

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 217-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 06 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201500140740 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa GRIFOS ESPINOZA S.A., representada por el señor Eudolio Francisco Ponte Villanueva, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1951-2017-OS/OR-LIMA NORTE del 1 de diciembre de 2017, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1510-2017-OS/OR-LIMA NORTE del 28 de setiembre de 2017, mediante la cual se la sancionó por cerrar la orden de pedido SCOP sin recibir físicamente el producto.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 1510-2017-OS/OR-LIMA NORTE, la Oficina Regional de Lima Norte sancionó a la empresa GRIFOS ESPINOZA S.A., en adelante, GRIFOS ESPINOZA, con una multa de 5.80 (Cinco con ochenta centésimas) UIT por registrar la recepción (cierre) de las ordenes de pedido N° 11079060231 y 11079060733, sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP; conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 045-2001-EM, Resolución de Consejo Directivo N° 048-2003-OS/CD modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 183-2007-OS/CD ¹	4.7.6 ²	5.80 UIT

¹ Decreto Supremo N° 045-2001-EM

Disposición Complementaria

Primera. -

Los agentes de la cadena de comercialización de combustibles líquidos, compuesta por: Productores, Distribuidores Mayoristas, Distribuidores Minoristas, Establecimientos de Venta al Público y Transportistas como elemento complementario, así como los Consumidores Directos deberán cumplir las normas para el control de órdenes de pedido que emitirá el OSINERG.

Resolución de Consejo Directivo N° 048-2003-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 183-2007-OS/CD

Artículo 1.- Aprobar el Sistema de Control de Órdenes de Pedido, al cual están sujetos obligatoriamente los agentes de la cadena de comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de Hidrocarburos, compuesta por: Productores, Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuertos, Terminales, Distribuidores Mayoristas, Distribuidores Minoristas, Comercializadores de Combustible de Aviación, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Establecimientos de Venta al Público, Transportistas, Consumidores Directos con Instalaciones Fijas y Móviles y todo aquel que comercialice Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos.

² Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobada por Resolución N° 271-2012-OS/CD

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

Rubro 4. Otros incumplimientos

4.7.6 Registrar la recepción (cerrar) de una orden de pedido sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP, en la instalación autorizada, en el Registro de hidrocarburos que generó la orden de pedido en el SCOP.

Base Legal: Primera Disposición Complementaria del D.S. N° 045-2001-EM, R.C.D. N° 048-2003-OS/CD, Art. 2° de la R.C.D. N° 394-2005-OS/CD, R.C.D. N° 183-2007-OS/CD, R.C.D. N° 196-2010-OS/CD, R.C.D. N° 005-2012-OS/CD, R.C.D. N° 069-2012-OS/CD.

Multa: Hasta 50 UIT.

Otras sanciones: Suspensión del Registro, Cancelación del Registro.

La empresa GRIFOS ESPINOZA, operador responsable del establecimiento ubicado en Av. Alfredo Mendiola N° 3550, Esq. Av. Pablo Olavide (Panamericana Norte km. 15.2) distrito de Independencia, provincia y departamento de Lima de código OSINERGMIN N° 6749, registró el cierre de las órdenes de pedido con códigos de autorización SCOP N° 11079060231 y 11079060733 -referida a 7500 galones de Diésel B5 S-50 y 1000 galones de Gasohol 95 Plus, respectivamente- asociadas a la unidad vehicular con placas de rodaje N° C5F-820/C5I-978 sin recibir físicamente el producto en la instalación que generó la orden de pedido en el SCOP.		
TOTAL		5.80 UIT

Como antecedentes, corresponde citar los siguientes:

