no corresponde aplicar al Plan Anual 2017 -y a las situaciones y relaciones jurídicas que se derivan de éste- el anterior literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución derogado por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM; careciendo de asidero legal lo argumentado por GNLC en el primer escrito de descargos.

En conclusión, **la regulación aplicable al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 no es aplicable al Plan Anual 2017, siendo que el régimen jurídico que se aplique al Plan Anual 2017, así como a las situaciones y relaciones jurídicas que se deriven de éste, se encuentra establecido por las normas jurídicas vigentes en el momento que se origina, así como por las normas jurídicas que entren en vigencia durante su ejecución**, como resulta ser el artículo 5 del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, publicado el 17 de junio de 2015 y vigente desde el 18 de junio de 2015 (conforme dispone el artículo 39 del Decreto Supremo N° 017-2015-EM), dispositivo normativo que modificó el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, y estableció que los **Planes Anuales son de obligatorio cumplimiento por parte del concesionario**, los cuales serán presentados por éste y aprobados por Osinergmin respecto de años calendario y detallando las zonas donde se ejecutarán las obras; por lo que el Plan Anual 2017 es de obligatorio cumplimiento.

En ese sentido, con relación a lo alegado por GNLC en el primer y segundo párrafo del numeral 3.2 de la presente resolución, debe afirmarse que **los Planes Anuales sí son autónomos en sí mismos considerando la forma especial de aprobación y la función específica, exclusiva y excluyente que cumplen respecto a otros instrumentos del servicio público de distribución, así como - primordialmente- el régimen legal especial y diferenciado respecto del cual se rigen**, lo que hace advertir con meridiana claridad que los Planes Anuales tienen su propia regulación y por lo que no resulta aplicable al Plan Anual 2017 la regulación del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018¹⁷. Por tanto, **es inaceptable que se pretenda imputar un efecto que no guarda coherencia normativa con los preceptos jurídicos previstos en el artículo 63c) del Reglamento de Distribución, antes y después del Decreto Supremo N° 017-2015-EM.**

4.2.4. Respecto al carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones (ver numeral 3.3. de la presente resolución)

Con relación a lo alegado por GNLC en el primer párrafo del numeral 3.3 de la presente resolución, debe señalarse que -conforme se ha desarrollado en los numerales anteriores- el objeto de fiscalización del presente procedimiento administrativo sancionador es el **incumplimiento del Plan Anual 2017 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados (por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD), de acuerdo a la obligación establecida en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM (obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado)**; y no así la inobservancia de la ejecución del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018, conforme a lo dispuesto por el Organismo Regulador en el artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD (obligación que es materia de fiscalización en otros procedimientos administrativos sancionadores distintos al presente); por lo que **el supuesto carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 que refiere GNLC no es materia de discusión en el caso de autos**, sin perjuicio de las facultades y competencias conferidas a Osinergmin sobre la misma en procedimientos administrativos sancionadores distintos al presente.

En efecto, tal como se indicó en el literal a) del numeral 4.2.1 de la presente resolución, **a través del artículo 5 del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, publicado el 17 de junio de 2015**, se modificó el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, estableciéndose que los **Planes Anuales son de**

¹⁷ Ello al margen de la obligatoriedad que también posee el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018.

obligatorio cumplimiento por parte del concesionario, los cuales serán presentados por éste y aprobados por Osinergmin respecto de años calendario y detallando las zonas donde se ejecutarán las obras, ***dispositivo que se aplica desde el día siguiente de su publicación conforme dispone el artículo 39 del referido Decreto Supremo N° 017-2015-EM***. En ese sentido, ***a partir del 18 de junio de 2015, los Planes Anuales que presente el concesionario hasta la primera quincena de diciembre de cada año serán aprobados por Osinergmin y su ejecución será de obligatorio cumplimiento***; motivo por el cual, ***el Plan Anual 2017*** -presentado por GNLC con fecha 15 de diciembre de 2016 y aprobado por Osinergmin mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD- ***cumple con las condiciones establecidas en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, para la exigibilidad de su ejecución en los términos aprobados***.

Por lo expuesto, el cumplimiento del Plan Anual 2017 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados (por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD) es una obligación clara y específica prevista en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, a raíz de la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, ***no advirtiéndose disposición expresa que condicione o supedite la vigencia de dicho decreto ni la exigibilidad de la obligación que establece (de ejecutar el Plan Anual aprobado)***; por lo que las disposiciones -contenidas en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución- que se encontraban vigentes antes de las modificaciones realizadas por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM -en base a las cuales GNLC alega el supuesto alcance referencial del Plan Quinquenal de Inversiones- no resulta aplicable por la materia ni por el tiempo al Plan Anual 2017 aprobado por Osinergmin, careciendo de asidero legal lo argumentado por GNLC.

