

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 3988-2017-OS-OS/OR LIMA SUR

Lima, 02 de noviembre del 2017

VISTOS:

El Expediente N° 201700105497, el Informe de Instrucción N° 1194-2017-OS/OR LIMA SUR de fecha 05 de julio de 2017, el Informe Técnico N° 1593-2017-OS/DSR de fecha 04 de julio de 2017, el Informe de Cálculo de Multa N° 1897-2017-OS/DSR de fecha 04 de agosto de 2017, y el Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR de fecha 04 de agosto de 2017.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES:

- 1.1.** Mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM se aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (en adelante, Reglamento de Distribución), cuyo artículo 63c ***-modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM-*** establece 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.***
- 1.2.** Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, ***se aprobó el Plan Anual 2016*** para la concesión de distribución de gas natural por red ductos de Lima y Callao, cuyo concesionario es la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC).
- 1.3.** A través del Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR, notificado el 06 de julio de 2017, se informó a GNLC el ***inicio de un procedimiento administrativo sancionador***, al haberse detectado que ***no cumplió con lo establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución al no haber ejecutado el Plan Anual 2016 para la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao conforme con los términos indicados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD***, lo que constituye un supuesto de infracción administrativa sancionable por ***“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal y 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.***
- 1.4.** A través del escrito de registro N° 201700105497, recibido el 07 de julio de 2017, GNLC solicitó que se le amplíe el plazo de cinco (5) días hábiles establecido en el Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR para presentar sus descargos, pedido que fue atendido con el Oficio N° 1398-2017-OS/OR LIMA SUR.
- 1.5.** Con escrito de registro N° 201700105497 recibido el 19 de julio de 2017, GNLC presentó sus descargos contra la imputación de ***no haber cumplido con lo establecido en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución de Gas Natural al no haber ejecutado el Plan Anual 2016 para la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao conforme con los términos indicados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, lo que constituye infracción administrativa sancionable por “No cumplir con las normas***

y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal y Plan Anual”, tipificada 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 la Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD**, señalando como cuestión previa que en el presente procedimiento administrativo sancionador -que se refiere al incumplimiento de un Plan Anual-, debe quedar claro que ***los Planes Anuales no son autónomos en sí mismos, y parten de los Planes Quinquenales de Inversión que son propuestos por los Concesionarios y aprobados por Osinergmin***, siendo que necesariamente ***la misma regulación aplicable al Plan Quinquenal de Inversiones del período 2014-2018 es también aplicable a los Planes Anuales de dicho período***.

Asimismo, GNLC formuló sus descargos a las imputaciones relativas al Plan Anual, alegando el carácter referencial del Plan Quinquenal¹, la vulneración del Principio de Irretroactividad², la vulneración del Principio de Seguridad Jurídica³ y la omisión de Obras Ejecutadas por

¹ Respecto al **carácter referencial del Plan Quinquenal**, GNLC -en síntesis- señaló que, de conformidad con lo establecido en el artículo 63c del Reglamento de Distribución vigente al momento de la aprobación del Plan Quinquenal aprobado (2014-2018), este instrumento -entiéndase 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 no ha previsto la obligación del cumplimiento del Plan Quinquenal ni las facultades de supervisión de la autoridad competente. Dicha **característica referencial -según indica GNLC- es reconocida por el Ministerio de Energía y Minas (Informe N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH y Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM) y por Osinergmin (Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART)**, por lo que GNLC alega que resulta contradictorio el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

GNLC indicó que el **carácter referencial 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. Asimismo, GNLC añadió 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 agregó que a través de la **Resolución de Consejo Directivo N° 097-2016-OS/CD** -que hace referencia al año 2015 y no al año 2016- Osinergmin confirma que el **monto de inversión ejecutado en el año 2015 fue cumplido adecuadamente**, concluyendo la inexistencia de reducción de tarifa.

² Respecto a la **vulneración del Principio de Irretroactividad**, GNLC -en síntesis- alegó que recién a partir del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, el siguiente Plan Quinquenal **-y los respectivos Planes Anuales que se deriven de éste-** que presente GNLC y apruebe Osinergmin 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 2016** cuando el Plan Quinquenal que no era ni es de obligatorio cumplimiento y, por tanto, el Plan Anual 2016, no está sujeto a fiscalización ni sanción.

Adicionalmente, GNLC señaló -invocando doctrina jurídica nacional- que Osinergmin también vulnera el principio de irretroactividad al pretender sancionar por una infracción que fue tipificada con posterioridad a la **aprobación del Plan Anual 2016**, esto es, mediante **Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD** publicada el 29 de diciembre de 2016, cuando ya estaba vigente el citado Plan Anual 2016.

³ Respecto a la **vulneración del Principio de Seguridad Jurídica**, GNLC -en síntesis- alegó -invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional- que a través del Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR, se afectó la legítima y razonable expectativa de GNLC de que el Plan Quinquenal 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, Informe Técnico Legal N° 014-2015-MEM/DGH-DNH y Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM), por lo que no es admisible modificar las reglas bajo las cuales se aprobó la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD. Asimismo, GNLC agregó que su expectativa también tiene sustento en la propia actuación del organismo regulador, la que se refleja en la emisión del Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART que sustentó la propuesta normativa de modificación del Reglamento de Distribución y además, en que Osinergmin no desconoció el carácter referencial iniciando un procedimiento administrativo sancionador respecto del período tarifario anterior, en el que se aprobó el Plan Quinquenal 2009-2013 sobre la misma base legal que sirvió para la aprobación del Plan Quinquenal 2014-2018 (artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución).

