

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 518-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 28 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600154847 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa CNPC PERU S.A., representada por el señor Wang Zhebgwen, contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir normas del subsector hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018, se sancionó a CNPC PERU S.A., en adelante, CNPC PERU, con una multa total de 478.12 (cuatrocientos setenta y ocho con doce centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 032-2004-EM, según se detalla en el siguiente cuadro:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Artículo 244° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 032-2004-EM, en concordancia con el artículo 44° de la Ley N° 26221 ¹ .	2.1.1 ²	478.12 UIT

¹ Decreto Supremo N° 032-2004-EM

Artículo 244.-El uso de Gas Natural está determinado en el artículo 44 de la Ley, sin perjuicio de la obligación del Contratista de cumplir con las disposiciones legales vigentes en materia ambiental.

El Gas Natural que no sea vendido durante un período de valorización podrá ser destinado a los siguientes fines, dentro o fuera del Área de Contrato, sin implicancia en la determinación de la retribución o regalía:

(...) 4. Quemado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos. (...)

Los Programas de Quemado realizados para prueba de Pozos y de acuerdo a la capacidad productiva de cada Pozo, batería y/o plataforma serán presentados a la Dirección General de Hidrocarburos (DGH), para su aprobación por lo menos quince (15) días hábiles antes de la prueba del Pozo. La DGH deberá aprobarlos o de ser el caso, presentar las observaciones que estime pertinentes en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles, las cuales deberán ser levantadas por el Contratista en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles. En este último caso, la DGH contará con un plazo de tres (03) días hábiles para emitir la correspondiente Resolución.

Una vez aprobados dichos programas, el Contratista deberá presentarlos al OSINERGMIN, por lo menos cinco (05) días hábiles antes de la operación de quemado.

Ley N° 26221

Artículo 44.- El gas natural que no sea utilizado en las operaciones podrá ser comercializado, reinyectado al reservorio o ambos por el Contratista. En la medida en que el gas natural no sea utilizado, comercializado o reinyectado, el Contratista previa aprobación del Ministerio de Energía y Minas, podrá quemar el gas.

² Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

2.1. Incumplimiento de las normas de diseño, instalación, construcción y/o montaje, operación y procesamiento.

2.1.1. En exploración y explotación.

Base legal: Art. 60° del Reglamento aprobado por el D.S. N° 052 93 EM, Arts. 34°, 38° numerales 2,3,4 y 7, 72°, 85°, 97°, 104°, 105°, 118°, 121°,123°,124°, 126°, 128°, 130° 131°, 132°, 133°, 136°, 142°, 143°, 148, 152°, 153°, 156°, 157°, 158°, 163°, 164°, 167°, 168°, 169°, 170°, 172°,185, 186, 187, 188, 189, 190°, 193°, 216°, 218°, 219°, 221°, 222°, 223°, 224°, 226°, 227°, 228°, 229°, 230°, 231°,232°, 234°,235°,238°, 240°, 241°, 243°, 244°, 246°, 247°,248°, 251°, 255°, 256°, 257°, 258°, 260°, 261°, 262°, 263°, 264°, 269°, 270°, 271°, 275°, 276°, 277°, 279°, 284°, 286°, 287° y 288° del Reglamento aprobado por D.S. N° 032-2004-EM,



Realizar la quema de gas natural sin contar con la autorización respectiva de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas. De la revisión del Programa de Quemado (Cronograma de Actividades) aprobado por la Dirección General de Hidrocarburos, en adelante DGH, del Ministerio de Energía y Minas, en adelante Minem, mediante Resolución Directoral N° 185-2015-MEM/DGH de fecha 28 de agosto del 2015, se autoriza a la quema de gas natural para desarrollar el Programa de Mantenimiento de los moto-compresores instalados en las estaciones de bombeo distribuidos en el Lote X, por un volumen total acumulado de 159.99 MMPC durante el período comprendido desde el mes de setiembre a diciembre del 2015 (<i>Setiembre 2015: 47.94 MMPC, Octubre 2015: 43.92 MMPC, Noviembre 2015: 32.80 MMPC, Diciembre 2015: 35.33 MMPC</i>). Por tanto, en el período de octubre a diciembre del 2015, el volumen acumulado autorizado a la empresa fiscalizada para la quema de gas natural asciende a 112.05 MMPC. No obstante, del análisis del Informe Mensual de Actividades N° CNPC-13X-001-PP-2016 presentado por la empresa CNPC PERU para el año 2015 se advierte que, en el período de octubre a diciembre del 2015, el volumen acumulado de gas natural que ha sido quemado fue de 210.26 MMPC (<i>octubre 2015: 57.72 MMPC, noviembre 2015: 68.31 MMPC, diciembre 2015: 84.23 MMPC</i>). De lo expuesto, se advierte que en los meses de octubre a diciembre del 2015, la empresa fiscalizada ha realizado la quema de gas natural por un volumen de 98.21 MMPC (exceso), el mismo que no se encontraba autorizado por la DGH; por lo tanto, se advierte un supuesto incumplimiento a lo establecido en la normativa vigente.		
MULTA TOTAL		478.12 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

a) Mediante escrito de registro N° 201600154847 de fecha 20 de octubre de 2016, [REDACTED] remitió a Osinergmin lo siguiente:

- Los Informes Mensuales de Actividades presentados por CNPC PERU, para los períodos 2014 y 2015.
- Copia de las autorizaciones de quema de gas natural para el año 2015.
- Carta N° GGRL-SUPC-GFST-0941-2016 presentada por CNPC PERU.

Asimismo, [REDACTED] solicitó a Osinergmin, se le informe sobre las acciones tomadas respecto de los volúmenes de gas natural que CNPC PERU quemó en exceso dentro de las instalaciones de producción de hidrocarburos del Lote X.



b) Mediante Oficio N° 3102-2017-OS-DSHL/JEE notificado el 22 de diciembre de 2017, al cual se adjuntó el Informe de Instrucción N° 950-2017-INAB-1 de fecha 19 de setiembre de 2017, se comunicó a CNPC PERU el inicio del procedimiento administrativo sancionador, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.

a) Por escrito de registro N° 201600154847 de fecha 3 de enero de 2018, CNPC PERU presentó sus descargos.

b) Posteriormente, a través del Oficio N° 573-2018-OS-DSHL/JEE notificado el 27 de febrero de 2018, se remitió a CNPC PERU el Informe Final de Instrucción N° DSHL-474-2018 de fecha 23 de febrero de 2018, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.

c) Con escrito de registro N° 201600154847 de fecha 23 de marzo de 2018, CNPC PERU presentó sus descargos.

d) A través de la Resolución N° 3525-2018-OS-DSHL del 5 de setiembre de 2018 y el Informe N° 745-2018-OS-DSHL del 3 de setiembre de 2018, la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos, en adelante, DSHL, procedió a ampliar el plazo para resolver el procedimiento administrativo sancionador por un periodo adicional de tres (3) meses, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 28.2 del artículo 28° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

e) Finalmente, por Resolución N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018 notificada el 4 de setiembre de 2018, se sancionó a CNPC PERU por el incumplimiento descrito en el numeral 1 de la presente resolución.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201600154847 de fecha 25 de setiembre de 2018, CNPC PERU interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la comisión de la infracción

- a) Durante el desarrollo del proyecto en los pozos AA8148, AA11486D y AA11491, se presentó un incremento en la producción de petróleo que originó que el volumen de gas asociado proveniente del reservorio supere la cantidad de gas natural cuya quema fue autorizada por la DGH (159.99 MMPC), lo cual constituye una situación extraordinaria que no podía ser proyectada ni es posible de anticipar en la industria petrolera.

En vista de ello, el 1 de diciembre de 2015 CNPC PERU solicitó a la DGH el otorgamiento de una autorización adicional para la quema de un volumen mayor de gas natural al inicialmente autorizado, la cual fue denegada con fecha 11 de diciembre de 2015 debido a que el informe técnico que adjuntó no se encontraba firmado por un ingeniero colegiado y hábil. De ello se advierte que la solicitud fue rechazada por no cumplir con uno de los requisitos del TUPA del Minem (error formal) y no por falta de sustento técnico³.

³ Sobre el particular menciona que diversas solicitudes previas y posteriores, basadas en informes técnicos de similar contenido y sustento fueron aprobadas sin mayor demora por la DGH. Se adjunta copia de dichas solicitudes, las cuales no fueron objetadas por razones de fondo, es decir, por deficiencia en el sustento técnico presentado.



Al día siguiente de denegada la misma, CNPC PERU presentó una nueva solicitud que sí cumplía con los requisitos del TUPA y tenía el mismo sustento que la anterior, sin embargo, la DGH la rechazó argumentando que era posterior a la quema de gas natural cuya aprobación se estaba solicitando. Esta solicitud no fue evaluada, requiriéndosele implícitamente que presente una solicitud que anticipe un hecho imprevisible, la cual no consideró un criterio ampliamente reconocido en la industria petrolera: los estimados de reservas de petróleo y/o gas son intrínsecamente inciertos. De haberse actuado como correspondía, el supuesto incumplimiento habría quedado subsanado y en consecuencia, se habría eximido de responsabilidad⁴ a CNPC PERU.

Adicionalmente a ello, menciona que diversas solicitudes anteriores y posteriores de quema de gas natural fueron autorizadas sin mayor demora ni observación técnica por parte de Minem, lo cual permite advertir que el sustento técnico de las solicitudes de autorización de quema de gas ya ha sido avalado por el estado peruano.

Además, si bien la DGH se encuentra a cargo de la autorización y el Osinergmin a cargo de la fiscalización, constituyendo dos (2) entidades distintas, ello no enerva el hecho que ambas son dependencias del mismo estado peruano, el cual debido a un error de criterio en un primer momento emite un pronunciamiento completamente ajeno a la realidad de la industria y posteriormente sanciona a CNPC PERU por un supuesto incumplimiento.

Sobre el presunto evento de fuerza mayor

- b) El repentino incremento en la producción de petróleo provocó un consecuente, pero no proporcional incremento en la producción de gas natural. Este evento imprevisible, irresistible y extraordinario, que de conformidad con el artículo 1315° del Código Civil califica como un evento de fuerza mayor, provocó que fuera necesario llevar a cabo la quema de gas natural en exceso de los volúmenes autorizados.



Proyectar el flujo de hidrocarburos de un reservorio es un procedimiento extremadamente complejo y sujeto a mucha incertidumbre, cuyo nivel de exactitud es bajo. En efecto, si bien los operadores alrededor del mundo hacen sus mejores esfuerzos por estimar con la mayor precisión posible la manera en la que responderá un reservorio, es imposible prever ello con exactitud en todos los casos. Muchas situaciones extraordinarias y desconocidas por los operadores (incertidumbre geológica, por ejemplo) pueden impactar la manera en la que se comporta un reservorio, generando excesos de producción imprevisibles y que una vez ocurridos, se vuelven irresistibles.

Lo anterior aconteció en el presente caso, pues si bien CNPC PERU con la debida anticipación realizó su mejor estimado de producción, condiciones imprevisibles, fuera de su control y no conocidas al momento del cálculo original aparecieron en la operación, generando que el gas natural comience a fluir hacia la superficie y que factores como la presión del reservorio provoquen que el evento sea irresistible. Ocurrido ello tuvo que decidir cómo manejar dicho exceso, por lo que procedió a la quema del gas.

⁴ El hecho de contar con una figura como la subsanación voluntaria busca promover que las empresas, quienes están en mejor posición de identificar incumplimientos en el marco de sus operaciones, se presenten frente al estado peruano con sinceridad y oportunamente, buscando subsanar y regularizar su situación. Esta idea no es compatible con el hecho de que, por un lado, el estado peruano desconozca los estándares de la industria y rechace las solicitudes debidamente fundamentadas de los administrados y, por el otro, inicie procedimientos administrativos sancionadores por el propio incumplimiento que el administrado de manera transparente y oportuna pretendió subsanar.

Sobre la motivación del cálculo de la multa, su coherencia con el Principio de Razonabilidad y la aplicación de los criterios de graduación



- c) La línea de ideas desarrollada por la DSHL para desvirtuar sus argumentos y demostrar que sí aplicó los criterios establecidos en el artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD es deficiente y no cuenta con soporte alguno^{5y6}. Por lo tanto, la motivación presentada por la primera instancia en la determinación de la sanción es insuficiente.

En el primer párrafo de la sección 7.7 de la Resolución, la DSHL reconoce la existencia de los criterios de graduación. En el segundo párrafo, sin conectar de modo alguno las ideas, dice que la sanción ha sido impuesta observando los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad recogidos por la Ley N° 27444 y modificatorias y la Resolución N° 040-2017-OS/CD. En el tercer párrafo, sobre la base de esas premisas, llega a la conclusión de que la sanción está debidamente sustentada. De hecho, cuando los miembros del Tribunal revisen el expediente notarán que en ningún momento se han evaluado los criterios de graduación.

Errores adicionales en el cálculo de la multa

- d) La DSHL ha considerado que CNPC PERU obtuvo una ganancia ilícita por el volumen de petróleo asociado al volumen de gas natural quemado sin autorización⁷, sin embargo, dicho criterio es errado, toda vez que la extracción de petróleo se realizó en el marco del contrato de licencia, el cual es completamente legal y nada tiene que ver con la quema de gas natural asociado⁸. Sólo si no se contara con el título habilitante para la extracción de hidrocarburos se podría hablar de una ganancia ilícita que tenga su origen en la producción de dicho recurso natural⁹. De ahí que no existe vínculo alguno entre el incumplimiento imputado (no tener autorización para quemar gas natural) y la extracción de petróleo¹⁰.



⁵ En el primer párrafo de la sección 7.7 de la Resolución, la DSHL reconoce la existencia de los criterios de graduación. En el segundo párrafo, sin conectar de modo alguno las ideas, dice que la sanción ha sido impuesta observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad recogidos por la Ley N° 27444 y modificatorias y la Resolución N° 040-2017-OS/CD. En el tercer párrafo, sobre la base de esas premisas, llega a la conclusión de que la sanción está debidamente sustentada.

Como referencia de la manera en que la DSHL solicita al Tribunal revisar la sección 5.5 del Informe Final de Instrucción No. DSHL-474-2018 emitido el 23 de febrero de 2018, en la que los especialistas a cargo del cálculo de la multa se limitaron a indicar que no se reporta factor atenuante. Asimismo, la falta de motivación también se advierte de la sección 7.7 de la Resolución de sanción.

⁶ Según establece el artículo 25 numeral 1 literal d) de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, al referirse al beneficio ilegalmente obtenido, "para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados y 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."

⁷ El numeral 7.11 literal iii) de la resolución de sanción, recoge dicha interpretación:

"(...)

debemos señalar que CNPC PERÚ S.A., si bien quemó 98.21 millones de pies cúbicos de Gas Natural sin tener autorización, de octubre a diciembre del 2015, sin que esto le haya significado un aprovechamiento económico, sí obtuvo una ganancia por el volumen de producción de petróleo que obtuvo asociado al volumen de Gas Natural producido en exceso y que fue quemado superando el volumen autorizado para dicho periodo (112.05 millones de pies cúbicos). En ese sentido, los volúmenes de petróleo asociado, considerados en el cálculo de multa para los meses de octubre a diciembre de 2015, se obtuvieron de dividir el volumen de producción mensual, acumulado de petróleo y gas, para cada mes citado, y multiplicado con el volumen de gas quemado y no autorizado, correspondiente; asimismo, la fuente de estos datos de producción, así como el precio de petróleo son obtenidos de Perupetro S.A."

⁸ Además, el contrato de licencia no impide que CNPC PERU produzca más de lo proyectado, siempre y cuando cumpla con el pago de la regalía correspondiente a la producción fiscalizada. CNPC PERU tenía la autorización y cumplía con el pago de la regalía, por lo que, de ser el caso, se encontraba autorizado a obtener dicha producción adicional, por lo que la ganancia que obtuvo es lícita.

⁹ Menciona como ejemplo a la minería ilegal, en la cual, los mineros ilegales extraen recursos sin autorización en un marco ilegal y es como consecuencia directa de dicha ilegalidad, que obtienen ganancias o utilidades ilícitas. Este ejemplo si se ajusta a lo dispuesto por el literal d) del numeral 1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

¹⁰ No se trata de un caso en el que como consecuencia del incumplimiento CPNC PERU extrajo el petróleo, pues de acuerdo a su contrato la administrada se encontraba facultada a hacerlo.

En ese sentido, considerando que la quema de gas no produjo ningún beneficio a CNPC PERU¹¹, la ganancia ilícita debe ser igual a cero. En el peor escenario, el único costo postergado sería el de presentar la solicitud que fue incorrectamente evaluada por la DGH.



- e) De otro lado, la DSHL omitió incluir como costo el desarrollo de los pozos de los cuales se extrajo el petróleo, cuyo detalle se observa del documento "Justificación Técnica e Quemado de Gas Excedente 2015", adjunto al anexo N° 4 de sus descargos. Cabe precisar que el costo de desarrollo de pozos se genera por el permanente desarrollo en que se encuentran los mismos por la implementación de proyectos de recuperación de petróleo.

Asimismo, sostiene que para establecer la cantidad equivalente entre el gas natural quemado en exceso y los barriles de petróleo producidos, no es correcto considerar toda la producción del Lote X, toda vez que los volúmenes de petróleo y gas obtenidos en un pozo no dependen y no tienen relación con los otros pozos¹². Además, en el documento citado en el párrafo precedente se identificaron los pozos en los cuales se produjo el incremento de la producción de gas (pozos AA8148, AA11486D y AA11491).

Adicionalmente, precisa que no es correcto calcular la cantidad de petróleo producido utilizando un incremento aritmético (regla de tres simple) con relación al gas, sino que se debería utilizar el método de curvas de declinación aceptado por la industria descrito en su documento denominado "Justificación técnica de quemado de gas excedente en Proyecto Etansur", en el cual se aprecia que los parámetros del incremento de producción de petróleo y el incremento de producción de gas natural se representan en una línea curva y no una línea recta.



Sobre el uso de la palabra

- f) Finalmente, CNPC PERU solicitó el uso de la palabra, de acuerdo a lo regulado por el artículo 33° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.
3. A través del Memorándum N° DSHL-773-2018, recibido con fecha 9 de octubre de 2018, la DSHL remitió al Tastem el expediente materia de análisis.
 4. Mediante Oficio N° 82-2018-OS/TASTEM-S2 de fecha 11 de diciembre de 2018, notificado a CNPC PERU en dicha fecha, se le informó que se le otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 18 de diciembre de 2018, por espacio de 10 minutos.
 5. Por escrito de registro N° 201600154847 del 17 de diciembre de 2018, CNPC PERU informó el listado de asistentes al Informe Oral.
 6. La audiencia de informe oral se llevó a cabo el día señalado anteriormente, con la presencia de los representantes de CNPC PERU, tal como consta en el soporte magnético audiovisual obrante a foja 220 del expediente, durante la cual expusieron los argumentos planteados en su recurso de apelación.

¹¹ Como fue reconocido por la DSHL en el literal iii) del numeral 7.11 de la resolución de sanción.

¹² Dicho análisis consta en el documento "Justificación Técnica e Quemado de Gas Excedente 2015", adjunto al Anexo N° 4 de sus descargos.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la comisión de la infracción y el supuesto evento de fuerza mayor

7. Con relación a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin aprobada por Ley N° 27699, el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y el artículo 23° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en el marco de los procedimientos sancionadores a cargo de Osinergmin, la responsabilidad es objetiva¹³.

Asimismo, se debe señalar que el artículo 44° de la Ley N° 26221 prescribe que el gas natural que no sea utilizado, comercializado o reinyectado, podrá ser quemado por el contratista previa aprobación del Minem. Por su parte, el artículo 244° del Decreto Supremo N° 032-2004-EM establece el procedimiento para la obtención de la autorización para la quema de gas, la cual deberá ser solicitada con anterioridad a la quema del gas natural. De las normas jurídicas citadas, se advierte que los contratistas podrán quemar el gas natural que producen, sólo si previamente han obtenido la respectiva autorización por parte del Minem, la cual se realizará en las cantidades permitidas. (Subrayado agregado)

En el presente caso, a través de la Resolución Directoral N° 185-2015-MEM/DGH¹⁴, el Minem autorizó a CNPC PERU a quemar un volumen de 159.99 MMPC de gas natural durante el periodo de setiembre de diciembre de 2015, para el desarrollo de su Programa de Mantenimiento de los moto-compresores instalados en las estaciones de bombeo distribuidos en el Lote X. De ahí que el volumen autorizado en los meses octubre a diciembre¹⁵ asciende a 112.05 MMPC.

Sin embargo, conforme consta en el Informe de Inicio de Instrucción N° 950-2017-INAB-1 del 19 de setiembre de 2017, el Informe Final de Instrucción N° DSHL-474-2018 del 23 de febrero de 2018 y la Resolución N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018, durante los meses de octubre a diciembre de 2015, CNPC PERU quemó gas natural por un volumen de 210.26

¹³ Ley N° 27699

Artículo 1.- Facultad de Tipificación

(...)

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.

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 OSINERGMIN, 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 OSINERGMIN es objetiva.

Resolución 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.

¹⁴ De acuerdo a la Resolución Directoral N° 185-2015-MEM/DGH del 28 de agosto de 2015, CNPC PERU fue autorizada a quemar las siguientes cantidades de gas natural durante los meses setiembre a diciembre de 2015:

- En setiembre se encontraba autorizada a quemar 47.94 MMPC.
- En octubre se encontraba autorizada a quemar 43.92 MMPC.
- En noviembre se encontraba autorizada a quemar 32.80 MMPC.
- En diciembre se encontraba autorizada a quemar 35.33 MMPC.

¹⁵ Meses evaluados en el presente procedimiento sancionador.

MMPC sin contar la autorización de ampliación que le permita quemar un volumen de gas natural mayor al autorizado en la Resolución Directoral N° 185-2015-MEM/DGH, excediéndose en 98.21 MMPC.



Es de resaltar que los volúmenes de gas natural quemado y autorizado considerados durante la fiscalización fueron aportados por [REDACTED] en función de los Informes Mensuales de Actividades N° CNPC-13X-001-PP-2016 que CNPC PERU le presentó, documento que tiene calidad de declaración jurada¹⁶.

De lo anterior, se observa que existe evidencia objetiva de la comisión de la infracción imputada, por lo que habiéndose desvirtuado el Principio de Presunción de Licitud¹⁷, correspondía a CNPC PERU aportar los medios de prueba para acreditar que la quema de gas natural que efectuó cumple con el 244° del Decreto Supremo N° 032-2004-EM, el artículo 44° de la Ley N° 26221 y las autorizaciones emitidas por el Minem, lo cual no ocurrió. En efecto, en su recurso de apelación, CNPC PERU expresamente ha manifestado que el exceso de la quema del gas natural que realizó durante los meses octubre a diciembre de 2015 no se encontraba autorizado por la autoridad administrativa, alegando que ello se debió a una situación extraordinaria que no es posible de anticipar en la industria petrolera y que las solicitudes que presentó no fueron autorizadas por Minem.

Por lo tanto, la comisión del ilícito administrativo atribuido a CNPC PERU por haber infringido el artículo 244° del Decreto Supremo N° 032-2004-EM y el artículo 44° de la Ley N° 26221 se encuentra acreditado.



Ahora bien, es importante mencionar que la producción y reservas de petróleo y gas si son posibles de pronosticar, más aún cuando se tiene información de pozos en campos maduros. De ahí que la producción y reservas de petróleo y gas de los campos de Talara se encuentra dentro de un rango previsible. Además, existen procedimientos operativos para controlar la producción de gas, los cuales debieron ser utilizados, más aún considerando que la medición del volumen de gas natural producido y quemado se realiza a diario.

En ese orden de ideas, los estimados de producción no son inciertos, tienen certidumbre y se determinan probabilísticamente con producciones y reservas probables y máximas. Era la labor de los ingenieros de yacimientos de CNPC PERU prever ello mediante el uso de las herramientas de ingeniería propias de la industria petrolera¹⁸.

En efecto, en base a una adecuada gestión de sus operaciones, las situaciones alegadas por CNPC PERU pudieron ser consideradas en sus estimados de producción y reservas, e incluidas en su solicitud primigenia.

¹⁶ Conforme consta en el numeral 2.2.1 del Informe de instrucción.

¹⁷ 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:

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

Artículo 162.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

¹⁸ Cabe mencionar que dichos pronósticos son usados para realizar la evaluación económica de los pozos (proyectos de desarrollo) que van a definir si se perfora o no los mismos.



En esa línea de razonamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 1315° del Código Civil¹⁹, no se advierte que el hecho alegado por la administrada califique como un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que pueda ser considerado como un evento de fuerza mayor.

De otro lado, corresponde señalar que CNPC PERU, en su condición de empresa dedicada a la producción de hidrocarburos, en todo momento se encontraba en capacidad técnica y administrativa para conocer e interpretar correctamente las leyes, normas y procedimientos vigentes aplicables al sub sector hidrocarburos, entre ellas las referidas a la quema de gas natural, las cuales son de obligatorio cumplimiento. De ahí que cualquier error en la tramitación de los permisos, así como la omisión de la documentación que debía presentar oportunamente, le es imputable.

En esa línea de razonamiento, conforme se advierte de la propia manifestación de la administrada, se debe precisar que la primera solicitud de ampliación del volumen de gas natural a quemar fue presentada el 1 de diciembre de 2015, es decir, de modo posterior a la quema de gas natural realizada en los meses de octubre y noviembre de 2015, de lo cual se observa que CNPC PERU omitió presentar oportunamente su solicitud. Además, como fue indicado por el Minem²⁰, la solicitud que presentó la administrada no cumplió con el ítem AH03 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Minem, toda vez que la justificación técnica que presentó no se encontraba debidamente suscrita por un ingeniero colegiado hábil, lo cual demuestra la falta de diligencia de CNPC PERU en la obtención de los permisos para la ejecución de sus actividades y en el cumplimiento de sus obligaciones.

Respecto de la segunda solicitud, se debe precisar que la misma fue presentada después de la quema de gas natural, motivo por el cual, el Minem no la aprobó.



De otro lado, toda vez que las Resoluciones Directorales anteriores y posteriores que CNPC PERU cita²¹ para sostener que el Minem no objetó otras solicitudes de autorización de quema de gas están referidas a periodos distintos al comprendido de octubre a diciembre de 2015, se aprecia que las mismas no eximen de responsabilidad administrativa a la recurrente por el ilícito administrativo imputado en el marco del presente procedimiento sancionador.

Además, conforme se explicó, el Minem no denegó la autorización de ampliación del volumen de gas a quemar durante los meses octubre a diciembre de 2015 por ausencia de sustento técnico, hecho que no fue objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa, sino por incumplir con los requisitos TUPA y por quemar el gas natural sin antes contar con la debida autorización.

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que el hecho alegado por la administrada no califica como un evento de fuerza mayor y que los defectos en la tramitación para la obtención del permiso de quema de gas natural por un volumen mayor al inicialmente autorizado son

¹⁹ Código Civil

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

²⁰ En la Resolución Directoral N° 248-2015-MEM/DGH del 9 de diciembre de 2015 y el Informe Técnico N° 0182-2015-MEM/DGH-DEEH de la misma fecha.

²¹ Como Anexo 3, además de la Resolución Directoral N° 185-2015-MEM/DGH del 28 de agosto de 2015, presenta las Resoluciones Directorales N° 254-2015-MEM/DGH del 14 de diciembre de 2015, N° 039-2016-MEM/DGH del 13 de abril de 2016, N° 103-2016-MEM/DGH del 16 de agosto de 2016, N° 139-2016-MEM/DGH del 6 de diciembre de 2016, N° 044-2017-MEM/DGH del 31 de marzo de 2017 y N° 150-2017-MEM/DGH del 4 de diciembre de 2017, las cuales autorizan en su conjunto a la quema de gas natural por los volúmenes ahí indicados desde enero de 2016 a abril de 2018.

imputables a CNPC PERU, corresponde mantener la responsabilidad administrativa atribuida a la recurrente.



Finalmente, se debe precisar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos²², la DGH del Minem es el órgano técnico normativo encargado de proponer y/o expedir la normativa necesaria del subsector hidrocarburos.

Del mismo modo, el literal l) del artículo 80° del Decreto Supremo N° 031-2007-EM señala que dicha entidad es la responsable de expedir Resoluciones Directorales en el ámbito de su competencia²³. Por su parte, de acuerdo al literal c) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Osinergmin es el responsable de fiscalizar que las actividades del sub sector hidrocarburos se desarrollen de acuerdo a las disposiciones legales y técnicas vigentes²⁴. De ahí que en el marco de su labor de supervisión y fiscalización Osinergmin debe verificar si los agentes obligados cumplían las normas jurídicas vigentes de hidrocarburos, entre ellas, las referidas a la quema de gas natural.

Por lo anterior, se procede a desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Sobre la motivación del cálculo de la multa, su coherencia con el Principio de Razonabilidad y la aplicación de los criterios de graduación

8. Con relación a lo alegado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, debe precisarse que el Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, señala que los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento, que comprende, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho²⁵.



Asimismo, es preciso anotar que de acuerdo al numeral 4 del artículo 3° y el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27444 y modificatorias; la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos y debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de

²² Ley N° 26221

Artículo 3.- El Ministerio de Energía y Minas es el encargado de elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del Sector, así como de dictar las demás normas pertinentes. El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERG son los encargados de velar por el cumplimiento de la presente Ley.

²³ Decreto Supremo N° 031-2007-EM

Artículo 80.- La Dirección General de Hidrocarburos tiene las funciones y atribuciones siguientes:

(...)

l) Expedir Resoluciones Directorales en el ámbito del Subsector de Hidrocarburos;

²⁴ Ley N° 26734

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.

²⁵ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-IUS

Artículo IV. Principios del procedimiento 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.



los hechos probados relevantes al caso específico, así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado²⁶.

Por lo tanto, los pronunciamientos de las entidades deben adecuarse al contenido del ordenamiento jurídico vigente y los hechos respecto de los cuales se ha formado convicción de verdad material durante la tramitación del procedimiento, para lo que resulta necesario que éstas resuelvan los principales fundamentos de hecho y de derecho planteados por los administrados en ejercicio de su derecho de defensa y/o contradicción y que las decisiones de la administración se encuentren debidamente sustentadas.

Sobre el particular, se debe indicar que de acuerdo al numeral 5 del artículo 235° de la Ley N° 27444 modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la autoridad instructora, formula el Informe Final de Instrucción en el cual, entre otros aspectos, determina la sanción propuesta de manera motivada²⁷.

Cabe precisar que en el presente caso, para la determinación de la sanción a imponer, la primera instancia consideró la existencia de una ganancia ilícita generada por la producción de petróleo que sería directamente proporcional con la producción y quema de gas natural no autorizado; sin embargo, ni en el Informe Final de Instrucción ni en la Resolución de Sanción sustentó la razón por la cual consideró que la quema de gas natural en exceso generó ganancia ilícita en la producción de petróleo; ni la razón por la cual el volumen de gas natural quemado en exceso sería proporcional con la cantidad de petróleo producido; ni sustentó la razonabilidad de considerar la totalidad de la producción de petróleo del Lote X para obtener la proporción de petróleo considerado en el beneficio ilícito.

Así las cosas, se debe resaltar que, si bien el Osinergmin cuenta con un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos para cada tipo de infracción, el uso de tal discrecionalidad debe ir acompañado de una motivación que demuestre al administrado la corrección y coherencia en la aplicación de los criterios y montos utilizados, lo que no ocurrió en el presente caso.

Siguiendo este orden de ideas, cabe señalar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444 y modificatorias.

En tal sentido, habiéndose verificado que en lo relativo al cálculo de la multa, la resolución recurrida se dictó en vulneración del Principio de Debido Procedimiento y el requisito de

²⁶ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

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

Artículo 6. 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.

²⁷ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 235. Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se cifier a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.



debida motivación, en aplicación del numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley N° 27444, corresponde declarar fundado dicho extremo del recurso de apelación y, en consecuencia, la nulidad del Informe Final de Instrucción N° DSHL-474-2018 de fecha 23 de febrero de 2018 y de lo actuado con posterioridad en el extremo del cálculo de la multa, por haberse incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.

Asimismo, en aplicación del numeral 217.2 del artículo 217° de la Ley N° 27444²⁸ y modificatorias, corresponde disponer la reposición del procedimiento administrativo sancionador hasta el momento de la elaboración del Informe Final de Instrucción; devolviéndose los actuados al órgano de primera instancia administrativa, a fin de que emita un nuevo pronunciamiento respecto a la determinación de la multa.

Ahora bien, el Principio de Razonabilidad regulado el acápite 1.4 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que las decisiones de la autoridad administrativa cuando imponga sanciones, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido²⁹.

Por su parte, el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que 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 sanción³⁰, las cuales deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.



En cuanto a la determinación de la sanción, MORÓN URBINA explica lo siguiente:

"(...) Partimos de la idea de un administrado infractor, no de uno inocente, o al que no

²⁸ Ley N° 27444
Artículo 217.- Resolución
(...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

²⁹ 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:

1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

³⁰ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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.

RESOLUCIÓN N° 518-2018-OS/TASTEM-S2

se le ha comprobado culpabilidad. Estamos en un momento posterior de la comprobación de la conducta reprochable. El segundo supuesto, es lo determinante del vicio: la necesidad de una adecuada proporcionalidad o razonabilidad entre la medida elegida para sancionar y el reproche que objetivamente amerita la conducta incurrida."³¹ (Subrayado agregado)



En ese orden de ideas, para que la sanción a imponer en el marco del procedimiento administrativo sancionador sea acorde al Principio de Razonabilidad, la misma debe ser proporcional y razonable con el ilícito administrativo en que incurrió CNPC PERU.

En dicho contexto, este Tribunal Administrativo considera que para el cálculo de la multa se debe utilizar un criterio análogo al costo de cumplir la obligación que habría evitado la comisión de la infracción, el cual no resultaría de dividir el gas natural quemado sin autorización entre la producción mensual de gas multiplicado por la producción mensual de petróleo, sino del costo que la administrada no invirtió (costo evitado) para asegurar que sus operaciones se lleven cabo de manera óptima y así evitar que se quemara el gas natural en exceso.

Cabe precisar que la sanción a imponer debe ser proporcional y razonable con el hecho infractor y, ser determinada de conformidad con el Principio de Razonabilidad regulado en el acápite 1.4 del numeral 1 del artículo 230° y el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 modificada por Decreto Legislativo N° 1272, así como de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

En ese orden de ideas, se devuelve los actuados al órgano de primera instancia administrativa, a fin de que reformule la sanción a imponer, en función de lo antes expuesto. En efecto, la primera instancia deberá recalcular la multa en función de la inversión que la administrada no realizó para garantizar el funcionamiento óptimo de sus operaciones.



Errores adicionales en el cálculo de la multa

9. En atención a lo expuesto en el presente numeral, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre los argumentos expuestos por CNPC PERU en los literales d) y e) del numeral 2 de la presente resolución.

Sobre el uso de la palabra

10. Con relación a lo señalado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que la audiencia de informe oral se llevó a cabo el 18 de diciembre de 2018 con la presencia de los representantes de CNPC PERU, durante la cual se expusieron los argumentos planteados en el recurso de apelación, los cuales fueron materia de análisis en los numerales precedentes.

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.

³¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica, 12ª edición, 2017. Página 401.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa CNPC PERU S.A. contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018 en lo referido a la atribución de responsabilidad administrativa por la infracción N° 1 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tal extremo.

Artículo 2°. - Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa CNPC PERU S.A. contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 1005-2018-OS-DSHL del 2 de setiembre de 2018 en lo referido a la determinación de la sanción de la infracción N° 1, procediéndose a declarar su **NULIDAD** en tal extremo; devolviéndose los actuados a la primera instancia para que proceda conforme a sus atribuciones, de acuerdo a las consideraciones expuestas en el numeral 8 de la presente resolución.

Artículo 3°. -Declarar agotada la vía administrativa en referido a la responsabilidad administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chavarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

