

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 021-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 21 de febrero de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201500143215 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 25 de mayo de 2016 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. - GNLC (en adelante, GNLC), representada por el señor Roberto Franco Gianoli Hanke, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1240-2016-OS/OR-LIMA SUR del 27 de abril de 2016, mediante la cual se la sancionó por incumplir la obligación de suministrar el servicio de gas natural dentro del plazo legal.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1240-2016-OS/OR-LIMA SUR del 27 de abril de 2016, se sancionó a GNLC con una multa total de 6.72 (seis con setenta y dos centésimas) UIT, por incumplir el literal b) del artículo 42° del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM (en adelante, el Reglamento)¹.

En particular, se determinó que GNLC no cumplió con habilitar el servicio de gas natural domiciliario dentro de los sesenta (60) días posteriores a la firma del contrato de suministro a diecisiete (17) usuarios.

Cabe señalar que la infracción antes indicada se encuentra tipificada en los numerales 4.1.1 y 4.1.4 de la Tipificación y Escala de Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, aprobada por Resolución N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución N° 267-2012-OS/CD².



¹ **REGlamento de DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS – DECRETO SUPREMO N° 042-99-EM**

"Artículo 42°.- El Concesionario está obligado a:

(...)

b) Dar servicio a quien lo solicite dentro del Área de Concesión dentro de un plazo no mayor de sesenta (60) días en caso existiera la infraestructura necesaria en la zona, o de doce (12) meses si no la hubiera, siempre que el Suministro se considere técnica y económicamente viable de acuerdo al artículo 63 y al Procedimiento de Viabilidad. Los plazos se computarán a partir de la suscripción del correspondiente contrato.

El Concesionario deberá informar al Consumidor y a OSINERGMIN en caso prevea que los plazos antes señalados para la ejecución de dichas actividades podrían ampliarse por causas que se encuentren fuera de su control, las mismas que deberán ser justificadas.

Cuando el Suministro resulte viable técnicamente pero no económicamente de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 y al Procedimiento de Viabilidad, le asiste al interesado el derecho de poder efectuar aportes o sobrecargos adicionales al Derecho de Conexión que permitan hacer viable económicamente el proyecto de expansión. Dichos aportes o sobrecargos serán reembolsados en la medida que el costo no viable del proyecto sea incorporado y reconocido en la Tarifa de distribución por OSINERGMIN.

En los casos de solicitudes de Suministro para recibir el servicio fuera del Área de Concesión a que se refiere el artículo 64, el Concesionario podrá celebrar convenios con dichos solicitantes y la prestación del servicio requerirá de previa autorización de la DGH.

(...)"

² **TIPIFICACIÓN Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN DE GAS NATURAL - ANEXO 1 - RESOLUCIÓN N° 388-2007-OS/CD MODIFICADA POR RESOLUCIÓN N° 267-2012-OS/CD**

2. Mediante escrito de registro N° 201500143215 presentado el 25 de mayo de 2016, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1240-2016-OS/LIMA SUR, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Existieron situaciones fuera del alcance de GNLC que le imposibilitaron cumplir con la atención oportuna para brindar el servicio, como ocurre con los hechos relacionados a terceros o que son responsabilidad del usuario. Precisa que el literal d) del artículo 71° del Reglamento de Distribución³ establece que la concesionaria no proporcionará el suministro