Finalmente, GNLC señaló que en el supuesto negado que se desestimen sus argumentos y se considere como obligatorio el Plan Quinquenal y **sus correspondientes Planes Anuales**, solicita se archive el presente procedimiento en base a lo dispuesto en el literal e) del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal), toda vez que a través de los diferentes

parte de Osinergmin en el Informe de Instrucción⁴; arribando GNLC a las siguientes conclusiones (las cuales están descritas en la parte final de su escrito):

- El Reglamento de Distribución, en su artículo 63c, establecía el ***carácter referencial que tiene el Plan Quinquenal aprobado, al establecer la obligatoriedad de presentación de los Planes Anuales de Inversiones en los cuales se actualizan los ajustes respectivos.***
- La infracción imputada por la Oficina Regional Lima Sur ***vulnera abiertamente el principio de irretroactividad al pretender imponer una sanción a GNLC por el supuesto incumplimiento del Plan Anual 2016, que no es de obligatorio cumplimiento*** y, por tanto, no está sujeto a fiscalización y sanción.
- Por su parte, continúa GNLC, ***el Ministerio de Energía y Minas también ha establecido claramente el carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones aprobado (y por ende de los Planes Anuales que de éste se deriven), precisando que ello es así pues la normativa vigente no ha previsto la obligación de su cumplimiento*** ni las facultades de supervisión de la autoridad competente.
- En caso se desestimen los argumentos respecto del carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones (y sus correspondientes ***Planes Anuales***), GNLC señala que ***el presente procedimiento administrativo sancionador debe archiversse sobre la base del literal e) del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, toda vez que ha quedado acreditado mediante documentos que Osinergmin y la DGH consideraban el Plan de Inversiones como referencial y, por tanto, no sancionable.***

1.6. A través del Oficio N° 1570-2017-OS/OR LIMA SUR, se remitió a GNLC el Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR -junto con el Informe de Cálculo de Multa N° 1897-2017-OS/DSR-, notificado el día 09 de agosto de 2017, en el cual el órgano instructor concluyó que había quedado acreditado que la empresa concesionaria ***no cumplió con lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2016*** 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° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, lo que constituye infracción administrativa sancionable por ***“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal y Plan Anual”***, tipificada 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 la Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD***, proponiendo la siguiente multa:

N°	Infracción administrativa	Cálculo de la multa para cada incumplimiento
1	<i>Incumplir con lo dispuesto en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2016</i> de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, aprobado por <i>Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD</i> , modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD.	La multa asciende a 10,000 UIT (Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias).

documentos de la DGH y Osinergmin, ambas entidades se pronunciaron declarando como referencial el Plan Quinquenal, lo que generó en GNLC la confirmación de su carácter referencial.

⁴ Respecto a las ***Inversiones Ejecutadas referidas en el Informe de Instrucción***, GNLC -en síntesis- señaló que ha invertido más dinero de lo proyectado en el ***Plan Anual 2016 aprobado***, 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 proporcionada por GNLC respecto al Valor Nuevo de Reemplazo de las inversiones efectuadas al 31 de mayo de 2017, remitida a Osinergmin el 14 de julio de 2017.

- 1.7. Con escrito de registro N° 201700105497 recibido el 15 de agosto de 2017, GNLC presentó sus descargos al informe final de instrucción a que se refiere el numeral anterior.

2. BASE LEGAL:

- 2.1. El literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado -entre otros- por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, establece lo siguiente:

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: El Plan Quinquenal de Inversiones debe ser presentado al MEM en original y copia, con copia al OSINERGMIN, a fin que dicho organismo verifique el cumplimiento de lo señalado en los literales a y b del presente artículo, para lo cual emitirá un informe al respecto. Dicho plan deberá considerar su ejecución y actualización mediante Planes Anuales, cuya ejecución es obligatoria para el Concesionario. (...) <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</u> del Plan Quinquenal o <u>del Plan Anual, el OSINERGMIN podrá determinar y aplicar las sanciones respectivas</u> (...) (el subrayado y sombreado es nuestro)

- 2.2. Cabe indicar que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63c del Reglamento de Distribución, en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2016 de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-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 Quinquenal y 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:

3.1. Respecto a la imputación objeto del Procedimiento Administrativo Sancionador

GNLC hace un cambio en el objeto de imputación entre el **primer escrito de descargos** -escrito de descargos formulados contra el Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR, presentado con fecha 19 de julio de 2017, al cual se refiere el numeral 1.5 de la presente resolución- y el **segundo escrito de descargos** -escrito de descargos formulados contra el Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR, presentado con fecha 15 de agosto de 2017, al cual se refiere el numeral 1.7 de la presente resolución-, ya que **en el segundo escrito no formula sus descargos por el incumplimiento del Plan Anual 2016 aprobado sino -de forma expresa- por el incumplimiento al Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018**, con lo cual las alegaciones de GNLC sobre el carácter referencial del Plan Quinquenal, así como a la vulneración de los principios de irretroactividad,

tipicidad, seguridad jurídica y razonabilidad que se mencionan en ambos escritos, cobran una connotación distinta de un escrito a otro.

Al respecto, en el **segundo escrito de descargos** -escrito presentado con fecha 15 de agosto de 2017, al cual se refiere el numeral 1.7 de la presente resolución- GNLC indica que *“el día 9 de agosto de 2017 hemos sido notificados con el Oficio N° 1570-2017-OS/OR LIMA SUR (...) mediante el cual, se nos traslada el Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR, junto con el Informe de Cálculo de Multa N° 1897-2017-OS/DSR, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Cálidda (...) por, supuestamente, haber incumplido con la ejecución del **Plan Quinquenal de Inversiones** de la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao **correspondiente al año 2016**; obligación dispuesta por la **Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD**, en concordancia con el **artículo 21° del Reglamento General de Osinergmin**, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, lo que constituye un supuesto de infracción sancionable (...) “por no cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al **Plan Quinquenal**”, tipificada en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, **modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 117-2015-OS/CD**” (el sombreado es nuestro).*

A diferencia de lo indicado en el párrafo que antecede respecto del segundo escrito de descargos, en el **primer escrito de descargos** -escrito presentado con fecha 19 de julio de 2017, al cual se refiere el numeral 1.5 de la presente resolución- GNLC indicó que *“el día 6 de julio de 2017 hemos sido notificados con el Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR (...) mediante el cual Osinergmin nos comunicó el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (...) por, supuestamente, haber incumplido lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (...) al **haberse verificado que no se ha ejecutado la totalidad de la inversiones contempladas en el Plan Anual 2016** aprobado por **Resolución Osinergmin N° 111-2016-OS/CD** y modificado por Resolución Osinergmin N° 177-2016-OS/CD, lo que constituye un supuesto de infracción administrativa sancionable por “No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal y **Plan Anual**”, conforme a lo dispuesto en el numeral 4.1.9 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, **modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD**” (el sombreado es nuestro).*

3.2. Respecto al 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 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, **Osinergrmin reconoce el carácter referencial** del Plan Quinquenal de Inversiones. Agrega GNLC que el órgano instructor se equivoca, al mencionar que los documentos antes referidos constituyen una mera opinión no vinculante, ya que los informes resultan ser el sustento de la propuesta y posterior modificación del artículo 63c del Reglamento de Distribución, y que resulta ilegal sostener y desconocer el carácter de fundamentación jurídica de la exposición de motivos de acuerdo al artículo 2 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS.

