

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

**SALA 1**

**RESOLUCIÓN Nº 036-2018-OS/TASTEM-S1**

Lima, 03 de abril de 2018

**VISTO:**

El Expediente Nº 201500107505 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 13 de marzo de 2018 por Contugas S.A.C. (en adelante, CONTUGAS), representada por el señor Jancarlos Vega Lugo, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 446-2018-OS/OR ICA del 14 de febrero de 2018<sup>1</sup>, mediante la cual se le sancionó por infringir el literal a) del artículo 54°, así como el literal a) del artículo 57° del Anexo 1 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo Nº 042-99-EM (en adelante, el Reglamento)<sup>2</sup>.

**CONSIDERANDO:**

1. Por Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 446-2018-OS/OR ICA del 14 de febrero de 2018, se sancionó a CONTUGAS con una multa de 2.14 (dos con catorce centésimas) UIT, por incurrir en las siguientes infracciones:

- i) No incluir en el “Manual de Operación y Mantenimiento” el procedimiento de desmontaje de tuberías y accesorios que conectan el sistema de inyección de odorante del City Gate de Humay – Pisco.



<sup>1</sup> Cabe señalar que mediante Resolución Nº 446-2018-OS/OR ICA del 14 de febrero de 2018, la Oficina Regional Ica de Osinergmin emitió nuevo pronunciamiento, según lo dispuesto en la Resolución Nº 081-2017-OS/TASTEM-S1 del 9 de junio de 2017, obrante de fojas 56 a 62 del expediente, a través de la cual se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por CONTUGAS contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Nº 3230-2015 del 29 de diciembre de 2015, en el extremo referido al importe de la sanción impuesta ascendente 2.14 (dos y catorce centésimas) UIT.

En la mencionada Resolución Nº 081-2017-OS/TASTEM-S1, esta Sala señaló que la primera instancia no había cumplido con motivar debidamente el importe de la multa impuesta, por lo que se incurrió en las causales de nulidad previstas en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

<sup>2</sup> **REGLAMENTO DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS - ANEXO I - NORMAS DE SEGURIDAD PARA LA DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS.**

“Artículo 54°. - Antes de iniciar la operación del Sistema de Distribución, el Concesionario debe entregar al OSINERG el Manual de Operación y Mantenimiento, el mismo que deberá elaborarse cumpliendo lo estipulado en la Norma ANSI/ASME B31.8 y debe incluir lo de los trabajos siguiente, sin perjuicio de lo establecido en dicha norma:

- a) Procedimientos e instrucciones detalladas para la operación y mantenimiento del sistema de distribución durante una operación normal.”

“Artículo 57°. - el Concesionario deberá elaborar el Manual de Seguridad del Sistema de distribución, el mismo que deberá ser entregado al OSINERG antes del inicio de la operación del sistema. Este manual deberá ser de conocimiento de todo su personal. Los aspectos mínimos a ser cubiertos son:

- a) El perfil de seguridad de operación y mantenimiento.”

- ii) No incluir en el "Manual de Seguridad" el perfil de seguridad de los trabajos de operación y mantenimiento del procedimiento de desmontaje de tuberías y accesorios que conectan el sistema de inyección de odorante del City Gate de Humay – Pisco.

Cabe señalar que las conductas antes mencionadas se encuentran tipificadas como infracciones administrativas en el numeral 2.14 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/CD<sup>3</sup>.

2. A través del escrito de registro N° 201500107505 del 13 de marzo de 2018, CONTUGAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 446-2018-OS/OR ICA, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Osinergmin interpreta erróneamente el Reglamento al concluir que cada maniobra o acción, por más mínima que sea, y así esté ya recogida dentro de los instructivos de los proveedores, debe estar contemplada en sus manuales, por lo que Osinergmin está actuando de forma irracional y meramente formalista. En ese sentido, precisa que el procedimiento requerido se encuentra en los instructivos del proveedor.

Así, sería ilógico considerar que todos los procedimientos operativos de cada uno de sus proveedores deban de estar previstos en los manuales de CONTUGAS, puesto que ello no es acorde a la dinámica con la que evoluciona el estado del arte técnico y porque quitaría un gran margen de acción al concesionario.

- b) El procedimiento al cual se refiere la norma imputada es relativo a la operación y mantenimiento del sistema de distribución durante una operación normal; mientras que al momento en el cual se produjeron los hechos que motivaron el inicio del presente procedimiento, el City Gate de Humay no se encontraba en una operación normal debido a que contaba con una exención de utilización de odorante autorizada por el Ministerio de Energía y Minas (se adjunta el Oficio 692-2013-MEM/DGH).

En tal sentido, ni el citado City Gate ni las tuberías aledañas venían operando normalmente; por lo tanto, no era obligación de CONTUGAS contar con un procedimiento para el desmontaje de estas instalaciones, motivo por el que se ha vulnerado el Principio de Tipicidad previsto en el inciso 4) del artículo 230° de la Ley N° 27444.

- c) La multa impuesta, basada en el Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 151-2015-OS-GFGN/DDCN, se ha determinado sobre la base de presunciones que difieren de la realidad de los hechos. Asimismo, se considera que CONTUGAS no cuenta con ingenieros, lo cual es

<sup>3</sup> TIPIFICACIÓN Y ESCALA DE SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN DE GAS NATURAL - RESOLUCIÓN N° 388-2007-OS/CD, MODIFICADA POR RESOLUCIÓN N° 267-2012-OS/CD.

N°	Infracción	Base Normativa	Sanción
2.14	No cumplir con las normas sobre programas y/o manuales de operación, seguridad, mantenimiento y demás.	Arts. 13°, 15°, 27°, 54°, 55°, y 57° del Anexo 1 del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM.	Hasta 200 UIT

RESOLUCIÓN Nº 036-2018-OS/TASTEM-S1

falso considerando una remuneración superior al mercado, por lo que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad y Verdad Material.

d) Solicita que se le conceda el uso de la palabra.

3. Mediante Memorándum Nº 20-2018-OS/OR ICA, recibido el 20 de marzo de 2018, la Oficina Regional Ica de Osinergmin remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de la revisión correspondiente ha llegado a las conclusiones que se exponen en los numerales siguientes.
4. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2), corresponde indicar que el numeral 215.3 del artículo 215° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS (en adelante, el TUO de LPAG), dispone que no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma<sup>4</sup>.



Debe tenerse presente que la Resolución de Oficinas Regionales Nº 446-2018-OS/OR ICA del 14 de febrero de 2018 – resolución materia de impugnación – fue emitida en atención a lo dispuesto por esta Sala en la Resolución Nº 081-2017-OS/TASTEM-S1 del 9 de junio de 2017, a través de la cual se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Nº 3230-2015 del 29 de diciembre de 2015 en el extremo referido a la responsabilidad administrativa por los incumplimientos imputados, confirmándose la resolución en mención y declarándose agotada la vía administrativa en tal extremo. Es decir, la responsabilidad administrativa que ahora pretende eludir la recurrente ya fue determinada en segunda y última instancia administrativa, no existiendo mandato judicial que señale lo contrario.



Asimismo, en la Resolución Nº 081-2017-OS/TASTEM-S1 se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por CONTUGAS contra la Resolución Nº 3230-2015 sólo en el extremo referido al cálculo de la multa, toda vez que la primera instancia no había cumplido con motivar debidamente la sanción impuesta, incurriéndose en un vicio de nulidad previsto en el artículo 10° del TUO de la LPAG, por lo que este Órgano Colegiado, en el caso recurrido, emitirá pronunciamiento únicamente respecto a este extremo. Lo cual ha impugnado en su pretensión reseñada en el literal c) del numeral 2) respecto al cálculo de la nueva multa contenida en la resolución emitida por mandato del TASTEM; extremo impugnado que será tratado en el numeral 5) de la presente resolución.

