

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 208-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 28 de setiembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201800039091 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 22 de mayo de 2018 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), representada por el señor Aldo Vites Arciniega, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 1111-2018-OS/OR LIMA SUR del 30 de abril de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir el literal a) del artículo 71° del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM (en adelante, el Reglamento de Distribución)¹, en el 2014 (segundo, tercer y cuarto trimestre) y 2015 (todo el ejercicio).



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 1111-2018-OS/OR LIMA SUR del 30 de abril de 2018, se sancionó a GNLC con una multa total de 606.39 (seiscientos seis con treinta y nueve centésimas) UIT, por no instalar medidores de gas que hayan sido verificados inicialmente por organismos autorizados por el Servicio Nacional de Metrología (ahora INACAL), conforme a lo establecido en la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2012/SNM-INDECOPI, complementada por Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2014/SNM-INDECOPI, lo cual infringe el literal a) del artículo 71° del Reglamento de Distribución.



Cabe señalar que el incumplimiento antes mencionado se encuentra tipificado como infracción administrativa en el numeral 4.1.7 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, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 042-99-EM Y SU TEXTO ÚNICO ORDENADO APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 040-2008-EM, MODIFICADO POR D.S. N° 009-2012-EM.

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

a) La acometida

(...)

Los medidores de gas natural a ser utilizados en las acometidas, deberán cumplir con las disposiciones emitidas por el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI. (...).”

² 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. A través de escrito de registro N° 201800039091 del 22 de mayo de 2018, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 1111-2018-OS/OR LIMA SUR, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Recién el 17 de octubre de 2014 se logró homologar al primer proveedor de medidores de gas natural. Asimismo, indica que recién a partir del 17 de marzo de 2015 se logró el reconocimiento al primer organismo autorizado para efectuar las verificaciones iniciales (Itron Argentina S.A.), existiendo, a partir de esa fecha, el primer laboratorio autorizado para efectuar este tipo de procedimientos. En tal sentido, alega que antes de dichas fechas no resultaba posible exigir a GNLC que los medidores de gas natural que adquiriera e instale, se encontraran aprobados u homologados y verificados, resultando materialmente imposible cumplir la normativa del sector.

Indica que, de acuerdo a lo mencionado precedentemente, no resulta amparable el inicio de investigaciones de responsabilidad por no observar una norma de imposible cumplimiento, ello en atención al Principio de Razonabilidad. Además, sostiene que conforme al artículo 6° de la Resolución N° 001-2014-SNM-INDECOPI, la obligación de verificación recae exclusivamente en los fabricantes, por lo que no existe justificación legal para la imposición de una multa en su contra.

Agrega que no se ha meritado que los medidores de gas natural instalados contaban con verificaciones internacionales, las cuales son reconocidas a nivel mundial, únicamente señalando que no es una cuestión controvertida en el presente procedimiento.

- b) Determinar que existe responsabilidad por la no ejecución de un hecho de imposible cumplimiento, resulta una contravención directa a los principios de legalidad y razonabilidad del procedimiento administrativo sancionador, reflejados en una motivación incorrecta por parte de la primera instancia administrativa.

La sanción impuesta involucra el desconocimiento del compromiso contractual de GNLC de realizar durante los años 2014 y 2015 un mínimo porcentaje de instalaciones de gas natural en el departamento de Lima, significando ello, el incumplimiento de las metas del Contrato de Concesión BOOT.

4.1.7	No cumplir con las normas metrológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares.	Arts. 96°, 97° y 121° del Reglamento aprobado por D.S. N° 026-94-EM Arts. 43°, 71°, 72°, 73° y 77° del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM. Arts. 20° y 21° del Anexo 1 del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM. Arts. 7°, 63°, 64°, 70°, 71°, 97°, 98° y 100° del Reglamento aprobado por D.S. N° 006-2005-EM. R.C.D. N° 400-2006-OS/CD y Procedimientos anexos. Art. 20° literal a) del Reglamento aprobado por D.S. N° 057- 2008-EM.	Hasta 500 UIT
-------	--	---	---------------

- c) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad previsto en el artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Legislativo N° 006-2016-7-JUS (en adelante, TUO del LPAG), que establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía³.