GNLC indica que el **carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones 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 resulta contradictorio iniciar un procedimiento administrativo sancionador por incumplir los Planes Quinquenales si -a través de un pronunciamiento, sin indicar GNLC elemento que lo identifique- **el propio Osinergrmin ha reconocido la correcta inversión del período cuestionado no realizando ajuste alguno a la tarifa reconocida**, acreditando con ello -según indica GNLC- la inexistencia de un incumplimiento a la normativa vigente⁵.

3.3. Respetto a la Tipificación de la Infracción

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 63 c 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

⁵ Cabe añadir sobre este punto que, en el primer escrito de descargos -escrito presentado con fecha 19 de julio de 2017, al cual se refiere el numeral 1.5 de la presente resolución-, GNLC hizo mención a la Resolución de Consejo Directivo N° 097-2016-OS/CD -que hace referencia al año 2015 y no al año 2016- indicando que a través de dicha resolución Osinergrmin no realiza un reajuste tarifario debido a la verificación de la ejecución adecuada de las inversiones del período.

Distribución mediante Decreto Supremo N° 017-2015-EM, *aprobándose esta tipificación con carácter particular*.

3.4. Respetto a la vulneración del Principio de Irretroactividad

GNLC alega que *recién a partir del Decreto Supremo N° 017-2015-EM, el siguiente Plan Quinquenal de Inversiones que presente GNLC y apruebe Osinergmin serán de obligatorio cumplimiento*⁶, 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 Distribución⁷; 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 de un *Plan Quinquenal de Inversiones que no era ni es de obligatorio cumplimiento y, por tanto, no estaba ni está sujeto a fiscalización y sanción, ya que el Plan Quinquenal era de carácter referencial antes de la modificación realizada por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM*⁸, tal como ha sido reconocido por el Ministerio de Energía y Minas y Osinergmin en el Informe N° 0055-2014-MEM/DGH-DNH, en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 017-2015-EM y en el Informe Técnico Legal N° 512-2013-GART, respectivamente, los cuales GNLC califica de fundamentación jurídica de la modificación efectuada al Reglamento de Distribución, agregando la empresa concesionaria que resulta arbitrario calificar el mismo como opinión no vinculante.

3.5. Respetto a la 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*, 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, el cual -según GNLC- indica que no se puede sancionar la inexecución de las inversiones porque la norma vigente en ese momento establecía que los Planes Quinquenales de Inversión eran referenciales no siendo sancionables, lo que no sólo se circunscribe al Plan Quinquenal de Inversiones 2009-2013, sino a cualquier Plan Quinquenal de Inversiones aprobado hasta antes de la publicación del Decreto Supremo

⁶ Cabe añadir sobre este punto que, en el primer escrito de descargos -escrito presentado con fecha 19 de julio de 2017, al cual se refiere el numeral 1.5 de la presente resolución-, GNLC indicó -a diferencia de lo dicho en el segundo escrito de descargos- que los Planes Anuales se corresponden con el Plan Quinquenal de Inversiones de un determinado periodo tarifario, rigiéndose aquellos por la norma vigente a la aprobación de éste; 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 2016 que no era ni es de obligatorio cumplimiento y, por tanto, no estaba ni está sujeto a fiscalización y sanción por formar parte del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018, el cual era de carácter referencial antes de la modificación realizada por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, tal como ha sido reconocido por el Ministerio de Energía y Minas y Osinergmin, por lo que esta norma -agrega GNLC- está siendo aplicada de manera retroactiva.

⁷ Respecto al Informe N° 014-2015-MEM/DGH-DNH, GNLC cita -entre otros- lo siguiente: "(...) esta modificación normativa será de obligatoria aplicación a todos los Planes Anuales y Quinquenales que se aprueben a partir de la entrada en vigencia de la presente norma. (...) la presente disposición no se aplicará a los Concesionarios que ya tengan aprobados sus Planes Anuales y Quinquenales, consecuentemente no vulneraría el Principio de Irretroactividad de la norma".

⁸ Adicionalmente, sobre el Principio de Irretroactividad, en el primer escrito de descargos -escrito presentado con fecha 19 de julio de 2017, al cual se refiere el numeral 1.5 de la presente resolución-, GNLC señaló que Osinergmin también vulnera el principio de irretroactividad al pretender sancionar por una infracción que fue tipificada con posterioridad a la aprobación del Plan Anual 2016, ya que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD, publicada el 29 de diciembre de 2016, se tipifica como infracción sancionable el incumplimiento de Planes Anuales, cuando ya estaba vigente el Plan Anual 2016.

017-2015-EM), indicando GNLC que no resulta válido y suficiente restar valor a los documentos emitidos por el Ministerio de Energía y Minas y Osinergmin con la indicación que son facultativos, ya que son vinculantes en la medida que son el sustento y fundamentación jurídica de la modificación del Reglamento de Distribución efectuada por el Decreto Supremo N° 017-2015-EM.

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, argumenta GNLC que en el supuesto negado que se desestimen sus argumentos y se considere como obligatorio el Plan Quinquenal de Inversiones, solicita se archive el presente procedimiento en base a lo dispuesto en el literal e) del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el cual señala como ***condición eximente 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 de la DGH 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.

3.6. Respetto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

GNLC manifiesta que Osinergmin no ha tenido en consideración las otras obras e instalaciones ejecutadas más allá de lo proyectado en el Plan Quinquenal de Inversiones, por lo que citando doctrina nacional y jurisprudencial del Tribunal Constitucional señala que no se han valorado todos los elementos vinculados al hecho por el cual se le pretende sancionar, mencionando que en el caso de las redes de polietileno el referido plan establece como obligación para el tercer año instalar 919,819 metros -siendo esta mencionada meta la prevista en el Plan Anual 2016 y no la del año 2016 del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 como indica GNLC-, sin embargo la empresa concesionaria refiere que se ha instalado 1'311,643.8 metros de redes de polietileno, por lo que no ha dejado de realizar obras o ejecutar instalaciones a fin de obtener un beneficio económico, agregando GNLC que ***no existe costo evitado*** al haberse ejecutado otras obras adicionales, de alto impacto social, como la expansión de redes de polietileno para los usuarios residenciales de bajos recursos, para lo cual adjunta un cuadro con la información de las valorizaciones de las instalaciones del Plan Quinquenal de Inversiones, ***cuyo detalle muestra una comparación de lo aprobado en el Plan Anual 2016 y lo ejecutado en el año 2016***⁹.

