

RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE HIDROCARBUROS LÍQUIDOS
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 1107-2018-OS-DSHL

Lima, 28 de diciembre del 2018

VISTOS:

El expediente N° 201500172986, conteniendo el Informe de Inicio de Instrucción N° 39-2017-MMP/FISE del 28 de diciembre de 2017 y el Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI, de fecha 21 de setiembre de 2018, por presuntos incumplimientos a la normativa del sub sector hidrocarburos vigente, por parte de **REPSOL MARKETING S.A.C.** (en adelante, **Remarsac**), identificada con Registro Único de Contribuyentes (RUC) N° 20513320753.

CONSIDERANDO:

1. Mediante el Informe de Inicio de Instrucción N° 39-2017-MMP/FISE de fecha 28 de diciembre de 2017, se identificaron indicios razonables de que **Remarsac** habría incurrido en los incumplimientos a la normativa vigente de Osinergmin, incurridos en el procedimiento de supervisión del FISE, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

Infracción verificada	Base legal contravenida	Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones R.C.D. N° 199-2013-OS/CD ¹	Sanción Multa
No incluir en la facturación mensual el Recargo FISE, en 2 comprobantes de pago de ventas, correspondientes a los períodos de octubre y noviembre de 2014.	Art. 8, numerales 8.1 y 8.2 del Reglamento de la Ley N° 29852 (D.S. N° 021-2012-EM).	1.1.1	Hasta 20.1 UIT

2. Mediante Oficio N° 4629-2017-OS-DSHL, notificado el 3 de enero de 2018, se comunicó a **Remarsac** el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntándose como sustento de la imputación el Informe de Inicio de Instrucción N° 39-2017-MMP/FISE, otorgándosele a dicha empresa fiscalizada, el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos respectivos.
3. Con escrito de registro N° 201500172986 de fecha 10 de enero de 2018, **Remarsac** formuló sus descargos a las infracciones imputadas en el presente procedimiento administrativo sancionador
4. Mediante Oficio N° 2958-2018-OS-DSHL-USEI, notificado el 08 de noviembre de 2018, se comunicó a **Remarsac** el Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI de fecha 21

¹ Vigente al momento de la comisión de la presunta infracción.

de setiembre de 2018, mediante el cual se propuso aplicar las sanciones conforme se detalla en el siguiente cuadro:

Infracciones	Numeral de la Tipificación (R.C.D. N° 199-2013-OS/CD)	Sanciones	Multa propuesta
No incluir en la facturación mensual el Recargo FISE, en 2 comprobantes de pago de ventas, correspondientes a los períodos de octubre y noviembre de 2014 .	1.1.1	1. Hasta 20.1 UIT 2. Amonestación	Amonestación

5. Con escrito de registro 201500172936 de fecha 15 de noviembre de 2018, dentro del plazo concedido, la empresa fiscalizada formuló sus descargos a las infracciones imputadas mediante el Oficio N° 2958-2018-OS-DSHL-USEI y el Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI, solicitando además el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme se expone en el acápite siguiente.

De los descargos presentados al Informe Final de Instrucción

6. A efectos de desvirtuar las infracciones imputadas, la empresa fiscalizada alega que no cabe aplicación de sanción alguna, pues dicha circunstancia no puede ni debe calificar como conducta sancionable, por cuanto cumplió oportunamente con el pago del FISE que corresponde a tales comprobantes de pago, sin causar perjuicio al Estado.

Señala que la posición de la Administración es puramente formalista, y que la sustitución de la sanción de “multa” por una “amonestación” obedece a que los hechos que motivaron la infracción imputada y la sanción aplicada no produjeron perjuicio económico al Estado; pues tal como lo acreditan en su escrito de descargos de fecha 10 de enero de 2018, si bien Remarsac no incluyó expresamente en los comprobantes de pago el Recargo FISE, si cumplió con pagar oportunamente a Osinergmin el importe de dicho gravamen, lo cual ha sido explícitamente reconocido en el Informe Final en el primer párrafo de sus numerales 4.5 y 4.8.