Del mismo modo, con relación a lo alegado por GNLC en el segundo párrafo del numeral 3.3 de la presente resolución, corresponde señalar que de la revisión de los documentos citados por GNLC - Informe N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH, la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM y el Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART, a los que hace mención GNLC para evidenciar el supuesto alcance referencial del Plan Quinquenal de Inversiones- se advierte que los mismos ***tienen por objeto demostrar o pronunciarse sobre el -supuesto- carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones y no sobre la exigibilidad ni el cumplimiento de la obligación exigible a GNLC de ejecutar el Plan Anual 2017 aprobado por Osinergmin***, siendo necesario recalcar que no es objeto de discusión del presente procedimiento administrativo sancionador la exigibilidad de la obligación dispuesta por el Organismo Regulador de ejecutar el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018, sino de la obligación de ejecutar el Plan Anual 2017 aprobado por Osinergmin; careciendo de asidero legal lo argumentado por GNLC, ello sin perjuicio de las facultades y competencias conferidas a Osinergmin para evaluar dichos documentos -en caso sean citados- en procedimientos administrativos sancionadores distintos al presente en los que se fiscalice el cumplimiento de la ejecución del Plan Quinquenal de Inversiones.

Por otro lado, con relación a lo alegado por GNLC en el tercer párrafo del numeral 3.3 de la presente resolución, referente a que el carácter referencial del Plan Quinquenal le permitió redistribuir y priorizar sus inversiones en forma diferente a lo aprobado por Osinergmin, privilegiando con ello la conexión de usuarios residenciales a través de la ejecución de redes de polietileno por encima de lo aprobado, resulta necesario señalar que la obligación de ejecutar el Plan Anual 2017, constituye una obligación válida, vigente y exigible conforme se ha desarrollado en los numerales anteriores, siendo esto ***(el cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017)*** la materia del presente procedimiento administrativo sancionador, y no así los efectos del carácter referencial o la exigibilidad de la obligación dispuesta por el Organismo Regulador de ejecutar el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018; careciendo de asidero legal lo argumentado por GNLC. Cabe señalar que la aprobación y cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017, ***no es impedimento para que el concesionario construya instalaciones adicionales a las aprobadas en el referido instrumento*** -como las que se indican en el tercer párrafo del numeral 3.3 de la presente resolución, ***que bajo estimación de la empresa contribuyan a la política de masificación del uso del gas natural, sin embargo se debe ser firme en señalar que la realización de estas instalaciones, distintas a las aprobadas de ninguna manera puede significar un eximente para el concesionario respecto de la responsabilidad que tiene de cumplir con el Plan Anual aprobado por Osinergmin y en la forma prevista en los mismos (tipo de instalación,***

cantidad y zona específica), máxime si se toma en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, el Plan Anual detalla la programación de la ejecución de obras que representan una medida concreta de ejecución de la política nacional de masificación del uso del gas natural a nivel residencial, con el objetivo principal de consolidar la expansión del mercado residencial y comercial de gas natural, concentrándose prioritariamente en aquellos usuarios específicos de bajos ingresos, básicamente a los estratos Medio, Medio Bajo y Bajo; razón por la cual **la inobservancia del Plan Anual 2017 -debido a la errada idea de su inexigibilidad bajo el argumento de que la motivación económica individual del concesionario es suficiente para asegurar el nivel de inversiones que prioricen y acelere la política de masificación-, conlleva al incumplimiento de una medida concreta de ejecución de la política nacional de masificación del uso del gas natural a nivel residencial, y por ende a la afectación del interés general**, siendo necesario precisar que la masificación del gas natural para brindar servicio a nivel residencial no solo implica la construcción de redes de polietileno sino que éstas se construyan en aquellas zonas donde la población tiene la expectativa de acceder al servicio público de distribución de gas natural en base a la información brindada por la Administración Pública (en específico, en la publicación de las Resoluciones de Consejo Directivos, junto con los informes técnicos de sustentos y mapas temáticos, que aprueban los Planes Anuales presentados a partir del 18 de junio de 2015), y que se realice la ampliación del Sistema de Distribución a través del desarrollo de city gate, estaciones de regulación, entre otros, que permitan expandir el servicio público a poblaciones más alejadas dentro del departamento de Lima conforme a lo aprobado por Osinergmin.

Finalmente, con relación a lo alegado por GNLC en el cuarto párrafo del numeral 3.3 de la presente resolución, referente a que a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2017-OS/CD el propio Osinergmin ha reconocido la ejecución adecuada de la inversión del período cuestionado no realizando ajuste alguno a la tarifa reconocida; resulta necesario señalar que **no es objeto del presente procedimiento administrativo sancionador la evaluación del saldo de balance de la cuenta de promoción al 06 de febrero de 2017 y la determinación del reajuste tarifario asociado a la Promoción**¹⁸, sobre el cual Osinergmin se ha pronunciado en la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2017-OS/CD y que el concesionario equivocadamente relaciona con el cumplimiento de las obras programadas en el Plan Anual 2017 que deben ser ejecutadas hasta el 31 de diciembre de 2017, **sino el cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017**; careciendo de asidero legal lo argumentado por GNLC.

4.2.5. Respetto a la tipificación de la infracción (ver numeral 3.4 de la presente resolución)

Sobre la tipificación de la infracción, corresponde indicar -en base a lo señalado en los numerales 4.2.1 y 4.2.3 de la presente resolución - que resulta evidente que la conducta infractora imputada al administrado en el Oficio N° 147-2019-OS/OR LIMA SUR (junto con el Informe de Instrucción 129-2019-OS/OR LIMA SUR), y que por tanto es el objeto de fiscalización del presente procedimiento administrativo sancionador, es **el incumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, en lo relativo al**

¹⁸ Cabe señalar que la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2017-OS/CD que refiere GNLC, se ha emitido en base al *Procedimiento de liquidación para el cálculo del factor de ajuste por aplicación del mecanismo de promoción para conexiones residenciales*, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2015-OS/CD, cuyo objeto es el balance y liquidación de la promoción, que permita determinar los ingresos, costos y saldos del Mecanismo de Promoción a que se refiere en el Artículo 112a del Reglamento de Distribución, con la finalidad de calcular el Factor de Ajuste asociado a la Promoción, no teniendo por finalidad realizar la evaluación del cumplimiento de la ejecución del Plan Anual aprobado por Osinergmin; por lo que los pronunciamientos que emita Osinergmin sobre el saldo de balance de la cuenta de promoción para el vigente período tarifario, no determinan la observancia de la obligación exigible de ejecutar el Plan Anual en los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados por Osinergmin. Asimismo, corresponde agregar que el ajuste de la tarifa en razón de la evaluación realizada a la cuenta de promoción (evaluación efectuada en base al procedimiento antes señalado, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2015-OS/CD), es el resultado de la aplicación 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 por Resolución de Consejo Directivo N° 184-2012-OS/CD, procedimiento que no tiene por finalidad realizar la evaluación del cumplimiento de la ejecución del Plan Anual aprobado por Osinergmin sino fijar la metodología para la determinación de variaciones significativas respecto a las bases utilizadas para la aprobación de la Tarifa Única de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos de la Concesión de Lima y Callao, lo cual es totalmente distinto a evaluar la observancia en la ejecución de instalaciones -por tipo, cantidad y zona geográfica- del Sistema de Distribución programadas para un período de 12 meses (como el Plan Anual 2017 aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD), por lo que los pronunciamientos que emita Osinergmin sobre el ajuste de la tarifa reconocida para el vigente período tarifario, no determinan la observancia de la obligación exigible de ejecutar el Plan Anual en los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados por Osinergmin.

cumplimiento del Plan Anual aprobado, al haberse verificado la no ejecución de las instalaciones contempladas en el Plan Anual 2017 en los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, la cual ***se encuentra expresamente prevista -de manera completa y suficiente- en la tipificación de “No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual”***, ya que este tipo infractor sanciona el incumplimiento de las ***disposiciones relativas al Plan Anual*** como resulta ser el Plan Anual 2017 aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.

Ahora bien, con relación a lo alegado por GNLC en el numeral 3.4 de la presente resolución, es preciso indicar que siendo que el argumento expuesto en este extremo por GNLC se refiere a la tipificación de la infracción por el incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones (Resolución de Consejo Directivo N° 117-2015-OS/CD), que no es materia del presente procedimiento, carece de objeto pronunciarse sobre el particular.

4.2.6. Respecto a la vulneración del Principio de Irretroactividad (ver numeral 3.5. de la presente resolución)

Con relación al Principio de Irretroactividad, se debe señalar que el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG, al desarrollar dicho principio establece que ***“Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables (...)”***. En tal sentido, se infringiría el Principio de Irretroactividad cuando se aplique al administrado una disposición sancionadora que no estuviera vigente al momento de incurrir en una conducta a sancionar, lo cual no ha sucedido en el presente caso, ya que ***la obligación y tipificación que sirven de base para el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador se encontraban vigentes a la fecha de la comisión de la infracción (31 de diciembre de 2017)***¹⁹.

En efecto, el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM (publicado el 17 de junio de 2015) y el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, modificada con Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD (publicado el 29 de diciembre de 2016), son disposiciones que recogen, de un lado, ***la obligación exigible (cumplir con la ejecución del Plan Anual aprobado) y, de otro lado, la tipificación y la sanción por el incumplimiento de dicha obligación (no cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual), siendo además -como ya se ha indicado en los numerales 4.2.1 y 4.2.2- disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la comisión de la infracción (31 de diciembre de 2017, considerando que el Plan Anual 2017 estableció las instalaciones -por tipo, cantidad y zonas geográficas- que GNLC debía cumplir a dicha fecha)***.

Por lo anterior, con relación a lo alegado por GNLC en el numeral 3.5 de la presente resolución, es preciso indicar que siendo que el argumento expuesto en este extremo por GNLC se refiere a la aplicación de las disposiciones del Decreto Supremo N° 017-2015-EM al ***Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018***²⁰, lo cual ***no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador*** (el objeto de fiscalización en el presente caso es la ejecución del Plan Anual 2017 aprobado, y no el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018), carece de objeto pronunciarse al respecto.