⁹ Cabe añadir sobre este punto que, en el primer escrito de descargos -escrito presentado con fecha 19 de julio de 2017, al cual se refiere el numeral 1.5 de la presente resolución-, GNLC indicó que ha invertido más dinero de lo proyectado para el año 2016 (adjuntando un cuadro comparativo entre el Plan Anual 2016 aprobado y lo ejecutado en el año 2016), 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 proporcionada por GNLC respecto al Valor Nuevo de Reemplazo de las inversiones efectuadas al 31 de mayo de 2017, remitida a Osinergmin el 14 de julio de 2017.

3.7. Solicitud de uso de la palabra

GNLC solicita que se le conceda el uso de la palabra a fin de exponer los argumentos de hecho y de derecho que sustentan su recurso de apelación.

4. ANÁLISIS:

4.1. Hecho acreditado:

Es necesario precisar que, contrariamente a lo señalado por el concesionario en su escrito de descargo al Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR presentado con fecha 15 de agosto de 2016, la imputación efectuada en el Informe de Instrucción 1194-2017-OS/OR LIMA SUR y que por tanto es materia del presente procedimiento administrativo sancionador es el incumplimiento al Plan Anual 2016 -y no el incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018-, al haberse 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 2016 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° 111-2016-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, de acuerdo con el detalle establecido en el Informe Técnico N° 1593-2017-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 2016.
- ii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Gasoductos de Polietileno** contemplado en el Plan Anual 2016.
- iii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Tuberías de Conexión de Acero** contemplado en el Plan Anual 2016.
- iv. **GNLC no ha ejecutado al 100% el metrado de Tuberías de Conexión de Polietileno** contemplado en el Plan Anual 2016.
- v. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Válvulas** contemplado en el Plan Anual 2016.
- vi. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Hot Tap** contemplado en el Plan Anual 2016.
- vii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Cruce de Vías** contemplado en el Plan Anual 2016.
- viii. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de Cruce de Ríos** contemplado en el Plan Anual 2016.
- ix. **GNLC no ha ejecutado al 100% el número de ERP** contemplado en el Plan Anual 2016.
- x. **GNLC no ha ejecutado al 100% el City Gate** contemplado en el Plan Anual 2016.

En efecto, GNLC no cumplió con ejecutar el Plan Anual 2016 de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, según se evidencia en el siguiente cuadro que muestra el nivel de ejecución del citado instrumento:

PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2016 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado	Ejecutado	% Ejecución

Gasoducto	Acero	m	66,163	23,984	36.3%
	PE	m	919,818	639,992	69.6%
Tubería de Conexión	Acero	m	814	170.53	20.9%
	PE	m	19	0	0.0%
Estaciones Regulación	ERP	U	8	0	0.0%
	City Gate	U	1	0	0.0%
Obras Especiales	Válvulas	U	515	382	74.2%
	Cruce de Ríos	U	3	0	0.0%
	Hot Tap	U	52	10	19.2%
	Cruce de Vías	U	89	9	10.1%
	Otras	U	--	--	--

4.2. Análisis de los descargos presentados por la empresa:

4.2.1. Sobre el Plan Anual 2016

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 2016.

a) De la obligación:

La ejecución del Plan Anual 2016, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, es una obligación de GNLC, conforme lo 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 39¹⁰ del 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 año¹¹ serán aprobados por Osinergmin y su ejecución será de obligatorio cumplimiento.***

¹⁰ 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.”

¹¹ 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.

Bajo este marco normativo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, **se aprobó el Plan Anual 2016** para la concesión de gas natural por red ductos de Lima y Callao **-que presentó GNLC con fecha 15 de diciembre de 2015¹²-, estableciéndose las diversas instalaciones que el concesionario debía ejecutar al 31 de diciembre del año 2016, 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 2016¹³

Grupo	Sub grupo	Unidad	2016 (Unidades)
Gasoducto	Acero	m	66,163
	PE	m	919,818
Tubería de Conexión	Acero	m	814
	PE	m	19
Estaciones de Regulación	ERP	U	8
	City Gate	U	1
Obras Especiales	Válvulas	U	515
	Cruce de Ríos	U	3
	Hot Tap	U	52
	Cruce de Vías	U	89
	Otras	U	0

Conforme al cuadro mostrado, las instalaciones que se aprobaron en el Plan Anual 2016, 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° 111-2016-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, las instalaciones señaladas se aprobaron de la siguiente manera:

- **Tipo y Cantidad de Instalaciones:** En el Plan Anual 2016 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.

(...)"

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. (...)"

¹² El cual fue posteriormente actualizado mediante documentos S/N recibidos los días 12 y 19 de febrero de 2016.

¹³ Expresado en totales por tipo de instalación.

- **Zonas específicas:** Además de lo descrito en el párrafo anterior, en el Plan Anual 2016 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 y 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD.

Por lo expuesto, **la ejecución del Plan Anual 2016 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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).**

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 2016 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 2016 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD, de acuerdo con el artículo 31 del Reglamento General de Osinergmin N° 054-2001-PCM¹⁴, 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 Públicos¹⁵, 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-EM¹⁶.***

En este contexto, transcurrido el año 2016, 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° 1593-2017-OS/DSR -que forma parte integrante del Informe de Instrucción N° 1194-2017-OS/OR LIMA SUR que obra en el expediente del presente procedimiento-, en el que recoge el detalle del cumplimiento del Plan Anual 2016 de acuerdo a los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, respecto a ***las instalaciones que GNLC debía ejecutar durante el año 2016 por i) tipo; ii) cantidad; y iii) zona específica***, obteniendo el siguiente nivel de cumplimiento de ejecución del Plan Anual 2016:

¹⁴ 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.
(...)”*

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:

*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;
(...)”*

¹⁶ 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. (...)”

PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2016 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado	Ejecutado	% Ejecución
Gasoducto	Acero	m	66,163	23,984	36.3%
	PE	m	919,818	639,992	69.6%
Tubería de Conexión	Acero	m	814	170.53	20.9%
	PE	m	19	0	0.0%
Estaciones Regulación	ERP	U	8	0	0.0%
	City Gate	U	1	0	0.0%
Obras Especiales	Válvulas	U	515	382	74.2%
	Cruce de Ríos	U	3	0	0.0%
	Hot Tap	U	52	10	19.2%
	Cruce de Vías	U	89	9	10.1%
	Otras	U	--	--	--

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 2016** de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-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 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, ha sido previsto como un supuesto de infracción administrativa sancionable (“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal y 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° 27699¹⁷, 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**

¹⁷ 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.

(...)”.

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 2016).

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 2016** de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, **la conducta de GNLC se subsumiría 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 2016, 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-PCM¹⁸, 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 Públicos¹⁹, **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,

¹⁸ 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.
(...)”

¹⁹ 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.

(...)”.

Osinerghmin 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° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR, notificado el 06 de julio de 2017, 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 no haber ejecutado el Plan Anual 2016 conforme con los términos indicados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD**, lo que constituye un supuesto de infracción administrativa sancionable por ***“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal y 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 2016, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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, Osinerghmin realizó la supervisión correspondiente, verificando que GNLC no ha ejecutado el Plan Anual 2016 de acuerdo con los términos aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-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 ejecutado el Plan Anual 2016 de acuerdo con los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados en la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD.

4.2.2. Respecto a la imputación objeto del Procedimiento Administrativo Sancionador (ver numeral 3.1. de la presente resolución)

Con relación a lo alegado por GNLC en el primer párrafo del numeral 3.1 de la presente resolución, debe reiterarse -tal como se ha señalado en el numeral anterior, así como en los antecedentes de la presente resolución- que ***el presente procedimiento administrativo sancionador tiene como objeto de fiscalización el incumplimiento de la obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado (obligación establecida en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM) y no así el incumplimiento de la obligación de ejecutar el Plan***

Quinquenal 2014-2018 (obligación dispuesta por el Organismo Regulador en el artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD), como equivocadamente refiere la empresa concesionaria.

En efecto, tal como se desprende del Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR -que se menciona en el numeral 1.3 de la presente resolución-, **en el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador se imputó a GNLC** la comisión de la infracción administrativa sancionable por **“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual”** (Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD), por el incumplimiento de la **obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado** (literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM), al haberse verificado que **no se ha ejecutado el Plan Anual 2016 conforme con los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados** (Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD); obligación incumplida y tipificación imputada que -con detalle- también se observa en el contenido del Informe de Instrucción N° 1194-2017-OS/OR LIMA SUR que se notificó junto con el oficio bajo mención.

En ese mismo sentido, de la revisión del Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR, notificado mediante Oficio N° 1570-2017-OS/OR LIMA SUR -que se hace referencia el numeral 1.6 de la presente resolución- se aprecia que el órgano instructor al finalizar la instrucción concluyó que había quedado acreditado que la empresa concesionaria **no cumplió con lo dispuesto en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificada por Decreto Supremo N° 017-2015-EM**, en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual aprobado (**obligación**) al haberse verificado la **no ejecución de las instalaciones contempladas en el Plan Anual 2016** en los términos aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD (**conducta infractora cometida**), afirmando el órgano instructor que tal conducta califica como una 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 Multas y Sanciones aplicable a la industria de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD (**infracción típica incurrida**).

De lo anterior, se aprecia con claridad que **en el presente procedimiento administrativo sancionador** la **obligación** (ejecutar el Plan Anual aprobado, establecida en el literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución, modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM), la **conducta infractora cometida** (no ejecutar el Plan Anual 2016 conforme con los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD) y la **infracción típica incurrida** que se **imputó a GNLC** (“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al (...) Plan Anual”, incorporada por la Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD en 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), **se circunscribe únicamente al cumplimiento del Plan Anual 2016 aprobado (por la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD) y no sobre la observancia del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018**, cuya obligación (ejecutar el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018, dispuesta por el Organismo Regulador en el artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD, en concordancia con el artículo 21° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM) y tipificación (“No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Quinquenal”, incorporada por

la Resolución de Consejo Directivo N° 117-2015-OS/CD en la Tipificación y Escala de Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 388-2007-OS/CD) tienen un fundamento y referencia legal diferentes a los tratados en el presente procedimiento.

Por tal motivo, ***corresponde a este Órgano Sancionador -en observancia del Principio de Congruencia, conforme del Principio del Debido Procedimiento- determinar la comisión y -de ser el caso- la imposición de la sanción únicamente por la conducta de no ejecutar el Plan Anual 2016 aprobado -y no sobre la no ejecución del Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018- conforme a la imputación formulada en el inicio del procedimiento administrativo sancionador por parte del órgano instructor -imputación que también se aprecia en el cierre de la instrucción-; careciendo de sustento legal que GNLC indique en el introito de su segundo escrito de descargos -escrito presentado con fecha 15 de agosto de 2017, al cual se refiere el numeral 1.7 de la presente resolución, como descargos al Informe Final de Instrucción N° 816-2017-OS/OR LIMA SUR- una imputación distinta a la formulada por Osinergmin en el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.***

4.2.3. Respecto al carácter referencial del Plan Quinquenal de Inversiones (ver numeral 3.2. de la presente resolución)

Con relación a lo alegado por GNLC en el primer párrafo del numeral 3.2 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 de la ejecución del Plan Anual 2016 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados (por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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 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 2016 -presentado por GNLC con fecha 15 de diciembre de 2015 y aprobado por Osinergmin mediante Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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, la ejecución del Plan Anual 2016 en los términos -tipo, cantidad y zona específica- aprobados (por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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 2016 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 3.2 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 2016 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 2016 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 3.2 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 2016, 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 2016²⁰)*** la materia del presente

²⁰ Cabe señalar que la aprobación y cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2016, no es impedimento para que el concesionario construya instalaciones adicionales a las aprobadas en los referidos instrumentos, 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 los instrumentos aprobados por Osinergmin y en la forma prevista en los mismos (tipo de instalación, cantidad y zona específica en el caso del Plan Anual), 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 aprobadas en el Plan Quinquenal de Inversiones (y en ese sentido el Plan Anual programa obras que representan una medida concreta de ejecución de la política nacional de masificación del uso del gas natural a nivel residencial, ya que se considera en la elaboración y aprobación del Plan Quinquenal la Resolución Ministerial N° 533-2012-MEM/DM y el Plan de Acceso Universal a la Energía 2013-2022, con el objetivo principal de consolidar la expansión del mercado residencial y comercial de gas natural, concentrándose

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.

