

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

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 179-2017-OS/TASTEM-S1

Lima, 28 de diciembre de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201400128858 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 4 de agosto de 2015 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, GNLC), representada por el señor Roberto Franco Gianoli Hanke, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 del 8 de julio de 2015, a través de la cual se la sancionó por haber infringido el literal g) del artículo 44° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM (en adelante, el TUO del Reglamento).

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 del 8 de julio de 2015, se sancionó a GNLC con una multa de 444.56 (cuatrocientas cuarenta y cuatro con cincuenta y seis centésimas) UIT, por haber incumplido el literal g) del artículo 44° del TUO del Reglamento¹, al haberse detectado el 25 de abril de 2011 que no suministró gas natural odorizado a las centrales termoeléctricas Enersur y Kallpa².

Esta resolución fue emitida en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 027-2015-OS/TASTEM-S2 del 7 de abril de 2015, a través de la que se declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 026-2015 del 7 de enero de 2015³, mediante la

¹ Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ducto, Artículo 44°.- El Gas Natural deberá ser entregado por el Concesionario en las siguientes condiciones:

(...)

g) Odorizado. La concentración del odorizante en cualquier punto del Sistema de Distribución deberá estar de acuerdo con lo dispuesto en la Norma NTP 111.004.

(...)

² Conforme se indica en el documento denominado "Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador", obrante de fojas 14 a 15 del expediente, con fecha 25 de abril de 2011 se realizaron visitas de supervisión a las centrales termoeléctricas Enersur y Kallpa, ambas ubicadas en el distrito de Chilca, provincia de Cañete, departamento de Lima, oportunidad en la que se detectó la comisión de la infracción imputada.

³ Mediante la indicada resolución, la Sala 2 del TASTEM declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 026-2015, toda vez que se advirtió que la primera instancia no había motivado de forma debida su pronunciamiento. Así, en el numeral 4) de la referida resolución, la Sala 2 del TASTEM indicó lo siguiente:

"Con relación a lo argumentado en los literales a) al j) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que se verifica de los descargos presentados por GNLC que dicha empresa cuestionó la imputación de los cargos argumentando que no le correspondía la odorización de las centrales termoeléctricas de KALLPA y ENERSUR en tanto se encontraba exceptuada de dicho cumplimiento, de conformidad a su contrato BOOT y al Reglamento de Distribución, los que deben evaluarse de forma integral.

Sobre el particular, de la revisión de la resolución de sanción no se verifica que la primera instancia haya motivado dicho acto administrativo indicando las razones por las que consideró que GNLC no podría exceptuarse del cumplimiento de la norma en los referido a la odorización, pues únicamente se indicó que el contrato BOOT no era aplicable; siéndolo únicamente el Reglamento de Distribución, específicamente el literal g) del artículo 44° que establecía la obligación general de odorizar.

que se impuso a GNLC una multa total de 424.22 (cuatrocientas veinticuatro y veintidós centésimas) UIT, por la infracción normativa indicada en el párrafo precedente, disponiéndose la remisión de los actuados a la autoridad de primera instancia para que ésta emita una nueva resolución debidamente motivada.

Cabe indicar que la infracción imputada se encuentra tipificada como infracción administrativa en el numeral 5.1.8 de la Tipificación de Infracciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, aprobada por Resolución N° 388-2007-OS/CD⁴.

2. Con escrito de registro N° 201400128858 del 4 de agosto de 2015, GNLC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015, debido a que considera que se ha incurrido nuevamente en los vicios que motivaron la nulidad de la resolución de primera instancia inicialmente emitida, sustentando su impugnación en los siguientes argumentos:

- a) La autoridad de primera instancia nuevamente ha dejado de lado la excepción que el contrato BOOT y el Reglamento señalan para ello.

Así, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural pretende sancionarla sobre la base de una aparente argumentación que evidenciaría el incumplimiento de GNLC, ello a pesar que su empresa sí cumplió con realizar acciones diligentes y acordes a la normativa vigente.

En efecto, esta Sala considera que dicha motivación es insuficiente en tanto que era necesario que se evalúen de forma global los supuestos de excepción contenidos en la norma, que se determine si la empresa se encontraba en alguno de dichos supuestos y que, de ser el caso, se exponga cuál era el procedimiento a seguir para acogerse a la excepción, lo que no se hizo en el presente caso.

