

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 427-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 13 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201800024018 que contiene el recurso de apelación interpuesto por LIMA GAS S.A., contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA del 24 de agosto de 2018, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir normas técnicas y de seguridad de hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA de fecha 24 de agosto de 2018, se sancionó a la empresa LIMA GAS S.A. (en adelante LIMA GAS) con una multa de 4 (cuatro) UIT por incumplir el Reglamento para Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM y modificatorias según se detalla en el siguiente cuadro:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Artículo 40° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM¹. De la muestra seleccionada de doscientos ochenta (280) cilindros de 10 kg de un lote de quince (15) cilindros de la Planta Envasadora, se verifica que un (01) cilindro se encuentra fuera de la especificación técnica de conformidad a lo establecido en la norma vigente.	2.11.4 ²	4 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- Con fecha 02 de marzo de 2018 se efectuó una visita de supervisión a la Planta Envasadora de GLP ubicada en [REDACTED] operada por la empresa LIMA GAS, conforme se desprende del Acta de Supervisión del peso del GLP en balones comercializados por PE N°201800024018, en adelante el Acta de Supervisión.

¹ Decreto Supremo N° 01-94-EM. Reglamento para Comercialización de Gas Licuado de Petróleo

Artículo 40.- El contenido neto obtenido de cada una de las muestras no podrá ser menor al 2.5% para los recipientes de 5 kg, 10 kg y 15 kg; y del 1% para el recipiente de 45 kg de los contenidos netos nominales establecidos.

El peso promedio de la muestra deberá corresponder como mínimo a su contenido nominal o, cuando es ligeramente menor, al que se obtenga de aplicar el límite estadístico superior de confianza para la medida de la muestra, con un valor de 0.005.

Por razones de seguridad, ningún recipiente podrá tener contenidos de Gas Licuado mayores al 2.5% del contenido neto nominal para recipientes de 5 kg, 10 kg y 15 kg; y de 1% para los recipientes de 45 kg.

² Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD. Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos
Rubro 2 Técnicas y/o Seguridad

2.11 Incumplimiento de las normas sobre envasado, pintado, calidad y peso de cilindro de GLP

2.11.4 Comercializar cilindros llenos con variaciones de peso que excedan los límites establecidos

Referencia Legal: artículo 40° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM. Multa Hasta 220 UIT.

- b) A través del Oficio N° 883-2018-OS/OR ICA de fecha 06 de julio de 2018³, obrante a fojas diecinueve a veintiuno (19 a 22) del expediente materia de análisis, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador a la empresa LIMA GAS, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada para que presente sus descargos.
- c) Mediante escrito de registro N° 201800024018 de fecha 10 de julio de 2018, la empresa fiscalizada efectuó el reconocimiento de su responsabilidad administrativa respecto al incumplimiento imputado.
- d) A través del Informe Final de Instrucción N° 1513-2018-OS/OR ICA de fecha 18 de julio de 2018, se efectuó el análisis de lo actuado en la etapa de instrucción del presente procedimiento.
- e) Con el Oficio N° 4861-2018-OS/OR ICA, de fecha 19 de julio de 2018, se trasladó a la recurrente el Informe Final de Instrucción N° 1513-2018-OS/OR ICA; concediéndole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- f) La empresa LIMA GAS no presentó descargos al Informe Final de Instrucción N° 1513-2018-OS/OR ICA.
- g) Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA de fecha 24 de agosto de 2018, notificada con fecha 31 de agosto de 2018, se sancionó a la empresa LIMA GAS con una multa ascendente a 4 (cuatro) UIT.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201800024018 de fecha 20 de setiembre de 2018, la empresa LIMA GAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA, la cual sustentó en base a los siguientes fundamentos:

En cuanto al criterio de graduación aplicado al incumplimiento imputado

- a) En el presente caso se imputa el incumplimiento del artículo 40° del Decreto Supremo N° 01-94-EM, conducta tipificada en el numeral 2.11.4 de la Resolución de N° 271-2012-OS/CD y cuyo criterio de sanción se encuentra regulado en el mismo numeral de la Resolución de Gerencia General N° 352, que establece lo siguiente:

"B. Para Plantas Envasadoras, Medios de Transporte u otros centros de distribución:

1.- En el control de peso neto de GLP por cilindro:

- Exceso de $\pm 2.5\%$ en el contenido neto de recipientes de 5 Kg, 10 Kg y 15 Kg:
Sanción: 0.15 UIT por cilindro

³ Cabe indicar que conjuntamente con el referido oficio, se remitió a la empresa fiscalizada, el Informe de Instrucción N° 928-2018-OS/OR ICA de fecha 27 de junio de 2018 obrante a fojas trece y catorce (13 y 14) del expediente.

- Exceso de $\pm 1\%$ del contenido neto nominal establecido en los recipientes de 45 Kg:
Sanción: 0.15 UIT por cilindro."

Sin embargo, OSINERGMIN ha aplicado el criterio para los casos de control de peso neto de GLP a una muestra representativa, regulado en la misma norma citada, el mismo que establece lo siguiente:

"2. En el control de peso neto de GLP a una muestra representativa de unidades:
Cuando el peso promedio de la muestra inspeccionada sea inferior al Límite Estadístico (LE) superior de confianza en (cifras expresadas en UIT).

Rango de Diferencia entre el peso promedio de la muestra respecto al límite estadístico (L.E.)	Tamaño del Lote Inspeccionado (balones)			
	1 a 235	236 a 385	386 a 500	Más de 500
De 0.00 a 0.10	1	2	3	4
De 0.11 a 0.20	3	7	8	12
De 0.21 a 0.30	4	11	13	20
De 0.31 a 0.40	6	16	18	25
De 0.41 a 0.50	8	20	23	25
Más de 0.50	9	25	25	25

(...)."

Al respecto, para la aplicación de este último criterio, es necesario llevar a cabo la inspección de todos los cilindros a fin de obtener un promedio. Sin embargo, en el presente caso la supervisión ha tomado un solo cilindro de GLP para poder tipificar la multa aplicable.

Por lo que OSINERGMIN no ha llevado a cabo la inspección de toda la muestra en conjunto y en consecuencia no ha obtenido un peso promedio para la tipificación de la sanción a imponer.

En ese orden de ideas, en el presente caso debe aplicarse la sanción establecida en la Resolución General N° 352 respecto del control del peso neto de GLP por cilindro, es decir 0.15 UIT por cilindro y no la de 8 UIT impuesta en la resolución impugnada.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que LIMA GAS procedió al reconocimiento expreso de su responsabilidad, por lo que correspondería aplicar la multa de 0.07 UIT.

En cuanto a la vulneración de principios

- b) La no aplicación del criterio correspondiente al incumplimiento del artículo 40° del Decreto Supremo N° 01-94-EM, vulneraría al Principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, por el cual los sujetos de derecho público solo pueden hacer aquello que les sea expresamente facultado por la Ley.

Asimismo, indicó que se ha vulnerado el Principio de Seguridad Jurídica⁴, toda vez que en los procedimientos administrativos sancionadores comprendidos en los expedientes N°s

⁴ Sobre el cual el Tribunal Constitucional refirió lo siguiente: el principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del estado constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados en el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.

RESOLUCIÓN N° 427-2018-OS/TASTEM-S2

201700222270 y 201800022846, iniciados a la empresa fiscalizada por el mismo incumplimiento, se impuso una sanción de 0.15 de la UIT por cilindro.

3. Mediante Memorandum N° 418-2018-OS/OR ICA, recibido con fecha 01 de octubre de 2018, la Oficina Regional Ica remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

En cuanto a los extremos firmes de la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA.

4. De la revisión del recurso de apelación interpuesto por la empresa LIMA GAS contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA del 24 de agosto de 2018 se advierte que la administrada sólo ha cuestionado la determinación y graduación de la sanción; no habiendo formulado argumento de defensa alguno respecto a la atribución de responsabilidad administrativa por la infracción imputada.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS⁵ (TUO de la LPAG); corresponde declarar que la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA del 24 de agosto de 2018 ha quedado firme en el extremo referido a la declaración de responsabilidad administrativa.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la graduación de la multa:

5. En cuanto a lo detallado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, mediante Resolución N° 433-2007-OS/CD se aprobó el Procedimiento para el Control del Peso Neto de cilindros de gas licuado de petróleo para los Medios de Transporte, Locales de Venta y Distribuidores de GLP en Cilindros, el cual en su artículo 9°, Anexo I establece que OSINERGMIN efectuará la supervisión, conforme la Guía de Instrucciones para la Supervisión de peso neto de cilindros en locales de venta, medios de transportes y distribuidores de GLP en cilindros.

Asimismo, dicha Guía de Instrucciones⁶ se encuentra adjunta al Acta de Supervisión y fue debidamente notificada en la visita efectuada a la planta pensadora operada por la recurrente, la cual establece lo siguiente:

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 40° del Decreto Supremo N° 01-94-EM, el peso promedio de la muestra deberá corresponder como mínimo a su contenido normal o cuando es ligeramente menor, al que se obtenga de aplicar el límite estadístico superior de confianza para la medida de la muestra con un valor de 0.0005. Esto quiere decir que el promedio de la muestra debe encontrarse en el siguiente rango:

⁵ TUO de la LPAG.

Artículo 220.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

⁶ Obrante a fojas ocho (08) del expediente.

$$LE \leq \text{Promedio de la muestra} "$$

Donde LE es límite estadístico.

En la referida Guía se encuentran también los lineamientos para obtener los valores del Límite estadístico y el peso promedio de los elementos de la muestra, en base a los cuales en la supervisión efectuada se obtuvieron los siguientes valores: "*límite estadístico= 9.876 y promedio de pesos de la muestra = 9.953*"⁷; desprendiéndose de tales valores que estos cumplen con lo dispuesto en el párrafo anterior, por lo que se dejó constancia en el Acta de Supervisión que el lote se encontraba "*dentro del límite*". Así también se dejó constancia que de una muestra de 15 cilindros, se encontró un cilindro con variaciones de peso (peso neto 9.55 kg).

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 40° del Decreto Supremo N° 01-94-EM⁸, establece el rango de tolerancia que debe mantener cada cilindro respecto a su peso neto y establece además el rango de tolerancia que debe mantener el peso promedio de la muestra tomada. Corresponde señalar también que la Resolución N° 352 dispuso criterios de sanción distintos aplicables a cada supuesto⁹.

Así, se desprende que la empresa LIMA GAS se encuentra solo dentro del primer supuesto referido en el párrafo anterior; sin embargo, conforme el numeral 2.1.4 de la resolución impugnada, primera instancia aplicó el criterio de sanción correspondiente a: "**Cuando el peso promedio de la muestra inspeccionada sea inferior al Límite Estadístico (LE) superior de confianza en (...)**" imponiendo una multa ascendente a 8 UIT.

En este sentido, siendo el límite estadístico menor al peso promedio de la muestra y habiéndose verificado la vulneración de la tolerancia en la normativa vigente en un cilindro de una muestra de 15 cilindros, debe aplicarse el criterio específico consistente en:

Exceso de $\pm 2.5\%$ en el contenido neto de recipientes de 5 Kg, 10 Kg y 15 Kg:

Sanción: 0.15 UIT por cilindro

Por lo que corresponde modificar la multa impuesta por el incumplimiento imputado, reduciéndola de 8 (ocho) UIT a 0.15 (quince centésimas) de la UIT; y, en consecuencia, declarar fundado el recurso de apelación presentado por la recurrente.

Respecto la aplicación del atenuante por reconocimiento de responsabilidad:

6. Debe indicarse que la recurrente mediante escrito de fecha 10 de julio de 2018¹⁰, efectuó el reconocimiento de su responsabilidad administrativa respecto al incumplimiento imputado, razón

⁷ Conforme consta en el ítem II, literal c. del Acta de Supervisión.

⁸ Decreto Supremo N° 01-94-EM

"Artículo 40.-El contenido neto obtenido de cada una de las muestras no podrá ser menor al 2.5% para los recipientes de 5 kg, 10 kg y 15 kg; y del 1% para el recipiente de 45 kg de los contenidos netos nominales establecidos.

