

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 23 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201500135750 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 13 de enero de 2016 por Contugas S.A.C.¹ (en adelante, CONTUGAS), representada por el señor Richard Castillo Zúñiga, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3135-2015 del 18 de diciembre de 2015, mediante la cual se la sancionó por incumplir diversas normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3135-2015 del 18 de diciembre de 2015, se sancionó a CONTUGAS con una multa total de 11.10 (once con diez centésimas) UIT, según se detalla en el siguiente cuadro:

Infracción	Sanción (UIT)
Por no brindar las facilidades correspondientes durante la visita de supervisión CONTUGAS obstaculizó el acto de supervisión en su establecimiento City Gate, su personal no brindó las facilidades correspondientes para tal efecto. Normas incumplidas: - Literal a) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos². - Artículo 4° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinergmin³. - Artículo 79° y literal c) del artículo 80° del Reglamento General del Osinergmin, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM (en adelante, el Reglamento del Osinergmin)⁴.	11.10

¹ CONTUGAS es una empresa de distribución de gas natural por red de ductos y su ámbito de concesión comprende el departamento de Ica.

² **LEY N° 27332 - LEY MARCO DE ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**
"Artículo 3.-

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a. Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada."

³ **LEY N° 27699 - LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN EN ENERGÍA**

"Artículo 4.- Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia."

⁴ **REGLAMENTO GENERAL DEL OSINERGMIN**, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

- Literal k) 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 de Distribución)⁵.

Cabe señalar que la conducta antes mencionada se encuentra tipificada como infracción administrativa en el rubro 2 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD⁶, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinermin.

2. A través de escrito de registro N° 201500135750 del 13 de enero de 2016, CONTUGAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinermin N° 3135-2015, solicitando su revocación, en atención a los siguientes argumentos:

a) Con relación a la supuesta obstaculización de las labores de supervisión del Osinermin

- Al respecto, el 24 de noviembre de 2014 se coordinó con Osinermin una visita de supervisión al City Gate de Chincha a fin de verificar el mantenimiento del sistema de odorización. Sin embargo, debido a trabajos operativos imprevistos, dichas labores de mantenimiento -las cuales se iban a llevar a cabo en horas de la mañana- se reprogramaron para esa misma tarde. Por tal motivo, el área de operaciones de

"Artículo 79.- Las facultades de los ORGANOS DE OSINERG serán usadas para obtener la información necesaria para supervisar el cumplimiento de normas legales, técnicas y de medio ambiente, dictar reglamentos, normas de carácter general, establecer regulaciones, mandatos u otras disposiciones de carácter particular, para llevar a cabo investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público o; para resolver un expediente o caso sujeto a la competencia de OSINERG. Las instituciones o empresas delegadas también podrán hacer uso de las facultades concedidas a los ORGANOS DE OSINERG y estarán sujetas a las mismas incompatibilidades, restricciones, prohibiciones y limitaciones.

Artículo 80.- Para el ejercicio de sus funciones y de acuerdo a lo establecido en el Artículo 5 de la LEY, cada ORGANO DE OSINERG tiene las siguientes facultades: (...)

- c. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las ENTIDADES o empresas bajo su ámbito y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente y tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje de locales que estuvieran cerrados, será requisito contar con autorización judicial, la que deberá requerirse para que sea resuelta en un plazo máximo de 24 horas. Las inspecciones antes señaladas también se aplican en los medios de transporte, almacenamiento y comercialización, en lo que fuere pertinente, de acuerdo a su naturaleza."

⁵ **REGlamento de DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR RED DE DUCTOS, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM**

"Artículo 42.- El Concesionario está obligado a:

- k) Facilitar las inspecciones técnicas a sus instalaciones que dispongan los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores."*

⁶ **TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES GENERALES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES, aprobado por Resolución N° 028-2003-OS/CD**

Rubro	Tipificación de la Infracción Artículo 1° de la Ley N° 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía	Base Legal	Rango de multas según Áreas y Otras Sanciones
			Supervisión y Fiscalización en Hidrocarburos
(...)			
2	Impedir, obstaculizar, negar o interferir con la Función Supervisora, Supervisora Específica de OSINERG y/o Empresas Supervisoras.	Art. 3° y 5° Ley N° 27332; Art. 4° Ley N° 27699	De 1 a 100 UIT
(...)			

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

CONTUGAS se comunicó con el supervisor a cargo de la zona a fin de informar sobre esta reprogramación, informándole que, si deseaban ingresar al centro operacional, lo podrían hacer sin mayor inconveniente. Así, el mismo día y horas después se permitió el ingreso de los supervisores de Osinergmin, quienes levantaron las Actas de Hallazgo Nos. 130-2014 al 133-2014, cuyo objeto de observación está vinculado al sistema de odorización del Centro Operacional de Chincha.

- En ese sentido, no se puede referir a una obstaculización en las labores de supervisión, dado que personal de Osinergmin levantó observaciones técnicas que fueron notificadas. A partir de ello, queda claro que el ilícito administrativo por el cual se le sanciona en el presente procedimiento no se ha configurado.
- Asimismo, se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad establecido en el artículo 1.4 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), toda vez que Osinergmin analiza de forma aislada el hecho de que no hubiera personal para permitir el ingreso a las instalaciones para verificar el mantenimiento del sistema de odorización, considerando ello como una *"obstaculización a su labor de supervisión"*, omitiendo que sí se comunicó la reprogramación del mantenimiento por motivos de imprevistos operativos, de manera que Osinergmin se encuentra en la posibilidad de ejercer eficientemente su labor de supervisión.



b) Sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta

- No se han respetado los criterios establecidos en el Principio de Razonabilidad y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD (en adelante, Reglamento Sancionador), en las cuales se contemplan la necesidad de que la Administración, al momento de imponer una sanción, analice la aplicación de criterios, previamente contemplados, que permitan a la autoridad definir el grado de sanción a imponer; sin embargo, la primera instancia nos impone una sanción conforme a dos criterios: i) beneficio ilícito; y, ii) estimación del daño. Por lo que, la resolución impugnada se aleja del cumplimiento y respeto de dicho principio, desviación que se ve reflejada en dos aspectos:



1) Los criterios aplicados en la cuantificación del daño

- Respecto al beneficio ilícito obtenido: se efectúa el análisis de éste sobre la base del *"costo que implican los salarios del personal que debe estar a disposición ante la visita inopinada de los Supervisores de Osinergmin"*, para lo cual asignó el excesivo monto de US\$/. 6064.60; por lo que, se rechaza el método y el monto designado, dado que resulta arbitrario que los beneficios se asignen en medida de los salarios del personal que estuvo imposibilitado de asistir a la visita de supervisión, pues este personal se encontraba atendiendo otra cuestión operativa; es decir, el salario de los mismos se mantuvo pagándose, en ese sentido, no hubo un ahorro como el que pretende calcular Osinergmin.

El monto asignado de US\$/. 6064.60, es una cifra desproporcional, excesiva e incluso exagerada. Al respecto, se debe negar que nuestro personal operativo reciba la suma de

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

S/. 20,558.90 (veinte mil quinientos cincuenta y ocho soles con 90/100) por "apersonarse" a un Centro Operativo para acompañar a un supervisor a realizar una supervisión. Duda incluso, que en este país se pague tal suma por la realización de dicha diligencia, incluso se omite fundamentar la señalada cifra, por lo cual se transgrede el deber de motivación.

- Respecto a la estimación del daño: se considera como *"el peor escenario que generaría la obstaculización de la supervisión"* el hecho de no odorizar el gas natural, lo cual podría conllevar a la ocurrencia de un incendio afectando a un mínimo de diez (10) personas, asignándole un monto nuevamente excesivo de US\$/. 6728.38. Al respecto, el enlazar la supuesta obstaculización con la ocurrencia de un incendio resulta claramente desproporcional e irracional; dado que, no existe una relación de causalidad entre ambos supuestos.

El supuesto daño -por obstaculizar la supervisión- sólo podría afectar a Osinergmin y sus competencias, no a supuestos adicionales. Por lo tanto, la primera instancia está asumiendo ilegalmente y sin fundamentación alguna que CONTUGAS es responsable por no odorizar el Centro Operacional -objeto de supervisión-, por lo cual nos sanciona con US\$/. 6728.38 por ello; contraviniendo el Principio de Causalidad de la Actuación Administrativa Sancionadora, el cual señala que la responsabilidad administrativa recae en quien realiza la conducta constitutiva de infracción sancionable.

Asimismo, cabe tener en consideración que la supervisión -por cuyo supuesto impedimento nos sanciona Osinergmin- se realizó el mismo día, cuestión que no ha sido analizado al momento de imponer la sanción de multa.

2) El excesivo monto impuesto

Osinergmin ha omitido la consideración de hechos que devienen tanto en eximentes de responsabilidad, conforme a lo señalado precedentemente, como en atenuantes de responsabilidad a la multa impuesta. Al respecto, señala que la aplicación de los criterios de eximentes y atenuantes de responsabilidad deben ser analizados por la Administración así no hayan sido invocados por el administrado; dado que, en aplicación del Principio de Razonabilidad las sanciones que se apliquen deben ser las menos gravosas para el administrado.

Tal es así que, no se ha configurado en el presente caso un daño al interés público y/o bien jurídico protegido; más aún cuando Osinergmin pudo realizar diligencias de supervisión en el mismo día en que se señala que se obstaculizó sus funciones. Asimismo, no existe una repetición y/o continuidad de la supuesta comisión de la infracción, lo cual no ha sido analizado por la primera instancia.

Por último, cabe señalar que, CONTUGAS siempre estuvo en continua comunicación con el personal de Osinergmin, por lo cual se comprobaría que no existió intencionalidad en la supuesta comisión del hecho infractor

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



3. A través del Memorándum N° GFGN/ALGN-34-2016 recibido el 15 de enero de 2016, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin remitió los actuados al TASTEM. Al respecto, este Tribunal, luego de la revisión y evaluación correspondiente, ha llegado a las conclusiones que se señalan a continuación.
4. En cuanto a lo alegado en el literal a) del numeral 2), debe tenerse presente que la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley N° 27332), establece el alcance de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción que tienen todos los Organismos Reguladores, entre ellos Osinergmin. Así, en su literal a) del numeral 3.1 del artículo 3° de la referida Ley se establece la función supervisora, la cual comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por Osinergmin⁷.

Por su parte, el artículo 2° y el literal c) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley de Creación de Osinergmin, establecen como una de las funciones de este Organismo Regulador la supervisión del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del sector de energía⁸.

Asimismo, mediante el artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin (en adelante, Ley N° 27699), se estableció que las empresas supervisoras actúan en representación del Osinergmin para cumplir con las funciones de supervisión, supervisión específica y fiscalización atribuidas a él⁹.

Es así que el literal c) del artículo 80° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM (en adelante, Reglamento General de Osinergmin)¹⁰, en concordancia con el artículo 5° de la Ley N° 27332¹¹, establece las facultades de investigación de los Órganos de Osinergmin las cuales son, entre otras, la de realizar inspecciones con o sin previa autorización, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos



⁷ Ver nota N° 2.

⁸ **LEY N° 26734 - LEY DE CREACIÓN DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN EN ENERGÍA**

"Artículo 2°.- Misión

La misión del OSINERGMIN es regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades."

Artículo 5°.- Funciones

Son funciones de OSINERGMIN:

(...)

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes."

⁹ Ver nota N° 3.

¹⁰ Ver nota N° 4.

¹¹ **LEY N° 27332 - LEY MARCO DE ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

"Artículo 5°.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

Los Organismos Reguladores gozaran de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807."

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

productivos y tomar las declaraciones de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias.

En esa misma línea, el literal k) del artículo 42° del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM (en adelante, Reglamento de Distribución), ha establecido como una de las obligaciones de los administrados fiscalizados el facilitar las inspecciones técnicas a sus instalaciones¹².

De lo indicado en la norma antes señalada, se advierte que las visitas realizadas por este Organismo Regulador pueden ser realizadas sin necesidad de aviso previo a la empresa a ser supervisada, la misma que se encuentra obligada a permitir las labores de fiscalización que se han conferido a Osinergmin. Cabe señalar que el deber de colaboración de los administrados no se limita a permitir el ingreso a sus instalaciones a los funcionarios de Osinergmin designados para realizar las labores de fiscalización, sino que también abarca el otorgamiento de todas las facilidades necesarias para que éstos verifiquen el efectivo cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas que regulan las distintas actividades bajo su ámbito de competencia. Ello, precisamente, para verificar la realidad del estado operación in situ en un escenario real, no preparado.

Ahora bien, en el presente procedimiento administrativo sancionador se verifica que el 24 de noviembre de 2014, a las 11:20 de la mañana, los supervisores del Osinergmin se apersonaron a las instalaciones del City Gate de CONTUGAS¹³ para realizar una visita de supervisión; sin embargo, el personal de la recurrente no se presentó, impidiendo de esta manera el acto de supervisión de las instalaciones del sistema de inyección de odorización, conforme se dejó constancia en la Carta de Visita N° 0001446-GFGN. Cabe señalar que para dicha diligencia de supervisión se realizaron las correspondientes coordinaciones con la recurrente, para lo cual se programó una visita de supervisión al City Gate –para el 24 de noviembre de 2014- para verificar el mantenimiento del sistema de odorización en Chincha Baja a los ductos de acero que alimentan a las empresas pesqueras de la zona.

En este contexto, este Órgano Colegiado considera que debe tenerse presente que el artículo 174° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)¹⁴, establece que son hechos no sujetos a probanza aquellos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa; mientras que el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD (en adelante, Reglamento Sancionador)¹⁵,

¹² Ver nota N° 5.

¹³ City Gate ubicado en el distrito de Alto Ladan, provincia de Chincha, departamento de Ica.

¹⁴ TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, *aprobado por* Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

"Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior"

¹⁵ REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN, *aprobado por* Resolución N° 272-2012-OS/CD

"Artículo 18.- Inicio del Procedimiento

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

normativa vigente al inicio del presente caso, dispone que las cartas de supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellas –salvo prueba en contrario– se presume cierta; por lo que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirma.

Asimismo, de conformidad a lo establecido en el artículo 9° del Reglamento Sancionador¹⁶, y lo indicado en el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin¹⁷, así como lo previsto en el artículo 1° de la Ley N° 27699¹⁸, la responsabilidad administrativa dentro del marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin, es objetiva. Es decir, basta con que se constate que la concesionaria incumplió la normativa vigente para que ésta sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa imputada.

Por consiguiente, los hechos constatados por parte de las empresas supervisoras y/o por Osinergmin, quien tiene la condición de autoridad, y que se precisen en un documento público observando lo establecido en las normas legales pertinentes, adquirirán valor probatorio dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los administrados en virtud de su derecho de defensa. En ese sentido, y de acuerdo a lo señalado en la Carta de Visita de Supervisión N° 0001446 del 24 de noviembre de 2014, debido a que no se presentaron los representantes de CONTUGAS a la hora coordinada (11:20 am) en las instalaciones del City Gate de Chincha, los supervisores de Osinergmin no pudieron realizar la visita de supervisión a dicha instalación; por lo que, lo señalado por la recurrente de que si se efectuaron las labores de supervisión en el City Gate de Chincha queda desvirtuado.

Asimismo, respecto a las Actas de Hallazgo N° 130-2014, N° 131-2014, N° 132-2014 y N° 133-2014, cabe señalar que, si bien dichas actas de supervisión fueron levantadas durante una visita de supervisión realizada el 24 de noviembre de 2014, a las 14:15 horas; dicha supervisión fue realizada a la acometida de la empresa Hayduk, con el fin de supervisar el nivel de odorización en dicho punto, motivo por el cual se inició un procedimiento



(...)

18.6 Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

(...)."

¹⁶ REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD

"Artículo 9°.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas, procedimientos y/o disposiciones bajo el ámbito de competencia de Osinergmin es objetiva. (...)."

¹⁷ REGLAMENTO GENERAL DE OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

"Artículo 89.- Responsabilidad del infractor.- La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva."

¹⁸ LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN, LEY N° 27699

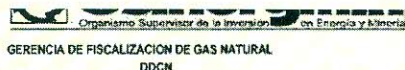
"Artículo 1°.- Facultad de Tipificación.- Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

(...)

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 (...)."

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

administrativo sancionador (Expediente N° 201500137772), distinto e independiente al presente procedimiento, conforme se observa:



FECHA: 24.11.2014
N° de Acta: 132-2014-ABF-DDCN

ACTA DE HALLAZGO

Carta Línea : 307802 - 1

Actividad

- ☐ Construcción Redes de Distribución de Acero y Polietileno
☒ Operación y Mantenimiento de Redes de Distribución de Acero y Polietileno
☐ Instalaciones Internas Industriales
☐ Instalaciones Internas Residenciales y Comerciales
☐ Gasocentro / Consumidor Directo GNV
☐ GNC / GNL
☐ Calidad de Servicio Técnico-Comercial

Tipo
Pre-Operativa ☐
Operativa ☒
Otro ☐

Ámbito
Acero ☐
HDPE ☐
HSE ☐
Otro ☐

Administrado: CONTUGAS SAC

Zona: Monitoreo del Nivel de Odorización en el Sistema de Distribución de Chinchá acometida de la empresa HAYDUK
Distrito: Alto Laran - Provincia Chinchá Departamento de Ica



DETALLE DEL HALLAZGO			
N°	Zona: Monitoreo del Nivel de Odorización en el Sistema de Distribución de Chinchá acometida de la empresa HAYDUK Distrito: Alto Laran - Provincia Chinchá Departamento de Ica		
1	Artículo 8°.- La presente Norma de Seguridad incorpora a la norma ANSI/ASME B31.8 Gas Transmission and Distribution Piping Systems como requerimiento obligatorio en todas las actividades de diseño, construcción, operación, mantenimiento y Abandono de los Sistemas de Distribución. Los Titulares de los Sistemas de Distribución...	Durante la supervisión del mantenimiento del sistema de odorización realizada el día 24/11/2014 al City Gate del Sistema de Distribución de Chinchá, CONTUGAS no evidenció que mantiene registros de la concentración del odorante inyectado según el numeral 856.4 Records de la Norma ANSI/ASME B31.8.	CONTUGAS deberá evidenciar que mantiene registros de la concentración del odorante inyectado según el numeral 856.4 Records de la Norma ANSI/ASME B31.82.
			Diez (10) días útiles



En ese sentido, la supervisión al City Gate de Chinchá de CONTUGAS, la cual fue programada para el 24 de noviembre de 2014 a horas de la mañana, tenía como finalidad supervisar las instalaciones del sistema de odorización en el punto de inyección del odorante; sin embargo, la supervisión realizada el mismo día -24 de noviembre de 2014- a las 14:15 horas (Actas de Supervisión N° 130-2014 al N° 133-2014), corresponde a una supervisión realizada en un punto diferente (acometida de la empresa Hayduk), con lo cual, se verifica de que corresponde a dos supervisiones distintas. Por lo tanto, la primera visita de supervisión, materia del presente procedimiento, no se pudo llevar a cabo, dado a que CONTUGAS no brindó las facilidades para su realización, por lo que, se verifica el incumplimiento.

En ese sentido, y conforme se viene señalando, la infracción se determina en forma objetiva, es decir, no viene a discusión si CONTUGAS, por hechos ajenos a su voluntad, haya incumplido con su obligación de brindar las facilidades -a los supervisores del Osinergmin- para realizar una adecuada supervisión a sus instalaciones; dado que, el incumplimiento mismo de la norma constituye una infracción administrativa pasible a sanción. Por lo que, se desvirtúa lo señalado por la recurrente, en lo referente a que, si bien la visita de supervisión no se realizó conforme lo programado, sí cumplió con su obligación de brindar las facilidades al Osinergmin, debido a que la supervisión se realizó en el mismo día, pero a horas después; sin embargo, dicha visita de supervisión se realizó a un lugar diferente, por lo tanto, era una supervisión distinta.

Ahora bien, respecto de que se informó al personal de Osinergmin de la reprogramación de las labores de mantenimiento del sistema de odorización -las cuales estaban programadas

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

para la mañana-, conforme se observa de las Actas de Supervisión N° 130-2014 al 133-2014; cabe señalar que, y conforme señala la primera instancia, los supervisores del Osinergmin esperaron al personal de CONTUGAS por una hora, sin embargo, su personal no se apersonó. Asimismo, se señaló que tampoco fue reprogramada dicha supervisión en su momento.

Finalmente, resulta necesario mencionar la importancia que tiene para los Organismos Reguladores, como el Osinergmin, que durante las actividades de supervisión se brinden las facilidades necesarias que le permita –al regulador- seguir adecuadamente el procedimiento de supervisión establecido en la normativa vigente.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por la concesionaria.

5. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2), debe tenerse presente que el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3) del artículo 246° TUO de la LPAG¹⁹, establece que la autoridad administrativa debe 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, debiéndose observar determinados criterios a efectos de graduar la sanción, tales como: 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 año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

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 derecho²⁰.



¹⁹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por Decreto Legislativo 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: (...)

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;*
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”*

²⁰ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por Decreto Legislativo N° 006-2017-JUS.

“Título Preliminar

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:

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

En el presente caso, en la resolución impugnada los criterios resolutivos aplicados por la primera instancia se establecieron mediante el Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 181-2015-OS-GFGN del 9 de diciembre de 2015, obrante de fojas 25 a 27 del expediente, el cual forma parte integrante de dicha resolución, en el que se señaló que se tomarían como referencia los criterios específicos recomendados en los documentos de trabajo que la Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin ha realizado sobre la materia, para lo cual correspondía determinar el beneficio ilícito derivado de la infracción, los factores atenuantes y agravantes, y, la estimación del factor daño.

Respecto al criterio referido al beneficio ilícito (factor B), se debe señalar que, tal y como se señaló en el Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 181-2015-OS-GFGN, a efectos de estimar dicho criterio de graduación la primera instancia planteó un escenario hipotético de cumplimiento por parte de GNLC, tomando en consideración los valores salariales de un jefe de proyecto y un ingeniero mecánico, conforme a la Tabla Salary Pack (febrero de 2015), valores ascendentes a S/. 15,420 (quince mil cuatrocientos veinte soles) y a S/. 8,261 (ocho mil doscientos sesenta y uno soles), respectivamente. Cabe precisar que el beneficio ilícito por costo evitado asciende a S/. 23,681 (veintitrés mil seiscientos ochenta y uno soles), que al tipo de cambio a febrero del 2015 asciende a US\$ 7,688.64 (siete mil seiscientos ochenta y ocho con 64/100 dólares americanos), conforme se señala en el Cuadro N° 1: Costo Evitado:

Cuadro N° 1: Costo Evitado

Descripción	Sueldo Anual (S/.)	Cantidad de personas	Sueldo mensual (S/.)	Costo total
Jefe de proyecto	185,042	1	15,420	S/. 15,420
Ingeniero Mecánico	99,141	1	8,261	S/. 8,261
Beneficio ilícito por costo evitado S/. (febrero 2015)				S/. 23,681
Tipo de cambio (US\$ a Soles) a febrero de 2015				3.080
Costo evitado (US\$) (febrero 2015)				US\$ 7,688.64

Elaboración: División de Distribución y Comercialización – GFGN – Osinergmin
Fuente (Anexo 1): Tabla Salary Pack de febrero de 2015

Del mismo modo, para actualizar los salarios a la fecha en la que CONTUGAS incumplió con sus obligaciones utilizó el Consumer Price Index- All Urban Consumers (en adelante, CPI), conforme se observa en el Cuadro N° 2: Costo evitado llevado a la fecha de la infracción:

Cuadro N° 2: Costo evitado llevado a la fecha de la infracción

Costo evitado (US\$) (febrero 2015)	7,688.64
CPI (febrero 2015)	234.722
CPI (noviembre 2014)	236.151
Costo evitado (US\$) (noviembre 2014)	7735.45

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

(...)

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.

Cuadro N° 3: Beneficio Ilícito

Beneficio Ilícito producto del Costo Evitado (US\$)	7735.45
Impuesto a la Renta (30%)	2,320.64
Beneficio Ilícito Neto del Costo Evitado (US\$) (noviembre 2014)	5,414.81

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

Por lo que, el beneficio ilícito producto de la infracción cometida en noviembre de 2014, actualizado, conforme a la tasa mensual del Costo de Oportunidad del Capital (COK), considerando el número de meses transcurridos hasta el mes de noviembre de 2015 (12 meses) **asciende a US\$ 6,064.60 (seis mil sesenta y cuatro con 60/100 dólares americanos).**

De lo indicado anteriormente, se concluye que el costo evitado total por obstaculizar las labores de supervisión al City Gate de Chinchá, constituyen los valores salariales de un jefe de proyecto y un ingeniero mecánico correspondientes a un mes completo; sin embargo, la primera instancia no ha fundamentado el sustento de por qué se ha considerado el valor salarial de un mes completo de dicho personal, considerando que la visita de supervisión fue coordinada con la recurrente y se iba a realizar en un solo día (24 de noviembre de 2014). Por lo que, el cálculo del costo evitado realizado por primera instancia no se encuentra debidamente motivado.

En el caso de la estimación del factor daño ($\alpha * \sum_{i=1}^n VTS_i$), se planteó un escenario hipotético de que, el motivo por el cual no se permitió la ejecución de la supervisión al City Gate de Chinchá fue porque CONTUGAS no había realizado la odorización; por lo que, en el peor de los escenarios planteados es que se genere una fuga de gas y al no estar odorizado sería difícil de percibir, lo que llevaría a la ocurrencia de un incendio y/o deflagración por acumulación de gases lo cual podría afectar a un mínimo de diez (10) personas. Sin embargo, no se evidencia que se haya sustentado el motivo por el cual dicho escenario hipotético se encuentre vinculado a la obligación de las concesionarias de brindar las facilidades para realizar inspecciones técnicas a sus instalaciones, conforme a la normativa vigente. Asimismo, la primera instancia no ha fundamentado el motivo por el cual considera que CONTUGAS no brindó las facilidades de la supervisión debió a que no había realizado la odorización de sus tuberías; por lo que, el cálculo de la estimación del factor daño realizado por la primera instancia no se encuentra debidamente motivado.

De otro lado, sobre los factores atenuantes y agravantes (factor A), se observa que la primera instancia sustentó los valores asignados, los cuales representan un valor de 1²¹.

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 4) del artículo 3° del TUO de la LPAG, la motivación constituye uno de los requisitos de validez de los actos administrativos. Asimismo, el numeral 6.1 del artículo 6° de la norma antes citada precisa que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado²².

²¹ Los resultados de la calificación de los agravantes y atenuantes se encuentran detallados y sustentados en el Anexo N° 2 del Informe Técnico de Cálculo de Multa N° 181-2015-OS-GFGN.

²² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo"

En el presente caso, se advierte que en la resolución apelada no se efectuó un análisis objetivo respecto de las razones por las cuales consideró determinar el beneficio ilícito derivado de la infracción, el porcentaje del daño potencial a consecuencia de la infracción y los factores atenuantes y agravantes para el cálculo de la multa; y, además, el por qué se consideró actualizar el beneficio ilícito por el costo evitado a noviembre de 2015.

Conforme se ha indicado, en concordancia con los Principios de Razonabilidad y Debido Procedimiento, la primera instancia debió tener en cuenta las consideraciones técnicas y, de ser el caso, el sustento legal aplicable, a efectos de determinar el costo evitado, los factores atenuantes y agravantes, y la estimación del factor daño que determinaron el importe de la multa que impuso que asciende a 11.10 (once con diez centésimas) UIT, lo que en el presente caso no ocurrió.

En la medida que se sancionó a la recurrente sin motivar debidamente en la resolución apelada el importe de la multa impuesta, se incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 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 LPAG²³.

En consecuencia, y conforme con lo previsto en el numeral 13.2 del artículo 13° del TUO de la LPAG²⁴, corresponde declarar fundado este extremo del recurso de apelación y, en consecuencia, la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin N° 3135-2015, en el extremo referido a la determinación del importe de la multa impuesta, y devolver los actuados a la primera instancia administrativa a fin de que emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a las consideraciones expuestas en la presente resolución.

6. Respecto a la solicitud de uso de la palabra mencionada en el literal c) del numeral 2) de la presente resolución, corresponde señalar que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen suficientes elementos de juicio 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.

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
(...)"

²³ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14."

²⁴ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

"Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales, no obstante, el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario."

RESOLUCIÓN N° 272-2018-OS/TASTEM-S1

En consecuencia, los Vocales que integran este Órgano Colegiado consideran que no es necesario acceder a la solicitud de informe oral formulada por CONTUGAS a efecto de resolver su recurso de apelación.

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/CD²⁵.

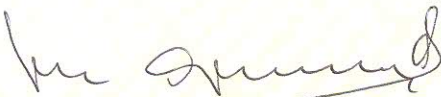
SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de apelación interpuesto por Contugas S.A.C. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3135-2015 de 18 de diciembre de 2015 en el extremo referido a la sanción impuesta y, en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de dicha resolución en tal extremo, devolviéndose los actuados a la primera instancia a fin de que emita un nuevo pronunciamiento sobre el importe de la sanción conforme a la ley, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Contugas S.A.C. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3135-2015 de 18 de diciembre de 2015, en sus demás extremos, por las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, agotándose la vía administrativa respecto de tales extremos.

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

²⁵ **REGlamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD**

"Artículo 16.- Competencia del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería

16.1 El Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería – TASTEM tiene competencia para resolver en segunda y última instancia administrativa:

- a) Los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las resoluciones dictadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores.
- b) Los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las medidas administrativas dictadas por los órganos de Osinergmin.
- c) Los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las medidas de suspensión o cancelación del Registro de Hidrocarburos u otras similares contenidas en disposiciones normativas a ser cumplidas por Osinergmin.
- d) Los recursos de apelación interpuestos por los administrados contra las resoluciones emitidas en el marco de lo dispuesto en el Procedimiento para la Atención y Disposición de Medidas ante Situaciones de Riesgo Eléctrico Grave, aprobado mediante la Resolución N° 107-2010-OS/CD, o la norma que la modifique o sustituya.
- e) Los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de inhabilitación emitidas por incumplimientos al Reglamento del Registro de Instaladores de Gas Natural, aprobado mediante la Resolución N° 030-2016-OS/CD, o la norma que la modifique o sustituya.
- f) Los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto del importe de las multas coercitivas impuestas por los órganos de Osinergmin.

(...)

16.3 La Sala 1 del TASTEM tiene competencia en materias de electricidad y gas natural; y la Sala 2 del TASTEM tiene competencia en las materias de hidrocarburos líquidos y minería.

(...)."