De otro lado, GNLC expuso que no le era posible realizar dicha odorización debido a un problema con una sustancia que se utiliza en dicho proceso, es decir, el mercaptano. No obstante, al emitirse la resolución de sanción no se motivan las razones técnicas para descartar lo expuesto por la empresa apelante en ese sentido, siendo necesario que se indique si en efecto la odorización podría o no ocasionar daños a la infraestructura de las centrales termoeléctricas. (...)" (el subrayado es nuestro).

⁴ Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural

Infracción	Base Normativa	Sanción Pecuniaria	Sanción No Pecuniaria
5.1. Servicio de Distribución de Gas Natural y Líquidos de Gas Natural por red de ductos.	Art. 44º del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM. Arts. 95º, 96º y 99º del Reglamento aprobado por D.S. N° 006-2005-EM.	Hasta 600 UIT	----
5.1.8. Incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos.	Art. 5º de la Ley complementaria de Fortalecimiento de OSINERGMIN, Ley N°26799. Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD		

RESOLUCIÓN N° 179-2017-OS/TASTEM-S1

Tal y como se indicó en sus descargos, GNLC se acogió a la excepción establecida en el contrato BOOT al ser una norma de carácter obligatorio y la que rige su actividad, la misma que faculta la no odorización de los ductos de gas natural de Kallpa y Enersur.

Conforme indicó en su oportunidad, las centrales termoeléctricas de Kallpa y Enersur se verían perjudicadas dado que el azufre contenido en el odorante pone en riesgo las instalaciones de dichas plantas.

Lo indicado en el párrafo anterior ha sido acreditado con un documento expedido por Kallpa, en el que se precisa que el azufre contenido en el mercaptano (odorante) no solo afectaría la integridad de los equipos de la central termoeléctrica, sino también la seguridad y eficiencia de sus operaciones⁵.

No obstante lo indicado, nuevamente la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de OSINERGMIN no vuelve a tomar en cuenta las excepciones establecidas en la normativa vigente, la misma que justifica la no odorización de ductos de gas natural.

- b) A pesar de haber sido ordenado por la Sala 2 del TASTEM, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural ha vuelto a hacer caso omiso a su alegato, puesto que no ha realizado ningún análisis ni pronunciamiento sobre lo que determina el contrato BOOT y su obligatoriedad hacia GNLC para determinar la excepción a la odorización de ductos

En la presente resolución, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural sólo efectúa una interpretación particular del Reglamento, obviando cualquier pronunciamiento sobre lo que se estableció en el contrato BOOT.

Dicho obrar de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de OSINERGMIN resulta contrario a lo que le fuera ordenado por la Sala 2 del TASTEM, además de contravenir el principio a la debida motivación, garantía básica que debe tener todo administrado.

⁵ A fojas 56 y 57 del expediente obra la Carta N° KG-0073/15 de fecha 3 de febrero de 2015, en la que Kallpa Generación S.A., en atención a la consulta realizada por GNLC acerca de las implicancias de la odorización del gas natural que le es entregado, señala lo siguiente:

"Nos referimos a la consulta realizada por ustedes relativa a las implicancias que podría tener, en los equipos y operación de nuestra central Kallpa, la inclusión de odorantes en el gas natural que nos viene siendo entregado en aplicación de los Contratos de Servicio de Distribución de Gas Natural celebrados con su representada.

Al respecto, les informamos que según las recomendaciones del fabricante de las turbinas instaladas en nuestras centrales (turbinas Siemens 501), la presencia de compuestos de azufre en el gas tales como odorantes (por ejemplo, mercaptano) conlleva a su condensación como ácidos sulfurosos en el exhausto de las turbinas de gas y, progresivamente, efectaría el proceso de transferencia de calor en nuestros calderos ("Heat Recovery Steam Generators").

Esta situación, sumada a la volatilidad del compuesto de azufre que se aplicaría en el gas natural, afectaría no solo la integridad de nuestros equipos, los que hasta la fecha vienen operando con gas natural sin odorante, sino también su eficiencia y la seguridad de nuestras operaciones. De igual forma, las emisiones de gases de nuestras centrales se verían incrementadas al incluir azufre, lo que tendría un efecto negativo en la calidad del aire.

En tal sentido, dejamos constancia de que la inclusión de odorantes en el gas natural que es entregado a nuestra central Kallpa podría afectar negativamente la integridad y seguridad de la operación de nuestros equipos y poner en riesgo la confiabilidad del sistema eléctrico, generando además un incremento en nuestras emisiones de gases".