Rubro	NO CUMPLIR CON LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL SERVICIO DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL Y LÍQUIDOS DE GAS NATURAL, DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL Y LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL SUMINISTRO DE GAS NATURAL		
4	Infracción	Base Normativa	Multa
	4.1 Servicio de Distribución de Gas Natural		
	4.1.1 No cumplir con las obligaciones y responsabilidades a cargo del Concesionario.	Arts. 42° literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), y l), 63°, 63b), 63c), 81°, 188° literal b), y 119° literal b) del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM. Art. 10° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 164-2005-OS/CD. Art. 3° de la R.C.D. N° 754-2007-OS/CD. Art. 4° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 754-2007-OS/CD. Arts. 7° y 13° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 056-2009-OS/CD. Arts. 4°, 5°, 6° y 7° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 204-2009-OS/CD.	Hasta 400 UIT
	4.1.4 No cumplir con las normas relativas al acceso al servicio.	Arts. 8°, 42° literales b) y f), 63a), 65° y 68° del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM. Arts. 4°, 6°, 8° y 9° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 164-2005-OS/CD. Arts. 5° numerales 5.1, 5.3, 5.4, 5.5, 11°, 13° y 14° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 056-2009-OS/CD.	Hasta 120 UIT

³ **REGlamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos – Decreto Supremo N° 042-99-EM**

"Artículo 71°.- La Acometida e Instalaciones Internas se rigen por los siguientes principios:

(...)

d) Seguridad de la Acometida e Instalación Interna

El Concesionario no proporcionará el Suministro si la Acometida y las Instalaciones Internas no reúnen las condiciones de calidad y seguridad que se establecen en el Contrato de Suministro, las presentes normas, y/o demás normas técnicas vigentes, pudiendo requerir al Consumidor la documentación necesaria para evaluar el proceso de ejecución de las instalaciones correspondientes.

En caso de discrepancia con el Concesionario, respecto a las condiciones de calidad y seguridad, el Consumidor podrá acudir a OSINERGMIN, a través de la vía que corresponda, a fin de que resuelva el conflicto, definiendo este organismo si las condiciones de calidad y seguridad son las adecuadas.

Cuando la naturaleza de las instalaciones o equipos del Consumidor que utilicen el Gas Natural sea tal que pueda originar contrapresión o succión en las tuberías, medidores u otros equipos del Concesionario, el Consumidor deberá suministrar, instalar y mantener dispositivos protectores apropiados sujetos a inspección y aprobación por parte del Concesionario.

El Concesionario coordinará con el Consumidor a fin de definir el punto exacto en el cual la tubería del servicio ingresará al inmueble, de manera tal que coincida con la tubería interior.

Las Instalaciones Internas de Gas Natural Seco diseñadas para operar a presiones menores a cuatro (4) bar se regirán por lo dispuesto en la NTP 111.010 Gas Natural Seco "Sistemas de tuberías para Instalaciones Internas industriales" y en la NTP 111.011 Gas Natural Seco "Sistema de tuberías para Instalaciones Internas residenciales y comerciales".

Para los requisitos relacionados con las ventilaciones y la evacuación de los productos de la combustión en Instalaciones Internas residenciales y comerciales se aplicará lo establecido en el Reglamento Nacional de Edificaciones.

Asimismo, se podrá utilizar tuberías multicapa (Pe-Al-Pe y Pex-Al-Pex) construidas y probadas de acuerdo a la Norma Internacional ISO 17484-1, o la que la reemplace, o a su equivalente peruano, la Norma Técnica Peruana NTPISO 17484-1 o la que la reemplace. La instalación de las tuberías multicapa (Pe-Al-Pe y Pex-Al-Pex) se realizará de acuerdo a lo establecido en la respectiva Norma Técnica Peruana vigente.

Las Instalaciones Internas diseñadas para operar a presiones mayores a cuatro (4) bar se regirán por lo dispuesto en las normas internacionales NFPA, ASME, ANSI, ASTM, API en su versión actualizada, en defecto de las Normas Técnicas Peruanas (NTP).

Los planos de las edificaciones deben indicar las líneas de Gas Natural (as built), los Consumidores son responsables de mantener dichos planos disponibles y actualizados en todo momento."

RESOLUCIÓN N° 021-2018-OS/TASTEM-S1

si la acometida e instalaciones internas no cumplen con condiciones de calidad y seguridad, lo que constituye un supuesto de excepción a la obligación de conectar el servicio dentro del plazo de sesenta (60) días.