4.2.7. Respecto a la vulneración del Principio de Seguridad Jurídica (ver numeral 3.6. de la presente resolución)

¹⁹ Esto es concordante con lo expresado en la doctrina que invoca GNLC en su escrito de descargos que señala que las ***“disposiciones sancionadoras solo son aplicables para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos y siempre que estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad”*** (sic).

²⁰ Cabe señalar que la regulación aplicable al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 no es aplicable al Plan Anual 2017, ya que la existencia de una correlación entre el contenido de ambos instrumentos no es sinónimo de homogeneidad respecto al régimen jurídico de los instrumentos, siendo que el régimen jurídico que se aplique a cada uno de estos instrumentos se encuentra establecido por el ordenamiento jurídico vigente, teniendo por lo tanto el Plan Anual su propia regulación; por lo que carece de sustento -conforme ha sido analizada en el numeral 4.2.2 de la presente resolución- la afirmación de GNLC referente a que los Planes Anuales se rigen por la regulación vigente a la aprobación del Plan Quinquenal al que corresponden, a fin de concluir que al no aplicarse al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 el artículo 63c del Reglamento de Distribución en los términos modificados por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, la obligación -prevista en el referido decreto- de ejecutar el Plan Anual aprobado no resultaría aplicable al Plan Anual 2017.

Con relación al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional²¹ ha señalado que el ordenamiento jurídico no es estático sino por el contrario dinámico debido a la constante transformación de la vida en comunidad, por lo que **resultaría contrario al ordenamiento jurídico afirmar que bajo el Principio de Seguridad Jurídica, el Ministerio de Energía y Minas y Osinergmin no puedan -conforme a las funciones y competencias conferidas por ley- emitir disposiciones y/o realizar actuaciones necesarias** ante la realidad cambiante en una industria que además es regulada, y que incluso -bajo una errada idea- se considere que dicha actuación normativa o administrativa pueda afectar la situación jurídica de un administrado, ya que dicha limitación generaría, no solo un deterioro en la calidad de los servicios públicos, sino una insuficiente infraestructura para el crecimiento del servicio y por consiguiente una falta de cobertura en zonas previamente comprometidas.

Así, en el presente procedimiento administrativo sancionador, **se ha dado observancia al Principio de Seguridad Jurídica, ya que al supervisar el cumplimiento del Plan Anual 2017 e iniciar el procedimiento administrativo sancionador para determinar la comisión de su infracción, Osinergmin actuó de forma predecible frente a los supuestos previamente determinados en las disposiciones normativas -Decreto Supremo N° 017-2015-EM- desarrolladas en los numerales anteriores de la presente resolución**, lo cual es concordante con lo expresado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que señala que la Seguridad Jurídica “se define como la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad, pues **permite afirmar la predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho**” (subrayado nuestro). En consecuencia, no se podría afirmar que el Principio de Seguridad Jurídica se vulnera con actuaciones de Osinergmin que son predecibles frente a los supuestos previamente determinados en el ordenamiento jurídico, y menos aún se podría argumentar que por el Principio de Seguridad Jurídica se exija determinadas conductas a Osinergmin basado en supuestos que no se encuentren determinados en el ordenamiento jurídico vigente.

En efecto, el Plan Anual 2017 fue presentado por GNLC y aprobado por Osinergmin tomando en cuenta los supuestos previamente determinados en las modificaciones establecidas mediante el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, dispositivo normativo que establece de forma expresa (clara y precisa) que Osinergmin supervisará el cumplimiento del Plan Anual aprobado y que en caso de incumplimiento de la ejecución del Plan Anual aprobado, el Osinergmin podrá determinar y aplicar las sanciones respectivas, siendo aplicables estas disposiciones al Plan Anual 2017 de acuerdo a lo dispuesto en la norma constitucional, conforme a lo desarrollado en los numerales anteriores, por lo que en este contexto, **era totalmente previsible para el concesionario que Osinergmin iba a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución modificado por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM**, disposición plenamente vigente, por lo que **la emisión del Oficio N° 147-2019-OS/OR LIMA SUR, a través del cual se da inicio al procedimiento administrativo sancionador a efectos de verificar el incumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017, da observancia al Principio de Seguridad Jurídica**.

Asimismo, cabe agregar que **Osinergmin no ha emitido pronunciamiento** que tenga carácter vinculante o alcance general, ni que se configure como disposición de carácter normativo, **menos aún actos o actuaciones** que contengan una declaración de Osinergmin, **que estén destinados a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de GNLC dentro de una situación concreta relativa al cumplimiento del Plan Anual 2017, o que interpreten las disposiciones del Decreto Supremo N° 017-2015-EM (en lo referente a la ejecución del Plan Anual aprobado), en un sentido distinto a la afirmación que es obligación del concesionario ejecutar los Planes Anuales que se aprueben a partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 017-2015-EM (18 de junio de 2015) por aplicación del artículo 63c del Reglamento de Distribución en los términos modificados por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM**; por lo que, conforme se ha desarrollado a lo largo de la presente resolución, **este Organismo Regulador**