Asimismo, alega que se prohíben las tipificaciones genéricas o amplias que impiden al administrado conocer con claridad cuáles son las conductas por las que podría ser sancionado. En ese sentido, de la tipificación que se le imputa: “no cumplir con las normas metrológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares”, no se podría determinar el incumplimiento de “no instalar medidores que tuvieran verificación inicial otorgada por organismos autorizados por el Servicio General de Metrología”, por lo que se ha vulnerado el Principio de Taxatividad, correspondiendo disponer el archivo definitivo del presente caso.

- d) Al momento de la graduación de la sanción no se ha respetado el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG⁴. Agrega que toda decisión o medida administrativa que se pretenda imponer en el marco de éste, y de cualquier otro procedimiento sancionador, debe guardar estricta coherencia con la causa que la funda y el objetivo que persigue, esto es, en el supuesto negado de que Osinergmin estime la imposición de una sanción, dicho organismo regulador deberá observar la



³ La recurrente refiere lo señalado por el autor MORÓN URBINA, Juan Carlos en su obra “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Octava Edición, diciembre 2009. Pág. 703-704.

“La norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la Administración prevean con suficiente grado de certeza (lex certa) lo que constituye el ilícito sancionable (...) En ese sentido, consideramos que, para ser legalmente válida una tipificación de infracción, la autoridad instructora debe subsumir la conducta en aquella falta que contenga claramente descritos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta. Correlativamente no será satisfactorio con el principio de tipicidad que la Autoridad Administrativa subsuma la conducta en cualquiera de los siguientes casos: i) Cuando la descripción normativa del ilícito sea genérica o imprecisa, de modo que no pueda apreciarse verosímelmente cual es la conducta sancionable (...) Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad (...) las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo, la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas.”

Asimismo, alega lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2050-2002-A/TC y N° 2192-2004-AA/TC.

⁴ La recurrente hace referencia a lo señalado por el autor PEDRESCHI GARCÉS, Willy en su obra “Análisis de la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador”; citando a OSSA ARBELAEZ, en: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. “Segunda Parte”, ARA Editores. Lima, 2003, pág. 539.

“(…) Se racionaliza la actividad sancionadora de la Administración evitando que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva y encauzando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio (...).”

Asimismo, refiere a lo indicado por el autor DROMI, Roberto en su obra “Derecho Administrativo”, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2005, pág. 459.

“(…) todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen. Tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin. Por ello, los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico.”

relación de congruencia y proporcionalidad antes aludida.

Sostiene que en el caso en concreto se ha calculado la sanción con criterios exagerados, puesto que una revisión documental que toma quince (15) minutos por todos los medidores, se han considerado que se necesita una revisión física de treinta (30) minutos por cada medidor. Precisa, que dicha revisión la tendría que realizar un ingeniero supervisor que estiman debe ganar un aproximado de S/ 6,208 por mes. No obstante, la realidad señala que esta revisión documental perfectamente puede efectuarse por un ingeniero durante quince (15) minutos con un sueldo promedio de S/ 4,145.

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

3. Por Memorandum N° 82-2018-OS/OR-LIMA SUR recibido el 29 de mayo de 2018, la Oficina Regional 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), se debe señalar que acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 71° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante, el TUO del Reglamento de Distribución), los medidores de gas a ser utilizados en las acometidas, deberán cumplir con las disposiciones emitidas por el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI (ahora INACAL).

Con fecha 30 de diciembre de 2012, se publicó la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 007-2012/SNM-INDECOPI, a través de la cual se aprobó con carácter obligatorio la Norma Metrológica Peruana NMP 016:2012 "Medidores de Gas. Parte 1: Requisitos metrológicos y técnicos. Parte 2: Controles metrológicos y ensayos de funcionamiento", que estableció un plazo de implementación y cumplimiento de la misma, consistente en un (1) año, contado a partir de su publicación, es decir, desde el 30 de diciembre de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2013.