En su caso, los diecisiete (17) suministros observados no pudieron ser conectados dentro del mencionado plazo por razones ajenas a GNLC, tal y como lo acreditó con las pruebas que adjuntó a su escrito de descargos. Por lo tanto, no puede ser sancionada por hechos que no le corresponden.

Agrega que Osinergmin ha reconocido que el incumplimiento se debió a causas ajenas a GNLC; sin embargo, no la exime de su obligación de instalar el servicio en el plazo de sesenta (60) días en atención a lo establecido en el Reglamento de Distribución. Asimismo, no se han tomado en cuenta las pruebas que presentó, tales como actas de visita que dejan constancia de la ausencia del cliente, solicitudes de más de un punto de instalación, denuncias policiales efectuadas por robo al personal de GNLC. Alega que no se ha tomado en cuenta los Principios de Licitud ni Verdad Material, sino que ha sido sancionada en virtud de una objetividad absoluta que no existe en el procedimiento, la misma que queda desvirtuada por el literal d) del artículo 71° del Reglamento de Distribución.

- b) No se han tomado en cuenta las pruebas que adjuntó a su escrito de descargos, por lo que la primera instancia no ha cumplido con desvirtuar con pruebas fehacientes los hechos materia de sanción. Precisa que no se han analizado sus argumentos referidos a las causas que originaron la demora en la instalación de los diecisiete (17) suministros observados. Alega que la carga de la prueba corresponde al regulador y no al administrado quien no tiene la responsabilidad de probar su propia inocencia. A fin de sustentar sus afirmaciones invoca las Resoluciones Nos. 2192-2004-AA/TC y 06135-2006-PA/TC del Tribunal Constitucional.

En tal sentido, al no existir prueba alguna que evidencie la negligencia de GNLC por no conectar oportunamente el servicio, la primera instancia no puede formular una teoría de imputación ni sancionar por hechos no probados, por lo que se han vulnerado los Principios de Verdad Material y Licitud.

Alega que la primera instancia se ha sustentado en una interpretación literal del artículo 2° del Decreto Supremo N° 029-2013-EM. Por lo tanto, solicita se revoque la resolución apelada, la misma que no cumple con el requisito de la motivación y vulnera el Principio de Licitud.

- c) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que, en su caso, no corresponde aplicar el criterio del costo evitado debido a GNLC no evitó costo alguno, siendo que actualmente los clientes ya se encuentran conectados y utilizando el servicio. Sostiene que incurrió en gastos mayores considerando que ha tenido que acudir en más de una ocasión para conectar a sus clientes lo que generó un doble gasto en personal, tiempo y transporte.

RESOLUCIÓN N° 021-2018-OS/TASTEM-S1

En ese sentido, no evitó costo alguno, sino que, por el contrario, las conexiones que efectuó resultaron más onerosas por causas no imputables a GNLC.

Agrega que la primera instancia no ha fundamentado los montos correspondientes a la afectación que podrían haberse producido en el presente caso, por lo que se ha incurrido en nulidad.

3. Mediante Memorándum N° 20-2016-OS/OR LIMA SUR, recibido el 31 de mayo de 2016, la Oficina Regional Lima Sur remitió los actuados al TASTEM. Al respecto, este Tribunal, luego de la evaluación correspondiente, ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes.
4. En cuanto a lo alegado en el literal a) del numeral 2), en el sentido que GNLC no cumplió con la instalación oportuna del servicio en los diecisiete (17) suministros observados por razones ajenas a su voluntad, debe tenerse presente que la norma invocada por la recurrente, esto es el literal d) del artículo 71° del Reglamento de Distribución, dispone que el concesionario no proporcionará el servicio al consumidor por razones de seguridad de la acometida e instalaciones internas.