Finalmente, con relación a lo alegado por GNLC en el cuarto párrafo del numeral 3.2 de la presente resolución, referente a que resulta contradictorio iniciar un procedimiento administrativo sancionador por incumplir los Planes Quinquenales si -a través de un pronunciamiento, sin indicar GNLC elemento que lo identifique- el propio Osinergmin ha reconocido la correcta inversión del período cuestionado no realizando ajuste alguno a la tarifa reconocida, acreditando con ello -según indica GNLC- la inexistencia de un incumplimiento a la normativa vigente; resulta necesario señalar que no es objeto del presente procedimiento administrativo sancionador la correcta ejecución de las instalaciones aprobadas en el Plan Quinquenal de Inversiones, ni de los ajustes tarifarios²¹ sobre los cuales Osinergmin se haya pronunciado y que -a criterio del concesionario- se relacionen con el cumplimiento del Plan Quinquenal, sino ***el cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2016***; careciendo de asidero legal lo argumentado por GNLC²².

4.2.4. Respecto a la tipificación de la infracción (ver numeral 3.3 de la presente resolución)

Sobre la tipificación de la infracción, corresponde indicar -en base a lo señalado en los numerales 4.2.1 y 4.2.2 de la presente resolución- que resulta evidente que la conducta infractora imputada al administrado en el Oficio N° 1473-2017-OS/OR LIMA SUR (junto con el Informe de Instrucción 1194-2017-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 a la ejecución del Plan Anual aprobado, al haberse verificado la no ejecución de las instalaciones contempladas en el Plan Anual 2016*** en los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, la cual ***se***

prioritariamente en aquellos usuarios de bajos ingresos, básicamente a los estratos Medio, Medio Bajo y Bajo); razón por la cual la inobservancia del Plan Anual 2016, conlleva al incumplimiento de una medida concreta de ejecución de la política nacional de masificación del uso del gas natural a nivel residencial (como resultan ser las instalaciones que se aprueban en el Plan Quinquenal de Inversiones, y que termina programando el Plan Anual que aprueba Osinergmin), 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 ejecución de redes de polietileno sino la ampliación del Sistema de Distribución a través del desarrollo de redes de acero, 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.

²¹ Cabe señalar que el ajuste de la tarifa 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 2016 aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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.

²² Sobre lo indicado en la cita de pie de página 5 de la presente resolución (argumentado por GNLC en el primer escrito de descargos), es preciso reiterar lo indicado en el anterior cita de pie de página (21) en el sentido que los pronunciamientos que emita Osinergmin sobre el ajuste de la tarifa reconocida para el vigente período tarifario (2014-2018), no determinan la observancia de la obligación exigible de ejecutar el Plan Anual 2016 en los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados por Osinergmin mediante Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD; careciendo de fundamento lo señalado por GNLC en el primer escrito de descargos, más aún si en la Resolución de Consejo Directivo N° 097-2016-OS/CD -que cita GNLC- se evalúan las variaciones significativas hasta el año 2015 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 2014-2018, no guardando relación temporal con el Plan Anual 2016 aprobado.

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 2016 aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD.

Ahora bien, con relación a lo alegado por GNLC en el numeral 3.3 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.

4.2.5. Respecto al Principio de Irretroactividad (ver numeral 3.4 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 2016)***²³.

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 de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, 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)***²⁴ y, de otro lado, ***la tipificación y la sanción por el***

²³ Esto es concordante con lo expresado en la doctrina que invoca GNLC en su segundo escrito de descargos (al igual que en el primer 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).

²⁴ Sobre lo indicado en la cita de pie de página 6 de la presente resolución (argumentado por GNLC en el primer escrito de descargos), 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 2016), corresponde señalar que tal afirmación de la empresa concesionaria 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 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, tales disposiciones (obligación de ejecutar el Plan Anual aprobado bajo imposición de

incumplimiento de dicha obligación (no cumplir con las normas y/o disposiciones relativas al Plan Anual)²⁵, siendo además -como ya se ha indicado- disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la comisión de la infracción (31 de diciembre de 2016, considerando que el Plan Anual 2016 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 3.4 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***, lo cual ***no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador*** (el objeto de fiscalización en el presente caso -como se ha indicado repetidas veces, anteriormente- es la ejecución del Plan Anual aprobado, y no el Plan Quinquenal de Inversiones), carece de objeto pronunciarse al respecto.

4.2.6. Respecto al Principio de Seguridad Jurídica (ver numeral 3.5 de la presente resolución)

Con relación al Principio de Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional²⁶ 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

sanciones) se aplican inmediatamente a los Planes Anuales que Osinergmin apruebe a partir del 18 de junio de 2015, como resulta ser el Plan Anual 2016 aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 111-2016-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-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 2016- rigiéndose entonces por las normas jurídicas vigentes en el momento que se origina, 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 2016 -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.

²⁵ Sobre lo indicado en la cita de pie de página 8 de la presente resolución (argumentado por GNLC en el primer escrito de descargos), referente a que se vulnera el principio de irretroactividad al pretender sancionar por una infracción que fue tipificada con posterioridad a la aprobación del Plan Anual 2016, debe indicarse que -de acuerdo al numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG- el Principio de Irretroactividad se infringe en caso se aplique al administrado una disposición sancionadora que no estuviera vigente al momento de incurrir en una conducta a sancionar; por lo que no resulta amparable el argumento de GNLC que -erradamente- plantea la necesidad de aprobarse la tipificación antes de aprobarse el Plan Anual 2016, sin considerar dicho argumento que el cumplimiento del instrumento y las consecuencias ante posibles incumplimientos no se evalúan durante la aprobación del instrumento o antes del 31 de diciembre de 2016, sino que se realiza el mismo 31 de diciembre de 2016 (fecha máxima de ejecución del instrumento y a la vez fecha de comisión de la infracción), siendo que la tipificación de “No cumplir con las normas y/o disposiciones relativas (...) al Plan Anual”, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 276-2016-OS/CD (publicada el 29 de diciembre de 2016), se encontraba vigente antes de la comisión de la conducta infractora.