²¹ STC N° 0010-2014-AI/TC, fundamento 17:

“(…) la garantía de certeza y predictibilidad del (y en el) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo. En realidad, lo que demanda es que cuando se tenga que modificarlo esta deba necesariamente considerar sus efectos entre sus destinatarios, encontrándose vedado de efectuar cambios irrazonables o arbitrarios”.

no ha proporcionado seguridad al administrado sobre una -errada- situación jurídica de no obligatoriedad del Plan Anual aprobado, más aun si dicha -errada- situación jurídica generaría una afectación al derecho de acceso al servicio de los consumidores (especialmente en aquellos sectores socioeconómicos de escasos recursos económicos ubicados en la ruta de las instalaciones comprometidas) y a los dispositivos normativos que confieren un carácter obligatorio al Plan Anual aprobado, conforme a lo desarrollado en párrafos anteriores, lo que no ha sido ni puede ser amparado por Osinergmin ya que pretender la protección del interés particular a costas de la afectación del interés general no tiene cobertura jurídica.

Por tal motivo, **no resulta diligente que una empresa concesionaria de servicio público de distribución de gas natural por red de ductos, no cumpla con la obligación de ejecutar los Planes Anuales que Osinergmin apruebe a partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 017-2015-EM (18 de junio de 2015), conforme lo dispone el ordenamiento jurídico vigente**, más aún si dicha empresa concesionaria de servicio público de distribución de gas natural por red de ductos desarrolla una actividad económica en posición monopólica (único ofertante del servicio), cuyas actuaciones en el mercado afectan no solo sus intereses sino los derechos e intereses de los usuarios y consumidores del servicio público que presta, por lo que se espera de dicha empresa concesionaria que cuente con la especialización necesaria así como la capacidad técnica, administrativa y financiera que le permita identificar las obligaciones contenidas en las leyes y normas a las que se encuentran sujetas sus actividades. En ese sentido, **aplicando el debido cuidado** de conocimiento y análisis al contenido y alcance de las disposiciones que rigen la actividad de distribución de gas natural por red de ductos (como las disposiciones contenidas en el artículo 63c del Reglamento de Distribución modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM), así como de las facultades que Osinergmin cuenta para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las mismas, **resulta evidente para una empresa concesionaria diligente, la acción sancionadora que Osinergmin iba a adoptar ante la verificación del incumplimiento del Plan Anual aprobado**; por lo que Osinergmin ha actuado de forma previsible con el presente procedimiento administrativo sancionador (que tiene como objeto verificar el incumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017), dando observancia al Principio de Seguridad Jurídica.

Ahora bien, con relación a los argumentos del concesionario planteado en el primer²², segundo²³, tercer²⁴ y cuarto²⁵ párrafos del numeral 3.6 de la presente resolución, es preciso indicar que siendo que los argumentos expuestos en este extremo por GNLC se refieren básicamente al **Plan Quinquenal de Inversiones y al -supuesto- carácter referencial y no obligatorio que dicho instrumento tiene**, se debe reiterar que **no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador la fiscalización del Plan Quinquenal de Inversiones sino el cumplimiento de la ejecución del Plan Anual aprobado**²⁶; por lo que, carece de objeto pronunciarse al respecto, sin perjuicio de dejar a salvo las facultades y competencias conferidas a Osinergmin sobre la misma en procedimientos administrativos sancionadores distintos al presente.

²² Párrafo que se refiere a la -supuesta- legítima y razonable expectativa de que el **Plan Quinquenal de Inversiones es referencial y no obligatorio -y por tanto también el Plan Anual-**, haciendo mención de documentos emitidos por el Ministerio de Energía y Minas y por Osinergmin.

²³ Párrafo que refiere que en el anterior período tarifario 2009-2013 la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural no desconoció **el carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones** iniciando un procedimiento administrativo sancionador.

²⁴ Párrafo que indica que la modificación del artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución -a través del Decreto Supremo N° 017-2015-EM- sólo puede regir para los futuros **Planes Quinquenales de Inversiones**, no siendo admisible la modificación de las reglas bajo las cuales se aprobó la **Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD**, haciendo mención de un documento emitido por el Ministerio de Energía y Minas y por Osinergmin.

²⁵ Párrafo en el que se señala que, a través de los diferentes documentos, el Ministerio de Energía y Minas y Osinergmin se pronunciaron declarando como **referencial el Plan Quinquenal de Inversiones**, lo que generó en GNLC la confirmación de su carácter referencial tanto del Plan Quinquenal como de los Planes Anuales que se derivan de éste, lo cual califica como condición eximente a la responsabilidad de infracciones por error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

²⁶ Cabe reiterar que la regulación aplicable al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 no es aplicable al Plan Anual 2017, ya que la existencia de una correlación entre el contenido de ambos instrumentos no es sinónimo de homogeneidad respecto al régimen jurídico de los instrumentos, siendo que el régimen jurídico que se aplique a cada uno de estos instrumentos se encuentra establecido por el ordenamiento jurídico vigente, teniendo por lo tanto el Plan Anual su propia regulación; por lo que carece de sustento -conforme ha sido analizada en el numeral 4.2.2 de la presente resolución la afirmación de GNLC referente a que los Planes Anuales se rigen por la regulación vigente a la aprobación del Plan Quinquenal al que corresponden, a fin de concluir que al no aplicarse al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 el artículo 63c del Reglamento de Distribución en los términos modificados por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, la obligación -prevista en el referido decreto- de ejecutar el Plan Anual aprobado no resultaría aplicable al Plan Anual 2017.