De otro lado, señala que pagaron el importe del Recargo FISE en exceso, tal como ha sido reconocido por Osinergmin en el numeral 7.4.1 del Informe Final de Supervisión N° IS-073-2017-MMP/FISE, al cual accedieron por transparencia, dado a que no les fue notificado; por lo que, es claro que Remarsac subsanó voluntariamente el efecto de no haber incluido el Recargo FISE en los comprobantes de pago, lo que determina claramente que se trata de una causal eximente de la infracción, pues ello se verificó con anterioridad a cualquier requerimiento de Osinergmin sobre el particular.

7. Asimismo, señala que el hecho ya fue objeto de la misma sanción (amonestación) que ahora pretende aplicar, lo que contraviene el principio de non bis in ídem que constituye un límite a la potestad sancionadora de la Administración Pública; pues en el informe Final, la Administración reconoce que la circunstancia de no haber incluido el recargo FISE en comprobantes de pago durante el curso del ejercicio 2014, determinan que los meses de

enero a diciembre deban ser considerados como “un solo período”, considerando que es recién a partir de dicho ejercicio que Remarsac empezó a estar sujeta al Recargo FISE, expresado en el numeral 4.8 del Informe Final.

Señala que, para la Administración y para los fines sancionatorios, los doce (12) meses del ejercicio 2014 constituyen un solo período, por lo que, el hecho que hayan omitido incluir el Recargo FISE en alguno comprobantes de pago, en uno o más meses del ejercicio 2014, debe necesariamente ser considerado como un mismo hecho, y por tanto debió ser materia de una única sanción, en aplicación al principio de “non bis in ídem”, conforme al cual sólo puede ser sancionada una vez por un mismo hecho, debiendo tenerse en cuenta que ya fueron sancionador por el mismo tipo infractor que ahora el oficio y el informe Final pretenden imputar y sancionar, pero por los períodos enero, febrero y julio de 2014, tal como consta en la Resolución N° 243-2018-OS/TASTEM-S2, que declaró infundada su apelación contra la Resolución N° 2604-2017-OS/DSHL.

También señala que la Administración omitió un punto esencial, cual es que Remarsac cumplió con regularizar voluntariamente el FISE de las facturas observadas, sin previo requerimiento por parte de Osinergmin, pues la omisión quedó cancelado en el propio ejercicio 2014 y no en los ejercicios 2016-2017 con ocasión del procedimiento de fiscalización del FISE, lo que ha sido reconocido en el Informe Final en el primer párrafo de sus numerales 4.5 y 4.8, y en vista de la subsanación efectuada voluntariamente, es de aplicación el artículo 255.1.f) del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; por lo tanto no corresponde aplicar sanción alguna, debiendo dejarse sin efecto la sanción de amonestación impuesta por la Administración.

8. Señala también que la sanción impuesta por la Administración vulnera el Principio de Razonabilidad establecido expresamente por el artículo 230 de la LPAG al cual está sometida la potestad sancionatoria de la Administración Pública de que Osinergmin forma parte. Es así que, la Administración debe tener presente que el requisito de la inclusión en los comprobantes de pago tiene por finalidad permitir el control administrativo de los montos devengados por el FISE, el mismo que sí pudo efectuarse dentro del procedimiento de fiscalización, tan es así que el propio Osinergmin determinó que en el período fiscalizado efectuó un pago en exceso; por lo que la aplicación de la sanción imputada es un mero formalismo, que no impide la satisfacción del interés público materia de tutela, máxime cuando no se vio afectada la recaudación del FISE, atentando contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, insisten en la procedencia de los principios invocados, y sostienen que no procede el cambio de “multa” por “amonestación” como vía de graduación de la sanción, pues la infracción imputada no se ha configurado al ser aplicable la causal de exención de responsabilidad prevista en el artículo 255.1.f del TUO de la LPAG.