Asimismo, se debe señalar que la antes citada Resolución N° 007-2012/SNM-INDECOPI en su artículo 2^o, dispuso que las empresas concesionarias o prestadoras del servicio de gas natural, como GNLC en el presente caso, son responsables de la correcta aplicación de esta medida y que la aprobación de modelo y la verificación inicial, necesarias para la aplicación de la Norma Metrológica Peruana NMP 016:2012, se rige por lo dispuesto en la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2012/SNM-INDECOPI⁶.

⁵ Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 007-2012-SNM-INDECOPI.

"Artículo 2°.- El plazo para la implementación y el cumplimiento de la norma metrológica peruana NMP 016:2012 es de un año contado a partir de la publicación de la presente resolución. Las empresas concesionarias o prestadoras de servicios de gas son responsables de la correcta aplicación de esta medida. En tanto, no entre en vigencia esta norma, podrá admitirse transitoriamente las evaluaciones de modelo realizadas sobre la base de la Recomendación Internacional OIML R31.

⁶ "Artículo 5°.- La aprobación de modelo y la verificación inicial, necesarias para la aplicación de la Norma Metrológica Peruana NMP 016-2012 se rige por lo dispuesto en la Resolución N° 001-2012-SNM-INDECOPI del Servicio Nacional de Metrología (1), incluyendo las

Así, la Resolución del Servicio Nacional de Metrología Nº 001-2012/SNM-INDECOPI en sus artículos 5º y 6º, respecto a la verificación inicial de los medidores, señala lo siguiente:

“Artículo 5º. - La verificación inicial puede ser realizada en el país de origen a través de organismos autorizados, los mismos que deben ser previamente reconocidos por el Servicio Nacional de Metrología. Los requisitos y la relación de organismos autorizados cuyos controles metrológicos se reconocen en el Perú serán publicados y actualizados periódicamente en el Portal Electrónico Institucional del INDECOPI (<http://www.indecopi.gob.pe>).

Artículo 6º. - En el Perú la verificación inicial será realizada por Organismos Acreditados ante el Servicio Nacional de Acreditación.” (el subrayado es nuestro).



Posteriormente, a través de la Resolución del Servicio Nacional de Metrología Nº 001-2014/SNM-INDECOPI, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de enero de 2014, se aprobaron disposiciones complementarias respecto del control metrológico de instrumentos de medición de agua potable, energía y gas, el cual en sus artículos 1º y 4º establecen lo siguiente:

“Artículo 1º. - La presente resolución complementa y precisa la normativa emitida en materia de medidores de agua, energía y gas.

Artículo 4º. - La verificación inicial deberá ser realizada por organismos autorizados por el Servicio Nacional de Metrología. El Servicio Nacional de Metrología podrá otorgar dichas autorizaciones a fábricas de medidores de agua potable, energía eléctrica o gas que cuenten con autorización del organismo oficial competente o por un organismo acreditado. En ambos casos, los interesados deberán solicitar al Servicio Nacional de Metrología la evaluación correspondiente para obtener el reconocimiento como organismo autorizado para efectuar la verificación inicial de medidores.” (el subrayado es nuestro).



De lo señalado en los párrafos precedentes, se desprende que por mandato expreso de la norma, GNLC se encuentra obligada a la instalación de medidores de gas natural que cuenten con la verificación inicial realizada en el país de origen a través de organismos autorizados, los mismos que deberán ser previamente reconocidos por el Servicio Nacional de Metrología o en fábricas de medidores de gas autorizadas por el Servicio Nacional de Metrología o, en el Perú, por organismos acreditados ante el Servicio Nacional de Acreditación, conforme dispone la Resolución del Servicio Nacional de Metrología Nº 001-2012/SNM-INDECOPI, complementada por Resolución Nº 001-2014/SNM-INDECOPI, por lo que lo alegado por la recurrente respecto a que se le estaría sancionando por una conducta que no le corresponde a GNLC, carece de sustento.

reglas relativas a la homologación de certificados emitidos en el extranjero y de reconocimiento de verificación inicial en el país de origen. Dichas reglas serán exigibles en el plazo de un año, contando a partir de la publicación de la presente resolución. En el transcurso de este periodo los certificados de aprobación de modelo y verificación inicial emitidos sobre la base de la Recomendación Internacional OIML R31, podrán continuarse empleando en el país.”