²⁶ 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”.

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 2016 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 2016 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 2016 de acuerdo a lo dispuesto en la norma constitucional, conforme a lo desarrollado en el numeral anterior, 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° 1473-2017-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 2016, 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 2016, 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 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, **resulta negligente 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 2016), dando observancia al Principio de Seguridad Jurídica.

Ahora bien, con relación a los argumentos del concesionario planteado en el primer²⁷, segundo²⁸, tercer²⁹ y cuarto³⁰ párrafos del numeral 3.5. 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**; 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.

²⁷ Párrafo que se refiere a la -supuesta- legítima y razonable expectativa de que el **Plan Quinquenal de Inversiones es referencial y no obligatorio**, haciendo mención de documentos emitidos por el Ministerio de Energía y Minas y por Osinergmin.

²⁸ 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.

²⁹ 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 Inversión**, 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.

³⁰ 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, lo cual califica como condición eximente a la responsabilidad de infracciones por error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

4.2.7. Respecto al Principio de Razonabilidad (ver numeral 3.6 de la presente resolución)

De acuerdo con lo señalado en el artículo 63c del Reglamento de Distribución -que indica que el Plan Anual se aprobará por Osinergmin detallando las zonas donde se ejecutarán las obras-, con Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, se aprobó el Plan Anual 2016 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 2016 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 2016 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 2016 se debe efectuar en base a dichos parámetros***, cuyo análisis y resultado ha sido recogido en el Informe Técnico N° 1593-2017-OS/DSR, siendo que el Informe de Instrucción N° 1194-2017-OS/OR LIMA SUR ha plasmado el nivel de cumplimiento del Plan Anual 2016.

En ese sentido, siendo que la ejecución del Plan Anual 2016 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 exceso³¹ 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 2016³², no pudiendo constituir dichas instalaciones (que no cumplen de manera conjunta con los términos -tipo, cantidad y zona geográfica- aprobados en el Plan Anual 2016) un eximente del concesionario respecto de la responsabilidad que tiene de cumplir con la construcción de las demás obras contempladas en el Plan Anual 2016 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° 111-2017-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 117-2017-OS/CD, ***salvo en el supuesto previsto en el mencionado articulado sobre una situación que califique como excepción del cumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2016 y que haya sido calificado como tal por Osinergmin, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.***

³¹ Como es el caso de la construcción de gasoductos de polietileno en los distritos de Ate, Callao, Comas, Independencia, Los Olivos, Lurín, San Juan de Lurigancho, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador y Villa María del Triunfo, en los que si bien GNLC construyó un mayor metrado al establecido, ello no exime a la empresa de su responsabilidad de cumplir con la ejecución del Plan Anual 2016 en los demás distritos que se encuentran contemplados en el citado instrumento y que resultan exigibles, habiéndose verificado el incumplimiento en estos distritos.

Similar situación a la descrita en el párrafo que antecede se presenta respecto a los gasoductos de acero: si bien GNLC construyó gasoductos de acero en los distritos de Los Olivos, Lurigancho y San Borja, superando el metrado establecido en el Plan Anual 2016, el organismo supervisor verificó que en los demás distritos contemplados en el Plan Anual 2016, GNLC no había cumplido con la construcción del tipo y cantidad de instalaciones aprobadas por Osinergmin.

³² En este sentido, la construcción de infraestructura en distritos no contemplados en el Plan Anual 2016 no ha sido considerada como instalación ejecutada para los efectos de la verificación del cumplimiento del Plan Anual, toda vez que no forma parte de las instalaciones establecidas en dicho instrumento, como es el caso de la construcción efectuada por GNLC de gasoductos de polietileno en los distritos de Breña, Carabayllo, Chorrillos, El Agustino, Jesús María, La Molina, Lima, San Borja, San Isidro, San Miguel y Surco; así como de gasoductos de acero en el distrito de Carmen de La Legua.

En este marco jurídico, **resulta razonable que para la determinación de la multa a imponer por el incumplimiento de la ejecución del Plan Anual 2016, se considere como costos incurridos (CI)³³ por GNLC aquellas instalaciones que cumplan con los términos (zona, tipo y cantidad) establecidos en el Plan Anual 2016** aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 111-2017-OS/CD, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, **excluyéndose -consecuentemente- aquellas instalaciones realizadas por GNLC que no se encuentren establecidas para Plan Anual 2016** cuyo incumplimiento se sanciona; criterios que han sido tomados en cuenta en el Informe de Cálculo de Multa N° 1897-2017-OS/DSR, ya que para el cálculo del Costo Evitado (CE), se ha considerado aquellas instalaciones que cumplan con los términos (zona, tipo y cantidad) establecidos en el Plan Anual 2016, lo cual concuerda con el estado de cumplimiento de ejecución de las instalaciones previstas en el Plan Anual 2016 detallado en el Informe de Instrucción N° 1194-2017-OS/OR LIMA SUR, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

EJECUCIÓN DE INSTALACIONES DEL PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2016 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado (Para CTC)	Ejecutado (Para CI)*	No Ejecutado (Para CE)
Gasoducto	Acero	m	66,163	23,984.5	42,178.5
	PE	m	919,818	639,992	279,825
Tubería de Conexión	Acero	m	814	170.53	643.47
	PE	m	19	0	19
Estaciones Regulación	ERP	U	8	0	8
	City Gate	U	1	0	1
Obras Especiales	Válvulas	U	515	382	133
	Cruce de Ríos	U	3	0	3
	Hot Tap	U	52	10	42
	Cruce de Vías	U	89	9	80
	Otras	U	--	--	--

*No se consideran las obras adicionales o en exceso que GNLC haya ejecutado durante el 2016.