Señala también que aun sin haber discriminado el recargo FISE en los dos (2) comprobantes de pago observados, Osinergmin verificó que Remarsac cumplió efectivamente con realizar todos los pagos que por dicho concepto le correspondían, revelando que independientemente del incumplimiento formal de la normativa FISE, su empresa no generó perjuicio económico alguno a Osinergmin ni al Estado, no correspondiendo la aplicación de la sanción, y la propia Administración en el numeral 4.8 del Informe Final reconoce que Remarsac no generó

perjuicio económico alguno al FISE, careciendo de objeto la aplicación de sanción alguna, así se trate de una Amonestación.

9. De otro lado, precisa que el procedimiento sancionador es nulo por no haberles notificado el Informe de Supervisión N° IS-073-2017-MMP/FISE de fecha 28 de diciembre de 2017, pues al no haberseles notificado los resultados de la fiscalización del FISE por el período agosto a diciembre de 2014, sobre los cuales se sustenta la amonestación materia del presente escrito, recortó su derecho de defensa consagrado en el TUO de la LPAG como en la Constitución Política, resaltando que recién tuvieron acceso al Informe de Supervisión N° 073-2017-MMP/FISE de fecha 28 de diciembre de 2017 con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador, lo que sustenta aún más la nulidad invocada, pues no tuvieron acceso oportuno a información que recién pudieron invocar con posterioridad.

Análisis de los descargos al Informe Final de Instrucción

10. Es materia de análisis del presente procedimiento administrativo sancionador, determinar si la empresa **Remarsac**, contravino la normatividad legal del FISE y si la citada empresa ha desvirtuado la infracción imputada en el Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI de fecha 21 de setiembre de 2018, el cual propuso aplicar la sanción de amonestación a la citada empresa, por dicho incumplimiento.
11. Al respecto, cabe señalar que, en los argumentos del escrito de descargos presentado con fecha 15 de noviembre de 2018 por la empresa fiscalizada, señala expresamente que en el Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI de fecha 21 de setiembre de 2018, se le impuso una sanción de “amonestación”; sin embargo, conforme se advierte en los numerales 6 y 7 del citado Informe Final, luego del análisis realizado por el órgano instructor, propuso la aplicación de la sanción de Amonestación, mas no impuso sanción alguna, debido a que de acuerdo a lo establecido en el numeral 22.1 del artículo 22 de la Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 040-2017-OS-CD, es el órgano sancionador el que determina si el agente supervisado ha incurrido o no en la infracción imputada, e impone la sanción o dispone el archivo respectivo, por lo que carece de sustento su argumento.
12. En cuanto al argumento del numeral 6 de la presente resolución, cabe señalar que la infracción imputada en el Informe de Inicio de Instrucción N° 39-2017-MMP/FISE, referida a *“No incluir en la facturación mensual el Recargo FISE, en 2 comprobantes de pago de ventas, correspondientes a los períodos de **octubre y noviembre de 2014**”*, constituye una infracción a la obligación expresamente establecida en el numeral 8.1 del Reglamento de la Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM² y modificatoria: *“8.1 Los Productores e Importadores de dichos productos que realizan la venta primaria, **deben incluir en su facturación de forma separada un recargo** igual al valor indicado en el numeral 4.2 de la Ley por el volumen transportado. (...)”*. (subrayado y sombreado agregados)

Al respecto, se debe señalar que Osinergmin no cuestiona el cumplimiento del pago del recargo FISE, pues dicha obligación se encuentra expresamente establecida en el numeral 8.2 del citado Reglamento, constituyendo obligaciones principales distintas, que deben ser cumplidas indistintamente, pues el incumplimiento de cada una de ellas genera una infracción

² Publicado en el diario oficial “El Peruano” el día 09 de junio de 2012.

diferente; por lo que, el cumplimiento de una de dichas obligaciones (por ejemplo la obligación de transferir mensualmente el recargo FISE) no exime del cumplimiento de las otras obligaciones (por ejemplo la obligación de incluir el recargo FISE en su facturación mensual), debido a que no se tratan de obligaciones accesorias.

En ese sentido, no es posible amparar el argumento de la empresa fiscalizada referido a aplicar el eximente de responsabilidad, por cuanto no se ha verificado la subsanación de la infracción referida a *“No incluir en la facturación mensual el Recargo FISE, en 2 comprobantes de pago de ventas, correspondientes a los períodos de **octubre y noviembre de 2014**”*, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador, tal y conforme se encuentra establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

De otro lado, respecto a la supuesta sustitución de la sanción de “multa” por una “amonestación”, se debe precisar que, en el presente procedimiento administrativo sancionador aún no se ha emitido pronunciamiento que imponga sanción alguna; por lo que, el argumento de la empresa fiscalizada carece de sustento, no siendo posible ampararlo.

13. En cuanto al argumento de la empresa fiscalizada, señalado en el numeral 7 de la presente resolución, se debe señalar que no existe una sanción anterior impuesta a la empresa fiscalizada por la infracción de *“No incluir en la facturación mensual el Recargo FISE, en 2 comprobantes de pago de ventas, correspondientes a los períodos de **octubre y noviembre de 2014**”*; pues tal y conforme lo ha precisado el órgano instructor en el segundo párrafo del numeral 4.8 del Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI, la infracción imputada por los períodos supervisados de agosto a diciembre de 2014, corresponden al año 2014, año en el cual entró en vigencia la aplicación del Recargo FISE, habiendo establecido como período al año 2014 a los meses desde enero hasta diciembre.

Al respecto, la infracción imputada está referida al incumplimiento de la obligación en los meses de octubre y noviembre del año 2014, que corresponden al período del año 2014 (de enero a diciembre), pues tal y conforme se ha mencionado en el numeral 12 de la presente resolución, la obligación de la inclusión del recargo FISE en la facturación, debe ser realizada en forma separada, por cada venta primaria que hayan efectuado durante el año 2014; por lo que, no es posible ampara el argumento de la empresa fiscalizada, de considerar todas las ventas primarias realizadas durante el año 2014 como una sola obligación, cuando la norma expresamente señala que la obligación se realiza en forma separada.

En ese sentido, no se ha vulnerado el principio de non bis in ídem, por cuanto de la lectura de la Resolución N° 243-2018-OS/TASTEM-S2, que declaró infundada su apelación contra la Resolución N° 2604-2017-OS/DSHL, no se advierte que se haya producido la triple identidad que establece la normativa vigente, debido a que si bien existe identidad de sujeto, no existe la identidad de hecho ni de fundamento, al tratarse de obligaciones generadas en los meses de octubre y noviembre de 2014, por ventas primarias distintas a las realizadas en los demás meses sancionados en la Resolución N° 2604-2017-OS/DSHL; por lo que, no es posible ampara el argumento de la empresa Remarsac.

14. Respecto al argumento señalado en el numeral 8 de la presente resolución, se debe precisar que la obligación de incluir el recargo FISE en los comprobantes de pago, no constituye un

requisito meramente formal o con el cual se permite realizar el control administrativo de los montos devengados por el FISE, pues tal y conforme se menciona en el numeral 12 de la presente resolución, dicha obligación se encuentra expresamente establecida en el numeral 8.1 del Reglamento de la Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2012-EM y modificatoria, y es distinta a la obligación de recaudar y a la obligación de transferir mensualmente dicho recargo.

Cabe señalar que la empresa fiscalizada, durante el desarrollo de sus argumentos de defensa en su escrito de descargos, señala expresamente que no han realizado la inclusión del recargo FISE en los dos (2) comprobantes de pago observados, con lo cual queda plenamente demostrado el incumplimiento de la obligación imputada en el numeral 1 de la presente resolución, la cual debe ser sancionada.

Asimismo, el numeral 8.3 del artículo 8 del citado Reglamento de la Ley del FISE señala que, Osinergmin es quien se encarga de fiscalizar la correcta aplicación y recaudación de los recargos y transferencias mensuales, para lo cual, en uso de sus atribuciones, emitirá las normas reglamentarias correspondientes.

En ese sentido, no se ha infringido el principio de razonabilidad invocado, por cuanto en el Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI no se ha impuesto sanción alguna, correspondiendo la aplicación de sanciones al órgano sancionador del presente procedimiento administrativo sancionador; por lo que, se debe desestimar el argumento señalado por la empresa fiscalizada.