En el presente caso, de la revisión de los documentos presentados por la recurrente con sus descargos, se advierte que ninguno de ellos se relaciona con aspectos de seguridad en las instalaciones internas de alguno de los diecisiete (17) clientes que no fueron atendidos oportunamente. En efecto, los documentos en cuestión, obrantes de fojas 33 a 70 del expediente, consisten en diversas denuncias policiales por robo y hurto de materiales y herramientas, así como reportes internos del sistema informático de la recurrente que dan cuenta de la habilitación del servicio. Del mismo modo, a fojas 38 y 39 del expediente obran dos (2) Actas de Atención en Campo de fechas 9 de enero de 2014 y 13 de enero de 2014, correspondiente a la Instalación N° 176437, suscritas por el usuario del suministro. Sin embargo, debe señalarse que conforme con el Cuadro consignado en el numeral 3.4 de la resolución apelada, la fecha de suscripción del contrato del suministro en mención fue el 25 de octubre de 2014, es decir, con posterioridad a las fechas antes indicadas.



En tal sentido, ninguno de los documentos mencionados en el párrafo precedente evidencia que la demora en que incurrió la recurrente para dar atención oportuna a las solicitudes de conexión del suministro se debió a razones de seguridad de la acometida o de las instalaciones internas de sus clientes, tal como se establece en el literal d) del artículo 71° del Reglamento de Distribución invocado por GNLC como eximente de responsabilidad. Debe señalarse que las razones de seguridad contempladas por la norma antes citada están referidas a condiciones seguras de las instalaciones internas o de la acometida, más no a la ocurrencia de hechos delictivos como los robos alegados por la recurrente.

Sin perjuicio de lo antes indicado, resulta oportuno mencionar que la recurrente tampoco acreditó que los hechos que menciona le impidieran atender oportunamente a los diecisiete (17) clientes, hayan sido calificados como de fuerza mayor, conforme lo previsto en el

"Procedimiento de Calificación de Solicitudes de Fuerza Mayor en las Actividades de Transporte y Distribución de Gas Natural", aprobado por Resolución N° 104-2015-OS/CD.

Por lo tanto, se desestima lo alegado en este extremo.

5. Con relación a lo afirmado en el literal b) del numeral 2), en el sentido que la primera instancia no desvirtuó las pruebas referidas a las causas que originaron la demora en la instalación de los suministros observados, debe señalarse que conforme se indicó en el numeral 3.3.1 de la resolución apelada, la primera instancia sí evaluó los medios probatorios presentados por la recurrente consistentes en denuncias policiales por robo de herramientas y reportes diversos, concluyendo que éstos no la eximen de su obligación de cumplir con el literal b) del artículo 42° del Reglamento de Distribución. Ello, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 9° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, concordante con el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-EM, la responsabilidad por el incumplimiento de las normas técnicas y legales del sector y las dictadas por Osinergmin es objetiva.

De otro lado, debe tenerse presente que los hechos imputados fueron verificados conforme se indica en el Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 1350-2015-GFGN/DDCN del 29 de octubre de 2015, obrante de fojas 22 a 24 del expediente, en el que se da cuenta de los diecisiete (17) suministros que no fueron atendidos dentro del plazo de sesenta (60) días según consta en los documentos *"Actas de Inspección de Habilitación – Clientes Residenciales y Comerciales"* y *"Hoja Única de Datos - Contrato de Suministro de Gas Natural"* obrantes de fojas 4 a 20 del expediente, correspondientes a cada uno de los diecisiete (17) casos observados.

En consecuencia, habiéndose acreditado los hechos que motivaron el inicio del presente procedimiento, la primera instancia ha cumplido con evidenciar el incumplimiento imputado, correspondiendo a la recurrente desvirtuar ello, lo que en el presente caso no ocurrió.

Asimismo, en cuanto al artículo 2° del Decreto Supremo N° 029-2013-EM que menciona la recurrente, debe precisarse que de la revisión de la resolución apelada no se desprende que los hechos imputados, así como la sanción impuesta se sustentan en la norma señalada. Cabe indicar que la norma en cuestión modificó la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 009-2012-EM la misma que se refiere al proceso de aprobación del nuevo plan de conexiones de clientes residenciales beneficiados con los gastos de promoción de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao⁴, cuya observancia no ha sido materia del presente procedimiento.