Por lo expuesto, **el cálculo de multa propuesto por el órgano instructor cumple con el Principio de Razonabilidad** previsto en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

Con relación a lo argumentado por GNLC en el numeral 3.6 de la presente resolución, referente a que Osinergmin no ha tenido en consideración las otras obras e instalaciones ejecutadas más allá de lo proyectado en el Plan Quinquenal de Inversiones -tomando GNLC cifras (cantidades) distintas a la previstas en el Plan Quinquenal de Inversiones 2014-2018 (correspondiente al año 2016) que se entiende es el centro de todos los argumentos formulados en el segundo escrito de descargos-, corresponde 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 aprobado³⁴**; por lo que, carece de objeto pronunciarse al respecto, sin

³³ Para la determinación de la multa, debe señalarse que Osinergmin utiliza -entre otros elementos de cálculo- el concepto de **costo evitado (CE)**, el cual se obtiene de la suma de **todos los costos que el administrado debió incurrir en un período determinado para dar cumplimiento a una obligación (Costo Total de Cumplir - CTC)** menos los **costos de lo que ha realizado para cumplir con la obligación (Costo Incurrido - CI)**, siendo que para efectos del cálculo del CI se toman en cuenta como costos incurridos únicamente aquellos costos que estén directamente vinculados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente, de acuerdo a los términos de ésta.

³⁴ Sobre lo indicado en la cita de pie de página 9 de la presente resolución (argumentado por GNLC en el primer escrito de descargos),

perjuicio de dejar a salvo las facultades y competencias conferidas a Osinergmin sobre la misma (cumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones) en procedimientos administrativos sancionadores distintos al presente.

4.2.8. Respecto a la solicitud de uso de la palabra (ver numeral 3.7 de la presente resolución)

Respecto a lo solicitado por GNLC en su escrito de descargo, debe indicarse que conforme al artículo 33 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/CD³⁵, no corresponde conceder el uso de la palabra ya que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen elementos suficientes -los cuales han sido puestos en conocimiento del administrado- para que este órgano sancionador emita la presente resolución, habiéndose evaluado los descargos de la empresa concesionaria expresados en el escrito mencionado en el numeral 1.7 de la presente resolución.

4.3. Determinación de la sanción:

En ese sentido, corresponde sancionar a GNLC al haberse acreditado que no cumplió con lo dispuesto en el literal d) del artículo 63 c del Reglamento de Distribución en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2016 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° 111-2017-OS/CD y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2017-OS/CD, conforme se ha detallado en el Informe Técnico N° 1593-2017-OS/DSR y cuyo nivel de cumplimiento se señala a continuación:

EJECUCIÓN DE INSTALACIONES DEL PLAN ANUAL DE INVERSIONES 2016 GNLC					
Grupo	Sub grupo	Unidad	Aprobado (Para CTC)	Ejecutado (Para CI)*	No Ejecutado (Para CE)
Gasoducto	Acero	m	66,163	23,984.5	42,178.5
	PE	m	919,818	639,992	279,825
Tubería de Conexión	Acero	m	814	170.53	643.47
	PE	m	19	0	19
Estaciones Regulación	ERP	U	8	0	8
	City Gate	U	1	0	1
	Válvulas	U	515	382	133

referente a que no se han considerado obras que habrían sido declaradas en el VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) a partir del 07 de julio de 2017, conforme pretende acreditar con el documento presentado a Osinergmin con fecha 14 de julio de 2017, se debe precisar que sin perjuicio de que la información allí señalada trata sobre actualizaciones efectuadas al VNR con fecha posterior a la fecha en la que GNLC tomó conocimiento del presente procedimiento administrativo sancionador y que tal como indica la empresa concesionaria en su descargo, corresponden a actualizaciones de obras ejecutadas al 31 de mayo de 2017, es decir, contienen obras que han sido construidas después del 31 de diciembre de 2016, debe afirmarse que dicho documento no modifica la información referida a las instalaciones construidas por GNLC que cumplan con los parámetros establecidos en el Plan Anual 2016, ya que no añade obras -en tipo y cantidad- que se hayan ejecutado durante y hasta el cierre del año 2016 en los distritos contemplados en el Plan Anual 2016 y que no hayan sido consideradas como cumplidos al 100% en el Informe Técnico N° 1593-2017-OS/DSR; careciendo de fundamento lo señalado por GNLC en el primer escrito de descargos.

³⁵ 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

“Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.”.

	Cruce de Ríos	U	3	0	3
	Hot Tap	U	52	10	42
	Cruce de Vías	U	89	9	80
	Otras	U	--	--	--

*No se consideran las obras adicionales o en exceso que GNLC haya ejecutado durante el 2016.

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 Multas y Sanciones aplicables a la industria de Gas Natural, 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 246 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° 1897-2017-OS/DSR, que obra en el expediente del presente procedimiento administrativo sancionador, el mismo que se basa en la siguiente fórmula:

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

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 2016 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° 111-2016-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD; en ese sentido, se plantea un escenario hipotético de cumplimiento en el cual la empresa 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/ 118,959,436.50 (Ciento dieciocho millones novecientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos treinta y seis con 50/100 Soles).

4.3.2. Cálculo del Factor P

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).

4.3.3. Cálculo del Factor A

Para los ítems 1 y 2, los factores atenuantes y agravantes (**F_A**) relativos al comportamiento de la empresa establecen un Factor *A* estimado de 1.10. Los

resultados de la calificación de los agravantes y atenuantes se muestran en el cuadro “Cálculo del Factor A”.

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. de la presente resolución, se ha calculado la multa por la comisión de la infracción verificada en el presente procedimiento administrativo sancionador, multa que asciende a 32,309.97 UIT.

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 Gas Natural de Lima y Callao S.A. 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 modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2016 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° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD.	La multa asciende a 10,000 UIT (Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias).

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 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 Ordenando de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD y 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° 218-2016-OS/CD y la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2017-OS/CD;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- 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 el valor que se detalla en el siguiente cuadro:

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 3988-2017-OS-OS/OR LIMA SUR

Ítem	Infracción administrativa	Monto de la multa	Código de Infracción
1	Incumplir con lo dispuesto en el artículo 63c literal d) del Reglamento de Distribución modificado por Decreto Supremo N° 017-2015-EM, en lo relacionado a la ejecución del Plan Anual 2016 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° 111-2017-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 177-2016-OS/CD.	La multa asciende a 10,000 UIT (Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias).	17-00105497-01

Artículo 2°.- Disponer que el monto de la multa sea depositado en la cuenta corriente N° 193-1510302-0-75 del Banco de Crédito del Perú o en la cuenta recaudadora del Scotiabank S.A.A. Dicho importe deberá cancelarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente resolución y el código de infracción.

«image:osifirma»

Jefe Oficina Regional Lima Sur