15. Finalmente, en cuanto al argumento señalado en el numeral 9 de la presente resolución, la empresa Remarsac precisa que el procedimiento sancionador es nulo por no haberles notificado el Informe de Supervisión N° IS-073-2017-MMP/FISE de fecha 28 de diciembre de 2017, habiéndoles recortado su derecho de defensa al no tener acceso oportuno a información que recién pudieron invocar con posterioridad.

Al respecto cabe señalar que, en mérito de lo establecido en el artículo 253 del Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el procedimiento sancionador el inicio siempre de oficio, y con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, las entidades pueden realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección, con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación, precisando que luego de decidida la iniciación de dicho procedimiento, la autoridad instructora formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, estableciendo la norma los requisitos y plazos de dicho procedimiento.

En ese sentido, se advierte que el Informe de Supervisión N° IS-073-2017-MMP/FISE de fecha 28 de diciembre de 2017, constituye una actuación previa de inspección, con el cual el órgano instructor tomó la decisión de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador, sin que la norma expresamente obligue a las entidades a poner en conocimiento de los administrados el resultado de dichas actuaciones previas; por el contrario, la norma expresamente señala las reglas y pautas del procedimiento administrativo sancionador, las cuáles se han cumplido en el presente caso, pues el Informe de Inicio de Instrucción N° 39-2017-MMP/FISE de fecha 28 de diciembre de 2017, le fue notificado a Remarsac el día 03 de enero de 2018 con el Oficio N° 4629-2017-OS-DSHL.

De lo expuesto se colige que Osinergmin no ha vulnerado el derecho de defensa de la empresa fiscalizada, pues cumplió con haberles notificado correctamente la imputación, para que realicen los descargos respectivos, habiendo cumplido la empresa Remarsac con presentar sus descargos conforme a las normas vigente; por lo que, no existe vicio alguno que conlleve a la declaración de nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador.

16. Siendo así, al haberse determinado la comisión de la infracción, y en aplicación a los criterios señalados en el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 246 de del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde imponer la sanción que corresponde a la empresa fiscalizada, conforme a las sanciones previstas en la Resolución de Consejo Directivo N° 199-2013-OS/CD y modificatoria.

Determinación de la Sanción

17. El artículo 1 de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, establece que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye infracción sancionable.
18. En el Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 199-2013-OS/CD que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 114-2016-OS/CD, se establece las sanciones correspondientes a imponerse por el incumplimiento del numeral 1.1.1 de la citada Tipificación de Infracciones.
19. Al respecto, el presente órgano instructor considera válido el criterio señalado por el órgano instructor en el numeral 4.8 del Informe Final de Instrucción N° 775-2018-OS-DSHL-USEI, referido a que tratándose de infracciones correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2014, que corresponden al período del año 2014, y siendo la primera vez en que la empresa fiscalizada incurre en la comisión de dicha infracción, corresponde aplicar la sanción de amonestación en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Cabe preciar que, la aplicación de la sanción de amonestación, establecida por el órgano sancionador, es aplicable al presente caso en particular, no constituyendo un precedente vinculante para otros casos similares, debiendo evaluarse cada caso concreto.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Creación del Osinergmin, Ley N° 26734; la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y modificatorias; la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinergmin, Ley N° 27699; el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-PCM; el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD; y a la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD y su modificatoria;

SE RESUELVE:

Artículo 1. - **SANCIONAR** a la empresa **REPSOL MARKETING S.A.C.** con Amonestación, por el incumplimiento de no incluir en la facturación mensual el Recargo FISE, en 2 comprobantes de pago

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE HIDROCARBUROS LÍQUIDOS
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N°1107-2018-OS-DSHL**

de ventas, correspondientes a los períodos de octubre y noviembre de 2014; conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Artículo 2. - **NOTIFICAR** a la empresa **REPSOL MARKETING S.A.C.** el contenido de la presente Resolución.

«image:osifirma»

**Gerente de Supervisión
de Hidrocarburos Líquidos (e)**