

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

SALA I

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-SI

Lima, 29 de noviembre del 2024

VISTO:

El Expediente N° 202200010186 que contiene el recurso de apelación interpuesto el 19 de abril de 2022 por Gas Natural de Lima y Callao S.A.¹ (en adelante, GNLC), representada por el señor Aldo Eduardo Vites Arciniega, contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR del 25 de marzo de 2022, mediante la cual se la sancionó por incumplir el "Procedimiento para la Habilitación de Suministros de Instalaciones Internas de Gas Natural", aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 099-2016-OS/CD (en adelante, el Procedimiento para la Habilitación), lo cual se verificó durante la supervisión muestral correspondiente al año 2018.

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES

- Mediante la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR de fecha 25 de marzo de 2022, se sancionó a GNLC con una multa total de 388.55 (trecientas ochenta y ocho y cinco centésimas) UIT, por las siguientes infracciones:

Ítem	Infracciones	Multa en UIT
1	Por no cumplir con responder la solicitud de nuevo suministro suscribiendo el contrato de suministro y procediendo a registrarlo en el Portal de Habilitaciones en un plazo de tres (3) días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud de nuevo suministro en 3 728 casos	
	Primer Trimestre 2018 (216 casos)	0.06
	Segundo Trimestre 2018 (280 casos)	0.09
	Tercer trimestre 2018 (1 082 casos)	0.28
	Cuarto trimestre 2018 (2 150 casos)	0.50

¹ Gas Natural de Lima y Callao S.A es una empresa de distribución de gas natural por red de ductos cuyo ámbito de concesión comprendía en Lima y Callao.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

2	Por no instalar la tubería de conexión y acometida de las instalaciones internas residenciales dentro de un plazo máximo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la suscripción del contrato de suministro en 75 132 casos	
	Primer trimestre 2018 (3 766 casos)	4.28
	Segundo trimestre 2018 (17 887 casos)	36.58
	Tercer trimestre 2018 (27 879 casos)	85.02
	Cuarto trimestre 2018 (25 600 casos)	89.62
3	Por no ejecutar la habilitación de usuarios residenciales en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de habilitación en 55 399 casos	
	Primer trimestre 2018 (2 440 casos)	2.79
	Segundo trimestre 2018 (11 865 casos)	25.10
	Tercer trimestre 2018 (18 983 casos)	63.29
	Cuarto trimestre 2018 (22 111 casos)	80.94
Multa total UIT		388.55

Cabe precisar que la primera instancia señaló que los incumplimientos imputados en el cuadro precedente se encuentran tipificados como infracciones administrativas sancionables en el numeral 4.1.4 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de OSINERGMIN, aprobada por la Resolución N° 388-2007-OS/CD, modificada por la Resolución N° 267-2012-OS/CD².

- Con escrito de fecha 19 de abril de 2022, GNLC interpuso recurso de apelación³ contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR, en atención a los siguientes argumentos:

² **TIPIFICACIÓN Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN DE GAS NATURAL DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 267-2012-OS/CD.**

Rubro	Infracción	Base Normativa	Multa
4	NO CUMPLIR CON LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL SERVICIO DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL Y LÍQUIDOS DE GAS NATURAL, DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL Y LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL SUMINISTRO DE GAS NATURAL.		
4.1 Servicio de Distribución de Gas Natural			
	4.1.4 No cumplir con las normas relativas al acceso al servicio.	Arts. 8°, 42° literales b) y f), 63a), 65° y 68° del Reglamento aprobado por D.S. N° 042-99-EM. Arts. 4°, 6°, 8° y 9° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 164-2005-OS/CD. Arts. 5° numeral 5.1, 5.3, 5.4, 5.5, 11°, 13° y 14° del Procedimiento aprobado por R.C.D. N° 056-2009-OS/CD.	Hasta 120 UIT

³ Cabe señalar que con el escrito de fecha 19 de abril de 2022 GNLC interpuso recurso de reconsideración, sin embargo, con Oficio N° 3174-2022-OS/DSR del 25 de abril de 2022, la División de Supervisión Regional comunicó a GNLC que el referido escrito fue calificado como recurso de apelación, debido a que los argumentos no se encontraban sustentados en nueva prueba, sino que se trataba de una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos o documentos evaluados anteriormente.

a) VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

En la Resolución Impugnada Osinergmin señaló que no se ha vulnerado el debido procedimiento, toda vez que se le otorgó las ampliaciones de plazo que solicitó desde la etapa de fiscalización. Asimismo, indica que no puede existir una vulneración a tal derecho, ya que la recurrente tomó conocimiento de los hechos imputados desde la notificación de los informes de fiscalización.

Al respecto, precisa que la vulneración al debido procedimiento no se sustenta en el desconocimiento de los hechos imputados ni en el otorgamiento de la ampliación de plazo, sino en los plazos irrazonables otorgados para presentar descargos sobre más de 134 mil contratos, lo cual configura una clara vulneración a su derecho a la defensa.

Osinergmin, erróneamente, trata de delimitar el derecho al debido procedimiento, únicamente, al otorgamiento de ampliaciones de plazo y la notificación de los hechos imputados, sin tomar en consideración que una de sus principales garantías es el derecho fundamental a la defensa, el cual se proyecta como un principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión que podría poner en riesgo la situación jurídica de una de las partes, en un proceso o en un procedimiento.

Cita lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00090-2004-AA/TC, referido a que el derecho a la defensa protege *“(…) el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso o procedimiento y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.”*

El derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso implica que el administrado pueda presentar las pruebas que crea pertinentes para su defensa y que estas sean debidamente valoradas por la administración pública.

En el presente caso, Osinergmin no le está permitiendo presentar las pruebas que cree pertinentes, en tanto le ha venido otorgando plazos irrisorios para presentar sus descargos sobre los más de 134 mil contratos, cuando el regulador ha tenido más de tres años para analizar la información sobre la cual están formulando las imputaciones.

Además de ello, considera no se valoraron correctamente las pruebas que presentó: (i) En la etapa de fiscalización realizó un análisis de más de 17, 262 mil contratos; sin embargo, solo dos días hábiles después de la presentación de dichos descargos, Osinergmin dio inicio al procedimiento administrativo sancionador; y, (ii) las pruebas que presentó en sus descargos al informe de instrucción no fueron analizadas por el organismo regulador, bajo el argumento que se tratan de obligaciones de responsabilidad objetiva, por lo que no correspondería valorar los motivos que impidieron a la concesionaria cumplir con los plazos establecidos en el Procedimiento para la Habilitación; con lo cual, es evidente la vulneración a su derecho a la defensa.

Los plazos otorgados desde la etapa de fiscalización para presentar descargos relacionados a más de 134 mil contratos escapan de toda razonabilidad. Debe tenerse en cuenta que la eventual existencia de una responsabilidad objetiva no implica bajo ningún concepto privar de su defensa al administrado, otorgándole plazos evidentemente irracionales, máxime cuando el ejercicio de este derecho constitucional tiene incidencia directa en la graduación de la penalidad que OSINERGMIN puede imponer a su libre criterio.

En este punto, cita lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 5358-2006-PA/TC, respecto del plazo razonable: *“(…) Así, el plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes.”*

Los plazos otorgados por Osinergmin no cumplen con los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, en tanto que el lapso concedido para presentar los descargos resulta totalmente insuficiente, teniendo en consideración que se tratan de más de 134 mil contratos.

El plazo razonable también implica que se tenga un tiempo suficiente para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo con sus intereses; sin embargo, se ha visto vulnerado el derecho a la defensa, pues es materialmente imposible terminar de analizar la totalidad de los contratos dentro del corto plazo concedido y antes de que se emita la resolución de sanción.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Por lo expuesto resulta evidente que el presente procedimiento administrativo sancionador vulnera el derecho al debido procedimiento reconocido en la constitución, así como los principios de Razonabilidad, Legalidad, Buena Fe Procedimental, Verdad Material y Debido Procedimiento establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), en tanto, no se le otorgó un plazo suficiente para el ejercicio de su derecho a la defensa, además de que no se han valorado las pruebas presentadas y se viene actuando de forma autoritaria, lo cual constituye un abuso de derecho y genera que se vicie todo el procedimiento por violación del Principio de Responsabilidad igualmente establecido en el TUO de la LPAG.

b) LA EXIGENCIA DE PLAZOS ADICIONALES DENTRO DEL PLAZO GENERAL PARA LA HABILITACIÓN DE LOS SUMINISTROS ES IRRACIONAL E ILEGAL

El literal b) del artículo 71° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural de Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante, "TUO del Reglamento de Distribución"), que se encontraba vigente antes de la aprobación del Procedimiento para la Habilitación, establecía que "(...) OSINERGMIN emitirá los lineamientos para la habilitación de Suministros en Instalaciones Internas de cualquier tipo de Consumidor conforme a las disposiciones del presente Reglamento(...)".

Teniendo en cuenta ello, para emitir el Procedimiento para la Habilitación Osinergmin debió tener en consideración lo establecido en el artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución que se encontraba vigente en ese momento, el cual disponía que la concesionaria está obligada a: (...) b) *Dar servicio a quien lo solicite dentro del Área de Concesión dentro de un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días en caso existiera la infraestructura necesaria en la zona, o de doce (12) meses si no la hubiera, siempre que el Suministro se considere técnica y económicamente viable de acuerdo al artículo 63° y al Procedimiento de Viabilidad. Los plazos se computarán a partir de la suscripción del correspondiente contrato*".

De este artículo se colige que la concesionaria contaba con un plazo máximo de 45 días para la habilitación de los suministros que fueran solicitados por los consumidores. No se estableció en el TUO del Reglamento de Distribución un plazo para cada actividad que involucraba la habilitación; sin embargo, Osinergmin, a través del Procedimiento para la Habilitación introdujo plazos excesivamente rigurosos y de imposible cumplimiento que son los que se están discutiendo en el presente procedimiento administrativo.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Es por ello que se interpuso una denuncia de barrera burocrática ante Indecopi contra los plazos establecidos por Osinergmin en el Procedimiento para la Habilitación, siendo que estos se encuentran aun siendo discutidos en sede judicial.

Desde antes de la aprobación del Procedimiento para la Habilitación, durante la etapa de recepción de comentarios, la recurrente manifestó su disconformidad con los plazos escuetos establecidos por Osinergmin, que contravienen flagrantemente lo dispuesto por el Ministerio de Energía y Minas (ente rector del sector), que había determinado que existía un plazo general para la habilitación de suministros.

Esta posición ha sido confirmada por el Ministerio de Energía y Minas con la entrada en vigor del Decreto Supremo N° 008-2021-EM, donde efectuó la siguiente precisión sobre el literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución: *“(…) El Concesionario puede realizar libremente la instalación de la Acometida, Tubería de Conexión y la ejecución de la habilitación, siempre que, la prestación del servicio se realice dentro de los plazos establecidos en el presente artículo”.*

Con esta precisión efectuada por el Ministerio de Energía y Minas queda demostrado que los plazos establecidos para cada actividad señalados en el Procedimiento para la Habilitación nunca tuvieron efecto, ya que la correcta interpretación legal era tomar como referencia y acatar el plazo general del TUO del Reglamento de Distribución.

La modificación introducida al literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución debería aplicarse de forma retroactiva, dado que es una norma que contiene disposiciones más favorables para la recurrente.

Pese a ello, Osinergmin afirma que el artículo bajo análisis no señala que dichas actividades (la instalación de la acometida, Tubería de Conexión y la ejecución de la habilitación) no puedan estar sujetas a plazos legales o que no sean exigibles.

Sin embargo, el literal b) del artículo 71° del TUO del Reglamento de Distribución es claro al señalar que Osinergmin se encuentra facultado a elaborar el procedimiento para la habilitación de suministro de instalaciones internas de gas natural conforme a las disposiciones del reglamento. En ese sentido, Osinergmin al momento de aprobar el Procedimiento para la Habilitación estaba obligado a tomar en cuenta el plazo general dispuesto por el TUO del Reglamento de Distribución, no siendo legalmente posible que imponga condiciones más desfavorables al administrado como ocurre con la fijación de plazos irracionalmente cortos para cada una de las actividades, ya que se está contraviniendo abiertamente una norma de rango legal superior como lo es un Decreto Supremo.

Agrega que la administración pública se rige por el principio de legalidad, con lo cual solo puede actuar conforme a lo dispuesto en la ley, no pudiendo hacer una interpretación extensiva de sus facultades. En ese sentido, Osinergmin no puede argumentar que, como el literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución no señala que dichas actividades no puedan estar sujetas a plazos, lo puede regular en el Procedimiento para la Habilitación.

En síntesis, el literal b) del artículo 42° TUO del Reglamento de Distribución establece un plazo general para la instalación de la Acometida, Tubería de Conexión y la ejecución de la habilitación; sin embargo, Osinergmin no está considerando dicho plazo en el Procedimiento para la Habilitación, imponiendo medidas más restrictivas no contempladas en el TUO del Reglamento de Distribución, vulnerando de esta forma el principio de legalidad y la jerarquía de las normas legales.

c) RESPECTO A NO CUMPLIR CON RESPONDER LA SOLICITUD DE NUEVO SUMINISTRO SUSCRIBIENDO EL CONTRATO CORRESPONDIENTE Y PROCEDIENDO A REGISTRARLO EN EL PORTAL DE HABILITACIONES

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Procedimiento para la Habilitación, la concesionaria debe responder la solicitud de nuevo suministro suscribiendo el contrato y procediendo a registrarlo en el portal de habilitaciones en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

Al respecto, la recurrente manifiesta que este corto plazo regulado en el Procedimiento para la Habilitación no toma en consideración las vicisitudes que se presentan en el desarrollo cotidiano de las actividades; con lo cual resulta aún más complejo cumplir con dichos plazos normativos. Como prueba de ello, señala algunos ejemplos:

- **Solicitud: 317011**

Observación: El predio tiene más de un objeto de conexión asociado. Esta observación requiere la revisión de todos los contratos asociados a los objetos de conexión que tienen la misma dirección de suministro.

- **Solicitud: 317024**

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Observación: Para el DNI del contratante del servicio existe más de un interlocutor comercial creado. Esta observación requiere identificar y corregir el número de DNI para volver a procesar el contrato.

- **Solicitud: 228656**

Observación: Número de contrato ya aprobado para el interlocutor comercial. Esta observación requiere solicitar los expedientes de contrato para validar y corregir el contrato de suministro.

- **Solicitud: 313272**

Observación Unidad predial inexistente. Esta observación requiere la revisión en sistema de georreferenciación para que la unidad predial sea replicada en nuestro sistema comercial.

A pesar de las dificultades descritas por situaciones que escapan a su esfera de control, el 80% de las solicitudes fueron aprobadas en el día 4 y 5; es decir, el plazo fue excedido en un 1 o 2 días como máximo en la mayoría de los casos analizados. Mediante el Anexo 2-A de su escrito N° 2 de fecha 3 de febrero de 2022, presentó la información respecto a los motivos en la demora de la suscripción del contrato y su registro en el portal de habilitaciones, conforme al siguiente cuadro resumen:

Números de días excedidos	Cantidad total de suministros
1	1,938
2	1,076
3	438
4	87
5 a más	212
Total	3,751

Sin embargo, en la Resolución Impugnada se omite revisar la referida información alegando que las externalidades invocadas no pueden analizarse, dado que se tratan de obligaciones sujetas a responsabilidad objetiva. Por ello, exhorta que se analicen y valoren los medios de prueba presentados, toda vez que la no revisión de sus descargos en su totalidad significaría una reiterada vulneración al debido procedimiento. Precisa, además, que la eventual existencia de una responsabilidad objetiva no implica bajo ningún concepto privarla de su derecho de defensa, máxime cuando el ejercicio de este derecho constitucional tiene incidencia directa en la graduación de la penalidad que Osinergmin puede imponer a su libre criterio.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Lo contrario sería sostener, por ejemplo, que en el presente caso un atraso de un día es igual a un atraso de un año, lo que no solo es absurdo, sino que viola el Principio de Razonabilidad reconocido en el TUO de la LPAG.

Del total de las solicitudes observadas, el 80% de estos suministros fueron habilitados antes del plazo máximo de 45 días hábiles establecido en el literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución, realizándose en un plazo promedio de **22.5 días hábiles**.

En ese contexto, considera que el retraso inicial en la aprobación del contrato no generó un perjuicio a los clientes respecto del plazo total para realizar la conexión; es decir, no se afectó su acceso al servicio público de distribución de gas natural de ningún modo, razón por la cual, no existe perjuicio alguno que pudiera legitimar la imposición de la sanción.

De acuerdo con el principio de razonabilidad reconocido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las decisiones de la autoridad administrativa deben mantener la proporción entre los medios y fines; es decir, la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma sanción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal.

En este caso, Osinergmin debe tomar en consideración que la finalidad del Procedimiento para la Habilitación es brindar el suministro de gas dentro de los plazos establecidos sin que los usuarios sean afectados por retrasos; en ese sentido, reitera que más del 80% de los suministros bajo análisis fueron habilitados dentro de los plazos normativos; por lo que, no existe ningún perjuicio para los usuarios. Por lo antes señalado, solicita disponer el archivo del presente extremo del procedimiento administrativo.

d) POR NO CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN DE INSTALAR LA TUBERÍA DE CONEXIÓN Y ACOMETIDA DENTRO DEL PLAZO DE OCHO (8) DÍAS HÁBILES

El plazo de ocho (8) días hábiles, establecido en el artículo 8° del Procedimiento para la Habilitación, propicia que la obligación de instalar los suministros resulte a todas luces una exigencia irracional e imposible de cumplir, pues el plazo real con el que cuenta sería de tres (3) días hábiles y no de ocho (8), ello en razón a que la Ley de Conexiones Domiciliarias, Ley N° 29706, obliga a las concesionarias de gas natural a comunicar a los gobiernos locales o regionales, con una antelación de cinco (5) días hábiles su ejecución, la realización de obras para el inicio de los trabajos constructivos.

Por tanto, si a los ocho (8) días hábiles para efectuar la instalación del suministro, le descontamos los cinco (5) días hábiles en los que se debe remitir la notificación de obras a las municipalidades (**plazo durante el cual no debe realizar ningún trabajo**); únicamente se contaría con un plazo de tres (3) días hábiles para ejecutar tales trabajos. En ese sentido, resulta totalmente irracional contar con tan corto plazo para efectuar trabajos constructivos que, en la realidad, pueden tomar hasta quince (15) días hábiles.

Esto vulnera el principio de razonabilidad reconocido por el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos tutelados. En el presente caso, la finalidad del artículo 8° del Procedimiento para la Habilitación es que se cumpla en el menor plazo posible con la instalación programada.

Esta problemática de los plazos para instalar los suministros viene siendo discutida en sede judicial, el cual tuvo como origen una denuncia de barreras burocráticas presentada ante Indecopi, recaída bajo el expediente N° 346-2018/CEB, donde se cuestionó la exigencia ilegal e irracional propia del artículo 8° del Procedimiento para Habilitación. En dicho procedimiento se tiene un resultado favorable en primera instancia sobre la exigencia de la instalación de tubería de conexión en un plazo de 8 días hábiles, que ha resuelto lo siguiente en la resolución N° 198-2019/CEB-INDECOPÍ:

“(…) declarar que las siguientes medidas constituyen barreras burocráticas carentes de razonabilidad y, en consecuencia, fundada la denuncia presentada por Gas Natural de Lima y Callao S.A., contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, en estos extremos:

- i) La exigencia de instalar la tubería de conexión y la acometida, para los usuarios residenciales con consumos menores o iguales a 300 me/mes, en un plazo de ocho (8) días hábiles, materializada en el artículo 8° de la Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 099-2016-OS-CD.”*

Si bien dicha resolución ha sido revocada por la segunda instancia administrativa de Indecopi, tal decisión ha sido cuestionada en vía judicial por considerarla que no está ajustada a derecho. A ello se suma que la exigencia del plazo para la ejecución de tubería en el plazo de 8 días, en su opinión, habría sido revocada con la modificación efectuada, mediante el Decreto Supremo N° 008-2021, al literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución. Con dicha modificación se precisó que la concesionaria puede realizar libremente la instalación de la

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Acometida, Tubería de Conexión y la ejecución de la habilitación, siempre que, la prestación del servicio se realice dentro de los plazos establecidos.

Por tanto, el criterio que debe adoptar el regulador es la aplicación de la retroactividad benigna, principio que en el ámbito punitivo adquiere contenido constitucional a partir de la lectura conjunta de los artículos 103° y 139.11 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, si bien este principio es propio del derecho penal, también es extensible al derecho administrativo sancionador, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

Asimismo, el inciso 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG, recoge este principio -a manera de excepción del principio de irretroactividad- para el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, con lo cual es posible retrotraer los efectos de una disposición normativa vigente a un hecho pasado, sea que se trate de la infracción o la sanción misma, siempre que ello resulte más beneficioso para el presunto infractor, tal como ocurre en este caso.

Por otro lado, un aspecto que no se puede pasar por alto es el computo del plazo para la instalación de la tubería de conexión y de la acometida (ocho días hábiles contados desde la suscripción del contrato). Sin embargo, a través del Oficio N° 730-2018-OS/DSR que le fue notificado con fecha 7 de febrero de 2018, el propio Osinergmin ha dejado claro que el plazo indicado en el artículo 8 del Procedimiento para la Habilitación es aplicable para zonas que se encuentren gasificadas. En otras palabras, para aquellas zonas que se encuentren gasificadas, los ocho (8) días hábiles se empiezan a computar desde la fecha de suscripción del contrato, siendo que, para aquellos casos de zonas no gasificadas, el plazo para la instalación de la tubería de conexión y acometida se computará desde la fecha en que se gasificó dicha zona:

Una vez que las redes estén gasificadas, en un plazo no mayor a 3 días hábiles, deberán informar a Osinergmin la fecha en que se realizó la gasificación, asimismo, deberán regularizar las fechas de aprobación de contrato de suministro en el Portal de Habilitaciones y otras actividades realizadas (instalación de acometida y tubería de conexión), toda vez que los plazos establecidos en la norma aprobada mediante Resolución N° 099-2016-OS/CD se contabilizan desde que las redes se encuentren gasificadas.

En atención a tal comunicación, procedió a analizar los más de 75 mil casos que se encuentran involucrados en la presente imputación, siendo que, de dicho universo, ha analizado 14,696 contratos, detectando que la gran mayoría están relacionados a casos que, inicialmente, se encontraban en zonas no gasificadas.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

En ese sentido, tomando como referencia el Oficio N° 730-2018-OS/DSR, se llega a la conclusión que se ha cumplido el plazo de ocho días (8) hábiles establecidos en el artículo 8° del Procedimiento para la Habilitación, en tanto este plazo empieza a correr desde la fecha en que se dio la gasificación, tal como Osinergmin debió corroborar del Anexo 2-C de su escrito N° 2 de fecha 3 de febrero del 2022.

Por lo tanto, el órgano instructor le está imputando el incumplimiento del artículo 8° del Procedimiento para la Habilitación respecto de casos relacionados a zonas no gasificadas, cuando en realidad su actuación se circunscribió a lo dispuesto por el propio Osinergmin en el Oficio N° 730-2018-OS/DSR, configurándose así un supuesto de inducción al error generado por la propia Administración, lo cual afecta la confianza legítima y genera un nuevo vicio de nulidad del presente procedimiento.

De otro lado, dentro del análisis existen otros casos donde la instalación de la tubería de conexión y la acometida se vio retrasada (no se dio dentro del plazo establecido) por propia responsabilidad de los usuarios que solicitaron el suministro, lo cual escapa a su esfera de control, aspecto que debió ser comprobado por Osinergmin en el detalle de sus Anexo 2-D y 3-C de sus escritos N° 2 y 3 de fecha 3 y 14 de febrero del 2022, respectivamente.

Existen otros casos donde la instalación de la tubería de conexión y la acometida no se pudo dar debido a que las zonas por donde se tenían previstas hacer las obras habían sido recientemente refaccionadas por las municipalidades correspondientes, razón por la cual dichas autoridades nos comunicaron que no era posible intervenir las pistas para la instalación de la tubería de conexión y la acometida, ya que, contaban con una garantía y resultaba inviable la ejecución de obras. Prueba de ello son las Actas de Atención en Campo adjuntadas como Anexo 3-B de su escrito N° 3 de fecha 14 de febrero de 2022 donde se detallaron los motivos expuestos.

Pese a los plazos irrisorios otorgados por el regulador, realizó sus mejores esfuerzos para presentar pruebas pertinentes para rebatir la presente imputación; sin embargo, Osinergmin no las está considerando, alegando que como nos encontramos ante obligaciones sujetas a responsabilidad objetiva, basta que no hayamos cumplido con los plazos establecidos para encontrarnos en incumplimiento, sin examinar los motivos expuestos. Reitera que la eventual existencia de una responsabilidad objetiva no implica bajo ningún concepto privar de su defensa al administrado, dejando de evaluar sus argumentos de defensa, máxime cuando el ejercicio de este derecho constitucional tiene incidencia directa en la graduación de la penalidad que Osinergmin puede imponer a su libre criterio.

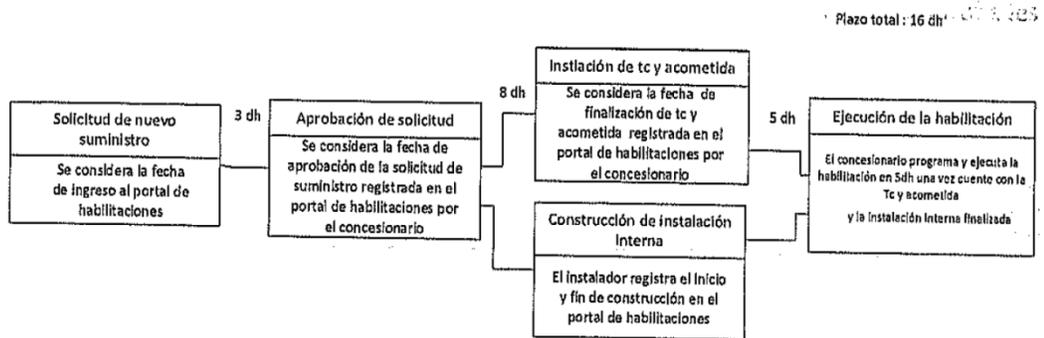
e) POR NO CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LA HABILITACIÓN DE USUARIOS RESIDENCIALES DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO

De acuerdo con el numeral 10.3 del artículo 10° del Procedimiento para la Habilitación, la concesionaria cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles para ejecutar la habilitación, los cuales serán contados a partir de la presentación de la solicitud; sin embargo, este artículo no se debe leer aisladamente, sino en concordancia con las demás disposiciones del artículo 10° del Procedimiento para la Habilitación.

Así, de acuerdo con el numeral 10.1 del Procedimiento para la Habilitación tenemos que el registro de la culminación interna equivale automáticamente a la solicitud de habilitación. Es decir, basta que las tuberías ubicadas entre el medidor y los diferentes artefactos de gas del consumidor se encuentren instaladas para que se cuente el plazo de cinco (5) días hábiles para la ejecución de la habilitación.

No obstante, durante el año 2018, en la práctica se estaban realizando las instalaciones internas, pero aún no se había llevado a cabo la ejecución de obras para las tuberías de conexión y acometidas, motivo por el cual, resultaba imposible cumplir con el plazo de cinco (5) días hábiles para la habilitación del suministro.

Esta problemática fue trasladada a Osinergmin, informando que se estaban llevando a cabo las instalaciones internas pero que todavía no se contaban con las tuberías de conexión y acometidas. En virtud de ello, con fecha 4 de octubre de 2018, mediante Oficio N° 6991-2018-OS/DSR, el organismo regulador dispuso que para los suministros residenciales el plazo no se iba a computar desde la solicitud de habilitación que se registraba en automático en el portal de habilitaciones, sino desde la fecha en que se culminen las obras de tubería de conexión y acometida:



La imputación consiste en no cumplir con la ejecución de la habilitación en 55,399 casos dentro de los plazos establecidos en el artículo 10.3 del Procedimiento para la Habilitación. Sobre el particular, en muchos de estos casos el organismo regulador no está tomando en consideración la problemática descrita que existía en el año

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

2018, así como tampoco que fue el propio regulador quien precisó que el plazo se contaría, siempre y cuando se hayan culminado con las obras de tubería de conexión y acometida, yendo contra su propio dicho y violando de esa forma el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima reconocido en el TUO de la LPAG.

Solicita tomar en consideración los Anexos 2-F y 3-D de sus escritos N° 2 y 3 de fechas 3 y 14 de febrero del 2022, respectivamente, donde se han analizado un total de 22,952 contratos, donde se detallan los plazos para la ejecución de habilitación teniendo en consideración los criterios establecidos por Osinergmin en el 2018, comprobándose que no se incumplieron los plazos establecidos.

Del análisis de los 22,952 casos también se corrobora que existe: (a) un grupo, donde ya se tenía la instalación de tubería de conexión y acometida previa a la ejecución de las instalaciones internas pero que no están tomando en consideración de que eran zonas no gasificadas; y, (b) otro grupo, donde los plazos no se cumplieron por causas atribuibles a los usuarios (ausencia del consumidor en su predio, solicitud de reprogramación, viviendas en construcción, entre otros)

Reitera que ha realizado sus mejores esfuerzos para presentar pruebas pertinentes para rebatir la presente imputación; sin embargo, Osinergmin no las ha considerado, alegando que se tratan de obligaciones sujetas a responsabilidad objetiva, por lo que basta que no se haya cumplido con los plazos establecidos, sin examinar los motivos expuestos. La eventual existencia de una responsabilidad objetiva no implica bajo ningún concepto privar de su defensa al administrado, dejando de evaluar sus argumentos de defensa, máxime cuando el ejercicio de este derecho constitucional tiene incidencia directa en la graduación de la penalidad.

f) EN RELACIÓN AL CÁLCULO DE LA MULTA

La Guía de Política Regulatoria No. 2: Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base (en adelante, la “Guía de Política No. 2”), desarrolla los criterios para la aplicación de sanciones por parte del Osinergmin al amparo de su Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD (en adelante, Reglamento de Fiscalización y Sanción). Uno de los presupuestos de esta Guía es proporcionar herramientas a los operadores para *“calcular las sanciones pecuniarias con sustento técnico y objetivo, haciéndolo a su vez predecible para los agentes fiscalizados”*. Además, se reconoce el carácter disuasivo de las multas de modo tal que *“para lograr el efecto disuasivo, las potenciales sanciones deben ser suficientemente fuertes para sobrepasar los potenciales beneficios de quienes cometan incumplimientos”*.

Sin embargo, estos objetivos no implican el desconocimiento de los principios que orientan la actuación administrativa del órgano resolutor y, concretamente, la facultad sancionadora de Osinergmin. En ese sentido, la Resolución Impugnada no podría contravenir tales principios básicos. No obstante, la Resolución Impugnada vulnera los Principios de Legalidad, Buena Fe Procedimental, Razonabilidad, Debida Motivación e Interdicción de la Arbitrariedad.

f.1) El Órgano Instructor incurriría en una manifiesta ilegalidad en caso persista en aplicar un concepto de daño al presente caso

En la página 34 del Libro “*Estudio de Multas del Sector Energía*” – “*Análisis Económico de las Sanciones*”, se precisa que Osinergmin no cuenta con facultades compensatorias, lo cual no ha sido modificado en las normas legales que justifican su atribución de competencias. En efecto, sus normas de creación (incluyendo la Ley 27332, Ley 26734, entre otros) no recogen una atribución de Osinergmin de naturaleza compensatoria.

En el presente caso, el órgano resolutor pretende sustentar la verificación de un daño compensable estableciendo: (i) un nexo causal entre la actuación de Cálidda; y, (ii) el daño estimado. Además, identifica un alcance objetivo de usuarios afectados (estimando un presunto daño patrimonial por el consumo de GLP considerado como sustituto del Gas Natural). En base a ello, determina -en función de un cálculo del valor del GLP- una compensación que incorpora al cálculo de la multa.

De esta manera, Osinergmin pretende incluir dentro del factor de Beneficio Ilícito una figura *ad hoc* del “daño” pretendiendo internalizar como parte de la sanción un concepto que -además de no aplicar a este caso- **tiene una naturaleza compensatoria**. En otras palabras, el organismo regulador niega los presupuestos que justifican sus competencias legalmente atribuidas.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 3° del TUO de la LPAG establece que uno de los requisitos de validez de un acto administrativo es que haya sido emitido por un órgano competente en razón de la materia. Asimismo, el artículo 72° del TUO de la LPAG establece que la competencia administrativa tiene su fuente en la Constitución, en la ley y que luego de atribuida por estas normas, puede ser reglamentada. Por su parte, el artículo 86° del TUO de la LPAG establece que las autoridades deben actuar dentro del ámbito de su competencia.

Por tanto, resulta claro que Osinergmin no se encuentra facultado, en base a sus competencias legalmente atribuidas, para exigir conceptos compensatorios o de naturaleza indemnizatoria. De exigirlos, incurrirían en ilegalidad por desconocer uno de los requisitos que justifican la emisión de actos administrativos.

En la Resolución Impugnada, Osinergmin afirma que no se ha incluido en el Informe Técnico de Cálculo de la Multa la figura del daño potencial, sino que se ha considerado la *“afectación a la continuidad del servicio o el abastecimiento de energía como parte adicional al beneficio ilícito calculado”*. Sin embargo, la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, vigente desde el año 2021, establece que el daño potencial comprende la afectación a la continuidad del servicio o el abastecimiento de energía, con lo cual queda demostrada la contradicción en la que incurre el Osinergmin al afirmar que el daño potencial no forma parte del Informe de Cálculo de la Multa cuando la misma definición de esta figura comprende los elementos que utilizó el órgano resolutor al momento de imponer la sanción.

f.2) Osinergmin desconoce la aplicación del TUO de la LPAG

Aun cuando el órgano resolutor persista en considerar legal el concepto del daño, lo cierto es que este no resulta aplicable al presente caso, pues este concepto ha sido reconocido en la Guía Metodológica por el Cálculo de la Multa Base, vigente desde el año 2021, y al ser una norma de naturaleza sancionadora (por los criterios sancionadores que contiene) no podría ser aplicada a hechos pasados (2018), al amparo de lo dispuesto por el principio de irretroactividad, recogido en el artículo 248° del TUO de la LPAG.

Asimismo, dado que la norma especial no podría imponer condiciones menos favorables que las previstas en el TUO de la LPAG, Osinergmin no podría pretender aplicar la Guía Metodológica al presente caso para utilizar el concepto de daño.

f.3) Osinergmin no sustenta adecuadamente la aplicación del “Factor Daño” y su cálculo del Beneficio Ilícito.

El Libro *“Estudio de Multas del Sector Energía” – “Análisis Económico de las Sanciones”* tampoco preveía una aplicación del “factor daño” en los términos en los que pretende aplicarlo el órgano resolutor. Es más, la propia Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base perfila dos (2) alternativas para el cálculo del daño: (i) daño real en el marco del escenario de determinación de multas Ex Post; y (ii) daño potencial en el marco del escenario de determinación de multas Ex Ante. En el primer caso, el daño (según el artículo 8 de dicha guía)

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

se cuantifica como máximo en un 5%. En el segundo caso, se consideran una serie de factores adicionales, siendo necesario que estos se sustenten adecuadamente.

La Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base también señala que el daño generado por el incumplimiento de la normativa involucra, en caso corresponda, a: i) la vida, integridad o salud de terceros (no trabajadores del agente fiscalizado) y, ii) los bienes de los agentes terceros afectados. En ese sentido, teniendo en consideración de que las imputaciones discutidas en el presente procedimiento, estas no se encuentran relacionadas a ninguno de los dos supuestos, por lo que no cabe aplicar el factor de daño al presente caso.

En tal sentido, aún en el supuesto negado que la Guía fuera aplicable al presente caso, no sería posible incorporar el supuesto daño a los usuarios por no cumplirse con los requisitos específicamente solicitados por la Guía para su aplicación, es decir, la existencia de un daño a las personas o a sus bienes. Ninguno de dichos supuestos se da en el presente caso, por lo que no es posible aplicar este concepto. Adicionalmente, la Guía no establece la aplicación del 100% del daño identificado, sino solamente del 5% del mismo. Sin embargo, de la documentación remitida, no hemos podido identificar la aplicación de dicho porcentaje limitativo.

Osinermin pretende imponer una multa excesivamente lesiva trasladando al Beneficio Ilícito un presunto “daño”; sin embargo, esta técnica de cuantificación de la multa no se corresponde ni: (i) con lo previsto en el Libro “Estudio de Multas del Sector Energía” – “Análisis Económico de las Sanciones”; ni (ii) con lo previsto en la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base. Siendo ello así, la sanción que determina el Osinermin deviene en arbitraria, principalmente porque la determinación de la sanción no responde a un criterio preestablecido que genere predictibilidad en su aplicación y la sanción determinada ha sido afectada por un “cálculo de daño” sin un sustento suficiente en lo que respecta a su metodología de cálculo.

Asimismo, en el cálculo del Beneficio Ilícito no han considerado los costos efectivamente incurridos. A manera de ejemplo, de acuerdo con lo señalado en la Sección 3.4 de la Guía de Política No. 2, el Cálculo del Beneficio Ilícito (B) supone un minucioso análisis que debe considerar, entre otros aspectos, las siguientes situaciones: (i) *reconocer el costo de las inversiones parciales realizadas por el agente orientadas a dar cumplimiento a la normativa cuya transgresión motivó el procedimiento administrativo sancionador*; y, (ii) *considerar el costo de la mano de obra del personal idóneo para el cumplimiento de la norma*.

Al respecto, la resolución Impugnada **no** efectúa un análisis respecto a los siguientes conceptos:

- i) Los costos en los que efectivamente incurrió para el cumplimiento de las obligaciones materia de análisis. Como consecuencia de ello, la multa impuesta es excesivamente gravosa. Sobre este punto, únicamente existe una referencia genérica sobre la aplicación del criterio de “costos postergados”.
- ii) La idoneidad de los cargos (personal) determinado para el cumplimiento de las obligaciones materia de análisis. En efecto, en la Resolución Impugnada no se justifica la razón por la cual se determina que los trabajos vinculados con el cumplimiento de tales obligaciones deben ser realizados necesariamente por dos (2) tipos de operadores (Ingeniero y Auxiliar); y, menos aún, justifica las razones por las cuales asigna un tiempo de dedicación mayor al Ingeniero Responsable antes que al Auxiliar (cuando suele ser al revés).

Ello demuestra una carente justificación por parte de Osinergmin, así como una falta de comprensión de la operación de la concesionaria. En efecto, en la práctica, el ingeniero supervisor dedica menor tiempo que el auxiliar para la atención de cada requerimiento. Naturalmente, esto conlleva a una reducción en los costos. Ello es así en tanto estos procedimientos responden a procesos estandarizados y optimizados para mejorar el rendimiento. Esta aparente falta de comprensión, acompañada de una falta de motivación acaban generando una multa excesivamente lesiva.

El Principio de *Interdicción de la Arbitrariedad* debe ser concordado con el derecho al debido procedimiento y, consecuentemente, con el deber de debida motivación de resoluciones, puesto que, toda decisión que carezca de una justificación adecuada, suficiente y congruente, sería una decisión arbitraria.

Para alejarse de una arbitrariedad manifiesta, los pronunciamientos del órgano resolutor deberán contar con una motivación consistente, basada en criterios de legalidad y razonabilidad; no obstante, la ausencia de una adecuada ponderación de los elementos antes expuestos evidencia que Osinergmin, en todo caso, ha recurrido a criterios dispersos e insuficientes para imponer la sanción. Sumado a ello, el recurso a fórmulas vagas, genéricas y sin sustento, evidencian también la actuación arbitraria de la entidad.

f.4) Ante hechos similares, Osinergmin ha optado anteriormente por aplicar una estimación de sanción distinta a la que pretende aplicar en este procedimiento sancionador.

Existen otros casos similares en los que Osinergmin optó por la determinación de sanciones sin aplicar la figura del daño. En otras palabras, a los mismos hechos, Osinergmin aplicó consecuencias distintas a las que pretende aplicar en este procedimiento administrativo sancionador.

Como ya lo mencionó, las infracciones imputadas ocurrieron en el año 2018, por lo que no resulta aplicable la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, respecto del concepto de daño. Este criterio fue seguido por Osinergmin en el Expediente N° 202100015224, referido a incumplimientos similares a los que son objeto de este procedimiento: se inició el procedimiento por un presunto incumplimiento del plazo para instalar la tubería de conexión y acometida. Sin embargo, para este caso, Osinergmin no contempló la aplicación de ningún factor de daño. Tratándose de hechos similares, no correspondería que Osinergmin aplique una estimación de sanción distinta a la prevista en el Expediente 202100015224.

Es preciso tener en cuenta que el Principio de Buena Fe Procedimental y el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima -que informan toda actuación administrativa- reconocen la necesidad de que la propia Administración Pública mantenga la consistencia entre sus actos. Por lo que el antecedente justifica que no se aplique el concepto de daño al presente caso. Ello es así porque: (i) la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base no aplica a este caso, por tratarse de hechos previos a su vigencia; y (ii) porque previamente Osinergmin ha aplicado una regla distinta para un caso similar al que es objeto de este procedimiento sancionador.

f.5) Osinergmin incurre en vicios de legalidad que evidencian una actuación arbitraria en lo referido al cálculo de la multa.

Osinergmin no ha determinado si, para efectos del cálculo de la multa en este caso, utilizará el escenario Ex Post o Ex Ante. De la revisión del cálculo efectuado, parece partir del escenario Ex Post al admitir en este caso que existe un “daño” que adiciona al cálculo del Beneficio Ilícito para generar con ello una multa más gravosa. Adicionalmente, se evidencian otros vicios que sí generan indefensión y suponen una contravención al Principio de Legalidad por evidenciar contradicciones a las normas sancionadoras del Osinergmin:

- i) Debido a que Osinergmin no ha analizado la existencia de eximentes de responsabilidad, incurre en inconsistencias al pretender atribuir

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

responsabilidad por “daño” a la recurrente, por razones que escapan de su control.

En aquellos casos en los que los plazos no pudieron ser cumplidos, existió un evento ajeno a la concesionaria que generó tal incumplimiento. En la teoría administrativa, esto se corresponde con la figura de la “ruptura de nexos causal”, perfectamente compatible con la existencia de una “responsabilidad objetiva” como la llama el órgano instructor.

Al respecto, es preciso señalar que el Osinergmin está obligado a efectuar un análisis sobre la “ruptura de nexos causal”, en atención a lo dispuesto por el artículo 16° del Reglamento de Fiscalización y Sanción y el artículo 257° del TUO de la LPAG.

En este caso, al no existir causalidad entre la actuación de la recurrente y el presunto daño generado a los usuarios, esta no debería hacerse responsable. De esta manera, el rechazo inmotivado de argumentos sobre la ruptura de nexos causal deriva en un incremento sustancial de la multa con una repercusión económica significativa. La contravención a las normas implica necesariamente un vicio de ilegalidad.

ii) El análisis de daños efectuado resulta lesivo.

La inclusión del concepto de daño no corresponde; sin embargo, en el supuesto negado de que fuera aplicable, este ha sido mal calculado en la Resolución Impugnada (debido a la ausencia de una metodología clara para ello). Osinergmin asume una premisa que no es necesariamente cierta para la determinación del sustituto idóneo del gas natural: que los usuarios necesariamente utilizarán GLP.

Su análisis no se basa en ninguna evidencia estadística o por segmento poblacional, por lo que, la elección del sustituto parece ser nuevamente arbitraria y desprovista de un análisis de fondo, lo que acaba generando un incremento de la multa sustancial y desproporcionado. El Principio de Razonabilidad reconoce la necesidad de mantener una proporción entre el fin que se persigue y la sanción que se impone. Precisamente, en línea con ello, el artículo 248° del TUO de la LPAG reconoce una serie de aspectos que deben ser considerados por el órgano sancionador, incluyendo: (i) las circunstancias de comisión de la infracción; (ii) el beneficio ilícito resultante; (iii) la gravedad del daño al interés público, entre otros.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Por lo tanto, los pronunciamientos de Osinergmin deberán (i) adecuarse a los presupuestos normativos; (ii) contener una adecuada relación entre las medidas impuestas por dicho órgano y la presunta actuación infractora; y, (iii) considerar, entre otros aspectos, los fines públicos tutelados.

En el presente caso, la aplicación del factor de daño acaba generando una sanción lesiva y no atiende a las circunstancias de comisión de la infracción contraviniendo el Principio de Razonabilidad. Debe tenerse en consideración que los funcionarios públicos son responsables por el ejercicio arbitrario de su autoridad que genere un perjuicio a terceros. Así, en caso de imponerse la multa materia del presente procedimiento se podría estar incurriendo en responsabilidad conforme a ley.

f.6) Corresponde respetar los topes máximos de multa

La Resolución Impugnada ha concluido que existe una sola tipificación aplicable, la cual consiste en “no cumplir con las normas relativas al acceso al servicio”. Concretamente, la norma material infringida sería el Procedimiento para la Habilitación. El incumplimiento detectado se habría producido en el año 2018 respecto (i) del plazo de respuesta a la solicitud de nuevo suministro, (ii) el plazo para la instalación de tubería de conexión y acometidas y (iii) el plazo para la ejecución de la habilitación correspondiente.

De acuerdo con la Escala de Multas del Sector Gas Natural (Resolución No. 388-2007-OS/CD), la tipificación aplicada tiene un tope máximo de multa igual a 120 UIT.

Más allá de los defectos de tipicidad en los que incurre Osinergmin al pretender sancionarla al amparo de una tipificación tan general y no exhaustiva, es importante destacar que dicha tipificación sí impone una restricción: no aplicar una sanción mayor a 120 UIT por “no cumplir las obligaciones y responsabilidades a cargo del concesionario”. Bajo ese concepto, por el periodo 2018 bajo análisis, las multas impuestas deben reducirse al tope establecido normativamente.

Un criterio similar al desarrollado previamente fue acogido por el TASTEM en el Expediente N° 20170086647 en el que se evaluó la contravención al Procedimiento de Rehabilitación y al TUO del Reglamento de Distribución por no realizar prueba de hermeticidad durante el tercer y cuarto trimestre del 2014 y primer y segundo trimestre del 2015. En concreto, la primera instancia administrativa había fijado multas que, en total sumaban 191 UIT por la contravención al artículo 4.1.4 de la Escala de Multas (Resolución 267-2012-OS/CD); no obstante, el TASTEM verificó

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

que el tope de multa tenía un límite de 120 UIT y dispuso la reducción de la multa impuesta.

Bajo ese criterio, corresponderá que en el presente caso se considere también el tope máximo impuesto por la Escala de Multas del Osinergmin, lo cual no ha sido considerado al imponer la sanción, ya que, lo único que se ha mencionado, de manera muy confusa, en la Resolución Impugnada es que dichos procedimientos no constituyen precedentes de observancia obligatoria, violando así el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima antes citado.

- g)** Solicitó el uso de la palabra.
3. Mediante el Memorándum N° DSR-911-2022, recibido el 25 de abril de 2022, la Gerencia de Supervisión Regional remitió los actuados al TASTEM.
 4. Con escrito de fecha 3 de agosto de 2022 GNLC reiteró su solicitud de uso de la palabra.
 5. Mediante escrito de fecha 7 de octubre de 2022, GNLC formuló alegatos adicionales a su recurso de apelación. Señaló lo siguiente:
 - a) En virtud de lo dispuesto por el literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución, el concesionario cuenta con un plazo máximo para la habilitación de los suministros que fueran solicitados por los consumidores, no estableciéndose un plazo específico para cada actividad que involucra la habilitación.
 - b) A pesar de ello, Osinergmin afirma que el artículo bajo análisis no señala que dichas actividades (la instalación de la acometida, Tubería de Conexión y la ejecución de la habilitación) no puedan estar sujetas a plazos legales particulares; por lo que es totalmente válido que puedan poner plazos de ejecución para cada una de ellas.
 - c) Debido a esta discrepancia sobre la interpretación del literal b) del artículo 42° del TUO del Reglamento de Distribución, solicitó al Ministerio de Energía y Minas (Minem) - ente rector del sector -, cuál debería ser la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo antes referido.
 - d) Mediante el Oficio N° 1122-2022-MINEM/DGH y el Informe Técnico Legal N° 123-2022-MINEM/DGH-DGGN-DNH (que adjunta a su escrito), el referido ministerio dio respuesta a su consulta, señalando que existe un plazo global para la habilitación del suministro, por lo que el concesionario puede realizar libremente la instalación

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

de acometida, Tubería de Conexión y ejecución de la habilitación dentro de los plazos establecidos en el TUO del Reglamento de Distribución.

- e) Además de ello, el Minem habría solicitado a Osinergmin actualizar sus procedimientos, lineamientos o mecanismo tecnológicos necesarios para dar cumplimiento a lo señalado en el literal b) del artículo 42° y el artículo 71° del TUO del Reglamento de Distribución.
 - f) Con ello, queda claro que el literal b) del artículo 42° TUO del Reglamento de Distribución establece un plazo general para la instalación de la Acometida, Tubería de Conexión y la ejecución de la habilitación; sin embargo, Osinergmin no está considerando dicho plazo en el Procedimiento para la Habilitación, imponiendo medidas más restrictivas no contempladas en el TUO del Reglamento de Distribución y vulnerando de esta forma el principio de legalidad y la jerarquía de las normas legales.
 - g) Por lo anterior considera que Osinergmin no cuenta con base normativa para sancionarla por los supuestos incumplimientos que se vienen discutiendo en el presente procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual debe disponer su archivo definitivo.
6. Con escrito de fecha 28 de octubre de 2022, GNLC señaló lo siguiente:
- a) Con relación a la aplicación de la “Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base” por parte de Osinergmin al momento de determinar la sanción, reitera que dicho organismo regulador no se encuentra facultado, en base a sus competencias legalmente atribuidas, a exigir conceptos compensatorios o de naturaleza indemnizatoria, ya que, de exigirlos, incurriría en ilegalidad por desconocer uno de los requisitos que justifican la emisión de actos administrativos.
 - b) Cuestiona que en el cálculo de la multa se pretenda incluir, dentro del factor de Beneficio Ilícito, una figura ad hoc del “daño” pretendiendo internalizar como parte de la sanción un concepto que -además de no aplicar a este caso- tiene una naturaleza compensatoria, y dista de la lógica disuasiva que requiere cualquier sanción.
 - c) Lo anterior ha sido ratificado por el Informe “Aporte de evidencias y mejoras sobre la base de la teoría económica y la experiencia práctica a la Guía Metodológica para

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

el Cálculo de la Multa Base publicada por Osinerghmin” preparado por el profesor José Luis Bonifaz (que adjunta a su escrito), donde concluye que:

“Ninguno de los organismos reguladores (OR) nacionales analizados (OEFA, OSITRAN, SUNASS, OSIPTEL) contemplan dentro de su normativa el daño potencial dentro o sumado al beneficio ilícito. Más bien el daño aparece en la mayoría de OR como un agravante. Por eso Osinerghmin no debe incluir dentro de la multa (Beneficio Ilícito) una figura ad hoc del “daño” sino que debe incluirlo como aspecto agravante.

Asimismo, al revisar la experiencia internacional se observa que no se utiliza el daño potencial en ninguno de los casos analizados.”

- d) Resulta evidente que Osinerghmin vulnera el principio de licitud al considerar o contemplar dentro de su normativa el daño potencial, toda vez que no cuenta con competencia.
- e) En las páginas 37 a 39 del referido informe también se hace un análisis específico sobre el presente procedimiento administrativo sancionador donde, después de estudiar el detalle de cada una de las imputaciones y del cálculo de multa efectuado por Osinerghmin se llegan a las siguientes conclusiones:

(i) Se pretende incluir dentro del factor de Beneficio Ilícito una figura ad hoc del “daño” que tiene una naturaleza compensatoria y que se aleja del concepto de multa disuasiva. En otras palabras, Osinerghmin se contradice de la teoría económica de las multas que ellos mismos presentan en la Guía.

(ii) Esto resulta contrario a la Guía pues se trata de una figura de daño potencial con carácter compensatorio hacia los usuarios.

(iii) En la multa impuesta en cada uno de los 3 casos, el 54%, 41% y 47%, respectivamente, corresponden al supuesto daño potencial de la afectación a los usuarios.

- f) Por tanto, reafirma que Osinerghmin aplicó indebidamente la Guía Metodológica al presente procedimiento sancionador, ocasionado que la sanción resulte totalmente irracional y desproporcional, por lo que solicita se tome en consideración el análisis técnico-económico desarrollado en el informe adjunto al presente escrito.

7. Mediante escrito de fecha 3 de abril de 2023, GNLC solicitó se deje sin efecto su solicitud de uso de la palabra.
8. En tal sentido, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, el TASTEM ha llegado a las conclusiones que se señalan en los numerales siguientes.

ANÁLISIS DEL TASTEM

9. Respecto de lo alegado en el literal a) del numeral 2) de la presente resolución, debe tenerse presente que el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG⁴ regula el Principio del Debido Procedimiento, en virtud del cual los administrados gozan del derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

A su vez, el artículo 15° del Reglamento de Fiscalización y Sanción⁵, establece que el Informe de Fiscalización es el documento elaborado por la Autoridad de Fiscalización,

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENDADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS.**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.2 **Principio del debido procedimiento.**- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas 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 Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.”

⁵ **REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 208-2020-OS/CD.**

“Artículo 15.- Informe de Fiscalización

15.1 El Informe de Fiscalización es el documento elaborado por la Autoridad de Fiscalización mediante el cual sustenta los hechos verificados objetivamente, que se encuentren acreditados con fotografías, grabaciones, mediciones y demás medios probatorios recabados por los Fiscalizadores o proporcionados por el Agente Fiscalizado durante las acciones de fiscalización.

15.2 Con el Informe de Fiscalización culmina la actividad de fiscalización, que puede concluir en:

- a) La determinación de la inexistencia de observaciones referidas a incumplimientos.
- b) La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por los Agentes Fiscalizados, en el caso de acciones de fiscalización orientativa, a que se refiere el numeral 9.3 del artículo 9.
- c) La advertencia de la existencia de incumplimientos que, de haber sido subsanados, no serían susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.
- d) La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar responsabilidades administrativas.

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-SI

mediante el cual sustenta los hechos verificados objetivamente, que se encuentren acreditados con fotografías, grabaciones, mediciones y demás medios probatorios recabados por los Fiscalizadores o proporcionados por el Agente Fiscalizado durante las acciones de fiscalización. Precisa, además, que con el Informe de Fiscalización culmina la actividad de fiscalización, que puede concluir, entre otros, con la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar responsabilidades administrativas. Finalmente, se precisa que el Informe de Fiscalización debe ser notificado al Agente Fiscalizado.

Asimismo, el artículo 20° del Reglamento de Fiscalización y Sanción⁶, para efectos de iniciar el procedimiento administrativo sancionador, la Autoridad Instructora notifica al Agente Fiscalizado lo siguiente:

- a) Los hechos que se le imputen a título de cargo, precisando el sustento correspondiente.
- b) La calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir.
- c) Las sanciones que se le pudiera imponer, de verificarse la infracción.
- d) El órgano competente para imponer la sanción y la norma que le otorga la competencia.
- e) El plazo no menor a cinco (5) días hábiles para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse un elemento de juicio en contrario a su situación.
- f) El Informe de Instrucción y demás documentación que sustente la imputación.

e) *La adopción de medidas correctivas, conforme al artículo 38.*

f) *Otras acciones según lo establezcan las normas especiales.*

15.3 *El Informe de Fiscalización es notificado al Agente Fiscalizado.*

15.4 *El Informe de Fiscalización no tiene carácter vinculante para la Autoridad Instructora.”*

⁶ **REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 208-2020-OS/CD.**

“Artículo 20.- Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

20.1 *De advertir la existencia de indicios que hagan presumir la comisión de una infracción, la Autoridad Instructora da inicio al procedimiento administrativo sancionador.*

20.2 *Para efectos de iniciar el procedimiento administrativo sancionador, la Autoridad Instructora notifica al Agente Fiscalizado lo siguiente:*

- a) *Los hechos que se le imputen a título de cargo, precisando el sustento correspondiente.*
- b) *La calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir.*
- c) *Las sanciones que se le pudiera imponer, de verificarse la infracción.*
- d) *El órgano competente para imponer la sanción y la norma que le otorga la competencia.*
- e) *El plazo no menor a cinco (5) días hábiles para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse un elemento de juicio en contrario a su situación.*
- f) *El Informe de Instrucción y demás documentación que sustente la imputación.”*

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

En el presente caso, de la revisión del expediente administrativo se verifica que, con fecha 28 de diciembre de 2021, la División de Supervisión Regional notificó a GNLC los Informes de Fiscalización Nros. 7500-2021-OS/DSR, 7502-2021-OS/DSR, 7509-2021-OS/DSR y 7511-2021-OS/DSR, los cuales contenían los resultados de las fiscalizaciones efectuadas al proceso de habilitaciones durante el primer, segundo, tercer y cuarto trimestre 2018.

Posteriormente, mediante el Oficio N° 156-2022-OS/DSR, notificado el 20 de enero de 2022, se comunicó a GNLC el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador por los incumplimientos detallados en la tabla contenida en el numeral 1) de la presente resolución, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles a efectos que presente sus descargos, el cual fue ampliado por cinco (5) días hábiles adicionales atendiendo en parte una solicitud de GNLC⁷.

Mediante escritos presentados el 3, 14 y 16 de febrero de 2022, GNLC en ejercicio de su derecho de defensa realizó sus descargos a los incumplimientos imputados mediante el Oficio N° 156-2022-OS/DSR. Asimismo, a través del escrito presentado el 18 de marzo de 2022, GNLC efectuó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 571-2022-OS/DSR.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que no se ha contravenido el alegado derecho de defensa, toda vez que, de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes la recurrente presentó sus escritos de descargos y medios probatorios, los cuales fueron evaluados por la primera instancia, desvirtuando cada uno de ellos y motivando debidamente su pronunciamiento, por lo que la recurrente al no estar de acuerdo con lo resuelto por la primera instancia, ha ejercido su derecho apelando dicha resolución.

Por tales consideraciones, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente en este extremo

10. Con relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2) y los literales a) al g) del numeral 5) de la presente resolución, referido a los plazos establecidos en el Procedimiento para la Habilitación, es necesario precisar que, de conformidad con el artículo 103° de la Constitución Política del Perú⁸, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las

⁷ A través del escrito presentado el 24 de enero de 2022, GNLC solicitó una ampliación de plazo de sesenta (60) días hábiles, solicitud que fue estimada en parte, otorgándosele una ampliación de cinco (5) días hábiles.

⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

"Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho"

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y

consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Precisa además que **la ley se deroga sólo por otra ley, pudiendo también quedar sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.**

Adicionalmente, el artículo 109° de la Constitución Política del Perú⁹, establece que **la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.**

Asimismo, de acuerdo con el Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG¹⁰, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

Complementariamente, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 35 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC, ha señalado lo siguiente:

“35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.”

De acuerdo con el marco normativo reseñado precedentemente se concluye que la Ley (en su sentido más amplio) es obligatoria desde el día siguiente de su publicación, siendo que la ley solo puede ser derogada por otra ley, pudiendo ser dejada sin efecto también

situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.”

⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

“Vigencia y obligatoriedad de la Ley

Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.”

¹⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENDADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS.**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”

mediante sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad. Asimismo, los tribunales administrativos carecen de competencia para aplicar control difuso (inaplicar una norma vigente), tal como lo ha sustentado en Tribunal Constitucional.

Bajo ese contexto, este Tribunal Administrativo se encuentra obligado a aplicar lo dispuesto por el Procedimiento para la Habilitación, al ser una norma emitida por Osinergmin en ejercicio de su función normativa, y encontrarse vigente a la fecha (no ha sido derogada ni dejada sin efecto por sentencia que declara su ilegalidad). Del mismo modo, este Tribunal Administrativo no cuenta con competencia para analizar y emitir pronunciamiento de manera general sobre la legalidad o inconstitucionalidad del Procedimiento para la Habilitación, debiendo plantearse tales cuestionamientos ante el Poder Judicial mediante el proceso de acción popular, por lo que corresponde desestimar esta alegación.

11. En cuanto a lo alegado en los literales c), d) y e) del numeral 2) de la presente resolución, se debe indicar que los artículos 5º, 8º y 10º del Procedimiento para la Habilitación, establecen lo siguiente:

Artículo 5.- Condiciones previas para la Habilitación de Suministros de Gas Natural

5.1. Previo al inicio de los trámites correspondientes a la Habilitación, el Usuario deberá haber suscrito el contrato de suministro de gas natural con el Concesionario.

Sin perjuicio de lo indicado en el presente procedimiento, para el caso de solicitudes de nuevos suministros que estén ubicados en áreas geográficas donde existen redes de distribución de gas natural o donde el Concesionario promociona contratos de nuevos suministros, dichas solicitudes se considerarán viables técnica y económicamente.

El Concesionario deberá responder la solicitud indicada en el párrafo que antecede, suscribiendo el contrato de suministro y procediendo a registrarlo en el Portal de Habilitaciones en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, contabilizados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, ello conforme a las disposiciones establecidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 306-2015-OS-CD. El Concesionario deberá efectuar el registro electrónico del contrato de suministro (...)

(...) El Concesionario, en caso que no apruebe el Contrato, deberá sustentar la no aprobación en el Portal de Habilitaciones, dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.”

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

5.2. Una vez cumplido el supuesto establecido en el numeral precedente, el Usuario deberá contratar los servicios de un Instalador inscrito en el Registro de Instaladores de Gas Natural, para la elaboración del Proyecto de Ingeniería de Gas Natural, construcción de la instalación interna, así como construcción e instalación de la Estación de Medición y Regulación Primaria, según corresponda.

5.3. El procedimiento para la Habilitación, para Usuarios con consumos menores o iguales a 300 m³/mes, se tramitará a través del Portal de Habilitaciones, debiendo el Concesionario e Instalador registrar en el mencionado Portal, y según corresponda, todas las actividades, documentación e información referente al presente procedimiento, como máximo en el mismo día de generada la misma. Dicha información incluye el contrato de suministro de gas natural suscrito con el Concesionario, el cual será registrado por el Concesionario; así como el acuerdo que firma el Instalador con el Usuario relacionado con la construcción de la Instalación Interna, el cual será registrado por el Instalador.

(...)

“Artículo 8°.- Instalación de la tubería de conexión y de la acometida

El Concesionario deberá señalar al Usuario o al Instalador el punto en el cual la tubería de conexión ingresará al inmueble a partir del cual se extenderá la tubería de la Instalación Interna. El referido punto deberá estar circunscrito dentro de los alcances de lo establecido en las normas técnicas vigentes. El Concesionario deberá registrar en el Portal de Habilitaciones la fecha de culminación de los trabajos de instalación de la tubería de conexión y acometida.

En el caso de instalaciones internas residenciales, tanto la tubería de conexión como la acometida serán instaladas por el Concesionario en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la suscripción del contrato de suministro.

(...)

Una vez culminados los trabajos de instalación, el Concesionario y el Usuario o representante de éste último suscribirán, en señal de conformidad, un Acta de instalación de acometida y tubería de conexión, conforme al formato N° 2 del Anexo N° 2. Dicha Acta podrá ser firmada adicionalmente por el Instalador. El Concesionario deberá registrar este hecho en el Portal de Habilitaciones.

(...)

Artículo 10.- Habilitación del suministro de gas natural

10.1 Presentación de la Solicitud de Habilitación

Una vez que el Instalador concluya la construcción de la instalación interna, y estando aún descubierta, en el caso de tuberías empotradas, el Instalador registrará en el Portal la culminación de las actividades de construcción

(...)

Para el caso de Usuarios residenciales, el registro de la culminación de la instalación interna en el Portal de Habilitaciones automáticamente equivale a la Solicitud de Habilitación, debiendo el Concesionario programar la Habilitación a través del Portal de Habilitaciones (...).

10.2 Aprobación de la Solicitud de Habilitación

El Concesionario deberá pronunciarse a través del Portal de Habilitaciones respecto de la aprobación o no de la Solicitud de Habilitación en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud a través del Portal de Habilitaciones.

Asimismo, dentro del plazo señalado en el párrafo precedente, el Concesionario podrá realizar observaciones a la Solicitud de habilitación, en caso no cumpla con presentar la información detallada en el numeral 10.1 del procedimiento, las cuales serán comunicadas a través del Portal de Habilitaciones.

En caso el instalador no presente el levantamiento de las observaciones o no absuelva el total de las mismas, se tendrá por no presentada la Solicitud de Habilitación. De presentar el levantamiento de las observaciones, el Concesionario contará con un plazo máximo de tres (03) días hábiles para emitir su pronunciamiento respecto de la aprobación o no de la Solicitud de Habilitación. Este proceso se realizará a través del Portal de Habilitaciones.