RESOLUCIÓN N° 208-2018-OS/TASTEM-S1

Al respecto, debe tenerse presente que en Sesión de Sala Plena del TASTEM realizada el 18 de mayo de 2018, los vocales de esta Sala, aprobaron el criterio resolutivo referido a la obligatoriedad de las disposiciones de control metrológicos de medidores de gas⁷, concluyendo que, a partir del 24 de enero de 2014, la instalación de medidores de gas que no cuenten con la aprobación de modelo u homologación de aprobación de modelo y con la verificación inicial, conforme a las disposiciones emitidas por la autoridad competente en control metrológico, constituye infracción a lo establecido en el literal a) del artículo 71° del TUO del Reglamento de Distribución.

En el presente caso, conforme se desprende del Informe de Instrucción N° 720-2018-OS/OR-LIMA SUR del 12 de marzo de 2018, obrante a fojas 8 a 11 del expediente, así como del Informe Final de Instrucción N° 813-2018-OS/LIMA SUR del 11 de abril de 2018, que obra a fojas 42 a 48 del expediente, se verificó que GNLC en el 2014 (segundo, tercer y cuarto trimestre) y 2015 (todo el ejercicio), de una muestra de trescientos (300) casos (150 casos por año), en ciento ochenta y dos (182) casos (150 en el 2014 y 32 en el 2015), no cumplió con instalar en las acometidas medidores de gas natural que cuenten con la verificación inicial, lo cual infringe lo establecido en la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2012/SNM-INDECOPI, complementada por la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2014/SNM-INDECOPI, las cuales son de obligatorio cumplimiento, conforme establece el literal a) del artículo 71° del TUO del Reglamento de Distribución.

Con relación a lo alegado por GNLC en cuanto a que todos los medidores instalados contaban con certificación de homologación internacional, se debe mencionar que, de acuerdo al marco normativo vigente desarrollado en los párrafos precedentes, en efecto, la verificación inicial puede ser realizada en el país de origen, a través de organismos autorizados, los mismos que deben ser previamente reconocidos por lo Servicio Nacional de Metrología. Destáquese que GNLC, durante la tramitación del presente procedimiento, no ha presentado medios probatorios que permitan a este Órgano Colegiado determinar el efectivo cumplimiento del marco normativo vigente.

En cuanto a que la imposición de la sanción implicaría el desconocimiento del compromiso contractual de GNLC relacionado a efectuar un mínimo de porcentaje de instalaciones de gas natural, se debe manifestar que el presente procedimiento administrativo sancionador está referido al incumplimiento de la obligación contenida en el literal a) del artículo 71° del Reglamento de Distribución y no a incumplimientos de naturaleza contractual.

De otro lado, sobre lo alegado en el sentido que la obligación de verificación inicial recae exclusivamente en los fabricantes y no en GNLC, debe reiterarse lo previamente señalado en el sentido que por mandato normativo expreso las empresas concesionarias o prestadoras de servicios de gas natural están obligadas a instalar instrumentos de medición que cuenten con los respectivos controles metrológicos, como es la verificación inicial de los medidores de gas.

⁷ El cual se encuentra disponible en el siguiente link:

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/STOR/TASTEM/Criterios-Precedentes/Criterio-Resolutivo-Tastem-18may18.pdf

En atención a ello, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en estos extremos.

5. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2), debe señalarse que de acuerdo con el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1) del artículo 246° del TUO de la LPAG⁸, sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. Asimismo, según el Principio de Tipicidad, establecido en el numeral 4) del artículo 246° de la mencionada norma, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, salvo los casos en que la ley permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.



De acuerdo con ello, mediante el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin⁹, publicada el 16 de abril de 2002, se estableció que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin, constituirán infracción sancionable, facultándose al Consejo Directivo de Osinergmin para tipificar los hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas, así como graduar las sanciones, tomando en consideración los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.



En ejercicio de la facultad de tipificación otorgada por Ley, el Consejo Directivo de Osinergmin aprobó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin, a través del Anexo 1 de la Resolución N° 388-2007-OS/CD, modificada por Resolución N° 267-2012-OS/CD, estableciendo en su numeral 4.1.7 que constituye infracción administrativa incumplir las normas metroológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares, por lo que se podrá imponer una sanción de hasta 500 (quinientas) UIT.

⁸ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS.

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. **Legalidad.** - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad."

⁹ LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE 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 de 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.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados."

RESOLUCIÓN N° 208-2018-OS/TASTEM-S1

Tal y como se ha señalado en el numeral precedente, en el caso en concreto ha quedado acreditado que GNLC no cumplió con instalar medidores de gas natural que hayan sido verificados inicialmente por organismos autorizados por el Servicio Nacional de Metrología o en fábricas, conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2014/SNM-INDECOPI, lo cual infringe lo dispuesto en el literal a) del artículo 71° del Reglamento de Distribución, constituyendo infracción administrativa sujeta a sanción conforme se prevé en el numeral 4.1.7 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 388-2007-OS/CD y modificatoria.

En atención a lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

6. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2), debe tenerse presente que el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG¹⁰, establece que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiéndose observar los siguientes criterios a efectos de graduar la sanción: el beneficio ilícito; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia por 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, aprobada por Resolución 040-2017-OS/CD¹¹,

¹⁰ "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:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- 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.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

¹¹ "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:

- Gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido. Para efectos de la determinación de la multa, la gravedad de la conducta infractora está determinada por la magnitud de la multa prevista en la Escala de Multas aprobada.
- Perjuicio económico causado. Para efectos de la determinación de la multa se calcula el daño desde el punto de vista económico que ha generado la conducta infractora respecto del interés público o los bienes jurídicos protegidos.
- Reincidencia en la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior. Para dichos efectos se consideran también las infracciones menor graves que no

señala que 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, determinados criterios de graduación, como: gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, reincidencia en la comisión de la infracción, beneficio ilegalmente obtenido, capacidad económica, probabilidad de detección y circunstancias de la comisión de la infracción.

Por otro lado, de conformidad con el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que regula el Principio del Debido Procedimiento, los administrados tienen derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹².

En el presente caso, conforme se desprende de la revisión del numeral 2.1.2 del Informe de Cálculo de Multa N° 837-2018-OS/DSR del 11 de abril de 2018, sobre el cual se sustenta la resolución apelada, se verifica que la primera instancia, para determinar el valor del factor de probabilidad de detección (*p*) de la infracción referida al incumplimiento imputado, no ha fundamentado la fórmula aplicada para determinar dicho factor, ascendente a 0.0064 para el



fueron sancionadas debido a un concurso de infracciones, así como aquellas infracciones que fueron sujetas al reconocimiento a que se refiere el artículo 236-A de la Ley N° 27444.

- d) *Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de Osinergmin, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.*
- e) *Capacidad económica. Para efectos de la determinación de la multa, se puede considerar la capacidad económica o riqueza del infractor para afrontar la sanción económica. La capacidad económica o riqueza a considerar es la proveniente de las rentas de actividades propias del infractor como las que se generen en el grupo económico al que pertenezcan.*
- f) *Probabilidad de detección. Para efectos de la determinación de la multa se puede considerar tanto la naturaleza de la infracción como la periodicidad de las acciones de supervisión y fiscalización realizada por Osinergmin respecto de la conducta infractora.*
- g) *Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:*
 - g.1) *El reconocimiento del Agente Supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca en un monto no mejor de la mitad de su importe, teniendo en cuenta lo siguiente:*
 - (...)
 - g.2) *La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.*
 - g.3) *Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%."*

¹² "Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

- 1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo más no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Procesal Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuando sea compatible con el régimen administrativo.

RESOLUCIÓN Nº 208-2018-OS/TASTEM-S1

año 2014 (segundo, tercer y cuarto trimestre) y 2015, valor aplicado para calcular la monto de la multa impuesta ascendente a 606.39 (seiscientos con treinta y nueve centésimas) UIT.

En tal sentido, en concordancia con lo establecido en los Principios de Razonabilidad y Debido Procedimiento, la primera instancia debió sustentar la metodología para determinar el importe de la multa impuesta a GNLC precisando el fundamento estadístico para considerar el valor de 0.0064 correspondiente al factor de probabilidad de detección.

Por lo expuesto, en la medida que se sancionó a la recurrente sin motivar debidamente el importe de la multa por la infracción imputada, se incurrió en las causales de nulidad previstas en el numeral 1) (contravención a la ley) y 2) (defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo: motivación) del artículo 10° del TUO de la LPAG.



Cabe precisar que de conformidad con el numeral 4) del artículo 3° del TUO de la LPAG, la motivación constituye uno de los requisitos de validez del acto administrativo. Asimismo, el numeral 6.3 del artículo 6° de la citada Ley, establece que no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

En consecuencia, y conforme con lo previsto en el numeral 13.2 del artículo 13° del TUO de la LPAG, corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin Nº 1111-2018-OS/OR-LIMA SUR del 30 de abril de 2018 y devolver los actuados a la primera instancia administrativa, a efectos de que emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a las consideraciones expuestas en la presente resolución.



Con relación a que los honorarios del ingeniero supervisor debería ser S/ 4,145, así como que el tiempo para la revisión técnica de todos los medidores debería ser quince (15) minutos y no treinta (30) minutos por cada medidor, se debe señalar que conforme se desprende del Informe de Cálculo de Multa Nº 837-2018-OS/DSR del 11 de abril de 2018, la primera instancia consideró el valor salarial presentado por GNLC a Osinergmin en el proceso "Fijación de las tarifas de gas natural de Lima y Callo, para el periodo 2014-2018", valor ascendente a S/ 6,208 (seis mil doscientos ocho soles).

Ahora bien, respecto al número de horas por cada caso considerado por la primera instancia para el cumplimiento de la infracción imputada, consistente en 0.5 horas, se debe señalar que de la revisión del mencionado Informe de Cálculo de Multa Nº 837-2018-OS/DSR, sobre el cual se sustenta la resolución apelada, se desprende que la referida instancia ha señalado únicamente que los 0.5 horas (30 minutos), es una estimación referencial, más no sustenta las razones y/o actividades requeridas para concluir en dicho tiempo, por lo tanto, al no haberse sustentado debidamente tal extremo y haber incurrido en una causal de nulidad prevista en el ya citado artículo 10° del TUO de la LPAG, corresponde a la primera instancia emitir un nuevo pronunciamiento con arreglo a ley.

En atención a lo señalado, este Órgano Colegiado considera que corresponde declarar la nulidad parcial de la resolución materia de apelación en el extremo a la determinación de la

sanción impuesta, correspondiendo a la primera instancia emitir un nuevo pronunciamiento conforme a las consideraciones expuestas.

7. En cuanto a lo alegado en el literal e) 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 Nº 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin Nº 1111-2018-OS/OR LIMA SUR del 30 de abril de 2018 y; en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de dicha resolución en el extremo referido al importe de la multa, devolviéndose los actuados a la primera instancia a fin de que emita un nuevo pronunciamiento sobre la multa con arreglo a las consideraciones expuestas en el numeral 6) de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin Nº 1111-2018-OS/OR LIMA SUR del 30 de abril de 2018, en los demás extremos de la presente resolución, declarándose agotada la vía administrativa respecto de los mismos.

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