4.2.8. Sobre la ejecución de una mayor inversión a la aprobada (ver numeral 3.7. de la presente resolución)

De acuerdo con lo señalado en el artículo 63c del Reglamento de Distribución -que prescribe que el Plan Anual se aprobará por Osinergmin detallando las zonas donde se ejecutarán las obras-, con Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, se aprobó el Plan Anual 2017 para la concesión de distribución por red de ductos en Lima y Callao, estableciéndose el tipo y cantidad de instalaciones a ser construidas en el año 2017 por GNLC, ***en función de los distritos que son parte de la concesión a su cargo (zonas geográficas).***

En efecto, las instalaciones que GNLC debía ejecutar para dar cumplimiento al Plan Anual 2017 se encuentran determinadas por tres (3) parámetros: i) tipo; ii) cantidad; y iii) zona geográfica (distrito) donde deben construirse las mismas, por tanto, ***la verificación del cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017 se debe efectuar en base a dichos parámetros***, cuyo análisis y resultado ha sido recogido en el Informe Técnico N° 90-2019-OS/DSR, siendo que el Informe de Instrucción N° 129-2019-OS/OR LIMA SUR, ha plasmado el nivel de cumplimiento del Plan Anual 2017.

En esta línea, con relación al argumento señalado por GNLC en el primer párrafo del numeral 3.7 de la presente resolución, respecto a que no se han considerado todas las inversiones ejecutadas por el concesionario en el año 2017, debe precisarse que siendo que la ejecución del Plan Anual 2017 constituye una obligación que GNLC debe observar en base a los parámetros que de manera conjunta deben confluir para su cumplimiento (tipo, cantidad y zona geográfica), ***para la verificación de su cumplimiento no se puede considerar la construcción en exceso de instalaciones en determinado distrito -en tipo y cantidad de instalación, como podría ser polietileno- o en distrito distinto al considerado dentro del Plan Anual 2017, no pudiendo constituir dichas instalaciones (que no cumplen de manera conjunta con los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados en el Plan Anual 2017) un eximente del concesionario respecto de la responsabilidad que tiene de cumplir con la construcción de las demás obras contempladas en el Plan Anual 2017 y que no han sido cumplidas conforme a los parámetros de i) tipo, ii) cantidad y iii) zona donde deban ser ejecutadas***, según se ha establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución y se ha aprobado en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD y Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, máxime si conforme con lo indicado en el citado artículo 63c del Reglamento de Distribución, ***GNLC no ha planteado a Osinergmin situación alguna que califique como excepción del cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2017 y que haya sido calificado como tal por Osinergmin, lo cual -debe repetirse- no ha ocurrido en el presente caso.***

Con relación al argumento señalado por GNLC en el segundo párrafo del numeral 3.7 de la presente resolución, respecto a que las zonas donde se han ejecutado las obras durante el año 2017 cumplen con los mismos criterios y principios de la política de masificación de uso de gas natural (sectores medio y bajo), se debe señalar -sin perjuicio de reiterar lo indicado en los párrafos anteriores del presente numeral, así como lo señalado en el penúltimo párrafo del numeral 4.2.4 de la presente resolución- que el cuadro alcanzado por el concesionario solo evidencia el reconocimiento de GNLC del incumplimiento del Plan Anual 2017 conforme a los parámetros de i) tipo, ii) cantidad y iii) zona donde deban ser ejecutadas, según se ha establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución y se ha aprobado en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD y Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, ya que en dicho instrumento se aprobó la ejecución de instalaciones para 30 distritos, no observándose en el cuadro alcanzado por GNLC los distritos de Bellavista, Carmen de la Legua, Chilca, Chorrillos, El Agustino, La Perla, Lima, Mi Perú, Pachacamac, San Miguel, Ventanilla, entre otros, en los que se aprobaron instalaciones específicas -no sujetas a la discrecionalidad del concesionario- que buscaban alcanzar la expansión del servicio público (que implica a los sectores medio y bajo).