Atendiendo a lo señalado, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en estos extremos.

<sup>4</sup> TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO Nº 006-2017-JUS.

"Artículo 215°.- Facultad de contradicción

(...)

215.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma."

5. Sobre lo alegado en el literal c) del numeral 2), corresponde señalar que al momento de detectarse las infracciones y a la fecha de imposición de la sanción, se encontraba vigente la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, aprobada por Resolución Nº 388-2007-OS/CD, y sus modificatorias, la cual establecía una multa de hasta 200 (doscientas) UIT, por la comisión de los incumplimientos imputados.

De acuerdo a lo previsto en el Principio de Razonabilidad, recogido en el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG<sup>5</sup>, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Además, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiéndose observar los siguientes criterios en orden de prelación, a efectos de graduar la sanción: el beneficio ilegalmente obtenido; la probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; la reincidencia en la comisión de la infracción; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Asimismo, el numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a Cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución Nº 040-2017-OS/CD<sup>6</sup>, dispone que en los casos que corresponde graduar la sanción por haberse establecido un rango en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones, se deben considerar determinados criterios, tales como los enunciados en el párrafo precedente.

<sup>5</sup> **“Artículo 246°.** - Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

**3. Razonabilidad.** - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”

<sup>6</sup> **REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN, RESOLUCIÓN Nº 040-2017-OS-CD.**

**“Artículo 25°.** - Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.
  - b) El perjuicio económico causado.
  - c) Reincidencia en la comisión de la infracción.
  - d) Beneficio ilegalmente obtenido.
  - e) Capacidad económica
  - f) Probabilidad de detección
  - g) Circunstancias de la comisión de la infracción.
- (...).”

RESOLUCIÓN Nº 036-2018-OS/TASTEM-S1

En el caso en concreto, los criterios resolutivos aplicados por la primera instancia se establecieron mediante el Informe Técnico de Cálculo de Multa Nº 151-2015-OS-GFGN/DDCN<sup>7</sup>, el cual sustenta la multa impuesta a la recurrente. Conforme con dicho informe, los criterios específicos referentes para el presente caso son los recomendados en los Documentos de Trabajos Nº 10, 18 y 20 sobre la materia, elaborados por la Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin. De acuerdo con ello, se consideró el beneficio ilícito derivado de la infracción, la probabilidad de detección de la empresa infractora y los factores atenuantes y agravantes.

Respecto del beneficio ilícito (factor B), se ha considerado el costo representado por los salarios de los ingenieros de Mantenimiento, por lo que, dicho beneficio ilícito, actualizado a octubre 2015, asciende a S/. 1 648.89 (Mil seiscientos cuarenta y ocho con 89/100 Soles)<sup>8</sup>.

Asimismo, sobre la determinación de la probabilidad de detección (factor P1), se estimó que es un 20% dado que los proyectos de trabajos no son supervisados en su totalidad por Osinergmin, razón por la cual la probabilidad de detección es igual a 0.2<sup>9</sup>. De otro lado, acerca de los factores atenuantes y agravantes (factor A1), se observa que la primera instancia sustentó los valores asignados, los cuales representan un valor de 1<sup>10</sup>.



<sup>7</sup> Dicho Informe de Cálculo de Multa, el cual sustenta la resolución impugnada, señala que la metodología aplicada es la siguiente fórmula:

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

Donde **B** es el beneficio ilícito derivado de la infracción, **p** es la probabilidad de detección de la empresa infractora, y **F<sub>i</sub>** son los factores atenuantes y agravantes de la sanción.