RESOLUCIÓN N° 179-2017-OS/TASTEM-S1

- c) De otro lado, de acuerdo a lo que fuera dispuesto por la Sala 2 del TASTEM, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural se encontraba obligada a motivar las razones técnicas para descartar lo indicado por GNLC, y sustentado en el informe emitido por Kallpa, referente a si en efecto la odorización podría o no dañar la infraestructura de las centrales termoeléctricas a las que se ha hecho referencia.

Contrariamente a lo indicado, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural no se pronunció ni actualizó el informe técnico materia del expediente, mediante el cual la empresa Kallpa S.A., precisó el perjuicio a sus instalaciones que genera el azufre contenido en el mercaptano (odorante).

La Gerencia de Fiscalización de Gas Natural sólo se ha limitado a manifestar la existencia de otras centrales térmicas odorizadas, generalizando indebidamente tal situación al caso en particular sin realizar ningún análisis de las razones y justificaciones que permitirían la odorización de las centrales materia del presente procedimiento sancionador.

Este accionar por parte de la primera instancia, contrario a lo que fuera ordenado por la Sala 2 del TASTEM, contraviene de forma manifiesta el principio de debida motivación, garantía de cualquier administrado en un procedimiento sancionador.

- d) Tal y como señaló en su escrito de descargos, el Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Gas Natural en Lima y Callao suscrito por GNLC y el Estado Peruano, goza de todas las garantías y seguridades otorgadas por el Estado en virtud del Decreto Supremo N° 033-2000-PCM y el artículo 1357 del Código Civil.

En ese sentido, el Contrato BOOT es la norma de carácter obligatorio, especial y principal para GNLC, el mismo que prevalece sobre otras leyes por ser un contrato ley.

Mediante Resolución Suprema N° 037-2010-EM, publicada el 29 de abril de 2010, se modificó el Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Lima y Callao. En esa oportunidad, en relación a la odorización, se señaló lo siguiente:

"(...)

8.2. La obligación exigible a la Sociedad Concesionaria respecto de la odorización del gas natural, se realizará de conformidad con los artículos 6° y 8° del Anexo 1 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, incluidas las excepciones aplicables".

Por su parte, el artículo 8° del Anexo 1 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos establece lo siguiente:

"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,



RESOLUCIÓN N° 179-2017-OS/TASTEM-S1

mantenimiento y abandono de los Sistemas de Distribución. Los Títulos II al IX siguientes establecen requerimientos adicionales a dicha norma”.

Lo indicado en el dispositivo legal citado lleva a concluir que la odorización debe realizarse, necesariamente, de acuerdo a lo indicado en la Norma ANSI/ASMEB31.8, la que en el literal b) de su numeral 856.1 establece que no se requiere odorización para el gas usado para posterior procesamiento o donde el odorizador no tendría un propósito útil como agente de advertencia o donde se constituiría en un perjuicio para el proceso.



Concretamente, para el presente caso, considera que el mencionado dispositivo normativo es bastante claro en establecer que en los casos que se determine que el odorante pueda generar daño o perjuicios sobre la infraestructura de determinados consumidores, su utilización puede exceptuarse. Evidentemente, la finalidad de la norma es proteger los equipos de fallas que pueden afectar su correcto funcionamiento y, por consiguiente, su seguridad.

Pese a lo anterior, la primera instancia tan solo se ha ceñido a lo señalado en el literal g) del artículo 44° del Reglamento de Distribución, referente a la obligación de odorización, indicando que este dispositivo no prevé excepción alguna al deber de odorización, agregando que el Anexo 1 de dicho cuerpo normativo es “otra norma” y cuya aplicación se limita a las normas de seguridad previstas en tal Anexo, más no a otras disposiciones del Reglamento.



Dicha interpretación de la primera instancia, a su entender, vulnera la unidad del Reglamento de Distribución como una norma integral que busca regular las obligaciones del concesionario de distribución y se contraviene con la interpretación que el Ministerio de Energía y Minas, ente rector de la interpretación normativa, ha otorgado a dicha norma a través del Oficio N° 1323-2012-EM/DGH.

- e) Contrariamente a lo indicado en este caso por la primera instancia, OSINERGMIN si ha recurrido al Anexo 1 del Reglamento de Distribución para la aprobación del sistema alternativo a la odorización en la infraestructura de distribución en el departamento de Ica.

Así, el propio OSINERGMIN aprobó mediante Informe Técnico N° 238807-2014-OS-GFGN-DDCN, el sistema alternativo a la odorización de redes del sistema de distribución por red de ductos del departamento de Ica a la empresa Contugas S.A.C.

Por otro lado, con fecha 30 de setiembre de 2013, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de OSINERGMIN, mediante Resolución N° 195-2013-OS/GFGN-DDCN aprobó el ITF N° 233728-094-2013, por el que se dio inicio a la operación del Sistema de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos para el Proyecto “Extensión de Red de Termochilca”, siendo que éste tampoco se encontraba odorizado.

Con lo señalado queda demostrado que los ductos de distribución de gas natural no siempre deben estar odorizados como mecanismo de seguridad, caso contrario OSINERGMIN no

RESOLUCIÓN Nº 179-2017-OS/TASTEM-S1

hubiera emitido informes técnicos con respuestas favorables para la distribución de gas natural sin odorante.

- f) De acuerdo a lo dispuesto por la Sala 2 del TASTEM, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural se encontraba obligada a sustentar el cálculo de la supuesta infracción, la cantidad de odorante utilizado, el costo del mismo y la forma de cálculo de la multa.

Si bien en la resolución recurrida se señala que el cálculo de la multa se encuentra determinado en el Informe Técnico N° 90-2015-OS/GFGN-DDCN, le causa preocupación y extrañeza que el mencionado informe no haya sido adjuntado a la resolución recurrida, no contando GNLC con dicha información.

En ese sentido, queda claro que nuevamente se ha contravenido uno de los principios rectores del acto administrativo, incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

De otro lado, el inciso 4) del artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que uno de los requisitos de validez del acto administrativo es la motivación, el cual no ha sido observado por la primera instancia en este caso.

En efecto, con la finalidad de “desvirtuar” sus argumentos esgrimidos en su escrito de descargos, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural no se ha pronunciado acerca de la excepción prevista en el contrato BOOT, ni se pronunció sobre el informe técnico presentado y no adjuntó el sustento correspondiente para el cálculo de la supuesta infracción.

3. A través del escrito 201500072496 de fecha 12 de julio de 2016 GNLC solicitó se le otorgue el uso de la palabra, a fin de sustentar verbalmente su recurso de apelación.
4. Mediante Memorándum N° GFGN/ALGN-365, recibido el 5 de agosto de 2015, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural remitió los actuados al TASTEM, por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las siguientes conclusiones.
5. Respecto de lo alegado en los literales a), b), c) y d) del numeral 2) de la presente resolución debe indicarse, en primer lugar, que conforme se aprecia de las Actas de Observación N° 062-2011-ABF-DDCN y N° 061-2011-ABF-DDCN, obrantes a fojas 11 y 12, respectivamente, las labores de supervisión que motivaron el inicio del presente procedimiento sancionador se realizaron en las acometidas de las centrales térmicas Chilca 1 (ENERSUR) y de Kallpa, esto es, en el punto en que dichas centrales reciben el gas natural desde la red de distribución pública.

El gas natural constituye un recurso altamente inflamable e inodoro, de ahí que por razones de seguridad se exige que dicho recurso se encuentre odorizado, ello no solo en aras a la protección de los consumidores de dicho recurso sino de cualquier persona ubicada a lo largo del sistema público de distribución, permitiendo de esta forma, sin necesidad de sofisticados instrumentos

RESOLUCIÓN Nº 179-2017-OS/TASTEM-S1

o entrenamientos, que se advierta cualquier fuga de dicho combustible, a efectos de dar oportuno aviso a las autoridades competentes, evitándose de esta forma situaciones que lamentar.

Lo anterior se enmarca en lo previsto por el artículo 59° de la Constitución Política, norma que señala lo siguiente:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. (el subrayado es nuestro).

En ese sentido, si bien el Estado garantiza la libertad de empresa, el ejercicio de esta libertad de modo alguno debe ser lesivo a la seguridad pública ni atentar contra la paz y tranquilidad de la población. Este mandato constitucional resulta de particular observancia en aquellas actividades empresariales – como es el caso de la industria del gas natural - que por su naturaleza resultan particularmente peligrosas, de ahí que en su ejercicio deban observarse meticulosamente diversos dispositivos relativos a la seguridad, los que resultan de cumplimiento obligatorio.

