

**CRITERIO RESOLUTIVO ESPECÍFICO DE LA SALA 2 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES
DE SANCIONES EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM**

PRIMER SEMESTRE 2021

CRITERIO RESOLUTIVO N° S2-6: ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE REPORTAR INFORMACIÓN COMERCIAL DE ACUERDO AL PROCEDIMIENTO SPIC A EFECTOS DE REALIZAR UN BALANCE VOLUMÉTRICO

1. Consideraciones Previas

En diversos procedimientos administrativos sancionadores¹, la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos, en adelante la DSHL, sancionó a REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A., en adelante RELAPASA, por incumplir el artículo 3° del Procedimiento para la Entrega de Información relativa a Comercialización en el subsector hidrocarburos aprobado por la Resolución N° 0562-2002-OS/CD², en adelante Procedimiento SPIC, que establece la obligación de entregar la información comercial en tablas electrónicas de acuerdo con lo señalado en los Anexos 1 y 2 del citado Procedimiento, siendo que el criterio general de interpretación del contenido de las tablas es que la información permita realizar un balance volumétrico. Ello, al haberse verificado en la supervisión de Osinergmin³ que RELAPASA, en su calidad de Distribuidor Mayorista de Plantas de Abastecimiento, no envió su información comercial correspondiente a los meses de enero a diciembre de 2017, bajo las consideraciones exigidas en el Procedimiento SPIC, toda vez que la información remitida no permitía realizar un balance volumétrico aceptable.

Al respecto, entre otros alegatos, la administrada sostuvo que, de conformidad con el artículo 3° del Procedimiento SPIC, la información presentada debe ser acorde con las tablas electrónicas determinadas por Osinergmin, siendo que en estos casos cumplió con remitir su información comercial de acuerdo con el Procedimiento SPIC. Asimismo, precisó que, si la DSHL requiere realizar el balance volumétrico de la información de alguna forma específica y no puede realizarlo por la estructura o formato de las tablas electrónicas, o porque estas son confusas, ello no resulta imputable a RELAPASA.

Asimismo, indicó que el criterio que Osinergmin adopte al interpretar las tablas del Procedimiento SPIC como correctas o incorrectas es un factor de carácter subjetivo que depende de la apreciación del funcionario encargado.

Adicionalmente, señaló que la obligación normativa debe ser lo suficientemente clara y autoexplicativa para que el administrado pueda cumplir con lo requerido en la norma.

¹ Expedientes N° 201900176522 (Resolución N° 142-2021-OS/TASTEM-S2), 201900176321 (Resolución N° 143-2021-OS/TASTEM-S2), 201900176311 (Resolución N° 144-2021-OS/TASTEM-S2), 201900176689 (Resolución N° 145-2021-OS/TASTEM-S2), 201900176281 (Resolución N° 146-2021-OS/TASTEM-S2), 201900176555 (Resolución N° 147-2021-OS/TASTEM-S2), 201900176302 (Resolución N° 148-2021-OS/TASTEM-S2) y 201900176549 (Resolución N° 149-2021-OS/TASTEM-S2).

² Procedimiento SPIC – Resolución N° 0562-2002-OS/CD
“Artículo 3°.- Información a Entregar

Cada agente entregará información en tablas electrónicas, cuyo contenido y número depende del tipo de actividad que realiza, las que se señalan en el Anexo N° 1. El contenido y estructura de cada tabla se establece en el Anexo N° 2. El criterio general de interpretación del contenido de las tablas es que la información permitirá realizar un balance volumétrico en todos los agentes. Los obligados deberán realizar las verificaciones de la calidad de la información antes de su envío; dicha información tendrá la calidad de declaración jurada.”

³ Efectuadas en noviembre de 2019.

Precisó que los Anexos 1 y 2 del Procedimiento SPIC no brindan instrucciones sobre los alcances de la variable “otros”, lo que denota falta de claridad en el uso de dicho concepto, por lo que la primera instancia no puede requerir el cumplimiento de presuntas obligaciones que no tienen sustento normativo alguno. Por lo tanto, concluye que sí cumplió con reportar la información, de acuerdo con lo expresamente establecido en el Procedimiento.

Agregó que, si bien Osinergmin puede efectuar interpretaciones en ejercicio de sus facultades, tales interpretaciones no deben contravenir las garantías previstas en favor de los administrados, ni generar compromisos que no provengan de la normativa vigente.

RELAPASA afirmó que reportó individualmente los ítems comprendidos en las tablas para Distribuidor Mayorista DMEDIS (Existencia diaria inicial – stock nacional) y DMTA (Unidades de transporte atendidas) del Anexo 2 del Procedimiento SPIC⁴; sin embargo, según la DSHL dicho reporte no es correcto ya que, a su entender:

“(...) para productos como la gasolina y el alcohol no es correcto reportar la variable o tabla DMEDIS por sí sola, sino que las otras tablas (13 restantes) debieron ser reportadas con información de dichos productos a fin de que se cumpla el balance volumétrico en dichos productos del mismo modo, para productos como el gasohol no es correcto reportar la variable o tabla DMTA por sí sola, sino que las otras tablas (13 restantes) debieron ser reportadas con información de dicho producto a fin de que se cumpla el balance volumétrico en dicho producto.”

RELAPASA alegó que el Procedimiento SPIC no brinda mayores alcances sobre la estructura que la DSHL considera como válida; en particular, no exige colocar la información de productos como gasolina, alcohol, o gasohol en las otras trece (13) tablas adicionales contenidas en el citado Anexo. Concluye que se ha realizado una interpretación extensiva del artículo 3° del Procedimiento SPIC, imponiéndole una obligación de mayor alcance.

Por su parte, la DSHL sostuvo que en el trámite de los procedimientos sancionadores seguidos contra RELAPASA *“Osinergmin no utiliza en uno u otro momento criterios distintos de cómo llevar a cabo el balance volumétrico; la misma norma estableció tablas y cada una de las tablas exigidas contempla una variable volumétrica, y todas las tablas representan en conjunto todas las variables volumétricas necesarias para poder efectuar el balance volumétrico. Inclusive, por si alguna variable no haya sido prevista, el procedimiento consideró la variable “OTROS” en la tabla “REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS” (...); a fin de que se pueda efectuar el balance volumétrico. (...)”*.

Asimismo, en los respectivos Informes Finales de Instrucción de los procedimientos indicados, el órgano instructor indicó lo siguiente:

“(...) el caso de los productos puros no solo debió reportarse el ingreso de producto e inventarios sino también la salida de producto a fin de que se pueda cumplir el balance volumétrico. En vista que la salida de producto del inventario se da para ser mezclada en línea a la hora del despacho, vemos

⁴ Cabe precisar que según el Anexo 2 del Procedimiento SPIC se han previsto un total de catorce (14) tablas para Distribuidor Mayorista.

que se trata de una nueva variable volumétrica no prevista explícitamente en las tablas del procedimiento SPIC, razón por la que esta salida de producto debió reportarse como la variable OTROS prevista en la tabla 'REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS'

Del mismo modo, en el caso de los productos obtenidos por mezcla en línea, no solo debió reportarse la salida de producto (despachos) sino también el ingreso de producto a fin de que se pueda cumplir el balance volumétrico. En vista que el ingreso de producto viene de los inventarios de productos puros los cuales serán mezclados en línea, vemos que se trata de una nueva variable volumétrica no prevista explícitamente en las tablas del procedimiento SPIC, razón por la que este ingreso de producto debió reportarse como la variable OTROS prevista en la tabla 'REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS'" (Subrayado agregado)

En ese sentido, la primera instancia refiere que ante una nueva variable volumétrica no prevista explícitamente en las tablas del Procedimiento SPIC, debía reportarse como variable "otros" en la tabla "REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS", toda vez que debido al dinamismo de las operaciones que pudieran dar lugar a supuestos no contemplados al momento que fue expedida la norma, correspondería consignarlos como tales.

2. Problemática

De los antecedentes expuestos, se advierte que existe una interpretación discrepante respecto del alcance de la obligación prevista en el artículo 3° del Procedimiento SPIC, referida a presentar la información comercial, de acuerdo con las tablas aprobadas en los Anexos N° 1 y 2, que permita realizar un balance volumétrico.

La DSHL considera que, para el cumplimiento de la norma citada, corresponde llenar todas las tablas aprobadas por Osinergmin con información de los productos que en su conjunto permita realizar el balance y en caso existiera una variable volumétrica no contemplada de forma expresa correspondería consignarla en la tabla "REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS" del Anexo 2 del Procedimiento SPIC.

De otro lado, RELAPASA sostiene que el contenido de la obligación prevista en el artículo 3° del Procedimiento SPIC no es clara ni precisa, que este procedimiento no indica cuál es la estructura que será considerada como válido por la DSHL, ni precisa cuál es el alcance de la variable "otros".

Conforme se ha indicado previamente, este Tribunal ha tenido a la vista diversos casos en los cuales la DSHL imputó y sancionó como infracción al artículo 3° del Procedimiento SPIC el supuesto de hecho consistente en no haber presentado la información comercial según el referido procedimiento, sustentándose en que la información comercial remitida por la administrada no permite realizar el balance volumétrico respectivo.

En tal sentido, resulta necesario determinar cuáles son los alcances de la obligación referida a presentar la información comercial de conformidad con las tablas aprobadas en el Procedimiento SPIC para que esta permita realizar el correspondiente balance volumétrico.

3. Desarrollo

El artículo 2° del Procedimiento SPIC, dispone lo siguiente:

“Artículo 2.- Ámbito de Aplicación

El presente procedimiento es de obligatorio cumplimiento para las personas naturales y jurídicas que participan en la cadena de comercialización de combustibles y otros productos derivados de los hidrocarburos, ejerciendo funciones de operador de plantas de abastecimiento, operador de plantas de abastecimiento en aeropuertos, operador de terminales, productor, importador/exportador, distribuidor mayorista, distribuidor minorista y todo otro agente que realice importación de combustibles.”

Asimismo, el artículo 3° del citado Procedimiento establece expresamente lo siguiente:

“Artículo 3.- Información a Entregar

Cada agente entregará información en tablas electrónicas, cuyo contenido y número depende del tipo de actividad que realiza, las que se señalan en el Anexo N° 1. El contenido y estructura de cada tabla se establece en el Anexo N° 2. El criterio general de interpretación del contenido de las tablas es que la información permitirá realizar un balance volumétrico en todos los agentes.

Los obligados deberán realizar las verificaciones de la calidad de la información antes de su envío; dicha información tendrá la calidad de declaración jurada.”

Además, el artículo 6° del Procedimiento SPIC señala que:

“Artículo 6.- Información a Entregar

Para todos los agentes señalados en el artículo 2, excepto los Distribuidores Minoristas de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, la entrega de información comercial deberá efectuarse mensualmente al Osinergmin (...).”

De lo expuesto, se tiene que los agentes señalados en el artículo 2° del Procedimiento SPIC, excepto los Distribuidores Minoristas de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, tienen la obligación de remitir mensualmente a Osinergmin su información comercial, de acuerdo a la actividad que realizan. Ello, en concordancia con el Anexo 1 del Procedimiento SPIC, que contiene las tablas que debe presentar cada tipo de agente. Asimismo, la información comercial reportada en las tablas del Anexo 2 del citado Procedimiento debe permitir realizar un balance volumétrico.

En este contexto, resulta útil enunciar los alcances del concepto de balance volumétrico en términos generales y en materia de hidrocarburos.

Al respecto, el término “balance” es definido por la Real Academia Española como:

“estudio comparativo de las circunstancias de una situación, o de los factores que intervienen en un proceso, para tratar de prever su evolución”⁵.
(Subrayado agregado)

⁵ Ver: <https://dle.rae.es/balance?m=form>

Asimismo, en contabilidad, resulta pertinente referirnos al concepto de “balance general” que es aquel estado financiero que muestra la situación financiera de una empresa a una fecha determinada. Su finalidad es mostrar la relación contable en un momento determinado de sus bienes con sus deudas y capital, así como sus utilidades o pérdidas. Las fuentes de información para la elaboración de este estado son los saldos que arrojan cada una de las cuentas utilizadas en el registro de las operaciones de toda negociación o empresa⁶.

En materia de hidrocarburos, por ejemplo, el término “balance volumétrico” es definido como⁷:

“Análisis del comportamiento de un fluido o materia en un área determinada, en donde se puede adoptar el concepto de volumen de control (VC) o área delimitada; el cual está conformado por un sistema que posee una frontera que lo delimita. (...) Ya establecido el volumen de control se procede a deducir la ecuación que representa a este sistema con base en un periodo de tiempo (un día, una semana, un mes, un año, etc.). Si se toma una estación (por ejemplo), esta va a tener en un lapso de tiempo determinado unos Inventarios Iniciales en tanques y líneas (al iniciar el periodo a evaluar), adicionalmente durante el periodo a analizar va a tener unas entradas al Sistema (F) o recibos en tanques de almacenamiento, unas salidas o despachos del sistema así como perdidas identificadas como son las evaporaciones (hidrocarburos son volátiles), autoconsumos de máquinas, recibos de producto recuperado de ilícitos, etc. Al finalizar el periodo a analizar la estación (...) terminara con un Inventario o producto en sus tanques. (...)”

Adicionalmente, se considera que el balance volumétrico⁸

“permite medir correctamente las entradas o recibos, las salidas o entregas, controlar y revisar los inventarios (“Stock”) del negocio de la manera más exacta posible, y controlar las pérdidas/ganancias del sistema que opera. (...)”

Sobre el particular, resulta útil mencionar, en derecho comparado, la Resolución N° 41251 del 23 de diciembre de 2016, emitida por el Ministerio de Minas y Energía de la República de Colombia, mediante la cual se reglamenta la medición del volumen y determinación de la calidad de hidrocarburos producidos en el país para la adecuada liquidación de las regalías y contraprestaciones económicas en favor del Estado. Dicha disposición define el término “balance volumétrico” como:

⁶ Ávila Macedo, Juan José, *Introducción a la contabilidad*, Umbral Editorial S.A., México, 2007, p. 16.

⁷ En: Quiroz López, Jhohana, *Modelo matemático de reconciliación de datos volumétricos en el control de balances y mediciones de hidrocarburos refinados para el sistema de transporte de pozos -Galán L 14” de la Vicepresidencia de transporte de Ecopetrol S.A.*, Universidad de La Salle, Bogotá, Colombia, 2014, pp. 26-27. Disponible en: https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=maest_ingenieria

⁸ En: Cruz Ruiz, Omar Yassed, *Modelo matemático para la estimación del volumen por overa and under de Ecopetrol S.A. generados en la compensación volumétrica por cantidad (CVC) del oleoducto de Colombia - ODC*, Universidad de La Sabana, Chía Colombia, 2016, p. 47, citando a: ASEDUIS (2014). Diplomado en Medición y Control de pérdidas de Hidrocarburos. Bogotá: Universidad Industrial de Santander. Disponible en: <https://intelectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/28565/Omar%20Yassed%20Cruz%20Ruiz%20%28Tesis%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

“(…) operación, en modo de volumen y calidad a condiciones de referencia, que se realiza para determinar y controlar las entradas, salidas, cambios de inventario, consumo, pérdidas, entre otros aspectos, de un producto en una determinada facilidad de producción.”⁹ (Subrayado agregado)

Considerando las aproximaciones y conceptos indicados, se tiene que un “balance volumétrico” constituye un estado que muestra el comportamiento de los volúmenes de los productos materia de las actividades de los respectivos agentes de hidrocarburos en un momento determinado, lo cual involucra sus entradas, movimientos, variaciones, salidas, pérdidas y otros factores que inciden en los volúmenes de los productos.

De lo expuesto, considerando que el artículo 3° del Procedimiento SPIC exige a los Agentes Fiscalizados la entrega de su información comercial, de conformidad con las tablas aprobadas en los Anexos 1 y 2, de manera que permita la realización de un balance volumétrico, se concluye que los ítems¹⁰ previstos en las tablas han sido establecidos para su obligatorio registro a fin de que sea posible efectuar el balance; es decir, que se pueda determinar el comportamiento de los volúmenes de los productos materia de la actividad de los agentes previstos en el procedimiento.

Por ejemplo, para los distribuidores mayoristas, el Anexo 1 del Procedimiento contempla, entre otras, las tablas denominadas “Unidades de Transporte Atendidas (DMTA)”, “Venta de exportación del stock nacional (DMVES)”, “Volumen de recibos en stock nacional (DMRES)”, “Existencia diaria inicial – stock nacional (DMEDIS)”, “Transferencias internas (DMTI)”, “Transferencias externas (DMTE)”, “Remarcaciones, variaciones, mermas y otros (DMRE)”; cada una de las cuales contiene diversos ítems que deben ser registrados por los agentes fiscalizados¹¹, considerando que toda esta información permita realizar el balance volumétrico.

Ahora bien, en los Anexos 1 y 2 del Procedimiento SPIC, se verifica que, para los operadores de plantas de abastecimiento, operadores de plantas de abastecimiento en aeropuertos, operadores de terminales, productores y distribuidores mayoristas, se ha previsto la tabla denominada “REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS”¹², en la cual debe consignarse las nuevas variables o factores que inciden en los volúmenes de los productos de hidrocarburos y que no se encuentran expresamente contempladas en las otras tablas. Más aún, para los operadores de plantas de abastecimiento, plantas de abastecimiento en aeropuertos y terminales, la tabla “REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS” expresamente refiere que su contenido se vincula a las “Degradaciones de Producto dentro de la misma Planta.”

⁹ Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/23517/37318-Resolucion-41251-23Dic2016.pdf>

¹⁰ Cabe indicar, conforme se indica en las tablas mencionadas, que, por ejemplo, para la tabla DMEDIS (Existencia diaria inicial – Stock Nacional) definida como la “Existencia neta de productos nacionales al inicio del día descontando fondos y corregida a 60°F” correspondiente al agente Distribuidor Mayorista, la información (ítems) debe contener esta referida, entre otra, a volumen fondos (expresado en galones a temperatura corregida 60°F), existencia diaria (expresado en galones a temperatura corregida 60°F), y código del producto (según lo expresado en el Listado de Códigos del Procedimiento SPIC).

¹¹ Sobre el particular, en el Anexo 2 del Procedimiento SPIC, se puede verificar para el caso de los distribuidores mayoristas que la tabla 1 “Unidades de Transporte Atendidas (DMTA)”, está referida a las unidades atendidas por ventas directas, encontrándose, entre otros, el ítem “volumen”, en el cual el distribuidor mayorista debe consignar el volumen despachado en galones a la temperatura observada.

¹² De siglas “OPRE” para la tabla de los operadores de plantas de abastecimiento, operadores de plantas de abastecimiento en aeropuertos, operadores de terminales, de siglas “DMRE” para la tabla de los distribuidores mayoristas y de siglas “PDRE” para la tabla de los productores.

En tal sentido, atendiendo a que las operaciones de hidrocarburos pueden dar lugar a nuevos supuestos no contemplados al aprobarse el Procedimiento SPIC que pueden incidir en el balance volumétrico requerido, corresponde consignarlos en la tabla “REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS”; ello, porque, precisamente, para dar cumplimiento al artículo 3° del Procedimiento SPIC se deberá presentar la información comercial según las tablas aprobadas, a fin de que pueda realizarse el balance volumétrico¹³.

Por lo tanto, corresponderá considerar todas las variables volumétricas que se presenten en los procesos de las actividades comerciales de los agentes fiscalizados sujetos al Procedimiento SPIC, las cuales permitirán determinar el comportamiento de los volúmenes.

4. Criterio resolutivo:

“Para el cumplimiento del artículo 3° del Procedimiento SPIC, los agentes obligados deben presentar la información comercial, de conformidad con las tablas aprobadas por Osinergmin en los Anexos 1 y 2 del referido Procedimiento, que permita realizar el balance volumétrico, entendiéndose este como el estado que muestra el comportamiento de los volúmenes de los productos en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos, para lo cual corresponde a los agentes fiscalizados tener en cuenta las diversas variables que inciden en dichos volúmenes, considerando además de las listadas expresamente en el Anexo 2, cualquier otra variable o factor que incida en el volumen a consignarse en la tabla “REMARCACIONES, VARIACIONES, MERMAS Y OTROS” del referido Anexo.”

¹³ Como aquella información referida a la salida del producto del inventario para su mezcla y la entrada del producto obtenido por mezcla en línea, como sucedió en los casos citados en los antecedentes.