

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

SALA 1

RESOLUCIÓN Nº 141-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 07 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente Nº 201500106039 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 9 de marzo de 2018 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), representada por el señor Aldo Eduardo Vites Arciniega, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 491-2018-OS/OR LIMA SUR del 19 de febrero de 2018¹, mediante la cual se la sancionó por no cumplir con difundir en su página web el recorrido de las redes existentes y proyectadas que ha considerado ejecutar dentro de sus Planes Anuales de Inversión y su Plan Quinquenal de Inversiones para el periodo 2014-2015, conforme establece el numeral 16.2 del artículo 16° del "Procedimiento de Viabilidad de Nuevos Suministros de Gas Natural", aprobado por Resolución Nº 056-2009-OS-CD (en adelante, el Procedimiento)².



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 491-2018-OS/OR LIMA SUR del 19 de febrero de 2018, se sancionó a GNLC con una multa de 16.20 (dieciséis con veinte centésimas) UIT, por no difundir en su página web el recorrido de las redes existentes y las proyectadas que ha considerado ejecutar dentro de sus Planes Anuales de Inversión y su Plan Quinquenal de Inversiones para el periodo 2014-2015, conforme a lo establecido en el numeral 16.2 del artículo 16° del Procedimiento.



¹ Cabe señalar que mediante Resolución Nº 491-2018-OS/OR LIMA SUR del 19 de febrero de 2018, la Oficina Regional de Lima Sur de Osinergmin emitió nuevo pronunciamiento, según lo dispuesto en la Resolución Nº 107-2017-OS/TASTEM-S1 del 4 de agosto de 2017, obrante de fojas 51 y 53 del expediente, a través de la cual se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por GNLC contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Nº 3172-2015 del 22 de diciembre de 2015, en el extremo referido al importe de la sanción impuesta ascendente 16.20 (dieciséis y veinte centésimas) UIT.

En la mencionada Resolución Nº 107-2017-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.

² **Procedimiento de Viabilidad de Nuevos Suministros de Gas Natural, aprobado por Resolución Nº 056-2009-OS/CD**
"Artículo 16°.- Evaluación de Proyectos Incorporados en la Base Tarifaria.

16.2 En su página Web, el Concesionario deberá difundir el recorrido de las redes existentes como el de las redes proyectadas que ha considerado ejecutar dentro de sus Planes Anuales de Inversiones y su Plan Quinquenal de Inversiones con todos los planos, en una escala que permita visualizar todos los detalles, del recorrido de ductos de gas natural existentes y de todos los Proyectos y zonas geográficas de influencia de dotación de nuevos Suministros.

En los planos indicados, que deberán actualizarse mensualmente, se debe poder apreciar las características técnicas y de operación de las instalaciones y redes de gas natural existentes y los que proyecta instalar el Concesionario anualmente, como son: Tipo de tubería (acero o polietileno), diámetro y espesor de tubería, presión de diseño, presión de operación, capacidad máxima de diseño y capacidad de operación de las redes de distribución de gas natural"

RESOLUCIÓN Nº 141-2018-OS/TASTEM-S1

Cabe señalar que el incumplimiento antes mencionado se encuentra tipificado como infracción administrativa en el numeral 2.6 de la Tipificación y Escala de Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, aprobada por Resolución Nº 388-2007-OS/CD³.

2. A través del escrito de registro Nº 201500106039 de fecha 9 de marzo de 2018, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 491-2018-OS/OR LIMA SUR, solicitando su revocación, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Sostiene que, dado que no se ha incurrido en ninguno de los criterios de graduación que podrían contemplar un perjuicio en mayor grado a GNLC, la primera instancia al momento de determinar la multa se ha centrado básicamente en el beneficio ilícito para imponer la sanción ascendente a 16.20 (dieciséis y veinte centésimas) UIT, lo cual carece de razonabilidad, recayendo así el órgano sancionador en una evidente falta de motivación.

Precisa que, si bien para el cálculo del beneficio ilícito se consideró los honorarios de un diseñador web y un ingeniero civil senior por un periodo de treinta y seis (36) meses, no se ha tomado en consideración que GNLC a inicios del año 2015 contrató a la empresa "N Comunicaciones SAC" los servicios de hosting anual, servicio técnico de seis (6) meses y mantenimiento anual por trescientas (300) horas, cuyo costo asciende a S/ 23,010.00 conforme se acreditó oportunamente⁴, desvirtuando la existencia de un costo evitado por parte de GNLC al no contar con personal encargado.

Por lo expuesto, solicita se dé cumplimiento a los criterios de graduación establecidos en el Principio de Razonabilidad previstos en el artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG).

- b) Respecto al Informe Técnico de Cálculo de Multa Nº 196-2015-OS-GFGN-OS-GFGN/DDCN, indica que este tiene como fecha de elaboración el 16 de diciembre de 2015, es decir, que fue realizado antes de la fecha de la resolución por la cual el superior jerárquico ordenó se rehaga lo concerniente al cálculo de multa puesto no tenía sustento, esto es, dicho Informe Técnico no tiene conexión cronológica con lo ordenado por el TASTEM ni tampoco guarda relación con los hechos expuestos por GNLC respecto a las inversiones y gastos incurridos para la actualización del portal web.

³ Tipificación y Escala de Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, Resolución Nº 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución Nº 267-2012-OS/CD

Nº	Infracción	Base Normativa	Sanción
2.6	No cumplir con los procedimientos, normas de ejecución de los trabajos, difusión, de capacitación, instrucción, entrenamiento, adiestramiento y/o de información.	Arts. 42° literal e), 63b) y 126° del Reglamento aprobado por D.S. Nº 042-99-EM. Arts. 11°, 57°, 58° literal b), 62° y 64° del Anexo 1 del Reglamento aprobado por D.S. Nº 042-99-EM.	Hasta 350 UIT

⁴ La administrada refiere que a través de su recurso de apelación del 19 de enero de 2016 hizo llegar la información que sustentan la contratación con la empresa "N Comunicaciones SAC".

RESOLUCIÓN N° 141-2018-OS/TASTEM-S1

Reitera que GNLC para el ejercicio de sus actividades se ve en la necesidad de contratar con diversas empresas que le permitan cumplir con los objetivos planteados, acarreado un egreso contable, para el caso en concreto. Indica que por los años 2012, 2013, 2014 y 2015 se contrató oportunamente a la citada empresa "N Comunicaciones SAC" por un monto ascendente a US\$ 3,010.40 (tres mil diez con 40/100 dólares americanos) y S/ 141,276.85 (ciento cuarenta y un mil doscientos setenta y seis con 85/100 soles), por consiguiente, en el presente caso no existe beneficio ilícito en favor de GNLC.

3. Mediante Memorandum N° 51-2018-OS/OR LIMA SUR, recibido el 27 de marzo de 2018, la Oficina Regional de Lima Sur de Osinergmin remitió los actuados al TASTEM, por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación correspondiente del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las siguientes conclusiones.
4. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2), corresponde precisar que en el presente caso la resolución objeto de impugnación se emitió en cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal el cual, mediante Resolución N° 107-2017-OS/TASTEM-S1 del 4 de agosto de 2017, declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 3172-2015 del 22 de diciembre de 2015, únicamente en el extremo referido al cálculo de la multa impuesta, disponiéndose la devolución de los actuados con la finalidad de que se emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a ley⁵, lo que efectivamente ocurrió mediante la emisión de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 491-2018-OS/OR LIMA SUR.

Del mismo modo, en la Resolución N° 107-2017-OS/TASTEM-S1 se declaró infundado el recurso de apelación en los demás extremos que interpuso la recurrente en esa oportunidad contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 3172-2015, por lo que quedaron subsistentes en lo referido a la determinación de la responsabilidad administrativa de GNLC por la comisión de la infracción imputada.

Cabe señalar que en la Resolución N° 107-2017-OS/TASTEM-S1, en cuanto a la motivación del extremo de la determinación de la sanción, se precisó que si bien la primera instancia en la Resolución N° 3172-2015 hizo referencia al Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 196-2015-OS-GFGN/DDCN, sobre el cual se sustentaba dicho acto administrativo, este Tribunal advirtió que dicho Informe Técnico N° 196-2015-OS-GFGN/DDCN no fue notificado a la recurrente, tal y como se desprende de la revisión de la Cedula de Notificación N° 206-2015-GFGN, obrante a fojas 37 del expediente.

Debe tenerse presente que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6.2 del artículo 6° del TUO de la LPAG, si bien un acto administrativo puede motivarse mediante la declaración de conformidad de los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o

⁵ En el artículo 2° de la Resolución N° 107-2017-OS/TASTEM-S1, se consignó lo siguiente:

"Artículo 2°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 3172-2015 del 22 de diciembre de 2015 en el extremo referido al cálculo de la multa y en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de la citada Resolución en el extremo referido al cálculo de la multa, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución, devolviéndose los actuados a la primera instancia para que emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a ley sobre la determinación de la sanción."

RESOLUCIÓN N° 141-2018-OS/TASTEM-S1

informes obrantes en el expediente, estos, a condición de que se les identifique de modo certero y, que por esta razón, constituyan parte integrante del respectivo acto, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo, lo cual no ocurrió en la emisión de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 3172-2015, debiendo por eso declararse la nulidad de dicho acto⁶.

Ahora bien, de la revisión del nuevo pronunciamiento emitido por la primera instancia respecto a la determinación de sanción, Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 491-2018-OS/OR LIMA SUR y del Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 196-2015-GFGN-OS/DDCN, el cual forma parte integrante de la resolución apelada⁷, se observa que los criterios de graduación aplicados por la primera instancia se justifican mediante dicho Informe Técnico N° 196-2015-GFGN-OS/DDCN⁸, sobre el cual se 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 N° 10, 18 y 20 sobre los juicios generales que se deben emplear, 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.

Sobre el beneficio ilícito (factor **B**), se ha planteado un escenario hipotético de cumplimiento por parte de la empresa consistente en el costo que implica haber contado con un diseñador web y un ingeniero civil para cumplir con la obligación imputada durante el periodo de agosto de 2012 (última fecha a actualización del recorrido de redes que aparecía en la web de GNLC al momento de la supervisión) hasta agosto de 2015 (fecha en la que según los descargos de GNLC se cumplió con actualizar la información del recorrido de sus redes en la web). Dicho beneficio ilícito ha sido actualizado a noviembre de 2015, y asciende a S/. 56716.82 (cincuenta y seis mil setecientos dieciséis con 82/100 Soles)⁹.



⁶ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS

"Artículo 6°. - Motivación del acto administrativo

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo."

⁷ Debidamente notificado a la recurrente el 20 de febrero de 2018 conforme consta a fojas 58 del expediente.

⁸ Tal como se indica en el Informe de Cálculo de Multa, la metodología aplicada está representada por la siguiente fórmula:

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

Donde **B** es el beneficio ilícito derivado de la infracción, **p** es la probabilidad de detección de la empresa infractora, y **F_i** son los factores atenuantes y agravantes de la sanción.

⁹ Cabe señalar que en el Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 196-2015-OS-GFGN-OS-GFGN/DDCN, el valor obtenido se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 4: Costo del Factor B

RESOLUCIÓN N° 141-2018-OS/TASTEM-S1

Con relación a la probabilidad de detección (factor p), se consideró un valor de 100%, toda vez que la página web es frecuentemente visitada y consultada por Osinergmin, razón por la cual la probabilidad de detección es igual a uno (Factor $p = 1$).

De otro lado, en cuanto a los factores atenuantes y agravantes (factor A), la primera instancia sustentó los valores asignados, representados por 1.10^{10} .

En tal sentido, se concluye que la autoridad de primera instancia cumplió con sustentar cada uno de los criterios y factores considerados para el cálculo de la multa, 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 la multa fue calculada de manera correcta y dentro del marco normativo vigente.

De otro lado, cabe precisar que si bien la recurrente alega haber contratado a la empresa "N Comunicaciones SAC" para los servicios de hosting anual, servicio técnico y mantenimiento, se debe precisar que dicho servicio de "hosting" o "alojamiento web" consiste en proveer a los usuarios de internet un sistema para poder almacenar información, imágenes, videos o cualquier contenido accesible vía web¹¹, por lo que, no se ha desvirtuado la existencia de un costo evitado por GNLC. Destáquese, tal y como se ha indicado anteriormente que para la determinación del valor estimado el beneficio ilícito se plantea un escenario hipotético de cumplimiento por parte de la empresa.

En atención a lo señalado, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por GNLC en estos extremos.

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.

Beneficio Ilícito Neto (S/. Agosto 2015)	55035.18
Tipo de cambio (Agosto 2015) 1US\$ =	3.240
Beneficio Ilícito Neto (en US\$, Agosto de 2015)	16986.17
COK (Mensual en distribución)	0.9489%
Nº de meses transcurridos (Agosto 2015 – Noviembre 2015)	3
Beneficio Ilícito actualizado a noviembre 2015 (en US\$)	17474.32
Tipo de cambio (Noviembre 2015) 1US\$ =	3.339
Beneficio Ilícito actualizado a noviembre 2015 (en S/.)	56716.82

¹⁰ Los resultados de la calificación de los agravantes y atenuantes se encuentran detallados y sustentados en el Anexo N° 3 del Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 196-2015-OS-GFGN/DDCN. Los resultados de la calificación de los atenuantes y agravantes es el siguiente:

Cuadro N° 05: Cálculo del Factor A_1

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

Elaboración: División de Distribución y Comercialización – GFGN – Osinergmin

¹¹ Definición de hosting: https://es.wikipedia.org/wiki/Alojamiento_web

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 1

RESOLUCIÓN N° 141-2018-OS/TASTEM-S1

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de División de Supervisión de Electricidad Osinergmin N° 491-2018 del 19 de febrero de 2018, y **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

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