10.3 Ejecución de la Habilitación

*El Concesionario programará y ejecutará la Habilitación en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles contados a partir de la Solicitud de Habilitación en caso no se hayan formulado observaciones, o a partir del levantamiento de observaciones en caso se hayan formulado estas últimas. **Sólo para el caso de Usuarios residenciales, el Concesionario programará y ejecutará la Habilitación en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles.** Para tal efecto, el Concesionario comunicará al Usuario y/o Instalador, a través del Portal de Habilitaciones, la fecha programada para la ejecución de la Habilitación, en la cual se deberá suscribir el Acta de Habilitación respectiva.*

(...)"

El énfasis es nuestro

Cabe reiterar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 109° de la Constitución Política del Perú, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, por lo que GNLC se encuentra obligada a: **i)** Responder la solicitud de nuevo suministro suscribiendo el contrato de suministro y procediendo a registrarlo en el Portal de Habilitaciones en un plazo de tres (3) días hábiles contados a partir de la recepción

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

de la solicitud de nuevo suministro; **ii)** Instalar la tubería de conexión y acometida de las instalaciones internas residenciales dentro de un plazo máximo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la suscripción del contrato de suministro; y, **iii)** Ejecutar la habilitación de usuarios residenciales en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de habilitación; tal como está establecido en el Procedimiento para la Habilitación, norma imperativa de público conocimiento. Sin embargo, tal como fue señalado por la primera instancia, en el presente caso GNLC no cumplió dichas obligaciones, conforme fue determinado durante la supervisión correspondiente al año 2018.

Cabe señalar que, de acuerdo con numeral 24.1 del artículo 24° del Reglamento de Fiscalización y Sanción¹¹, en concordancia con el artículo 89° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, así como con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹², la responsabilidad administrativa en el marco de los procedimientos sancionadores a cargo de Osinergmin es objetiva, tal y como establece el numeral 10) del artículo 248¹³ del TUO de la LPAG.

¹¹ **REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS A CARGO DE OSINERGMIN – RESOLUCIÓN N° 208-2020-OS/CD.**

“Artículo 24.- Determinación de responsabilidad.

24.1 La responsabilidad administrativa es determinada por Osinergmin de forma objetiva, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 13 de las Leyes Nos. 27699 y 28964, respectivamente. (...)”

¹² **REGLAMENTO GENERAL DE OSINERGMIN – 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.”

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.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

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

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

¹³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

En tal sentido, la responsabilidad objetiva constituye un criterio previsto en las normas que regulan los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin, siendo que su aplicación resulta de la constatación del hecho y su calificación como infracción en el tipo administrativo sancionable, como ha ocurrido en el caso materia de análisis, donde se verificó que GNLC no cumplió con lo dispuesto en los artículos 5º, 8º y 10º del Procedimiento para la Habilitación. Dicho criterio viene siendo aplicado por este Tribunal en reiteradas resoluciones, entre ellas, las Resoluciones N° 181-2019-OS/TASTEM-S1 N° 165-2019-OS/TASTEM-S1 y N° 077-2019-OS/TASTEM-S1.

Con relación a no cumplir con responder la solicitud de nuevo suministro suscribiendo el contrato correspondiente y procediendo a registrarlo en el portal de habilitaciones, GNLC señala que el plazo regulado en el artículo 5º del Procedimiento para la Habilitación no toma en consideración las vicisitudes que se presentan en el desarrollo cotidiano de las actividades, tales como: i) el predio tiene más de un objeto de conexión asociado; ii) para el DNI del contratante del servicio existe más de un interlocutor comercial creado; iii) número de contrato ya aprobado para el interlocutor comercial; y iv) unidad predial inexistente. Sin embargo, los inconvenientes señalados por GNLC obedecen a ineficiencias inherentes a su gestión, pues de su propia manifestación se desprende la existencia de duplicidad de gestores y/o contratos para un mismo cliente o un incorrecto registro de la ubicación de la unidad predial.

Asimismo, tal como lo señala expresamente GNLC en su recurso de apelación, el 80% de las solicitudes fueron aprobadas en el día 4 y 5, es decir, la concesionaria reconoce que el plazo fue excedido en un 1 o 2 días.

En cuanto a no cumplir con la obligación de instalar la tubería de conexión y acometida dentro del plazo de ocho (08) días hábiles establecido en el artículo 8º del Procedimiento para la Habilitación, GNLC señala que dicho plazo propicia que la obligación de instalar los suministros resulte una exigencia irracional e imposible de cumplir, pues el plazo real con el que cuenta sería de tres (3) días hábiles y no de ocho (08), ello en razón a que la Ley de Conexiones Domiciliarias, Ley N° 29706, obliga a las concesionarias de gas natural a comunicar a los gobiernos locales o regionales, con una antelación de cinco (5) días hábiles su ejecución, la realización de obras para el inicio de los trabajos constructivos.

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

(...)

10. Culpabilidad.- *La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva."*

Sobre el particular, corresponde reiterar que el procedimiento administrativo sancionador no es la vía correspondiente para efectuar tales cuestionamientos, en tanto este Tribunal Administrativo no tiene competencia para evaluar dicho extremo, pues toda norma se considera válida mientras no se declare judicialmente lo contrario, por lo que la recurrente se encuentra obligada a su cumplimiento.

Asimismo, en cuanto a lo señalado por GNLC en el sentido que en el Oficio N° 730-2018-OS/DSR Osinergmin le habría indicado que el plazo indicado en el artículo 8 del Procedimiento para la Habilitación es aplicable para zonas que se encuentren gasificadas, es oportuno señalar que, en dicho oficio la División de Supervisión de Gas Natural señaló lo siguiente:

Nos dirigimos a usted, con relación a las ventas que viene realizando vuestra representada en zonas en construcción que aún no están gasificadas y su registro en el Portal de Habilitaciones.

Al respecto, de conformidad con los acuerdos tomados en las reuniones sostenidas con personal de vuestra representada, le solicitamos que remita la siguiente información:

- Ubicación georreferencia de las zonas o mallas (por distrito) que tengan proyectado gasificar y realizar ventas a usuarios residenciales. Esta información debe ser remitida semanalmente, los días jueves hasta las 18:00 horas al correo sopORTEportal@osinergmin.gob.pe . Asimismo, se precisa que no se podrá realizar ventas hasta que Osinergmin haya registrado en el Portal de Habilitaciones la información remitida por vuestra representada.
- Una vez que las redes estén gasificadas, en un plazo no mayor a 3 días hábiles, deberán informar a Osinergmin la fecha en que se realizó la gasificación, asimismo, deberán regularizar las fechas de aprobación de contrato de suministro en el Portal de Habilitaciones y otras actividades realizadas (instalación de acometida y tubería de conexión), toda vez que los plazos establecidos en la norma aprobada mediante Resolución N° 099-2016-OS/CD se contabilizan desde que las redes se encuentren gasificadas.

Finalmente, se le recuerda que todas las ventas realizadas en zonas no gasificadas deben ser registradas en el Portal de Habilitaciones, conforme lo establecido en el Manual de Uso del Portal de Habilitaciones. Cualquier consulta para el envío de la información solicitada puede enviar un correo electrónico a la dirección: oscondor@osinergmin.gob.pe.

Como se puede apreciar, a través de dicho oficio Osinergmin dio respuesta a una inquietud formulada por GNLC, referida a la venta en zonas no gasificadas, para lo cual el organismo regulador le requirió información correspondiente a la ubicación georreferenciada de las zonas o mallas proyectadas para gasificar y realizar ventas a

usuarios residenciales, precisando que **no se podrá realizar ventas hasta que Osinergmin haya registrado en el Portal de Habilitaciones la información remitida por GNLC**. Por tanto, aquí nuevamente nos encontramos frente a problemas relativos a la propia gestión comercial de GNLC, pues conociendo el procedimiento y los plazos establecidos en el Procedimiento para la Habilitación, realizó ventas de suministros en zonas que aún no estaban gasificadas, generando con ello la problemática que posteriormente trasladó a Osinergmin a fin de buscar una solución, pretendiendo ahora ampararse en ello para eximirse de su responsabilidad en el incumplimiento de los plazos del Procedimiento para la Habilitación que, cabe reiterar, conocía y se encontraba obligada a cumplir.

Respecto de no cumplir con la obligación de ejecutar la habilitación de usuarios residenciales dentro del plazo establecido, GNLC señala que durante el año 2018 se estaban realizando las instalaciones internas, **pero aún no se había llevado a cabo la ejecución de obras para las tuberías de conexión y acometidas**, motivo por el cual, resultaba imposible cumplir con el plazo de cinco (5) días hábiles para la habilitación del suministro.

Sobre el particular, es oportuno precisar que, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Procedimiento para la Habilitación, la concesionaria debe instalar la tubería de conexión y la acometida dentro del plazo de 8 días hábiles contados a partir de la suscripción del contrato (conforme a lo dispuesto por el artículo 8°) y **una vez que el Instalador concluya la construcción de la instalación interna** registrará en el Portal la culminación de las actividades de construcción, **luego de lo cual el Instalador o el Usuario presentarán la Solicitud de Habilitación** a través del Portal de Habilitaciones (de acuerdo con el numeral 10.1 del artículo 10°), siendo que la concesionaria programará y ejecutará la Habilitación, para el caso de Usuarios residenciales, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la Solicitud de Habilitación (conforme con el numeral 10.3 del artículo 10°).

Asimismo, de la revisión del Oficio N° 6991-2018-OS/DSR citado por GNLC, se verifica que con este la División de Supervisión Regional precisó a la concesionaria el procedimiento que se debía seguir, conforme a lo dispuesto en el Procedimiento para la supervisión, tal como se muestra a continuación:

Al respecto, es pertinente precisar, que el procedimiento de habilitación regula de manera integral los plazos de atención a los usuarios – o potenciales usuarios- del servicio, con el fin de facilitar el acceso del gas natural en todas las zonas del país, a tales efectos, la contabilización se realiza de acuerdo con lo siguiente:

- I. **Condiciones previas para la Habilitación de Suministros de Gas Natural:** El Concesionario deberá responder la solicitud de nuevo suministro, suscribiendo el contrato de suministro y procediendo a registrarlo en el Portal de Habilitaciones en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, contabilizados a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Haciendo uso del portal de habilitaciones el plazo es calculado tomando como referencia la fecha de ingreso en el portal y la fecha de aprobación registrada por el concesionario, el cual no debe ser mayor a tres (3) días hábiles.
- II. **Instalación de la tubería de conexión y de la acometida:** Tanto la tubería de conexión como la acometida serán instaladas por el Concesionario en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la suscripción del contrato de suministro. Entendiéndose que, en la fecha que se aprueba la solicitud, proceden ambas partes con la suscripción del contrato de suministro.
- III. **Ejecución de la Habilitación:** Sólo para el caso de Usuarios residenciales, el Concesionario programará y ejecutará la Habilitación en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles. Para tal efecto, el Concesionario comunicará al Usuario y/o Instalador, a través del Portal de Habilitaciones, la fecha programada para la ejecución de la Habilitación, en la cual se deberá suscribir el Acta de Habilitación respectiva. El plazo para esta actividad es contabilizado, siempre y cuando ya esté construida la instalación interna, desde la fecha de finalización de la tubería de conexión y acometida, hasta la fecha de habilitación ambos datos son registrados en el portal de habilitaciones.

En consecuencia, i) dado que las disposiciones contenidas en el Procedimiento para la Habilitación resultan plenamente exigibles a GNLC en su calidad de empresa concesionaria; ii) que este Tribunal Administrativo no puede inaplicar una norma vigente ni cuenta con competencia para analizar su validez; iii) que la responsabilidad administrativa en el marco de los procedimientos sancionadores a cargo de Osinergmin es objetiva; iv) que GNLC reconoce el incumplimiento de los plazos establecidos, alegando que estos resultan ser muy cortos y de imposible cumplimiento, este Tribunal Administrativo considera que corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en estos extremos.

12. Respecto de lo alegado en el literal f.2) del numeral 2) de la presente resolución, cabe precisar que, de acuerdo con el Principio de Irretroactividad, contenido en el numeral 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG, son aplicables **las disposiciones sancionadoras**

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Sobre el particular, es necesario precisar que las normas procedimentales, tales como el Reglamento de Fiscalización y Sanción o la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, no constituyen disposiciones sancionadoras, pues con ellas no se tipifican infracciones, sino que se tratan de instrumentos normativos tendientes a normar y regular el procedimiento a seguir para determinar la responsabilidad del administrado respecto de infracciones previamente tipificadas y para graduar la correspondiente sanción aplicable al caso concreto.

Por otro lado, es pertinente resaltar que con fecha 18 de diciembre de 2020, se publicó el Reglamento de Fiscalización y Sanción, el cual establece en su Primera Disposición Complementaria Final, que: *“El presente Reglamento entra en vigencia a partir del día siguiente de la publicación en el diario oficial El Peruano de la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, a que se refiere el numeral 26.3 del artículo 26”*.

Posteriormente, el 12 de junio de 2021, se publicó la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 120-2021-OS/CD mediante la cual se aprobó la *“Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base”*, entrando en vigencia, a partir de esa fecha, el citado Reglamento de Fiscalización y Sanción.

Cabe reiterar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109° de la Constitución Política, **la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.**

Por tanto, dado que el presente procedimiento inició el 20 de enero de 2022, esto es, cuando ya se encontraba vigente el Reglamento de Fiscalización y Sanción, así como la *“Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base”*, la tramitación del mismo debe regirse bajo las disposiciones contenidas en dichos cuerpos normativos, sin que ello signifique una contravención al principio de irretroactividad, pues tal como ya se mencionó, dichas normas no tienen naturaleza sancionadora, por lo que este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

13. Con relación a lo alegado en los literales f.1), y f.3) a f.6) del numeral 2), así como en los literales a) al f) del numeral 6) de la presente resolución, se debe tener presente que, de

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

acuerdo con el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3) del artículo 248¹⁴ del TUO de la LPAG, 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. 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, tales como: 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

En efecto, resulta oportuno precisar que las sanciones tienen una finalidad disuasiva, buscando desincentivar todo accionar u omisión del infractor que atente contra el cumplimiento de la normativa, en este caso, del subsector gas natural. Por tanto, al momento de establecer los importes de las multas se debe considerar que éstas también logren un efecto disuasivo de tales conductas, tanto más si se tratan de incumplimientos a Normas de Seguridad para la Distribución de Gas Natural por Red de Ductos.

Al respecto, cabe mencionar que, en el presente caso, a efectos de la determinación de las sanciones aplicables la primera instancia señaló que tomó como referencia el Libro de Estudio de multas del Sector Energía, publicado por Osinergmin y la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, que establece criterios y/o lineamientos de determinación de multas de aplicación en Osinergmin. La primera instancia precisó

¹⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.**

“Artículo 248.- 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.”*

también que estos criterios establecen que **el valor de la multa debe considerar el beneficio económico que percibe el agente infractor, derivado de su actividad ilícita y el valor económico del daño derivado de la infracción**, dividido entre una probabilidad de detección asociado a factores agravantes y atenuantes, siendo la fórmula que utilizaría la siguiente:

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

Donde **B** es el beneficio económico por el incumplimiento, **p** es la probabilidad de detección de la infracción, y **Fi** son los factores atenuantes y agravantes de la sanción.

Sobre el particular, el artículo 3° de la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base¹⁵, define al Escenario *ExAnte* como aquel en el cual no se ha producido un accidente con consecuencias fatales o que haya afectado la salud, integridad o patrimonio de terceros cuando se realiza la acción de fiscalización en la que se detecta la infracción; en tanto que el Escenario *ExPost* es aquel en el cual la acción de fiscalización se realiza como consecuencia de un accidente con consecuencias fatales o que haya afectado la salud, integridad o patrimonio de terceros.

Por tanto, dado que en el presente caso las acciones de fiscalización no se realizaron como consecuencia de la ocurrencia de algún accidente, sino que corresponden a fiscalizaciones programadas, se concluye que nos encontramos frente a un escenario *ExAnte*, conforme a las definiciones citadas en el párrafo anterior, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5.2 del artículo 5° de la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base¹⁶, la fórmula general para la multa base aplicable es la siguiente:

¹⁵ **GUÍA METODOLÓGICA PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA BASE, aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD.**

"Artículo 3.- Definiciones

(...)

3.4 **Escenario ExAnte:** Aquel en el cual no se ha producido un accidente con consecuencias fatales o que haya afectado la salud, integridad o patrimonio de terceros cuando se realiza la acción de fiscalización en la que se detecta la infracción.

3.5 **Escenario ExPost:** Aquel en el cual la acción de fiscalización se realiza como consecuencia de un accidente con consecuencias fatales o que haya afectado la salud, integridad o patrimonio de terceros".

¹⁶ **GUÍA METODOLÓGICA PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA BASE, aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD.**

"Artículo 5.- Multa Base

(...)

5.2 La fórmula general para el cálculo de la Multa Base en el escenario *ExAnte* es:

$$M_{ea} = \frac{B}{p}$$

Donde:

B: Beneficio económico por incumplimiento derivado de la infracción.

p: Probabilidad de detección de la infracción.

Cabe resaltar que el precitado numeral 5.2 establece expresamente que **luego del cálculo de la Multa Base, siempre que corresponda y con el debido sustento**, se puede añadir el daño potencial.

Por tanto, dado que la primera instancia incluyó dentro del Beneficio Ilícito **un valor económico del daño derivado de la infracción** (que corresponde al concepto de daño potencial), el cálculo efectuado contraviene lo dispuesto por el numeral 5.2 del artículo 5° de la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base.

Asimismo, considerando que el daño potencial puede ser añadido siempre que corresponda y con el debido sustento, correspondía que la Primera Instancia sustente y motive debidamente las razones por las cuales considera que dicho concepto resulta aplicable al presente caso.

El numeral 1.1¹⁷ del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG dispone que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el Principio de Legalidad, en

$$M_{ea} = \frac{B}{p}$$

Donde:

B: Beneficio económico por incumplimiento derivado de la infracción.

p: Probabilidad de detección de la infracción.

Cuando corresponda, con el debido sustento, luego del cálculo de la Multa Base, se añade el daño potencial.

El daño potencial comprende la afectación a la continuidad del servicio o el abastecimiento de energía o la generación de un riesgo crítico o alto para la seguridad de las operaciones y/o instalaciones conforme a la normativa cuya observancia es objeto de supervisión por parte de Osinergmin, como consecuencia del desarrollo de sus actividades. Su aplicación será, en caso corresponda, diferenciada en función a la proporcionalidad de los riesgos."

¹⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.1 **Principio de legalidad.** - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.

virtud del cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

Asimismo, debe tenerse presente que, de acuerdo con el Principio del Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, los administrados gozan de derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, tales como el derecho a refutar los cargos imputados, a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios, a ofrecer y producir pruebas, y **a obtener una decisión motivada**.

Adicionalmente, de conformidad con el Principio del Debido Procedimiento, contenido en el numeral 2 del artículo 248° del TUO de la LPAG, que regula los principios especiales de la potestad sancionadora administrativa, no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento¹⁸.

Además, el numeral 4) del artículo 3^o¹⁹ del TUO de la LPAG establece como requisito de validez de los actos administrativos, la motivación en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

1.2 **Principio del debido procedimiento.**- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas 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 Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.”

¹⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa:

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

(...)

2. Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

(...)”

¹⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

“Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

Con relación al requisito de validez del acto administrativo referido a la motivación, el numeral 6.1 del artículo 6^o²⁰ del TUO de la LPAG estipula 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 con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 10º del TUO de la LPAG²¹ prevé como causal de nulidad del acto administrativo, la contravención a la ley.

En ese sentido, en la medida que la primera instancia no ha emitido un pronunciamiento debidamente motivado, sustentando las razones por las cuales en el presente caso corresponde la inclusión de un daño potencial en el cálculo de la multa, se determina que la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR, en el extremo referido a la determinación del importe de las multas, incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 1) (contravención a la ley y a normas de carácter reglamentario: vulneración del Principio de Debido Procedimiento y del numeral 29.1 del artículo 29º del Reglamento de Fiscalización y Sanción) y 2) (defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo: motivación) del artículo 10º del TUO de la LPAG.

En consecuencia, corresponde a este Órgano Colegiado declarar la nulidad de la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR, en el extremo referido a la determinación del importe de las multas, y devolver los actuados a la primera instancia para que cumpla con emitir un nuevo pronunciamiento debidamente motivado.

4. **Motivación.**- *El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*

²⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

"Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo

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.

(...)"

²¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

"Artículo 10º.- 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.

(...)"

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 044-2018-OS/CD y lo dispuesto en el literal e) del numeral 228.2 de artículo 228° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento para la Habilitación Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR del 25 de marzo de 2022, en el extremo referido al importe de las multas por la infracciones detalladas en la tabla inserta en el numeral 1 de la presente resolución, y, en consecuencia **DECLARAR NULA** la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR en el referido extremo y **DEVOLVER LOS ACTUADOS** a la primera instancia a fin de que emita un nuevo pronunciamiento, conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de División de Supervisión Regional Osinergmin N° 796-2022-OS/DSR del 25 de marzo de 2022 en los extremos referidos a la determinación de su responsabilidad en la comisión de las infracciones detalladas en la tabla inserta en el numeral 1 de la presente resolución, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, y **CONFIRMAR** la citada resolución en dichos extremos.

Artículo 3°.- Poner en conocimiento del Gerente de Supervisión de Energía la nulidad declarada en el artículo 1° de la presente resolución, de conformidad con el numeral 11.3²² del artículo 11° del TUO de la LPAG, a fin de que actúe de acuerdo con sus facultades, de ser el caso

Artículo 4°.- Declarar agotada la vía administrativa, en cuanto a la a la determinación de la responsabilidad de Gas Natural de Lima y Callao S.A. en la comisión de las infracciones detalladas en la tabla inserta en el numeral 1 de la presente resolución

²² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

"Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad

(...)

11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico."

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

RESOLUCIÓN N° 162-2024-OS/TASTEM-S1

Con la intervención de los señores vocales: Luis Eduardo Chacaltana Bonilla, Iván Eduardo Castro Morales y Luis Eduardo Ramírez Patrón.

«image:osifirma»

PRESIDENTE