Cabe señalar que pretender considerar para el cumplimiento del Plan Anual 2017, zonas que no han sido establecidas conforme al literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución y aprobadas en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD y Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD (siendo enfáticos en señalar que no es objeto del presente procedimiento la verificación del cumplimiento de la política energética o política de masificación de uso de gas natural, sino del Plan

Anual 2017), *implicaría atribuir al Concesionario la facultad de sustituir -reemplazar- zonas e instalaciones, es decir modificar unilateralmente el Plan Anual, y con ello la renuncia a la función reguladora de Osinergmin* (lo cual resultaría en una actuación ilegal conforme a lo previsto en el 74.1 del artículo 74 de la LPAG²⁷), así como *la ineficacia -inutilidad- de realizar el proceso de aprobación del Plan Anual y la inexistencia de la obligatoriedad del Plan Anual*, trayendo como consecuencia *la afectación -perjuicio- del derecho de acceder al servicio de gas natural en determinado plazo que de forma concreta y cierta tenía la población de la zonas consideradas en la aprobación del Plan Anual 2017*. De esta manera, lo argumentado por GNLC, carece de todo fundamento legal.

4.3. Determinación de la sanción

Por lo anteriormente expuesto, se evidencia que GNLC no cumplió con lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución en lo relacionado al cumplimiento del Plan Anual 2017 de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, toda vez que se ha corroborado que incumplió con la ejecución de las instalaciones contempladas en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD, conforme se ha detallado en el Informe Técnico N° 90-2019-OS/DSR y en el Informe de Instrucción N° 129-2019-OS/OR LIMA SUR, cuyo nivel de cumplimiento se señala a continuación:

EJECUCIÓN DE INSTALACIONES DEL PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2017 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado	No ejecutado por GNLC	% de Incumplimiento
Acero	Gasoducto	m	54,311	36,610.01	67.41%
	Tubería de Conexión	m	284	192.21	67.68%
Polietileno	Gasoducto	m	857,463	338,432.39	39.47%
	Tubería de Conexión	m	73	44	60.27%
Estaciones Regulación	ERP	U	10	7	70.00%
Obras Especiales	Válvulas	U	306	28	9.15%
	Hot Tap	U	15	8	53.33%
	Cruce de Vías	U	15	12	80.00%
	Otras	U	11	6	54.55%

Al respecto, debe señalarse que el incumplimiento por parte de la empresa GNLC constituye infracción administrativa sancionable por “No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual”, tipificada en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD y modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD, que establece como sanción posible una multa de hasta 10,000 UIT por año. observándose para la determinación de la sanción, entre otros, el Principio de Razonabilidad, de acuerdo con lo recogido en el numeral 1.4 del artículo 1 y numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el numeral 6.2. del artículo 6 del TUO de la LPAG, el cálculo de la multa por el incumplimiento objeto del presente procedimiento se encuentra sustentado en el Informe de Cálculo de Multa N° 482-2019-OS/DSR, que obra en el expediente del presente procedimiento administrativo sancionador, el mismo que se basa en la siguiente fórmula:

$$M^* = \left(\frac{B}{P} \right) * \left(1 + \frac{\sum_i F_i + \dots F_i}{100} \right)$$

²⁷ TUO de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“Artículo 74.- *Carácter inalienable de la competencia administrativa*

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

(...)”

Donde **B** es el beneficio ilícito derivado de la infracción, **p** es la probabilidad de detección de la empresa infractora, y **Fi** son los factores atenuantes y agravantes de la sanción. ($FA = 1 + \sum Fi/100$). Esta fórmula no considera factores por daños potenciales a la vida, ya que se trata de una infracción que no compromete la integridad pública.

En el presente caso corresponde calcular la multa según los resultados obtenidos en el cuadro N° 1 respecto del nivel de incumplimiento del Plan Anual 2017, conforme al siguiente detalle:

Descripción del nivel de incumplimiento del Plan Anual 2017

Ítem	Descripción
1.	Por no haber ejecutado el 67.4% del metrado de gasoductos de acero contemplados en el Plan Anual 2017 (36,610.01 m)
2.	Por no haber ejecutado el 67.7% del metrado de tuberías de conexión de acero contemplados en el Plan Anual 2017 (192.21 m)
3.	Por no haber ejecutado el 39.5% del metrado de gasoductos de polietileno contemplados en el Plan Anual 2017 (338,432.39 m)
4.	Por no haber ejecutado el 60.3% del metrado de tuberías de conexión de polietileno contemplados en el Plan Anual 2017 (44 m)
5.	Por no haber ejecutado el 70% de ERP contempladas en el Plan Anual 2017 (7 ERP)
6.	Por no haber ejecutado el 9.1% de las válvulas contempladas en el Plan Anual 2017 (28 válvulas)
7.	Por no haber ejecutado el 53.3% de los hot tap contemplados en el Plan Anual 2017 (8 hot tap)
8.	Por no haber ejecutado el 80.0% de los cruces de vía contemplados en el Plan Anual 2017 (12 cruces de vía)
9.	Por no haber ejecutado el 54.6% de otras obras especiales contempladas en el Plan Anual 2017 (6 otras obras especiales)

4.3.1. Cálculo del Factor B:

Para el presente caso, en la determinación del Factor **B** se consideró el criterio de costo evitado (CE), que comprende el beneficio que la empresa GNLC obtuvo por no ejecutar el Plan Anual 2017 de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, en los términos establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD: en ese sentido, se plantea un escenario hipotético de cumplimiento en el cual GNLC ejecuta el 100% del citado instrumento en los términos aprobados. En tal sentido, el cálculo obtenido por costo evitado (**Factor B**) asciende a un monto total de S/ 107,599,573.03 (Ciento siete millones quinientos noventa y nueve mil quinientos setenta y tres con 03/100 Soles).