- a) Conforme consta en la Carta de Visita N° 2450-GOP del 18 de abril de 2015 obrante a fojas 12 del expediente, en dicha fecha se realizó una visita de supervisión a la estación de servicios mixta de registro de hidrocarburos N° 6749-107-190813 ubicada en Av. Alfredo Mendiola N° 3550, Esq. Av. Pablo Olavide (Panamericana Norte Km. 15.2) distrito de Independencia, provincia y departamento de Lima, constatándose que pese a que el 20 de marzo de 2015 GRIFOS ESPINOZA cerró las órdenes de pedido de códigos de autorización SCOP N° 11079060231 y 11079060733, los productos descritos en el cuadro precedente no fueron recibidos físicamente de modo previo.
- b) A través del Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 1564-2015-OS/OR LIMA de fecha 9 de diciembre de 2015, se determinó que GRIFOS ESPINOZA registró el cierre de las órdenes de pedido de códigos de autorización SCOP N° 11079060231 y 11079060733 por 7500 galones de Diésel B5 S-50 y 1000 galones de Gasohol 95 Plus respectivamente, sin recibir físicamente el producto en la instalación que generó la orden de pedido en el SCOP.
- c) Por Oficio N° 2127-2015-OS/OR LIMA notificado con fecha 15 de diciembre de 2015, al que se adjuntó el Informe de Inicio N° 1564-2015-OS/OR LIMA, se comunicó a GRIFOS ESPINOZA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- d) Con escrito de registro N° 201500140740 de fecha 21 de diciembre de 2015, GRIFOS ESPINOZA presentó sus descargos.
- e) Mediante Oficio N° 1304-2017-OS/OR-LIMA NORTE notificado el 10 de julio de 2017, se trasladó a GRIFOS ESPINOZA el Informe Final de Instrucción N° 458-2017-OS/OR-LIMA NORTE de fecha 3 de julio de 2017, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- f) Con escrito de registro N° 201500140740 de fecha 17 de julio de 2017, GRIFOS ESPINOZA presentó descargos al Informe antes señalado.
- g) A través de la Resolución de Oficinas Regionales N° 1510-2017-OS/OR-LIMA NORTE de fecha 28 de setiembre de 2017, se sancionó a GRIFOS ESPINOZA con una multa ascendente a 5.80 (cinco con ochenta centésimas) UIT.
- h) Por escrito de registro N° 201500140740 de fecha 25 de octubre de 2017, GRIFOS ESPINOZA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución descrita en el numeral

precedente.

- 
- 
- i) Mediante Resolución N° 1951-2017-OS/OR-LIMA NORTE del 1 de diciembre de 2017, se declaró infundado el recurso de reconsideración.
 - j) Posteriormente, por Resolución N° 1 de fecha 5 de marzo de 2018 notificada el 8 de marzo de 2018, el Ejecutor Coactivo cursó comunicación a GRIFOS ESPINOZA para que cumpla con pagar la multa impuesta bajo apercibimiento de adoptarse las medidas cautelares pertinentes.
 - k) Con escrito de registro N° 201500140740 de fecha 16 de marzo de 2018, GRIFOS ESPINOZA solicitó la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva alegando que la Resolución N° 1951-2017-OS/OR LIMA NORTE no le fue notificada en el domicilio procesal que indicó en el recurso de reconsideración.
 - l) Ante ello, por Resolución N° 2 de fecha 23 de marzo de 2018 notificada el 27 de marzo de 2018 a la administrada, el Ejecutor Coactivo dispuso la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva pues no obraba en el expediente cargo de notificación de la Resolución N° 1951-2017-OS/OR LIMA NORTE al domicilio procesal indicado por la recurrente. Asimismo, puso en conocimiento de la Oficina Regional Lima Norte lo resuelto.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito con registro N° 201500140740 de fecha 5 de abril de 2018³, GRIFOS ESPINOZA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1951-2017-OS/OR-LIMA NORTE del 1 de diciembre de 2017, en atención a los siguientes argumentos:
 - a) El 20 de marzo de 2015 el camión cisterna de placa de rodaje N° C5F-820/C51-978 (vehículo y tracto respectivamente) que transportaba 7500 galones de combustible Diésel B5 S-50 y 1000 galones de Gasolina 95 solicitados mediante las órdenes de pedido N° 11079060231 y 11079060733 sufrió un siniestro que acreditó conforme a los medios probatorios que obran en el expediente, el mismo que debe calificarse como caso fortuito.

En dicho contexto, toda vez que el combustible que había sido solicitado se derramó, la recurrente se vio obligada a cerrar las mencionadas órdenes de pedido sin haberlo recibido físicamente; sin embargo, dicha situación no fue considerada por la primera instancia pues la resolución de sanción sólo se ha limitado a señalar en su numeral 3.4 que no correspondía pronunciarse sobre el accidente ocurrido el 20 de marzo de 2015 por no ser materia de discusión.