El peso promedio de la muestra deberá corresponder como mínimo a su contenido nominal o, cuando es ligeramente menor, al que se obtenga de aplicar el límite estadístico superior de confianza para la medida de la muestra, con un valor de 0.005.

(...)"

⁹ Criterios de sanción señalados en el escrito de apelación de la recurrente, conforme se detalla en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución.

¹⁰ Dentro del plazo establecido para el descargo al inicio del presente procedimiento, conforme se desprende del numeral 3.7 del Informe Final de Instrucción N° 1513-2018-OS/OR ICA,

RESOLUCIÓN N° 427-2018-OS/TASTEM-S2

por la cual, primera instancia le otorgó el atenuante por reconocimiento de responsabilidad previsto en el literal g.1.1) del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD¹¹, aplicando a la sanción impuesta el descuento de 50%, quedando la misma en 4 UIT.

Al respecto, en la sesión plena realizada el 3 de octubre de 2017, los vocales del TASTEM debatieron en torno a la aplicación del beneficio de reducción de la sanción por reconocimiento de la comisión de la infracción, acordando por unanimidad los siguientes criterios resolutivos:

- Si a pesar de reconocer la comisión de la infracción, el administrado apela la resolución sancionadora, el recurso de apelación corresponde ser evaluado por el TASTEM, al no habérsele otorgado normativamente los efectos de un acto que pone fin al procedimiento administrativo.
- La determinación de si el administrado mantendrá o perderá el beneficio del 50% de descuento en la multa por haber reconocido la infracción, se realizará en función de los siguientes supuestos:
 - (i) Perderá el beneficio si al apelar cuestiona la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción.
 - (ii) Perderá el beneficio si solo cuestiona el importe de la multa pero tenía conocimiento de la multa a ser impuesta cuando reconoció la infracción (por tratarse de una multa tasada, habérsele indicado en la imputación de cargos o haberse publicado criterios específicos sobre su graduación).
 - (iii) Mantendrá el beneficio si al apelar solo cuestiona el importe de la multa impuesta que no conocía al efectuar el reconocimiento, pues recién sería graduada en el informe final de instrucción. (Subrayado nuestro)

En este contexto, se debe indicar que LIMA GAS en su recurso de apelación no ha cuestionado su responsabilidad sobre el incumplimiento imputado, cuestionando solo el importe de la multa, y si bien esta cuenta con un criterio específico de sanción publicado, este fue incorrectamente aplicado, razón por la cual la empresa fiscalizada presentó su recurso de apelación; por lo que en este caso en particular, este Tribunal considera pertinente mantener el atenuante por reconocimiento expreso de la responsabilidad administrativa.

En este sentido conforme el análisis efectuado en el numeral 5 de la presente resolución, corresponde aplicar por el incumplimiento imputado, una multa ascendente a 0.15 (quince centésimas) de la UIT, sobre la cual debe mantenerse el atenuante referido con anterioridad, quedando la multa impuesta reducida a 0.07 (siete centésimas) de la UIT.

¹¹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

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

(...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

g.1) El reconocimiento del Agente Supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, teniendo en cuenta lo siguiente:

g.1.1) -50%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

(...)

7. En atención a lo expuesto en el numeral 5, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el argumento expuesto en el literal b) del numeral 2 de la presente Resolución.

De conformidad con el numeral 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD y, toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento,

SE RESUELVE:

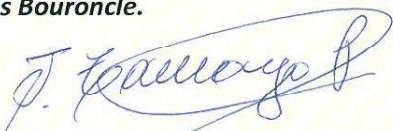
Artículo 1°. - Declarar que la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA del 24 de agosto de 2018 ha quedado **FIRME** en el extremo referido a la atribución de responsabilidad administrativa a la empresa LIMA GAS S.A., por el incumplimiento detallado en el numeral 1 de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **LIMA GAS S.A.** contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2057-2018-OS/OR ICA del 24 de agosto de 2018 en el extremo del cálculo de la multa.

Artículo 3°. -. Determinar que el monto total de la multa queda reducido de 4 (cuatro) UIT a 0.07 (siete centésimas) de la UIT, de conformidad a lo resuelto en el artículo 2° de la presente resolución.

Artículo 4°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.



JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