4.3.2. Cálculo del Factor P²⁸

Para la determinación del factor P, corresponde estimar un valor ponderado P a partir de una probabilidad de detección al 100%, toda vez que Osinergmin efectúa la verificación del cumplimiento del Plan Anual respecto de todas las instalaciones contempladas en dicho instrumento, razón por la que el ponderado del factor P es igual a la unidad ($P = 1$).

²⁸ La determinación de la probabilidad de detección y sanción es un aspecto fundamental para el logro de la disuasión efectiva de las infracciones. Para el cálculo de la multa se debe considerar también la probabilidad de detección. Al respecto, si el muestreo es aleatorio, entonces la probabilidad de detección puede ser aproximada tomando en consideración el tamaño de la muestra utilizada en la fiscalización. La probabilidad de detectar un incumplimiento, de un universo "N" reportado por la empresa utilizando un muestreo con tamaño de muestra "n", la probabilidad de detección puede ser aproximada como "n/N". Dammert (OEE), A. y J. Gallardo (2004). *Problemática de la Supervisión de la Calidad del Servicio Eléctrico en el Perú*. Documento de Trabajo N° 6. Oficina de Estudios Económicos – Osinergmin, página 61.

4.3.3. Cálculo del Factor A

Los factores atenuantes y agravantes (F_A) relativos al comportamiento de la empresa se muestran en el Cuadro “Cálculo del Factor A”. Los resultados de la calificación de los agravantes y atenuantes establecen un Factor A estimado de 1.10.

Cuadro N° 6: Cálculo del Factor A

F1	Antecedentes sobre cumplimiento de observaciones	0
F2	Capacidad para afrontar los gastos evitados	10
F_A		1.10

Elaboración: Osinergmin

4.3.4. Cálculo de Multa

Con los valores obtenidos en los numerales 4.3.1., 4.3.2. y 4.3.3. se ha calculado la multa por la comisión de la infracción verificada en el presente procedimiento administrativo sancionador, multa que asciende a 28,520.37 UIT, conforme se detalla a continuación:

Cálculo de la Multa

Descripción	Valor
Beneficio ilícito, setiembre 2018 (US\$)	32,478,967.98
Tipo de cambio promedio (S/. / US\$)*	3,3129
Beneficio ilícito, setiembre 2018 (S/.)	107,599,573.03
Factor P	1
Factor agravantes y atenuantes	1.10
Multa (S/.)	118,359,530.33
UIT 2018 (S/.)	4150
Multa (UIT)	28,520.37

(*) Tipo de cambio promedio en setiembre 2018 (<http://www.sbs.gob.pe>)

Ahora bien, conforme se dispone en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la industria de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD, la imputación contra GNLC es sancionada con una multa cuyo rango máximo es de 10 000 (diez mil) UIT por año, por lo que la sanción que corresponde aplicar por la infracción mencionada no debe exceder el rango de multa establecido, esto es, **10 000 (diez mil) UIT**.

De esta manera, el cálculo de la multa a imponer en el presente caso se detalla en el siguiente cuadro:

N°	Infracción administrativa	Cálculo de la multa para cada incumplimiento
1	Incumplir con lo dispuesto en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2017 de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao en los términos aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.	La multa asciende a 10,000 UIT (Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias).

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 907-2019-OS/OR LIMA SUR

De conformidad con lo establecido en el artículo 13º literal c) de la Ley de Creación de Osinergmin, Ley N° 26734, en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, y modificatorias, en la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

En uso de las atribuciones otorgadas mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2017-OS/CD;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Sancionar a la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, según los valores que se detallan en el siguiente cuadro, las mismas que se encuentran expresadas en UIT:

N°	Infracción administrativa	Cálculo de la multa para cada incumplimiento	Código de Infracción
1	Incumplir con lo dispuesto en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2017 de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao en los términos aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2017-OS/CD.	La multa asciende a 10,000 UIT (Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias).	19-00003978-01

Artículo 2º.- Disponer que el monto de la multa sea pagado en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución. El pago podrá realizarse en las cuentas de Osinergmin disponibles a través de los canales de atención (Agencias y Banca por Internet) del Banco de Crédito del Perú, Interbank, Scotiabank S.A.A. y BBVA Continental. Para tal efecto, se deberá indicar el servicio de recaudación "MULTAS PAS" para el caso del Banco de Crédito del Perú, Interbank, Scotiabank S.A.A., y, en el caso del BBVA Continental el servicio de recaudación "OSINERGMIN MULTAS PAS"; asimismo, deberá indicarse el código de infracción que figuran en la presente Resolución.

«image:osifirma»

Jefe Oficina Regional Lima Sur