Justamente por ello, en el literal g) del artículo 44° del TUO del Reglamento, norma cuya vulneración se imputa a la recurrente, se señala lo siguiente:

*“**Artículo 44°.-** El Gas Natural deberá ser entregado por el Concesionario en las siguientes condiciones:*

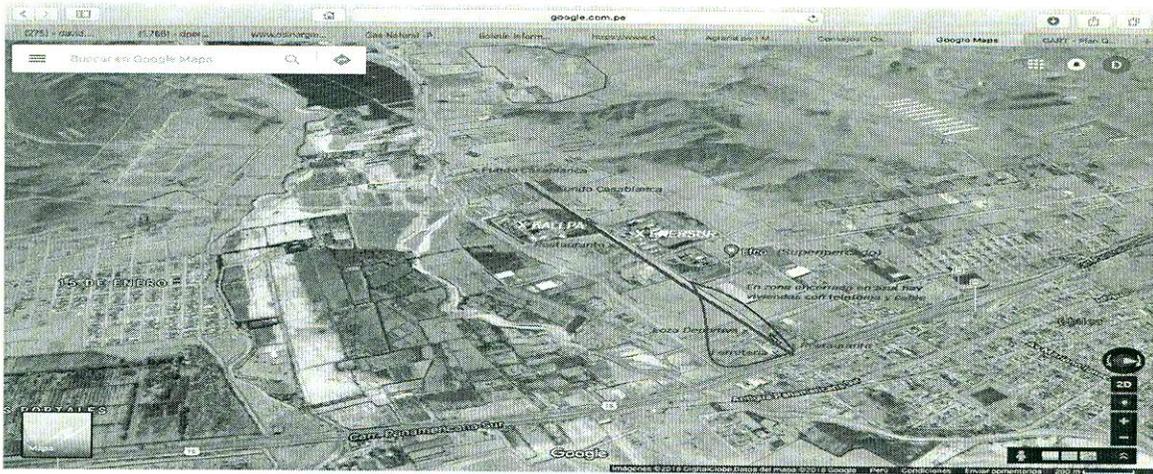
(...)

g) Odorizado. La concentración del odorizante en cualquier punto del Sistema de Distribución deberá estar de acuerdo con lo dispuesto en la Norma NTP 111.004 que se encuentre vigente. (...)”. (el subrayado es nuestro).

Debe advertirse que la norma indicada es categórica al indicar que el gas debe encontrarse odorizado en todos los puntos del sistema de distribución, lo que ciertamente comprende a las acometidas, punto en el que se realizaron las labores de supervisión de la autoridad de primera instancia. Además, la norma en mención no hace referencia a excepción alguna prevista en sus anexos o en cualquier otro dispositivo normativo.

En el presente caso, como se aprecia de la siguiente fotografía, existen áreas destinadas a vivienda y esparcimiento de la población en las cercanías de las centrales térmicas en las que se llevaron a cabo las labores de supervisión que motivaron el inicio del presente procedimiento sancionador, de ahí que el cumplimiento del deber de odorización por parte de la recurrente sea necesario, ello en atención a las consideraciones antes señaladas.





De otro lado, en cuanto al contrato BOOT, corresponde señalar que el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución Política indica lo siguiente:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.
(el subrayado es nuestro).

Cabe señalar que parte de esas normas de orden público a las que se hace mención en el precepto constitucional antes señalado son aquellas que buscan garantizar que no se atente contra la seguridad pública, tal y como es el caso de aquella cuya falta de observancia se imputa en el presente caso. Es decir, ningún contrato, independientemente de las partes involucradas, o su denominación, podrá ser contrario a las aludidas normas de orden público.



Una de las modalidades de contratación previstas en nuestro ordenamiento normativo es el denominado Contrato Ley, el mismo que se encuentra previsto en los siguientes términos en el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución Política:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”. (el subrayado es nuestro).

De lo anterior corresponde señalar que si bien se prevé la posibilidad de establecer garantías y seguridades en los contratos ley (como es el caso de la estabilidad tributaria durante determinado periodo de tiempo), ello de modo alguno puede ser entendido como una

autorización para dejar de observar las normas que buscan garantizar que la seguridad pública no sea afectada. En efecto, tal y como se ha señalado, tales disposiciones son de orden público, no pudiendo pactarse contra ellas.

Un aspecto que debe tenerse presente es que el contrato ley no constituye una ley en sentido formal, sino que tan solo es un contrato que debe negociarse, pactarse y cumplirse tal y como cualquier otro contrato. Es más, le resultan aplicables las mismas disposiciones que a cualquier otro negocio jurídico. Así, por más contrato ley, éste no podrá contener cláusulas contrarias a las normas de orden público o cuyas prestaciones sean física o jurídicamente imposibles⁶.