De otro lado, en el numeral 3.5 de la resolución impugnada la primera instancia indicó que la responsabilidad por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás

³ Como anexo de su recurso de apelación, GRIFOS ESPINOZA adjuntó copia de la Resolución N° 1951-2017-OS/OR LIMA NORTE del 1 de diciembre de 2017 que resolvió su recurso de reconsideración, lo cual permite advertir que tomó conocimiento del contenido de la citada resolución. En consecuencia, de conformidad con lo regulado por el numeral 27.2 del artículo 27° de la Ley N° 27444, se da por saneada la notificación de la Resolución N° 1951-2017-OS/OR LIMA NORTE.

Asimismo, la propia administrada refiere en su recurso de apelación que con la notificación de la Resolución N° 2 efectuada el 23 de marzo de 2018 el plazo para interponer el recurso de apelación se reanudó. Por consiguiente, siendo que presentó su recurso de apelación con fecha 5 de abril de 2018, se advierte que el citado recurso administrativo fue interpuesto dentro del plazo legal, por lo que se debe proceder a su evaluación.



normas comprendidas en el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva por lo que no cabe evaluar la voluntad del administrado al infringir la norma, siendo suficiente la constatación de la infracción; habiéndose omitido referirse a la responsabilidad subjetiva. Asimismo, la resolución impugnada tampoco explica que el cierre de las órdenes de pedido de código de autorización SCOP N° 11079060231 y 11079060733, sin haber recibido físicamente el producto, fue consecuencia del siniestro ocurrido el 20 de marzo de 2015; omitiéndose considerar que nos encontramos ante un caso fortuito que debe entenderse como todo acontecimiento de carácter imprevisible e inevitable al igual que desconocido hasta el momento de la ocurrencia. Es así que en el numeral 3.10 de la resolución impugnada, la primera instancia indicó que la infracción no corresponde a un caso fortuito, ya que el error en la gestión administrativa pudo haberse evitado con un actuar diligente.



Asimismo, si bien en el numeral 3.14 de la resolución impugnada se desvirtuó el valor probatorio de los anexos presentados en el recurso de reconsideración, lo cierto es que en ningún momento ha negado la comisión de la infracción, pues dichos medios probatorios estaban destinados a acreditar la exoneración o atenuación de la responsabilidad administrativa.

- b) En el numeral 3.12 de la resolución apelada se afirma que no es de aplicación lo regulado por el artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, ni lo dispuesto por el artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, por los motivos explicados en el numeral 3.4 de dicha resolución; sin embargo, en este último numeral sólo se menciona que el siniestro de fecha 20 de marzo de 2015 no es materia de pronunciamiento por no guardar relación con la norma jurídica imputada. De ello se advierte que la primera instancia omitió evaluar la ocurrencia del siniestro para la determinación de la multa.

Ahora bien, el Tribunal deberá revisar los fundamentos jurídicos planteados en el marco de lo regulado por los literales b), c) y d) del artículo 25° del Reglamento antes citado, en concordancia con los literales a), d) y e) del numeral 3 del artículo 246° de la Ley N° 27444. En primer término, la infracción atribuida no ocasionó ningún perjuicio económico a la esfera jurídica de la administración pública; por el contrario, fue la apelante -empresa que se dedica a la distribución de combustibles- quien se vio perjudicada y dañada en sus actividades comerciales diarias con el cierre de dichas órdenes de pedido. Asimismo, no incurrió previamente en infracciones administrativas relacionadas con la materia discutida, ni obtuvo beneficio económico de ningún tipo; hechos que deben considerarse para la graduación de la multa.

De otro lado, ni en el escrito de descargos ni en el recurso de reconsideración, la recurrente negó la comisión de la infracción imputada; por el contrario, reconoció su responsabilidad, por lo que de conformidad con lo regulado por el literal b) del numeral 2 del artículo 255° de la Ley N° 27444, se le debe atenuar la multa.

Presenta como fundamentos de derecho los artículos 218°, 246° y 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444⁴, así como a los literales b), c) y d) del artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD⁵.

3. A través del Memorandum N° 67-2018-OS/OR LIMA NORTE recibido el 23 de abril de 2018 por la Sala 2 del TASTEM, la Oficina Regional Lima Norte remitió el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Con relación a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que 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 conferidas⁶.

Por su parte, el Principio de Predictibilidad regulado en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que es obligación de la autoridad administrativa brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión

⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

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.