<sup>8</sup> Cabe señalar que conforme se desprende del Informe de Cálculo de Multa 151-2015-OS-GFGN/DDCN, la fuente de los costos de personal derivados de la infracción es el Salary Pack a febrero de 2015. El valor obtenido se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro Nº 3: Costo Evitado Neto

Beneficio Ilícito producto del Costo Evitado	623.23
Impuesto a la Renta (28%)	174.50
<b>Beneficio Ilícito Neto del Costo Evitado US\$ (Set-2014)</b>	<b>448.73</b>

Elaboración y Fuente: División de Distribución y Comercialización – GFGN – Osinergmin

Debe tenerse presente que el beneficio ilícito neto, es decir después del impuesto a la renta (30%), el valor neto es US\$ 448.73 y actualizada utilizando la tasa mensual del Costo de Oportunidad del Capital (COK), el cálculo del factor B1 es el siguiente:

Cuadro Nº 4: Cálculo del Factor B

Beneficio Ilícito neto después de Impuestos S/. Set-2014)	448.73
COK mensual en distribución	0.9489%
Meses transcurridos de Set-2014 a oct-2014	13
<b>Beneficio Ilícito actualizado US\$ (octubre 2015)</b>	<b>507.35</b>
<b>Tipo de US\$ a Nuevos Soles (octubre 2015)</b>	<b>3.250</b>
<b>Multa por Infracción en Nuevos Soles (octubre 2015)</b>	<b>1648.89</b>

Elaboración: División de Distribución y Comercialización – GFGN - Osinergmin

<sup>9</sup> Detalle contenido en el Anexo Nº 2 del Informe de Cálculo de Multa 151-2015-OS-GFGN/DDCN.

<sup>10</sup> Los resultados de la calificación de los agravantes y atenuantes se encuentran detallados y sustentados en el Anexo Nº 3 del Informe de Cálculo de Multa 151-2015-OS-GFGN/DDCN.

RESOLUCIÓN N° 036-2018-OS/TASTEM-S1

En tal sentido, con el valor de los datos señalados precedentemente se determinó que la multa impuesta por los incumplimientos señalados en el numeral 1) de la presente resolución, asciende a S/. 8 244.44, equivalente a 2.14 (Dos con catorce centésimas) UIT<sup>11</sup>.

En tal sentido, se concluye que la autoridad de primera instancia sí cumplió con sustentar cada uno de los valores conducentes a dichos cálculos, expresando las tasas de actualización aplicables y explicando el modo en que éstos se usaron en la metodología propuesta, por lo que se concluye que se efectuaron respetando el principio de razonabilidad y dentro del marco normativo vigente.



Por tanto, para el TASTEM esta resolución si cumple con lo ordenado –motivar la sanción– por su resolución en el que se declaró la nulidad por falta de motivación de la sanción.

En tal sentido, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

6. En cuanto a lo alegado en el literal d) del numeral 2), debe indicarse que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen elementos suficientes para que esta Sala emita pronunciamiento sobre la materia controvertida que ha sido puesta en su conocimiento habiéndose evaluado los argumentos de la recurrente expresados en su recurso de apelación.



Por lo expuesto, los Vocales que integran este Órgano Colegiado consideran que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por la recurrente.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

#### SE RESUELVE:

**Artículo 1°.** - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Contugas S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 446-2018-OS/OR ICA de fecha 14 de febrero de 2018, y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

<sup>11</sup> En el Cuadro N° 6 del Informe de Cálculo de Multa 151-2015-OS-GFGN/DDCN, se señala lo siguiente:

Cuadro N° 6: Cálculo de la Multa

<i>B</i>	Beneficio Ilícito Obtenido S/ (octubre 2015)	1648.89
<i>P</i>	Probabilidad de detección	0.2
<i>F<sub>A</sub></i>	Factor de Atenuantes y Agravantes	1
<b>Multa por infracción en Soles (octubre 2015)</b>		<b>8244.44</b>
<b>1 UIT</b>		<b>3850</b>
<b>Multa en UIT</b>		<b>2.14</b>

Elaboración: División de Distribución y Comercialización – GFGN – Osinergmin

RESOLUCIÓN N° 036-2018-OS/TASTEM-S1

**Artículo 2°.** - Declarar agotada la vía administrativa.

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



**LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA**  
PRESIDENTE