Así, Sergio Salinas Rivas⁷ señala lo siguiente en referencia al contrato ley:

“En otras palabras, ¿puede el Contrato Ley puede (sic) apartarse del marco legal general vigente en el país, o más aun, pueden sus cláusulas contravenir válidamente el sistema jurídico peruano? En nuestra opinión, la respuesta es clara: el Contrato Ley debe sujetarse, sin duda alguna, al ordenamiento jurídico vigente al momento de su celebración, bajo sanción de nulidad. Como pasamos a exponer a continuación, no es legalmente factible que un Contrato Ley se aparte de las normas generales de carácter imperativo vigentes en el país”. (el subrayado corresponde al autor)



Además, el citado autor añade lo siguiente⁸:

“(…) está claro que, conforme al marco legal vigente, la voluntad de las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado, expresada en un contrato (y no olvidemos que el Contrato Ley es, en su esencia, un contrato, un acuerdo de voluntades) no es suficiente para apartarse válidamente de la ley vigente de carácter imperativo, ni mucho menos para modificarla o derogarla, o suspender sus efectos en cualquier forma. Y no podría ser de otra manera, pues admitir tal interpretación significaría otorgar a los Contratos Ley un carácter autónomo e independiente del resto del ordenamiento jurídico, una suerte de “isla jurídica”, no sometida a la Constitución y a las normas vigentes. Tal postura sería claramente contraria no solo a los principios generales del Derecho que informan nuestro ordenamiento jurídico, sino concretamente a los preceptos contenidos en la Constitución 93 y a lo reconocido por el propio TC.

⁶ CODIGO CIVIL, artículo 140°.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

⁷ SALINAS RIVAS, Sergio. El contrato Ley y la Regulación Tarifaria: ¿Existen islas jurídicas? En: Revista de Derecho Administrativo N° 16, publicación editada por el Circulo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 333.

⁸ SALINAS RIVAS, Sergio. P.334.

RESOLUCIÓN Nº 179-2017-OS/TASTEM-S1

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico es un sistema unitario, piramidal, compuesto por normas integradas y vinculadas entre sí bajo reglas de jerarquía, subordinación y primacía, que requieren de un proceso de creación formal predeterminado en la ley. Se trata de un conjunto de normas válidamente creadas que conforman un sistema legal, formal y materialmente cohesionado entre sí, con reglas de interpretación y aplicación que priorizan su carácter sistémico, jerárquico y unitario. (...)”.

Ahora bien, tal y como señala GNLC en su recurso de apelación, a efectos de obtener la concesión de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, suscribió un contrato BOOT con el Estado Peruano, el que tiene la naturaleza de contrato ley, cuya cláusula 8.2 señala lo siguiente:

“8.2. La obligación exigible a la Sociedad Concesionaria respecto de la odorización del gas natural, se realizará de conformidad con los artículos 6° y 8° del Anexo 1 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, incluidas las excepciones aplicables”. (el subrayado es nuestro).

Al respecto, corresponde indicar, como ya se ha señalado en los párrafos precedentes, que dicha cláusula no exonera, ni podría hacerlo, del cumplimiento de la obligación de odorización del gas natural, sino que señala que ésta se realizará de acuerdo a lo indicado en los artículos 6° y 8° del Anexo 1 del TUO del Reglamento⁹.

El artículo 6° del Anexo 1 del TUO del Reglamento señala lo siguiente:

“Artículo 6°.- Las actividades comprendidas dentro de los alcances de este Reglamento, deberán cumplir con las presentes Normas de Seguridad, y demás regulaciones nacionales vigentes.

Aquellos aspectos no normados deberán desarrollarse de acuerdo a las prácticas internacionales aceptadas”.

De otro lado, el artículo 8° del Anexo 1 del TUO del Reglamento señala lo siguiente:

“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 Títulos II al IX establecen requerimientos adicionales a dicha norma”.

Tal y como se aprecia de las normas transcritas, éstas no exoneran a GNLC del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 44° del TUO del Reglamento. Por el contrario, añaden obligaciones a la antes mencionada.

⁹ De acuerdo con su artículo 1°, el Anexo 1 del TUO del Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones de seguridad para el diseño, construcción, operación, mantenimiento y abandono de los sistemas de distribución. Asimismo, se establecen normas relativas a la protección del personal, usuarios y público en general; y, la protección de las instalaciones asociadas con la distribución.

En atención a lo señalado en los párrafos precedentes, este Superior Jerárquico coincide con lo indicado por la autoridad de primera instancia en la resolución apelada, cuando indica que el literal g) del artículo 44° del TUO del Reglamento, dado el interés y seguridad pública que lo sustentan, no ha establecido excepción alguna a su cumplimiento.

Por lo tanto, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado en estos extremos.

6. En cuanto a lo alegado en el literal e) del numeral 2), debe tenerse presente que el artículo 9° del Anexo 1 del TUO del Reglamento señala lo siguiente:

“Artículo 9°.- Si por razones justificables no se pudiera cumplir en algún punto específico de las Normas de Seguridad contenidas en el presente Anexo, el Concesionario presentará a OSINERGMIN la aprobación de sistemas alternativos tipo que cumplan con los fines de la norma, para lo cual deberá presentar adjunto a su solicitud, el estudio técnico sustentatorio que lo justifique.

Una vez revisado el estudio técnico sustentatorio, el OSINERGMIN resolverá en un plazo no mayor de quince (15) días calendario, si procede la exoneración o la aplicación del sistema alternativo, haciéndolo de conocimiento de la DGH.

En caso sean aprobados los sistemas alternativos, el Concesionario podrá utilizarlos en todos aquellos casos de similares características. Para tal efecto, el Concesionario deberá llevar un registro de tipo de protección implementada, con el sustento fotográfico correspondiente, a fin de que el OSINERGMIN pueda efectuar las actividades de supervisión que considere pertinentes”. (el subrayado es nuestro).

Del primer párrafo de la norma transcrita se aprecia claramente que los alcances de la excepción a la que la recurrente hace mención se limitan a las normas establecidas en el Anexo 1 del TUO del Reglamento. Es decir, en virtud de esa excepción, la recurrente no puede eximirse del cumplimiento de una obligación impuesta en una sección del TUO del Reglamento distinta al aludido Anexo 1. Cabe resaltar que la norma por cuyo incumplimiento se ha sancionado a la recurrente no se encuentra ubicada en el Anexo 1 del TUO del Reglamento.

Ahora bien, en el artículo 18° del Anexo 1 del TUO del Reglamento se dispone lo siguiente:

“El Concesionario deberá odorizar el Gas Natural al inicio del Sistema de Distribución, es decir inmediatamente después de recibido del Sistema de Transporte o fuente de suministro, de manera de facilitar la detección de su presencia en la atmósfera como consecuencia de alguna fuga.

(...)” (el subrayado es nuestro)

Un aspecto que debe tenerse en cuenta es que el literal g) del artículo 44° del TUO del Reglamento dispone que el concesionario debe entregar el gas natural odorizado en cualquier punto del sistema de distribución, mientras que la norma transcrita sólo hace mención a la

RESOLUCIÓN N° 179-2017-OS/TASTEM-S1

odorización en el inicio del sistema de distribución. De una lectura conjunta de estas normas, a la luz de lo establecido en el primer párrafo del artículo 9° del Anexo 1 del TUO del Reglamento, este Tribunal concluye que las empresas concesionarias sólo pueden solicitar la aludida excepción en el inicio del sistema de distribución, más no en los restantes puntos¹⁰.

Lo anterior resulta relevante, toda vez que como se ha señalado anteriormente en esta resolución, las labores de supervisión que han motivado el inicio del presente procedimiento sancionador no se realizaron en el inicio del sistema de distribución sino en las acometidas, punto en el que no resulta posible exceptuarse de la obligación contenida en el literal g) del artículo 44° del TUO del Reglamento.

Además, este superior jerárquico comparte la opinión vertida por la primera instancia en la resolución recurrida cuando señala que la aludida exoneración no puede darse en el momento de la entrega, como se verificó en este caso, toda vez que en éste concurren los consumidores y usuarios, así como instalaciones internas de gas natural, lo que acrecienta los riesgos ante una eventual fuga, resultando necesario garantizar la seguridad pública.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar, tal y como se señala en la resolución recurrida, que GNLC en momento alguno solicitó el acogimiento a la referida excepción en lo referido a las centrales termoeléctricas materia de supervisión.

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

7. Sobre lo alegado en el literal f) del numeral 2), corresponde indicar que a través de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 026-2015 del 7 de enero de 2015, se impuso a GNLC una multa total de 424.22 (cuatrocientas veinticuatro y veintidós centésimas) UIT, por los hechos que han sido materia de análisis en los considerandos anteriores de la presente resolución.

Dicha resolución fue apelada por GNLC, impugnación que fue declarada fundada por la Sala 2 del TASTEM a través de la Resolución N° 027-2015-OS/TASTEM-S2 del 7 de abril de 2015, ordenándose a la primera instancia que emita una nueva resolución en la que se pronuncie nuevamente sobre todos los extremos apelados.

Es en atención de dicho mandato que se ha emitido la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 del 8 de julio de 2015, por el que se ha impuesto a GNLC una multa total de 444.56 (cuatrocientas cuarenta y cuatro con cincuenta y seis centésimas) UIT, es decir una sanción mayor a aquella que le fuera impuesta mediante una resolución que fue declarada nula como consecuencia de su impugnación.

¹⁰ Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 104° del TUO del Reglamento, el Sistema de Distribución estará compuesto por:

- Estación de regulación de puerta a la ciudad (City Gate);
- Las redes de distribución según nivel de presión; y
- Las estaciones reguladoras.

Al respecto, el numeral 256.3 del artículo 256° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrán determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

A su vez, el numeral 27.7 del artículo 27° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, Resolución N° 040-2017-OS/CD), establece que la impugnación de la resolución que impone una sanción no puede generar la imposición de una sanción más gravosa para el agente supervisado.

En atención a las normas antes señaladas, en Sesión de Sala Plena del TASTEM, realizada el 19 de diciembre de 2017, se aprobó el siguiente lineamiento resolutivo:

“Si bien el efecto jurídico de la nulidad de un acto es su inexistencia, dado que el artículo 256° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 27° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, prohíben que el TASTEM pueda incrementar la multa impuesta por el órgano sancionador, resultaría contrario a esta garantía normativa que el propio órgano sancionador pueda -al corregir su accionar viciado- agravar la sanción inicialmente impuesta al administrado.

Por seguridad jurídica, corresponde al TASTEM velar por garantizar al administrado la confianza y certeza respecto de sus derechos, promoviendo el acceso a la jurisdicción de revisión en un accionar libre y desprovisto de peligros”.

Adicionalmente, el inciso 2) del artículo 426° del Código Procesal Penal, norma de aplicación supletoria al procedimiento administrativo sancionador, dispone lo siguiente:

“Artículo 426°.- Nulidad del juicio.-

(...)

2. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero”.

En ese sentido, al contener la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 del 8 de julio de 2015 una sanción de mayor cuantía que la contenida en la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 026-2015, se ha vulnerado el marco normativo vigente, incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el inciso 1) del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹¹.

¹¹ TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 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.

(...)

RESOLUCIÓN N° 179-2017-OS/TASTEM-S1

Ahora bien, conforme se dispone en el segundo párrafo del numeral 211.2 del artículo 211° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General TUO de la LPAG, además de declararse la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello.

En el presente caso, de la revisión de la resolución recurrida se aprecia que la autoridad de primera instancia ha indicado todos y cada uno de los criterios que tomó en consideración para la determinación de la sanción impuesta a GNLC, así como la forma en la que los ha actuado. Cabe señalar que si bien se hace alusión al Informe Técnico N° 90-2015-OS/GFGN-DDCN, toda la información contenida en dicho informe para la determinación de la sanción fue reproducida en la resolución recurrida, de ahí que dicho acto administrativo se encuentre motivado en tal extremo, no siendo necesaria la notificación del citado informe técnico.



Pese a que la multa total impuesta en la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 fue determinada en 444.56 (cuatrocientas cuarenta y cuatro con cincuenta y seis centésimas) UIT, corresponde proceder a su reducción a 424.22 (cuatrocientas veinticuatro y veintidós centésimas) UIT, ello en atención a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes.

8. En cuanto a la solicitud de uso de la palabra mencionada en el numeral 3) de la presente resolución, debe indicarse que de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen suficientes elementos 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 es necesario acceder a la solicitud de informe oral formulada por la recurrente a efectos de resolver su recurso de apelación.

De conformidad con el artículo 19° numeral 1) del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y modificado por la Resolución N° 075-2015-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar de oficio la **NULIDAD** de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 del 8 de julio de 2015 en el extremo referido a la determinación de la cuantía de la sanción a ser impuesta, la cual es reducida de 444.56 (cuatrocientas cuarenta y cuatro con cincuenta y seis centésimas) UIT, a 424.22 (cuatrocientas veinticuatro y veintidós centésimas) UIT en atención a lo indicado en el séptimo considerando de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto el 4 de agosto de 2015 por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N° 1585-2015 del 8 de julio de 2015 en los demás extremos que contiene.



Artículo 3°.- 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**