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

⁵ Resolución de Consejo Directivo 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:

b) Perjuicio económico causado. Para efectos de la determinación de la multa se calcula el daño desde el punto de vista económico que ha generado la conducta infractora respecto del interés público o los bienes jurídicos protegidos.

c) Reincidencia en la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior. Para dichos efectos se consideran también las infracciones menos graves que no fueron sancionadas debido a un concurso de infracciones, así como aquellas infracciones que fueron sujetas al reconocimiento a que se refiere el artículo 236-A de la Ley N° 27444.

d) Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de OSINERGMIN, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.

⁶ Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-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.

cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener⁷.

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM y modificatoria establece que los agentes de la cadena de comercialización de combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos deberán cumplir las normas para el control de órdenes de pedido que emita OSINERGMIN.

Por su parte, el artículo 1° de la Resolución N° 048-2003-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 183-2007-OS/CD, establece que están sujetos obligatoriamente al Sistema de Control de Órdenes de Pedido, los agentes de la cadena de comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de Hidrocarburos, entre ellos, los Establecimientos de Venta al Público.

En ese orden de ideas, a través del numeral 4.7.6 de la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, se tipificó como infracción sancionable el cierre de la orden de pedido sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP en la instalación autorizada que generó la orden de pedido, por trasgredir la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 045-2001-EM y la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2003-OS/CD, antes descritos, que prevé para dicho ilícito una multa de hasta 50 (cincuenta) UIT.

En este caso, conforme se aprecia de la Carta de Visita de Supervisión N° 002450-GOP del 18 de abril de 2015, documento suscrito por la señorita [REDACTED], Jefe de Logística de GRIFOS ESPINOZA, las órdenes de pedido N° 11079060231 y 11079060733 fueron cerradas por la administrada el 20 de marzo de 2015, a las 18:26:04 y 15:36:42 horas, respectivamente, sin haber recibido los productos en el establecimiento que los solicitó, hecho que determinó la comisión de la infracción tipificada en el numeral 4.7.6 de la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD.

Ahora bien, la administrada pretende que se le exima de responsabilidad argumentando que el 20 de marzo de 2015⁸ se produjo un siniestro que provocó el derrame del combustible transportado por el camión cisterna de placas de rodaje N° C5F-820/C5I-978 (7500 galones de Diésel B5 S-50 y 1000 galones de Gasohol 95 Plus) solicitados mediante las órdenes de pedido de códigos de autorización N° 11079060231 y 11079060733, motivo por el cual se vio obligada al cierre de dichas ordenes de pedido pese a no haber recibido en físico dichos productos.

⁷ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

⁸ En el campo observaciones de la Carta de Visita de Supervisión N° 002381-GOP obrante a fojas 5 del expediente se indica que "(...) al promediar las 13:00 horas se produce un accidente vehicular a la altura del km. 19 de la Panamericana Sur en circunstancias no determinadas entre el vehículo de placas de rodaje N° A9H-446, originando que el conductor del camión cisterna impacte al vehículo particular y vuelque la cisterna con placa de rodaje N° C5I-978 conteniendo 7500 galones de DB5 S-50 y 1000 galones de G95P, cuando se dirigía desde Lurín a la Estación Sol de Oro (costado de SENATI) a nombre de GRIFOS ESPINOZA para descargar todo el combustible en dicho establecimiento (...)"

Sobre el particular, de modo contrario a lo alegado por la recurrente, se observa que el siniestro no determinó la ocurrencia del hecho infractor imputado referido al "cierre de la orden de pedido sin haber recibido físicamente el producto en la instalación que generó la orden de pedido en el SCOP", pues ante la eventualidad de tal acontecimiento, la administrada tenía la posibilidad de comunicarse con el Centro de Control SCOP de OSINERGMIN a efectos de que se les otorgue soporte para la evaluación del problema y se les indique las medidas a tomar ante dicha eventualidad, conforme se indica en el Manual de Uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido⁹ que está a disposición de los usuarios del Sistema de Control de Órdenes de Pedido-SCOP, quienes se encuentran disponibles los 365 días del año durante la 24 horas del día.

En ese sentido, no se advierte la relación causa-efecto que permita eximir a GRIFOS ESPINOZA de responsabilidad administrativa por la ocurrencia del ilícito atribuido, toda vez que, conforme se indicó en el numeral 3.10 de la Resolución N° 1951-2017-OS/OR LIMA NORTE, la infracción materia del presente procedimiento se pudo evitar actuando la administrada diligentemente para que no exista un error en la gestión administrativa.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que GRIFOS ESPINOZA en su condición de grifo, cuenta con capacidad técnica y administrativa para conocer e interpretar correctamente las leyes, normas y procedimientos vigentes aplicables a su actividad, por lo que recaía en su responsabilidad adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Además, de modo similar a lo indicado en los numerales 3.4 y 3.14 de la Resolución N° 1951-2017-OS/OR LIMA, se debe señalar que los medios probatorios presentados por la recurrente a través del recurso de reconsideración estaban destinados a acreditar la ocurrencia del accidente suscitado el 20 de marzo de 2015, lo cual no es materia de discusión en el presente procedimiento, y no a desvirtuar la comisión del ilícito administrativo imputado. Por lo tanto, en aplicación de lo regulado por el numeral 162.2 del artículo 162°, el numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444 y el artículo 190° del Código Procesal Civil, que prevé que las alegaciones y medios probatorios presentados por los administrados deben estar referidos y guardar relación con aquello que es objeto de debate dentro del procedimiento sancionador¹⁰, se advierte que los documentos presentados por la recurrente no permiten eximirla de responsabilidad administrativa por haber cerrado las órdenes de pedido sin antes recibir físicamente el producto.

⁹ Manual de Uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido

(...)

Las personas que tengan consultas acerca del sistema pueden comunicarse a los teléfonos (01) 219-3410 ó (01) 219-3411 en Lima o al 0801-10030 en los demás departamentos del Perú a costo de llamada local.

(...)

Las Características del SCOP se detallan a continuación:

(...)

Funciona las 24 horas del día los 7 días a la semana.

¹⁰ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 12/2, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

Código Procesal Civil.

Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: 1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia

De otro lado, con relación a la responsabilidad administrativa, se debe precisar que el Decreto Legislativo N° 1272 publicado con fecha 21 de diciembre de 2016 incorporó el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa establecidos en la Ley N° 27444¹¹, por el cual la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.



Sobre el particular, el artículo 1 de la Ley de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, aprobada por Ley N° 27699, publicada el 16 de abril de 2002, estableció que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos, entre otros, bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN constituye infracción sancionable, siendo que la determinación de ésta se realizará de forma objetiva, y de conformidad con la Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN correspondiente que establezca su tipificación como infracción. (Subrayado agregado)



En ese sentido, la mencionada ley establece la responsabilidad objetiva del sujeto infractor de las obligaciones establecidas en las normas de competencia de OSINERGMIN, sin incluir supuesto de dolo o culpa alguno que deba considerarse para que se configure la infracción. Por consiguiente, cualquier acción o inacción que contravenga dichas normas es justamente lo que determina la responsabilidad del sujeto infractor, bastando solamente la verificación de la infracción.

Aunado a ello, en el artículo 89° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y en el artículo 23° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, también se estableció que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa de las disposiciones emitidas por OSINERGMIN es objetiva¹².

Por consiguiente, si bien la recurrente alega la aplicación de la responsabilidad subjetiva, de conformidad con las normas jurídicas antes citadas y en aplicación del Principio de Legalidad, esta Sala verifica que en el ámbito de competencia de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante OSINERGMIN es válido aplicar la responsabilidad objetiva.

Por lo anterior, se procede a desestimar lo alegado en este extremo del recurso de apelación.

5. En torno a lo sostenido en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, de acuerdo al Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; debiendo las sanciones ser

¹¹ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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.

¹² Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

Artículo 89.- Responsabilidad del Infractor

(...) La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva.

Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.1 La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones emitidas por OSINERGMIN es determinada de forma objetiva, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 13 de las Leyes Nos. 27699 y 28964, respectivamente.

proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, considerando entre otros, los criterios de beneficio ilícito, perjuicio económico causado y reincidencia¹³.

Asimismo, respecto a la aplicación del citado Principio, MORÓN URBINA explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"¹⁴.

Adicionalmente, el numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD¹⁵ establece que en los casos en que la multa tenga rangos o topes de aplicación, se

¹³ Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

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

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Página 693 a 696.

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo 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:

- a) Gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido. Para efectos de la determinación de la multa, la gravedad de la conducta infractora está determinada por la magnitud de la multa prevista en la Escala de Multas aprobada.
- b) Perjuicio económico causado. Para efectos de la determinación de la multa se calcula el daño desde el punto de vista económico que ha generado la conducta infractora respecto del interés público o los bienes jurídicos protegidos.
- c) Reincidencia en la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior. Para dichos efectos se consideran también las infracciones menos graves que no fueron sancionadas debido a un concurso de infracciones, así como aquellas infracciones que fueron sujetas al reconocimiento a que se refiere el artículo 236-A de la Ley N° 27444.
- d) Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de OSINERGMIN, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.
- e) Capacidad económica. Para efectos de la determinación de la multa, se puede considerar la capacidad económica o riqueza del infractor para afrontar la sanción económica. La capacidad económica o riqueza a considerar es la proveniente de las rentas de actividades propias del infractor como las que se generen en el grupo económico al que pertenezcan.
- f) Probabilidad de detección. Para efectos de la determinación de la multa se puede considerar tanto la naturaleza de la infracción como la periodicidad de las acciones de supervisión y fiscalización realizada por OSINERGMIN respecto de la conducta infractora.
- 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.

consideraran entre otros criterios de graduación, el perjuicio económico causado, la reincidencia en la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y el reconocimiento del agente supervisado como circunstancia de la comisión de la infracción.

En este orden de ideas, se advierte que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración; con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción.

Sobre el particular, corresponde precisar que la conducta sancionable imputada se encuentra tipificada en el numeral 4.7.6 de la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012 OS/CD y que para dicha infracción se prevé una multa de hasta 50 UIT.

A su vez, como criterio específico de sanción, en la Resolución de Gerencia General N° 352 modificada por Resolución N° 200-2013-OS-GG se estableció que las sanciones a imponer por cada orden de pedido cerrada sin recibir físicamente el producto en la instalación autorizada que generó la orden de pedido, serán las siguientes:

Rubro	Tipificación de la infracción	Referencia Legal	Sanción	Criterios específicos
4	Otros incumplimientos			
	4.7. Incumplimiento de las obligaciones relativas al SCOP			
	Numeral 4.7.6 Registrar la recepción (cerrar) de una orden de pedido sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP, en la instalación autorizada en el Registro de Hidrocarburos que generó la orden de pedido en el SCOP	Primera Disposición Complementaria del D.S. N° 045-2001-EM R.C.D. N° 048-2003-OS/CD Art. 2 de la R.C.D. N° 394-2005-OS/CD R.C.D. N° 183-2008-OS/CD R.C.D. N° 196-2010-OS/CD R.C.D. N° 005-2012-OS/CD R.C.D. N° 069-2012-OS/CD	Hasta 50 UIT SA Suspensión del Registro Cancelación del Registro	Sanción a imponer por cada orden de pedido: A. Si el producto autorizado por el SCOP es Diésel Sanción: 0.0006 UIT x Qna, donde Qna= cantidad no autorizada del producto detectado en el compartimiento del tanque de la unidad de transporte, expresada en galones. B. Si el producto autorizado por el SCOP es Gasolina o Gasohol Sanción: 0.0013 UIT x Qna, donde Qna= cantidad no autorizada del producto detectado en el compartimiento del tanque de la unidad de transporte, expresada en galones. (...)

g.1.2) -30%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, y hasta la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción.

g.1.3) -10%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción, y hasta antes de la emisión de la resolución de sanción.

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento.

El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción, por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los descargos.

RESOLUCIÓN N° 217-2018-OS/TASTEM-S2

				Agravante En caso que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro de un periodo de un año de consentida la resolución que impuso la sanción de multa, independientemente del producto que haya sido objeto de la nueva infracción, se le considerará reincidente y se le sancionará con la Cancelación del Registro de Hidrocarburos.
--	--	--	--	--



Es así que, constatado el cierre de las órdenes de pedido de códigos de autorización SCOP N° 11079060231 y 11079060733 por 7500 galones de Diésel B5 S-50 y 1000 galones de Gasohol 95 Plus, respectivamente, sin recibir físicamente dichos productos en el establecimiento que las solicitó, se determinó que la multa total a imponer ascendería 5.80 (cinco con ochenta centésimas) UIT¹⁶.