⁴ DECRETO SUPREMO N° 029-2013-EM

"Artículo 2.- Modificación de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 009-2012-EM"

Modifíquese la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 009-2012-EM, por el texto siguiente:

"Cuarta Disposición Transitoria: Mientras dure el proceso de aprobación del nuevo plan de conexiones de clientes residenciales beneficiados con los gastos de promoción correspondientes a la Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, según lo señalado en el artículo 112a del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, el Concesionario continuará con la promoción de clientes residenciales vigente, hasta por un número máximo de 10 000 consumidores residenciales al

Por lo tanto, se desestima lo alegado en este extremo al no haberse vulnerado los Principios de Verdad Material y Licitud.

6. En cuanto a lo afirmado en el literal c) del numeral 2) en el sentido que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad al haberse considerado costos evitados pese a que tuvo que incurrir en mayores gastos al efectuar la instalación de los suministros observados, debe señalarse que de la revisión del expediente no se desprenden medios probatorios que acrediten que efectivamente la recurrente incurrió en los gastos que manifiesta, tales como transporte y personal.

Cabe señalar, tal como se indicó en el numeral 3.8.1 de la resolución apelada, así como en el Informe Técnico de Multa 223-2015-OS-GFGN/DDCN de fecha 30 de diciembre de 2015, a fojas 35 del expediente, que el costo evitado está referido a aquellos costos en que debió incurrirse a fin de cumplir la obligación materia del presente procedimiento. Así, se tomó en cuenta el costo en que habría incurrido la recurrente en el supuesto de contratar un evaluador técnico, así como un ingeniero para la evaluación, revisión y aprobación de cada expediente. Del mismo modo, se consideró gastos en materiales de oficina y gastos administrativos.

Debe tenerse presente que aun cuando la recurrente afirme que cumplió con habilitar el servicio de distribución de gas natural en los diecisiete (17) casos observados, tal como se ha indicado anteriormente, no ha evidenciado los costos en los que habría incurrido para ello, por lo que no se podría sostener que resultan superiores a los calculados por la primera instancia. Asimismo, debe señalarse que aún en el supuesto de haber incurrido en dichos costos -como alega la recurrente- éstos habrían sido desembolsados con posterioridad al vencimiento del plazo para atender las solicitudes de conexión en los diecisiete (17) casos observados siendo que el costo evitado está referido a aquél en que debió incurrirse para cumplir oportunamente con la obligación de habilitar el servicio de distribución de gas natural.

De otro lado, en cuanto a lo señalado respecto a que no se ha sustentado el monto correspondiente a la afectación, debe precisarse que de acuerdo con el numeral 3.8.1 de la resolución apelada, los aspectos considerados para el cálculo de la multa están referidos al beneficio ilícito derivado de la infracción, el cual se relaciona con los costos evitados señalados en los párrafos precedentes, la probabilidad de detección y los factores atenuantes y agravantes. Dichos criterios han sido detallados en la resolución apelada tal como se desprende del citado numeral 3.8.1 así como en el Informe Técnico de Multa 223-2015-OS-GFGN/DDCN y sus anexos, obrantes de fojas 81 a 85 del expediente. Por lo tanto, no se ha considerado el criterio de afectación que señala la recurrente.

En ese sentido, se desestima lo alegado en este extremo.

mes, asumiendo el Concesionario la obligación de conectar a dichos clientes en el plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario de suscrito el contrato de servicio."

RESOLUCIÓN N° 021-2018-OS/TASTEM-S1

De conformidad con el artículo 19º numeral 1 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y modificado por la Resolución N° 075-2015-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. – GNLC contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1240-2016-OS/OR LIMA SUR de fecha 27 de abril de 2016, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2º.- Declarar agotada la vía administrativa.

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




LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE