

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 28 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201500146385 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 2 de febrero de 2016 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC)¹, representada por el señor Roberto Franco Gianoli Hanke, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015 del 30 de diciembre de 2015, mediante la cual se la sancionó por incumplir el mandato de carácter particular consistente en presentar la propuesta de Bases para la Licitación de Materiales y para la Licitación de Equipos y Mano de Obra (en adelante, el Mandato), conforme a lo dispuesto por el numeral 7.2 del Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural según Mecanismo de Promoción Tarifaria, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2014-OS/CD (en adelante, el Procedimiento para Licitaciones).



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015 del 30 de diciembre de 2015, se sancionó a GNLC con una multa total de 1000 (mil) UIT, por incumplir el numeral 7.2² del Procedimiento para Licitaciones, conforme se detalla a continuación:

Ítem	Infracción	Sanción UIT
1	Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por Osinergmin, infringiendo el rubro 9 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD ³ modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 449-2008-OS/CD.	1000



¹ GNLC es una empresa de distribución de Gas Natural cuya zona de concesión corresponde al departamento de Lima y provincia Constitucional del Callao.

² Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural según mecanismo de promoción tarifaria, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2014-OS/CD

Artículo 7°. - Rol del Concesionario

(...)

7.2 El licitante presentará a Osinergmin la propuesta de Bases del Proceso de Licitación, documento que incluye los modelos de contratos para cada una de las licitaciones que se realicen (suministro de Materiales y servicio de Equipo y Mano de Obra).

(...)

³ Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD

Rubro	Tipificación de infracción Artículo 1° de la Ley 27699 Ley Complementaria del Fortalecimiento Institucional de Osinergmin	Base Legal	Supervisión y Fiscalización en Hidrocarburos
9	Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por Osinergmin	Art. 2° Ley N° 27699; numeral 232.1 Ley N° 27444.	Hasta 1000 UIT

	Multa Total	1000 UIT
--	-------------	----------

2. Por escrito de registro N° 201500146385 del 2 de febrero de 2016, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015, solicitando sea revocada o se declare su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

- a) Con fecha 9 de octubre de 2013, GNLC presentó a Osinergmin su propuesta tarifaria para el periodo 2014-2018, así como su propuesta de Plan Quinquenal de Inversiones⁴ y Plan de Promoción, documentos que fueron aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 086-2014-OS/CD del 5 de mayo de 2014. Respecto del Plan de Promoción, señala que se planteó la aplicación del mecanismo de promoción en el siguiente orden: primero 100% del costo de acometida, segundo 100% del costo de derecho de conexión y, de existir saldo, al costo de instalaciones internas.

Al respecto, afirma que, a la fecha de aprobación del Plan de Promoción, el TUO del Reglamento de Distribución de Gas por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante, el Reglamento de Distribución), no establecía un orden de prelación para la aplicación del mecanismo de promoción. Sobre el particular, indica que el Reglamento de Distribución señalaba en su artículo 112°a que la promoción cubriría como máximo el costo promedio de la conexión que implica la suma del derecho de conexión, costo de acometida y costo de instalación interna. Asimismo, señala que el literal b) del artículo en mención establecía que solo cuando el descuento de promoción incluyera la instalación interna, Osinergmin regularía los costos unitarios de los materiales, equipos y mano de obra utilizados mediante el resultado de la licitación llevada a cabo por el concesionario según las bases y procedimiento establecidos por Osinergmin.

Sin embargo, con fecha 5 de mayo de 2014, Osinergmin publicó el Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural según Mecanismo de Promoción Tarifaria, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 087-2014-OS/CD (en adelante, el Procedimiento para Licitaciones), creando un orden de prelación para la aplicación del mecanismo de promoción: primero al costo de la instalación interna, segundo al costo de la acometida y tercero al costo del derecho de conexión. A su vez, mediante Oficio N° 345-2014-OS/PRES, el ente regulador solicitó a GNLC que cumpliera con presentar las Bases a que se refería el citado Procedimiento para Licitaciones, sin considerar que éste entró en vigencia con posterioridad a la aprobación del Plan de Promoción.

- b) Se vulneró el Principio de Non Bis in Idem, incurriendo, en consecuencia, en un vicio de nulidad, ya que Osinergmin inició dos procedimientos sancionadores por la misma infracción. Invoca como sustento la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 4228-2005-PHC/TC, respecto a la dimensión procesal del Non Bis In Idem. Al respecto, indica que la primera sanción le fue impuesta mediante la Resolución N° 209-2015, recaída en el expediente N° 201400110420 iniciado el 28 de agosto de

⁴ El numeral 2.33 del artículo 2° del Reglamento de Distribución de Gas por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, establece que el Plan Quinquenal es el programa de ejecución del Sistema de Distribución elaborado por el Concesionario para un periodo de cinco (5) años.

2014, y se pretende sancionarla nuevamente por el mismo hecho y fundamento en el presente procedimiento sancionador.

- c) Osinergmin incurre en fundamentación circular, pues no llegó a señalar cuál es la diferencia entre no cumplir con el mandato de carácter particular de entregar las bases y no brindar la información solicitada en las bases.
- d) Osinergmin incurre en un supuesto de avocamiento indebido que debiera generar la paralización del presente procedimiento. Al respecto, señala que la primera instancia no tuvo en consideración que a la fecha no existe un acto judicial firme, que permita afirmar que GNLC ha cometido ilícito administrativo referido a la no presentación de la propuesta de Bases para Licitaciones, y menos aún que continúa en situación de incumplimiento. Manifiesta que ha iniciado una serie de procesos en la vía judicial, incluyendo un proceso constitucional de amparo, los mismos que se encuentran pendientes de resolver, por lo que existe un grave riesgo de una eventual interferencia en las competencias del Poder Judicial. Sustenta lo manifestado en lo dispuesto por el artículo 4° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (en adelante, TUO de la LOPJ) que establece que ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de las causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.



Como consecuencia, el Mandato habría sobrepasado su naturaleza y finalidad, por lo que su cumplimiento generaría un perjuicio de imposible reparación, en caso las bases fuesen aprobadas y se llevaran a cabo licitaciones y posteriormente el Poder Judicial diera la razón a Calidda declarando la inexigibilidad de tales licitaciones.

- e) La Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015 es nula, toda vez que Osinergmin pretende sancionarle con una multa excesiva que no tiene sustento real, vulnerando el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 1.4 del artículo 1° de la LPAG, según el cual debe existir proporción entre los medios a emplear y los fines públicos a tutelar.

Sobre el particular, afirma que de acuerdo a lo señalado en el artículo 230° de la LPAG, respecto a los principios de la potestad sancionadora, deben configurarse una serie de requisitos a efectos de sancionar a un presunto infractor, los mismos que Osinergmin no respeta en el presente caso.

Asimismo, manifiesta que debe analizarse, en primer término, si corresponde imponer una multa, considerando que Osinergmin pretendió cambiar las reglas de juego con posterioridad a la aprobación del Plan de Promoción, dado que el literal b) del artículo 112°a del Reglamento de Distribución, establecía que Osinergmin regularía los costos únicamente cuando el descuento de promoción incluya la instalación interna.

- f) Solicita fijar fecha para informe oral a fin de sustentar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.



RESOLUCIÓN Nº 309-2018-OS/TASTEM-S1

3. Con fecha 5 de abril de 2018, GNLC presentó un escrito complementario solicitando el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, en virtud de lo dispuesto por el Poder Judicial, en consideración a los siguientes argumentos:

- a) Mediante Resolución N° 6 de fecha 9 de mayo de 2016, expedida por el Segundo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, se declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por GNLC contra el Procedimiento para Licitaciones aprobado por Osinergmin, disponiendo la inaplicación a la demandante del numeral 20.2 del Procedimiento de Licitaciones, así como la inaplicación del Oficio N° 345-2014-OS-PRES, en el extremo referido al artículo 20° del mencionado Procedimiento de Licitaciones. Siendo ello así, el mecanismo de promoción se aplicaría al costo de acometida, costo de derecho de conexión y de existir un saldo se aplicaría a las instalaciones internas, por lo que recién bajo este escenario resultaría aplicable el Procedimiento para Licitaciones. Por tanto, a la fecha de emisión del Mandato no era exigible la presentación de la propuesta de Bases para la Licitación de Materiales y para la Licitación de Equipos y Mano de Obra.
- b) Se debe aplicar el Principio de Retroactividad Benigna, dado que desde el 10 de junio de 2016 la obligación sancionada no existe, por lo que corresponde archivar el presente procedimiento sancionador. Al respecto, señala que con fecha 10 de junio de 2016, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Supremo N° 010-2016-EM que modificó el artículo 112°a del Reglamento de Distribución, excluyendo del mecanismo de promoción a las instalaciones internas y eliminándose la obligación del concesionario de realizar licitaciones para cubrir tales costos, derogándose de este modo tácitamente el Procedimiento para Licitaciones.



Sobre el particular, menciona que de acuerdo al Principio de Retroactividad Benigna, recogido en el numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en tanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción. En la misma línea, cita a Morón Urbina, quien señala, respecto a la retroactividad benigna, que *"si luego de la comisión del ilícito administrativo en los términos de la norma preexistente se produce una modificación legislativa y, la nueva norma es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, deberá ser aplicada al caso"*. Asimismo, invoca la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 02283-2006-PH/TC que desarrolla el Principio de Retroactividad Benigna.

4. Mediante Memorándum N° GFGN/ALGN-87-2016, recibido el 09 de febrero de 2016, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural remitió los actuados al TASTEM, el cual luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.
5. Respecto de lo alegado en el literal a) del numeral 2, en el sentido que con fecha 5 de mayo de 2014, oportunidad en que se aprobó el Plan de Promoción⁵, no existía un orden de

⁵ De acuerdo a lo señalado en el artículo 112°a del Texto Único Ordenando del Reglamento de Distribución de Gas por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, incorporado por Decreto Supremo N° 009-2012-EM, el Plan de Promoción es el plan de conexiones residenciales a beneficiarse con los gastos de promoción, que el concesionario propondrá a Osinergmin para su aprobación dentro del procedimiento de fijación de tarifas.

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

prelación para la aplicación del mecanismo de promoción⁶, dado que el Procedimiento para Licitación entró en vigencia con posterioridad; cabe indicar que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 109° de la Constitución Política, las normas son obligatorias a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano".

Mediante Decreto Supremo N° 009-2012-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2012, se incorporó al Reglamento de Distribución, el artículo 112°a referido al mecanismo de promoción. La mencionada norma señalaba en su tercer párrafo que, sobre la base de lo establecido por el Ministerio de Energía y Minas, y de acuerdo a las normas que para los efectos apruebe Osinergmin, el concesionario propondría al ente regulador su plan de conexiones residenciales a beneficiarse con los gastos de promoción, correspondiendo a dicho organismo aprobarlo dentro del procedimiento de fijación de tarifas. Por su parte, el literal b) de la norma bajo análisis indicaba que cuando el costo de promoción incluyera la instalación interna, Osinergmin regularía los costos unitarios de los materiales, equipos y mano de obra utilizados, siendo que, a tal efecto, se utilizaría el resultado de la licitación llevada a cabo por el concesionario, según las bases de concurso y el procedimiento que estableciera Osinergmin.

Por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 087-2014-OS/CD publicada en el diario oficial "El Peruano" el 5 de mayo de 2014⁷, se aprobó el Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural según Mecanismo de Promoción Tarifaria (el Procedimiento para Licitaciones). La norma en mención señala en su artículo 3° que el procedimiento es de aplicación obligatoria a las licitaciones de suministro de Materiales y a las licitaciones del servicio de Equipos y Mano de Obra que se realicen en el marco de lo dispuesto en el artículo 112°a del Reglamento de Distribución, a fin de ejecutar las instalaciones internas de los predios beneficiarios con el Plan de Promoción. Asimismo, en el numeral 20.2 de su artículo 20° señala que, a fin de aplicar el mecanismo de promoción, establecido en el Plan de Promoción, se consideraría asignar el descuento en el siguiente orden de prelación: costo unitario de la instalación interna, costo de la acometida y costo del derecho de conexión.

A través de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 086-2014-OS/CD, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 5 de mayo de 2014⁸ se aprobó entre otros, el Plan de Promoción 2014-2018 de GNLC, como Anexo 2 a la referida Resolución.

De la revisión de la normativa citada anteriormente, se verifica que no se aplicó retroactivamente el Procedimiento para Licitación como afirma la recurrente, dado que tanto el referido Procedimiento para Licitación como el Plan de Promoción 2014-2018 presentado por GNLC, entraron en vigencia el 6 de mayo de 2014, por tanto, la primera instancia aplicó el marco normativo vigente en tal oportunidad.

Asimismo, considerando que el artículo 112°a del Reglamento de Distribución vigente al momento de la publicación del Procedimiento para Licitación, establecía la obligación del

⁶ El Mecanismo de Promoción se encuentra regulado en el artículo 112°a del Reglamento de Distribución, norma que desarrolla las pautas para la aplicación de la promoción de conexión de consumidores residenciales, de acuerdo al Plan de Promoción.

⁷ Vigente desde el 6 de mayo de 2014 día siguiente a su publicación.

⁸ Vigente a partir del 6 de mayo de 2014, día siguiente a su publicación.

concesionario de utilizar el resultado de la licitación (según bases y procedimiento establecido por Osinergmin), para los casos en que el costo de promoción incluyera la instalación interna; se verifica que, como resultado de la expedición del Procedimiento para Licitación, no se incorporó una nueva obligación a cargo de la concesionaria, sino que únicamente se establecieron pautas para la operatividad del Plan de Promoción.

Complementado lo indicado anteriormente, se aprecia que el propio Procedimiento para Licitaciones establece en su artículo 3° que su aplicación es obligatoria, en el marco de lo señalado en el artículo 112°a del Reglamento de Distribución. En tal sentido, GNLC en su calidad de concesionaria del servicio de distribución de gas natural, debió cumplir con lo dispuesto en el Procedimiento de Licitaciones aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD, a partir de su entrada en vigencia; más aun considerando que tal obligación se encontraba prevista en el Reglamento de Distribución desde el año 2012.

Adicionalmente, de la revisión del Plan de Promoción de GNLC, se constató que en el citado documento la recurrente no hace referencia a ningún orden de prelación para la aplicación del descuento de promoción, por lo que considerando que el Procedimiento para Licitaciones es de obligatorio cumplimiento, conforme a lo indicado en los párrafos precedentes, no se aprecia que exista una afectación al contenido del citado documento.

Atendiendo a lo señalado en los párrafos precedentes, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

6. En relación a lo manifestado en los literales b) y c) del numeral 2, sobre la presunta vulneración del Principio de Non Bis In Idem, y la supuesta argumentación circular en la que habría incurrido la primera instancia, corresponde indicar que el numeral 11) del artículo 246° del TUO de la LPAG señala que por el Principio Non Bis In Idem no se puede imponer sucesiva o simultáneamente dos sanciones administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones.

A nivel doctrinario, Morón Urbina⁹ y Boyer Carrera¹⁰, señalan que el Non Bis In Idem tiene un doble significado que podría sintetizarse en la prohibición del doble castigo (vertiente material) y del doble procesamiento (vertiente procesal), siempre y cuando nos encontremos ante el mismo sujeto, los mismos hechos y el mismo fundamento.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el expediente N° 2868-2004-AA/TC desarrolla el principio de Non Bis In Idem en su vertiente procesal, señalando que, a fin de calificar si dos sanciones violan el citado principio, deberá verificarse si la conducta antijurídica, pese a afectar un único bien jurídico, merece el reproche dos o más veces.

De la revisión de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 209-2015, se verifica que se sancionó a GNLC por no cumplir con presentar las Bases para la Licitación de

⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Los Principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana, en Revista Advocatus N° 13 (2005) págs. 227-252.

¹⁰ Boyer Carrera, Janeyri. Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Non Bis In Idem, en Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 11 (2012) pág. 323-331.

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

Materiales y las Bases para la Licitación de Equipos y Mano de Obra, incumpliendo lo dispuesto en el ítem 1 del numeral 10.3 del Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural, según Mecanismo de Promoción Tarifaria aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD.

Por su parte, a través de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015 materia de autos, se resolvió sancionar a la recurrente por incumplir con el Mandato de Carácter Particular consistente en presentar la propuesta de Bases para la Licitación de Materiales y para la Licitación de Equipos y Mano de Obra, conforme lo dispone el artículo 7.2 del Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural, según Mecanismo de Promoción Tarifaria aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD.



En tal sentido, a fin de determinar la procedencia de la aplicación del Non Bis In Idem, corresponde analizar si, en el presente caso, se configuró la triple identidad (sujeto, hecho, fundamento) respecto de las sanciones impuestas mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 209-2015 y Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015. A tal efecto, a continuación, se presenta un cuadro resumen:



Sujeto	Hecho			Fundamento
	Infracción	Base Legal	Tipificación	
Gas Natural de Lima y Callao S.A.	No proporcionar a Osinergmin o a los organismos normativos o hacerlo de forma deficiente, inexacta, incompleta o fuera de plazo, los datos e información que establecen las normas vigentes, incluyendo las directivas instrucciones y disposiciones de Osinergmin.	Ítem 1 del numeral 10.3 del Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural, según Mecanismo de Promoción Tarifaria aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD	Rubro 9 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 449-2008-OS/CD	Incumplimiento de una obligación establecida en el Procedimiento para Licitaciones.
Gas Natural de Lima y Callao S.A.	Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por Osinergmin.	Artículo 7.2 del Procedimiento para Licitaciones de Instalaciones Internas de Gas Natural, según Mecanismo de Promoción Tarifaria aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD	Rubro 4 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD	Incumplimiento de un Mandato de Carácter Particular. Renuencia a acatar lo ordenado por Osinergmin.

De la información consignada en el cuadro precedente, se aprecia que, en el caso materia de autos, no se vulneró el principio de Non Bis In Idem, dado que no se configuró la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) conforme alega la recurrente.

Al respecto, se constata la identidad de sujeto, siendo que en ambos casos se sancionó a GNLC. Sin embargo, se verifica que no existe identidad de hecho, considerando que mediante la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 209-2015, se sancionó a la recurrente por no proporcionar a Osinergmin información que establecen las normas vigentes, mientras que, en el presente procedimiento, se le sancionó por el

incumplimiento de un Mandato de Carácter Particular. Al respecto, corresponde precisar que, las obligaciones incumplidas se encuentran establecidas en distintas normas del Procedimiento para Licitaciones y su tipificación como infracciones sancionables corresponde a diferentes rubros de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

Por su parte, tampoco se configura la identidad de fundamento, dado que en un caso se sancionó a GNLC por el incumplimiento de una obligación establecida en el Procedimiento para Licitaciones y, en el caso bajo análisis, se le sancionó por incumplir un Mandato de Carácter Particular. En tal sentido, conforme lo indica la primera instancia en el numeral 3.3.3 de la resolución apelada; en el presente caso, se trata de analizar la conducta renuente de la empresa de acatar un Mandato de Carácter Particular, hecho que reviste particular gravedad.

Por lo indicado, se concluye que, las sanciones impuestas a GNLC no vulneran el principio de Non Bis In Idem, al no haberse verificado la identidad de hecho ni de fundamento, lo que justifica la aplicación de sanciones distintas en cada uno de los casos.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

7. Respecto a lo señalado en el literal d) del numeral 2, en relación a que Osinergmin incurrió en un supuesto de avocamiento indebido y, en tal sentido, el Mandato sobrepasó su naturaleza y finalidad al tener por objeto el cumplimiento de una obligación actualmente controvertida administrativa y judicialmente; y a lo manifestado en el literal a) del numeral 3), respecto a lo resuelto por el Poder Judicial mediante Resolución N° 6 de fecha 9 de mayo de 2016, cabe manifestar lo siguiente.

De conformidad a lo señalado en el numeral 6 precedente, el procedimiento sancionador materia de autos califica una infracción distinta a aquella impuesta mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 209-2015, confirmada mediante Resolución N° 028-2015-OS/TASTEM-S2 y; que en la actualidad se encuentra judicializada. En tal sentido, no se configuraría el supuesto de avocamiento indebido a que se refiere el artículo 4° del TUO de la LOPJ, al tratarse de causas distintas (infracciones distintas).

Sobre el particular, en relación al proceso contencioso administrativo iniciado por GNLC contra la Resolución N° 028-2015-OS/TASTEM-S2, se tuvo acceso al Expediente N° 4729-2015¹¹ verificándose que la Resolución N° 6 invocada por la recurrente, fue emitida por el Segundo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima y declaró Fundada la demanda interpuesta por empresa Gas Natural de Lima y Callao sobre nulidad de acto administrativo; sin embargo, la referida sentencia fue revocada por la Tercera Sala Contencioso Administrativa mediante Resolución N° 7 de fecha 26 de julio de 2018, reformándola y declarándola Infundada. Por lo expuesto, deviene en impertinente lo manifestado por la recurrente, al haber variado el pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

¹¹ Se consultó el expediente en el siguiente enlace: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

Sin perjuicio de lo indicado, los resultados de las acciones judiciales iniciadas por la recurrente, no impiden que Osinergmin ejercite su facultad sancionadora y, como consecuencia de ello, exija a la concesionaria el cumplimiento de sus obligaciones legalmente establecidas. En tal sentido, conforme a lo recogido en el artículo 201° del TUO de la LPAG¹², la resolución apelada es plenamente ejecutable, en tanto no existe un mandato judicial que ordene lo contrario ni está sujeta a condición o plazo.

Por lo indicado, lo manifestado por la recurrente carece de sustento, más aún considerando que el poder judicial ha fallado en segunda instancia a favor de Osinergmin.

8. Sobre lo manifestado en el literal e) del numeral 2), se debe señalar que según el Principio de Razonabilidad, previsto en numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG¹³, 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. Asimismo, las sanciones a ser aplicadas 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; las circunstancias de la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Por su parte, en el Rubro 9 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, se ha establecido que la sanción mínima a ser impuesta por la infracción materia del presente procedimiento, aplicable a todas las empresas, es de 1 (una) UIT y la máxima es de 1000 (mil) UIT.

A su vez, el numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento del PAS¹⁴, dispone que en los casos que corresponde graduar la sanción por haberse establecido un rango en la Tipificación de

¹² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS
Artículo 201°. - *Ejecutoriedad del acto administrativo*

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

¹³ 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:
(...)

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

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

¹⁴ REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN - RESOLUCIÓN N° 040-2017-OS/CD.

Artículo 25. - *Graduación de multas*

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, se deben considerar criterios de graduación, tales como los recogidos en el numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento, norma concordante con el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

De la revisión de la resolución materia de apelación se advierte que el cálculo de la multa se sustentó en el Informe Técnico N° 183-2015-OS-GFGN/DDCN¹⁵, documento que se adhiere a los criterios específicos recomendados en el Informe N° OEE-033-2015¹⁶ y en los documentos de trabajo que la Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin ha realizado sobre la materia, utilizándose la siguiente fórmula:

$$M = \left(\frac{B + \alpha D}{P} \right) * \left(1 + \frac{\sum_i F_1 + \dots + F_i}{100} \right) \dots\dots\dots \text{(Ecuación 1)}$$

Donde:

- M:** Multa en el escenario de máximo incumplimiento del Mandato de Carácter Particular dispuesto por RGFGN 64.
- B:** Es el beneficio ilícito derivado del incumplimiento del Mandato de Carácter Particular dispuesto por RGFGN 64.
- D:** Es el Valor Económico del daño generado por la conducta del Concesionario en el escenario del máximo incumplimiento del Mandato de Carácter Particular dispuesto por RGFGN 64.
- α:** Porcentaje equivalente al 5%
- P:** Es la probabilidad de detección del incumplimiento del Mandato de Carácter Particular dispuesto por RGFGN 64.
- Fi:** Son los factores atenuantes y agravantes relativos al comportamiento del Concesionario.

Al respecto, en primer término, se procedió a calcular el beneficio ilícito que obtuvo la empresa al no acatar el mandato de carácter particular, considerando a tal efecto el costo de personal necesario para elaborar las Bases. A continuación, se actualizaron los montos utilizando el Índice de Precios al Consumidor, se descontó el Impuesto a la Renta y se aplicó la tasa COK por los meses de abril a noviembre 2015, conforme se muestra a continuación:

Cuadro N° 1: Costos Evitados de Personal derivados del incumplimiento

Descripción	Costo Unitario	Horas	Costo Total
-------------	----------------	-------	-------------

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

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

¹⁵ Obrante a fojas 35 al 37 del expediente.

¹⁶ En el Informe denominado "Propuesta de modificación de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin", se propone como tope máximo de multa por la infracción de no cumplir con las normas relativas al Plan de Promoción 4000 UIT.

RESOLUCIÓN Nº 309-2018-OS/TASTEM-S1

	(US \$)		(US \$)
Profesional Especializado de Nivel 1 (Senior).	73.00	20	1460.00
Personal Técnico de Nivel 2 (Junior).	20.00	40	800.00
Abogado habilitado.	68.00	10	680.00
Total US \$ (Junio 2012)			2940.00

Elaboración: División de Distribución y Comercialización - GFGN - Osinermin

Fuente: Costo Hora/Hombre - II Trimestre 2012 del área de Logística de Osinermin

Cuadro N° 2: Costos Evitados de Personal derivados del incumplimiento

Costo Evitado Neto (US\$, Junio - 2012)	2940.00
CPI (Junio - 2012,)	229.478
CPI (abril 2015)	236.599
Costo Evitado Neto (US\$. Abril 2015)	3031.23
Tipo de Cambio Promedio S/. (Abril-2015)	3.121
Total S/. Costo Evitado Personal (Abril 2015)	9460.47

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

Cuadro N° 3: Costo Evitado Neto

Beneficio Ilícito producto del Costo Evitado	9460.47
Impuesto a la Renta (30%)	2838.14
Beneficio Ilícito Neto del Costo Evitado S/. (Abril 2015)	6622.33

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

Cuadro N° 4: Cálculo del Factor B

Beneficio Ilícito (S/. Abril - 2015)	6622.33
COK (Mensual en distribución)	0.9489 %
N: número de meses transcurridos	7
Beneficio Ilícito actualizado a Noviembre 2015 (S/.)	7074.93

Elaboración y Fuente: División de Distribución y Comercialización – GFGN - Osinermin

Asimismo, a efectos de determinar el valor del daño ocasionado se consideró el escenario en el cual no se realizan las licitaciones y, en consecuencia, no se cumple con el Plan de Promoción (supuesto del caso de autos). En tal escenario, no se permitiría el ahorro mensual del usuario respecto del combustible sustituto equivalente a un balón de GLP de

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

10 kg, ni el ahorro mensual del usuario por el descuento de promoción durante el periodo de financiamiento. A tal efecto, se tomó el valor reportado por la Oficina de Estudios Económicos en el Informe Técnico N° OEE-033-2015 que considera que el daño al usuario final para el primer año del Plan Quinquenal 2014-2018 es de 39'919,224 US\$ a partir del cual se determina el valor mensual, considerando un porcentaje de 5% por cuanto corresponde a los usuarios afectados exigir compensaciones en la vía judicial.

Finalmente, se consideró como factor atenuante que GNLC no contaba con multas previas impuestas por no cumplir con mandatos de carácter particular y como agravante la capacidad para afrontar los gastos evitados, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 5: Estimación del Factor αD

D = Daño Anual al usuario final (US\$)	39'919,224
Daño Mensual al usuario final (US\$)	3'326,602
Daño por 10 meses al usuario final	33'266,020
Tipo de cambio (Noviembre 2015)	3.339
Daño por 10 meses al usuario final (Nuevos soles)	111'075,240.78
Porcentaje : α	0.05
Factor αD	5'553,762.04

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

Cuadro N° 7: Cálculo del Factor A

F1	Antecedentes sobre incumplimiento de mandatos sobre presentación de información	-4
F2	Capacidad para afrontar los gastos evitados	10
FA		1.06

Elaboración: División de Distribución y Comercialización – GFGN - Osinergmin

Cuadro N° 8: Cálculo de la Multa

B	Beneficio Ilícito Obtenido (S/.)	7074..93
αD	Factor del Daño al usuario final	5'553,762.04
P	Probabilidad de Detección	1
FA	Factor de Atenuantes y Agravantes	1.06
Multa (S/.)		5'894,487.19
Multa (UIT)		1 531.04

Elaboración: División de Distribución y Comercialización – GFGN - Osinergmin

Si bien la recurrente señala que no es razonable imponerle una multa de 1000 UIT, de la verificación de la información utilizada para el cálculo de la multa, se aprecia que, adicionalmente al beneficio ilícito obtenido por GNLC, la primera instancia sustentó el monto de la multa impuesta en el daño ocasionado a los usuarios finales. Sobre este último



punto, se estableció que el daño consideraría los beneficios a los que no tendrían acceso los usuarios finales, tanto respecto del ahorro mensual por el cambio de combustible como del descuento de promoción durante el período de financiamiento. En tal sentido, la multa **determinada ascendió a S/. 5'894,487.19, monto muy superior** al finalmente impuesto, esto en consideración al tope establecido el Rubro 9 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, que establece como multa máxima 1000 UIT.

Por lo expuesto, se concluye que no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, verificándose, además, que la primera instancia ha sustentado y motivado adecuadamente su decisión, por lo que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

9. Sobre lo alegado en el literal b) del numeral 3), respecto a que correspondería la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, en virtud de la modificatoria al artículo 112°a del Reglamento de Distribución, efectuada por Decreto Supremo N° 010-2016-EM, corresponde señalar lo siguiente.



El numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG referido al Principio de Irretroactividad, señala que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. En tal sentido, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.



En el mismo sentido, la Primera Disposición Final y Transitoria del Reglamento del PAS establece que los procedimientos administrativos en trámite al momento de su entrada en vigencia continuarán rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados en lo referido a la tipificación de la infracción, sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el Reglamento.

Sobre el particular es pertinente señalar que, en el caso materia de autos, se sancionó a la recurrente por incumplir el Mandato de Carácter Particular consistente en presentar la propuesta de Bases para la Licitación de Materiales y para la Licitación de Equipos y Mano de Obra, según Mecanismo de Promoción Tarifaria aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD, contraviniendo lo establecido en el artículo 79° del Reglamento General de Osinergmin¹⁷, artículo 34° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin¹⁸, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD,

¹⁷ Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM
Artículo 79°.- Ejercicio de las Facultades de los órganos de Osinergmin

Las facultades de los órganos de Osinergmin 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.
(...)

¹⁸ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD
Artículo 34°

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

incumplimiento sancionable de acuerdo a lo dispuesto en el Rubro 9 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones¹⁹, normas sancionadoras que a la fecha se encuentran plenamente vigentes.

Al respecto, en este punto, es preciso distinguir entre el presente procedimiento sancionador y aquel iniciado a GNLC por el incumplimiento a la presentación de las Bases para la Licitación de Materiales y las Bases para la Licitación de Equipos y Mano de Obra, según Mecanismo de Promoción Tarifaria aprobado por Resolución N° 087-2014-OS/CD. En relación a este último, la recurrente fue sancionada mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 209-2015, sanción confirmada a través de la Resolución N° 028-2015-OS/TASTEM-S2, habiendo obtenido Osinergmin un fallo favorable en segunda instancia a nivel judicial, conforme se ha detallado en el numeral 7 precedente.

En tal sentido, el análisis respecto del incumplimiento en la presentación de las Bases para Licitación, ha sido efectuado como parte del procedimiento sancionador a que se refiere el párrafo anterior, no solo en sede administrativa sino en sede jurisdiccional; motivo por el cual este Colegiado considera que no corresponde realizar un nuevo análisis sobre el particular, máxime si la recurrente ha sido sancionada por tal incumplimiento.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, cabe mencionar que, a la fecha de notificación de la resolución apelada, el artículo 112°a²⁰ del Reglamento de Distribución²¹, consideraba expresamente en su último párrafo que la promoción cubriría las instalaciones internas y el monto restante sería destinado a cubrir la acometida y el derecho de conexión; por lo que la sanción impuesta por la primera instancia se sujetó a la normativa vigente en tal oportunidad.

En adición a lo manifestado, y conforme se ha indicado en el numeral 1 precedente, como resultado de la expedición del Procedimiento de Licitación, no se incorporó una nueva obligación a cargo de la concesionaria, dado que la utilización del mecanismo de licitación para la aplicación del descuento de promoción se encontraba previamente recogido en el



El órgano competente podrá emitir mandatos o disposiciones, fuera o dentro del proceso sancionador, cuando éstas sean necesarias para garantizar que el administrado actúe apegado a sus deberes o para evitar que se cometa o continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable.

(...)

Actualmente, artículo 36° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

¹⁹ Ver Nota 3.

²⁰ Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM.

Artículo 12°a.- Del Mecanismo de Promoción

(...)

La promoción cubrirá las instalaciones internas hasta por el precio máximo resultante de la licitación a que se refiere el literal b) del presente artículo, de las licitaciones a que se refiere el artículo 10° del Reglamento de FISE aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM, o en su defecto, los valores máximos que se fijen para efectos de las mencionadas licitaciones. El monto restante será destinado a cubrir la Acometida y el Derecho de Conexión"

²¹ Conforme a la modificatoria introducida por Decreto Supremo N° 045-2012-EM, publicado el 21 de noviembre de 2012.

RESOLUCIÓN N° 309-2018-OS/TASTEM-S1

Reglamento de Distribución desde el año 2012. En tal sentido, el Procedimiento para Licitación únicamente se limitó a establecer un orden de prelación para la aplicación de tal descuento; es decir, estableció una serie de pautas para la operatividad del Plan de Promoción, en los casos en que éste considerara el costo de la instalación interna.

Por lo indicado, este Colegiado considera que no corresponde la aplicación de la retroactividad benigna, careciendo de fundamento lo alegado por la recurrente en este extremo.

10. Con relación al pedido de informe oral indicado en el literal f) del numeral 2), debe indicarse que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen elementos suficientes para que esta Sala emita pronunciamiento sobre la materia controvertida que ha sido puesta en su conocimiento habiéndose evaluado los argumentos de la recurrente expresados en su recurso de apelación.

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

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. con fecha 2 de febrero de 2016 contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Osinergmin N° 3290-2015 de fecha 30 de diciembre de 2015 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