Es de resaltar que los criterios específicos de sanción, de conformidad con el Principio de Predictibilidad, tienen por finalidad brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre el resultado final de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores que pueda iniciar OSINERGMIN, los cuales han sido elaborados de acuerdo al Principio de Razonabilidad; esto es, incluyendo los criterios de graduación establecidos por el inciso 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 y modificatorias, concordante con el numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD. De producirse alguna de las circunstancias descritas en la citada Resolución, como el reconocimiento, se procede a graduación de la sanción.

En tal sentido, si bien GRIFOS ESPINOZA alega que en la determinación de la multa no se consideró que no existió perjuicios económicos a la esfera jurídica de la administración pública, que no incurrió previamente en la misma infracción y que no existió beneficio ilícito, lo cierto es que se le impuso la multa expresamente establecida por los criterios específicos de sanción aprobados por Resolución N° 352 y modificatorias, determinada en base a criterios objetivos acordes con los Principios de Razonabilidad y Predictibilidad.

También es oportuno resaltar que la sanción impuesta en aplicación del criterio específico de sanción aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 352 para estos casos, se encuentra por debajo del tope máximo previsto en el numeral 4.7.6 de la Resolución N° 271-2012-OS/CD que aprobó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, lo cual resulta más favorable a la administrada. Además, se debe precisar que contrariamente a lo alegado por la recurrente, la primera instancia sí consideró que GRIFOS ESPINOZA no es reincidente en la comisión de la infracción, toda vez que no aplicó el agravante dispuesto por el criterio específico de sanción para la infracción tipificada en el numeral 4.7.6 de la Resolución N° 271-2012-OS/CD, pues de haberse constatado la reincidencia, además de la sanción de multa, se habría determinado la cancelación del registro de hidrocarburos.

¹⁶ La orden de pedido N° 11079060231 por 7500 galones fue cerrada sin recibir físicamente el producto, por la cual corresponde imponer a la administrada el resultado de 0.0006 UIT X 7500 galones=4.5 UIT; asimismo, respecto de la orden de pedido N° 11079060733 por 1000 galones de Gasohol 95 Plus cerrada sin recibir físicamente el producto, corresponde imponer a la administrada el resultado de 0.0013 UIT X 1000 galones=1.3 UIT. En ese sentido, la multa total asciende a 5.80 (Cinco con ochenta centésimas) UIT.

Ahora bien, con relación a que el siniestro sea considerado para la graduación de la multa, la primera instancia precisó que dicha circunstancia no es materia de pronunciamiento al no ser materia de discusión, ni guardar relación con el artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD. En efecto, conforme se explicó en el numeral precedente, no se advierte la relación causa efecto que permita determinar que el siniestro de modo inevitable originó que las órdenes de pedido sean cerradas.

De otro lado, se debe precisar que el literal g.1) del acápite g) circunstancias de la comisión de la infracción del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, precisa que será considerado como reconocimiento de la infracción, al reconocimiento de responsabilidad que sea efectuado de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, sin contener expresiones ambiguas, poco claras o contradictorias al reconocimiento mismo, siendo que de presentarse descargos no se configurará el reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los mismos¹⁷.

En ese sentido, considerando que a través de los escritos de registro N° 201500140740 de fechas 21 de diciembre de 2015 y 17 de julio de 2017, GRIFOS ESPINOZA no manifestó expresamente el reconocimiento de su responsabilidad, e incluso presentó argumentos tendientes a eximirse de responsabilidad, no correspondía aplicar el atenuante descrito en el acápite g.1 del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, pues no cabe el reconocimiento tácito, impreciso o ambiguo, por el que además se presentan descargos.

Atendiendo a lo señalado, este Órgano Colegiado procede a desestimar lo alegado en este extremo del recurso de apelación.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/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 **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la empresa GRIFOS ESPINOZA S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1951-2017-OS/OR LIMA NORTE del 1 de diciembre de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

¹⁷ 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.

g.1.2) -30%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, y hasta la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción.

g.1.3) -10%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción, y hasta antes de la emisión de la resolución de sanción.

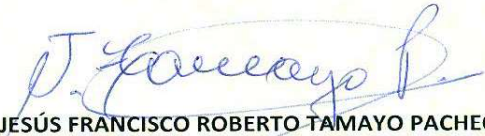
El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento.

El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción, por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los descargos.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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




JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE