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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 132-2024-OS/TASTEM-S2

Lima, 12 de agosto del 2024

VISTO:

El Expediente N° 202200208786 que contiene el recurso de apelación interpuesto por GRIFO TAMBOPATA S.R.L., representado por el señor Alejo Quispe Laura, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1401-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS de fecha 30 de abril de 2024, a través de la cual se le sancionó por incumplir normas del subsector hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1401-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS del 30 de abril de 2024 se sancionó a GRIFO TAMBOPATA S.R.L., en adelante GRIFO TAMBOPATA, con una multa de 1.00 (una) UIT por incumplir la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley N° 27332 y el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD, conforme con el siguiente detalle:

INFRACCIÓN[1]	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN UIT
Al artículo 5 de la Ley N° 27332, en concordancia con el literal b) del numeral 13.1 del artículo 13 del Reglamento aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD El establecimiento supervisado, no presentó la información requerida mediante Oficio N° 1233-2022- OS/OR MADRE DE DIOS: • Remita información verificable correspondiente a los movimientos (uso, destino) producto Gasolina 90, entre las fechas 14/10/2022 al 07/12/2022.	Rubro 4[2]	1.00 UIT
MULTA		**1.00 UIT**

[1] Ley N° 27332
"Artículo 5.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas
Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo Nº 807."

Resolución N° 208-2020-OS/CD
"Artículo 13.- Deberes del Agente Fiscalizado
13.1 El Agente Fiscalizado, en el marco de las actividades de fiscalización de Osinergmin, está obligado a lo siguiente:
(…)
b) Proporcionar oportunamente la información y documentación requerida, en calidad de declaración jurada, y bajo las responsabilidades de ley."

[2] Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones - Resolución N° 028-2003-OS/CD y modificatorias
Rubro 4
No proporcionar a OSINERGMIN o a los organismos normativos o hacerlo en forma deficiente, inexacta, incompleta o fuera de plazo, los datos e información que establecen las normas vigentes, incluyendo las directivas, instrucciones y disposiciones de OSINERGMIN.
Referencia Legal: Art. 5 de la Ley N° 27332, entre otras normas.
Sanciones: 1 a 50 UIT

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

a) Con fecha 14 de octubre de 2022, se realizó la visita de fiscalización al establecimiento (Grifo) ubicado en el Jirón Gonzáles Prada N° 1485, distrito y provincia de Tambopata y departamento de Madre de Dios, con Registro de Hidrocarburos N° 88284-050-301012, operado por GRIFO TAMBOPATA, conforme se verifica del Acta de Supervisión General – Expediente N° 202200208786, en adelante el Acta de Supervisión, la cual fue suscrita por la señora Celia Cruz Castañeda, quien se identificó como encargada y no formuló observaciones a su contenido.

   En dicha diligencia se efectuó la medición de los volúmenes de combustibles existentes en los tanques de almacenamiento y la lectura de los contómetros de todas las mangueras de las máquinas de despacho. Asimismo, se elaboró el esquema de distribución de tanques y equipos de despacho y se revisaron los Libros RIC de los productos que se comercializa en el establecimiento.

a) Con fecha 7 de diciembre de 2022, se realizó una nueva visita se fiscalización por control volumétrico al establecimiento operado por GRIFO TAMBOPATA, conforme consta en el Acta de Supervisión General – Expediente N° 202200208786, la cual fue suscrita por el señor Alfredo Flores Cruz, quien se identificó como encargado y no formuló observaciones a su contenido.

b) Mediante Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS MADRE DE DIOS-OS/OR-MDD (Sic) notificado electrónicamente el 21 de diciembre de 2022[3], se requirió a GRIFO TAMBOPATA la presentación de información de los movimientos (compra y venta) de combustible Diesel B5 S-50 entre las fechas del 14 de octubre al 7 de diciembre de 2022, otorgándosele un plazo de 10 (diez) días hábiles.

c) Vencido el plazo otorgado, la recurrente no dio respuesta al requerimiento efectuado con Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS MADRE DE DIOS-OS/OR-MDD.

d) Mediante Informe de Fiscalización N° 1324 de fecha 16 de enero de 2023, notificada el 17 de enero de 2023[4], al cual se adjuntaron los Informes de Supervisión Nos IS-46922-2022, IS-60111-2022 y anexos, así como el Informe de Supervisión N° IS-2494-2023 y las Actas de Supervisión, se comunicaron a GRIFO TAMBOPATA los hechos constatados.

e) Con Oficio N° 480-2023-OS/OR MADRE DE DIOS, notificado el 21 de febrero de 2023, se inició el procedimiento administrativo sancionador a GRIFO TAMBOPATA, sustentado en el Informe de Instrucción N° 547-2023-OS/OR MADRE DE DIOS del 20 de febrero de 2023, concediéndosele el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.

f) Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 863-2023-OS/OR MADRE DE DIOS notificada el 13 de diciembre de 2023, se declaró de oficio la caducidad del

[3] Se verifica que se notificó el 20 de diciembre de 2022 a las 09:44 pm, es decir, fuera del horario establecido, por lo que se tendrá por notificado el siguiente día hábil (21 de diciembre de 2022)

[4] Se verifica que se notificó el 16 de enero de 2023 a las 06:38 pm, es decir, fuera del horario establecido, por lo que se tendrá por notificado el siguiente día hábil (17 de enero de 2023)

procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Oficio N° 480-2023-OS/OR MADRE DE DIOS.

g) Mediante Informe de Fiscalización N° 645 de fecha 15 de enero de 2024, notificada en la misma fecha, al cual se adjuntaron los Informes de Supervisión Nos IS-46922-2022, IS-60111-2022 y anexos, así como el Informe de Supervisión N° IS-2494-2023 y las Actas de Supervisión y anexos, se comunicaron a GRIFO TAMBOPATA los hechos constatados.

h) Con Oficio N° 463-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS, notificado el 19 de febrero de 2024, se inició el procedimiento administrativo sancionador a GRIFO TAMBOPATA, sustentado en el Informe de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 649-2024 del 9 de febrero de 2024, concediéndosele el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.

i) Vencido el plazo otorgado, la recurrente no presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

j) Por medio de Oficio N° 585-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS, notificado el 28 de marzo de 2024[5] se comunicó a GRIFO TAMBOPATA el Informe Final de instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 850-2024 del 27 de marzo de 2024, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos.

k) Vencido el plazo otorgado, la recurrente no presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 202200208786 del 20 de mayo de 2024, GRIFO TAMBOPATA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1401-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la falta de notificación de los Formatos Nos. 6 y 7

a) La recurrente señala que, la Oficina Regional de Madre de Dios, al no darle actividad administrativa al procedimiento administrativo sancionador dentro de la perentoriedad del plazo de ley, emitió la Resolución Oficinas Regionales Osinergmin N° 863-2023-OS/OR MADRE DE DIOS, mediante la cual declaró la caducidad del procedimiento iniciado a través del Oficio N° 480-2023-OS/OR MADRE DE DIOS, disponiendo su archivo y reservando la acción de iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador, siempre que la infracción no hubiese prescrito.

Al respecto, la recurrente señala que la no resolución de un procedimiento sancionador a tiempo, se presume es por inacción de la Administración, derivada por causas imputables a ella[6]. Agrega que, la Ley refiere que la caducidad se produce de manera automática una

[5] Se verifica que se notificó el 27 de marzo de 2024 a las 07:56 pm, es decir, fuera del horario establecido, por lo que se tendrá por notificado el siguiente día hábil (28 de marzo de 2024)

vez concluido los nueve (9) meses o el plazo ampliatorio, y que, lo que decida la Administración solo tiene efectos declarativos[7].

La recurrente precisa que no quedan sin efecto las actuaciones fiscalizadas, así como los medios probatorios que no pueden o no resulte necesarios ser actuados nuevamente, ya que no han sido invalidados.

Sin embargo, señala que, antes de iniciarse el segundo procedimiento administrativo sancionador, con fecha 15 de enero de 2024 se le notificó el Informe de Fiscalización N° 645 conjuntamente con los anexos que se detallan en la constancia de notificación:

Documentos notificados:
INFORME DE FISCALIZACION - 645
- INFORME DE FISCALIZACION EXP 202200208786 Control V..pdf

ACTA - 202200208786
- 202200208786 - Acta de Supervisión General.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 1 - 1ra Visita.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 2 - 1ra Visita.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 3 - 1ra Visita.pdf

INFORME DE SUPERVISION - IS-46922-2022
- 202200208786 - Informe de Supervisión - 1ra Visita.docx

ACTA - 202200208786
- ACTA DE SUPERVISIÓN GENERAL EXP. 202200208786 - 2da Visita.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 01 - 2da Visita.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 02 - 2da Visita.pdf

INFORME DE SUPERVISION - IS-60111-2022
- 202200208786 - Informe de Supervisión - 2da Visita.docx

INFORME DE SUPERVISION - IS-2494-2023
- Informe de Supervisión N-202200208786 CL-823190-1.docx

Agrega que, uno de los documentos que se emitió en una supervisión fueron los Formatos Nos. 6 y 7, que contienen los datos tomados en campo durante las dos (2) visitas de fiscalización y en los cuales se sustentaría el desbalance aproximado de 1 661.44 galones (mil seiscientos sesenta y uno con 44/100) galones del producto Gasolina 90, que se le comunicó, lo que determinó el pedido de Información con el Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS-OS/OR-MDD de fecha 20 de diciembre del 2022.

Al respecto, la recurrente alega que al no habérsele notificado los formatos 6 y 7 mediante el Informe de Fiscalización N° 645, se le restringió la información que, conforme con la predictibilidad que debe mediar en todo procedimiento administrativo, le hubiera permitido conocer las cantidades que fueron obtenidas en las dos (2) supervisiones sobre las existencias y contómetros, que sustentan el desbalance mencionado en el Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS-OS/OR-MDD, mediante el cual se efectuó el requerimiento de información cuyo incumplimiento determinó el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

---

[6] La recurrente cita al autor Juan Carlos Morón Urbina señalando lo siguiente: *"dado a que aquella tiene el deber y competencia para impulsarlo por sí misma, de manera que la paralización de las actuaciones por inercia o desidia significa el mantenimiento de injustificadas situaciones de incertidumbre de perjuicio para los administrados afectados"*.

[7] La recurrente cita al autor Juan Carlos Morón Urbina señalando lo siguiente: *"producida la declaración de caducidad, debe entenderse como no efectuado el procedimiento administrativo sancionador, por lo que, de emitirse una resolución en el marco del mismo, esta no producirá efecto alguno. De iniciarse un nuevo procedimiento administrativo sancionador y siempre que la infracción no hubiera prescrito, no será posible tener como realizadas las actuaciones que se llevaron a cabo en el procedimiento archivado, puesto que producida la caducidad de este quedan extinguidas todas las actuaciones que se efectuaron"*.

Por ello, en el supuesto negado que la Autoridad Instructora y/o Sancionadora consideraron que no resultaba necesario notificar los Formatos 6 y 7, debieron motivar las razones por las que se prescindía de esos documentos, que considera vitales por la información que contienen y que fueron necesarios en los balances realizados para determinar los faltantes o sobrantes de combustibles.

La recurrente invoca el Principio de Predictibilidad regulado en el numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, en adelante, el TUO de la Ley N° 27444.

Asimismo, señala que, durante la tramitación del segundo procedimiento, ni en la resolución de sanción se ha fundamentado respecto a las razones por las cuales se prescindió de la notificación de los Formatos Nos. 6 y 7.

<u>Respecto de la graduación de la multa</u>

b) En el supuesto negado que la instancia revisora determine que el inicio del segundo procedimiento administrativo sancionador mantuvo la regularidad legal, la recurrente manifiesta que la Guía de Política Regulatoria N° 2: Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base, señala que:

> *"La probabilidad de detección es un parámetro que los agentes fiscalizados toman en consideración para decidir si cumplen o no con la normatividad dado que tiene una relación directa con el costo esperado de incumplir. La probabilidad de detección representa la incertidumbre percibida por el agente fiscalizado de ser detectado en incumplimiento. Su valor es positivo y menor o igual a 1.*
> *La probabilidad de detección se calcula para cada periodo de fiscalización previsto en el Plan de Supervisión Anual u otro instrumento de gestión, correspondiente a cada área de supervisión, vigente en el año de ocurrencia de la infracción, en el cual se determinan las acciones de fiscalización a cargo de la Autoridad de Fiscalización.*
> *La expresión matemática de la probabilidad de detección se representa de la siguiente manera:*
>
> $$\boldsymbol{P=\gamma*\vartheta}$$
> donde,
> P: Probabilidad de detección
> γ= Probabilidad de fiscalización
> *ϑ= Probabilidad de detectar efectivamente la infracción*
>
> *Bajo el supuesto de fiscalizaciones efectivas, se considera que el valor de la probabilidad de detectar efectivamente la infracción es igual a la unidad. En este sentido, la fórmula anterior, se puede expresar de la siguiente manera:*
>
> $$\boldsymbol{P=\gamma}$$

> *Así, la probabilidad de detección depende del esfuerzo de fiscalización. Siendo la probabilidad de detección igual a la probabilidad de fiscalización, ésta se define como el cociente entre el número de unidades fiscalizadas y el número total de unidades fiscalizables. El cociente es calculado respecto de cada materia, especialización o procedimiento de fiscalización, según corresponda.*

Al respecto, señala que, conforme con las normas citadas, el parámetro de probabilidad de detección tiene un valor (que puede ser positivo y menor o igual a 1), su cálculo se hace para cada periodo de fiscalización previsto en el Plan de Supervisión; considerándose el cociente entre el número de unidades fiscalizadas y el número total de unidades fiscalizables, lo cual no ha sido determinado ni en el Informe Final de Instrucción ni en la resolución de sanción, no habiéndose motivado debidamente las razones por las cuales no se consideró el periodo de fiscalización del año 2022 conforme al Plan de Supervisión previsto en ese periodo, donde se considera que se pueden obtener valores menores a 1.

c) De otro lado, la recurrente manifiesta su disconformidad con la fecha de cálculo de la multa y el número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de la multa, conforme se indica en el siguiente cuadro:

Cuadro N°02: Multa estimada por no proporcionar información solicitada mediante el Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS.

Presupuestos	Monto del presupuesto (USD)	IP - Fecha presupuesto	IP - Fecha infracción	Presup. a la fecha de la infracción (USD)
Supervisor y Asistente administrativo	173.82	100.35	108.46	185.95
Fecha de la infracción y/o detección				Diciembre 2022
Costo evitado a la fecha de la infracción (USD)				185.95
Beneficio económico neto a la fecha de la infracción (USD)				131.09
Fecha de cálculo de multa				Enero 2024
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa				13
Tasa WACC mensual en USD del sector Hidrocarburos Líquidos				0.84%
Beneficio económico neto a la fecha de cálculo de la multa (USD)				146.08
Tipo de cambio a la fecha de cálculo de multa				3.74
Beneficio ilícito neto a la fecha de cálculo de la multa (S/)				546.88
Factor B de la Infracción en UIT				Diciembre 2022

Al respecto, señala que, cuando se tramitó el primer procedimiento administrativo sancionador y el Órgano Instructor determinó la multa en el Informe Final Instrucción 2171-2023-OS/OR MADRE DE DIOS de fecha 27 de octubre de 2023, consideró el mes setiembre de 2023 como fecha de cálculo de la multa, como se muestra en el Cuadro 2, donde se mencionaba un oficio que nunca se notificó:

Cuadro N°02: Multa estimada por no proporcionar información solicitada mediante el Oficio N° 87-2021-OS/OR-MADRE DE DIOS.

Presupuestos	Monto del presupuesto (USD)	IP - Fecha presupuesto	IP - Fecha infracción	Presup. a la fecha de la infracción (USD)
Supervisor y Asistente administrativo	173.82	100.35	108.46	185.95
Fecha de la infracción y/o detección				Diciembre 2022
Costo evitado a la fecha de la infracción (USD)				185.95
Beneficio económico neto a la fecha de la infracción (USD)				131.09
Fecha de cálculo de multa				Setiembre 2023
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa				9
Tasa WACC mensual en USD del sector Hidrocarburos Líquidos				0.84%
Beneficio económico neto a la fecha de cálculo de la multa (USD)				141.29
Tipo de cambio a la fecha de cálculo de multa				3.73
Beneficio ilícito neto a la fecha de cálculo de la multa (S/)				527.46
Factor B de la Infracción en UIT				0.11

La recurrente señala que, si bien con la declaratoria de caducidad quedaban sin efecto las actuaciones del primer PAS, ello no determina que se deba soslayar que, la multa que corresponde al presente caso, ya había sido determinada al mes de setiembre de 2023. Sobre el particular, la recurrente cita las sentencias Nos. STC 02051-2016-PA y STC 02051-2016-PA emitidas por el Tribunal Constitucional, sustentándose en el Principio de Razonabilidad y el derecho al plazo razonable, con lo cual se corrigió los excesos y abusos por parte de la Administración.

Adicionalmente, señala que, en la sentencia recaída en el Expediente N° 05350-2009-PHC/TC, el Tribunal ha señalado que, *"en el análisis de razonabilidad se debía tomar en cuenta la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso",* puesto que quien ostenta el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es el Administrado y dicho derecho no puede ser afectado con la demora ocasionada por la Administración.

d) La recurrente señala haber desvirtuado la aparente motivación que se ha dado en la resolución de sanción. Al respecto, invoca el Principio del Debido Procedimiento regulada en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444.

Señala que "*el deber de motivación se convierte en una garantía que cumple una doble función: permitir al administrado ejercer su derecho de defensa y, asimismo, facilitar a los órganos revisores controlar la arbitrariedad de las decisiones emitidas; toda vez que sin motivación no se puede verificar la proporcionalidad o el mérito de la actuación gubernativa, es decir, no es posible identificar si la decisión se encuentra acorde con los hechos del expediente y el ordenamiento jurídico"*.

Al respecto, cita al autor Morón Urbina[8] y la resolución emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004[9].

[8] La recurrente señala que; "*El contenido del deber de motivación exige la "fundamentación de los aspectos jurídicos -mediante la cita de las fuentes jurídicas pertinentes, la síntesis de las argumentaciones jurídicas alegadas y de las seguidas para estimarlas o desestimarlas- como la fundamentación de los hechos -relación de supuestos reales apreciados y verificados por el funcionario*". MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 200

[9] Tribunal Constitucional (Expediente N° 02192-2004-AA/TC)

Agrega que, el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto establecidos en el artículo 14° de la citada norma.

En su caso, señala encontrarse ante un supuesto de motivación aparente que no se encuentra entre los supuestos de conservación del acto establecidos por el citado artículo, en tanto infringe los derechos de defensa y a obtener una decisión motivada y fundada de la recurrente. Asimismo, precisa que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

Argumentos adicionales

e) La recurrente se reserva el derecho de ampliar los fundamentos de su recurso de apelación.

3. Con el Memorándum N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS-56-2024 del 20 de mayo de 2024, la Oficina Regional de Madre de Dios, remitió los actuados a la Sala 2 del TASTEM a través del Sistema de Gestión de Documentos Digitales – SIGED de Osinergmin.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la falta de notificación de los Formatos Nos. 6 y 7

4. Con relación a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que, de acuerdo con el Principio del Debido Procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento que comprende, entre otros, el derecho a ser notificados; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; 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[10].

Asimismo, el numeral 5 del artículo 259 del TUO de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

"[En la medida que] una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador".

[10] TUO de la Ley N° 27444
Título Preliminar
"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".

> *"5. La declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente (…)"* (Subrayado agregado)

De la revisión de los actuados se advierte que, de acuerdo con las facultades de la Autoridad de Fiscalización previstas en el artículo 10° del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD, en adelante el RFS, con fechas 14 de octubre y 7 de diciembre de 2022 se realizaron dos visitas de fiscalización por control volumétrico al establecimiento (Grifo) operado por GRIFO TAMBOPATA, conforme consta en las Actas de Supervisión General levantadas durante la diligencia.

Asimismo, mediante el Informe de Supervisión del 20 de diciembre de 2022 se efectuó un balance entre los volúmenes encontrados en la visita del 14 de octubre de 2022, así como los ingresos de productos de acuerdo al SCOP, las ventas realizadas de acuerdo con los contómetros de las mangueras y los volúmenes existentes encontrados en la visita del 7 de diciembre de 2022, encontrándose una diferencia de 1 661.44 galones entre los volúmenes adquiridos mediante el SCOP, el registro del producto en el libro RIC y los volúmenes vendidos de acuerdo a la lectura de los contómetros de las máquinas de despacho para el producto Gasolina 90.

En ese sentido, mediante Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS MADRE DE DIOS-OS/OR-MDD (sic) notificado electrónicamente el 21 de diciembre de 2022, se requirió a GRIFO TAMBOPATA la presentación de información de los movimientos (compra y venta) del producto Gasolina 90 entre las fechas del 14 de octubre al 7 de diciembre de 2022.

Al respecto, cabe señalar que, de la revisión de la constancia de notificación del mencionado oficio, se advierte que se adjuntaron, entre otros documentos, los Formatos 6 (Formato de volumen físico de combustible en tanques para evaluación) y 7 (Formato de lectura de contómetros para evaluación), según se puede apreciar en la siguiente imagen:

Osinergmin
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

Firmado digitalmente por: notificaciones.osinergmin.gob.pe
Motivo: Cargo Digital
Fecha: 20/12/2022 21:44:48-0500

Expediente : 202200208786

Nombre/Razón Social : GRIFO TAMBOPATA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA-GRIFO TAMBOPATA S.R.L.

DNI/RUC : RUC 20491019299

Constancia de Notificación

Estimado administrado:

Se le informa que, se ha procedido a la notificación electrónica de los documentos que se indican en la siguiente fecha y hora: Martes 20/12/2022 09:44:46 PM [1]

De acuerdo con lo previsto en el numeral 7.5 del Reglamento del Sistema de Notificación Electrónica de Osinergmin[2], la notificación electrónica surte efectos legales cuando se deposita en la casilla electrónica, conforme a la fecha y hora registrada en el SNE, con prescindencia de la fecha en que el usuario del SNE haya ingresado a dicha plataforma informática o haya dado lectura al acto o actuación notificados. Osinergmin puede enviar alertas informáticas sin que ello forme parte del proceso de notificación electrónica ni afecte la validez de la notificación electrónica realizada.

Asimismo, se le recuerda que conforme lo dispone el numeral 7.6 del Reglamento del Sistema de Notificación Electrónica de Osinergmin, el cómputo de los plazos para las acciones que corresponda al Usuario del SNE se inicia al día hábil siguiente de realizada la notificación en la casilla electrónica.

Documentos notificados:

OFICIO - 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS
- 202200208786 - Oficio.pdf
- 202200208786 - Fomatos Nros. 06 y 07.pdf

ACTA - 202200208786
- ACTA DE SUPERVISIÓN GENERAL EXP. 202200208786 - 2da Visita.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 01 - 2da Visita.pdf
- 202200208786 - Formato Nro. 02 - 2da Visita.pdf

INFORME DE SUPERVISION - IS-60111-2022
- 202200208786 - Informe de Supervisión - 2da Visita.docx

En ese sentido, se advierte que, contrariamente a lo alegado por la recurrente, la autoridad fiscalizadora sí remitió oportunamente los Formatos Nos. 6 y 7 que contienen la información tomada en campo durante las visitas de fiscalización efectuadas el 14 de octubre y el 7 de diciembre de 2022, evidenciándose de esta manera que se proporcionó a la recurrente toda la información recabada durante las visitas de fiscalización, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe mencionar que, conforme se desprende de la Constancia de Notificación del Informe de Fiscalización N° 1324, efectuada el 16 de enero de 2023, se remitió a la recurrente, como parte de la diversa documentación notificada, los Formatos Nos. 6 y 7, por lo que tales documentos ya eran de conocimiento de la recurrente. Debe tenerse presente que, conforme con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 259° del TUO de la Ley N° 27444, la declaración de caducidad del anterior procedimiento sancionador declarado mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 863-2023-OS/OR MADRE DE DIOS, no deja sin efecto los mencionados medios probatorios.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación por cuanto los Formatos Nos. 6 y 7 sí fueron notificados para efectos del presente procedimiento sancionador, siendo que, inclusive tales documentos ya eran de conocimiento de la recurrente al haberle sido notificados de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Respecto a la graduación de la multa

5. En cuanto a lo argumentado en los literales b), c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, en virtud del Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444, 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. En tal sentido, las sanciones que imponga la administración deben ser fijadas considerando determinados criterios de graduación, entre ellos, el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción[11].

   Asimismo, el Principio del Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, establece 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 derecho.

   Igualmente, según el numeral 7.1 del artículo 7° de la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD, *"la probabilidad de detección representa la incertidumbre percibida por el agente fiscalizado de ser detectado en incumplimiento. Su valor es positivo y menor o igual a 1"*.

   En el presente caso, tal como fue desarrollado en el numeral 4.2 del Informe Final de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 850-2024 y el numeral 3.2 de la resolución de sanción, para la determinación de la probabilidad de detección se consideró un valor de probabilidad conservadora y más favorable para la empresa la cual es igual al 100%. Ello, teniendo en cuenta que la verificación del cumplimiento de la obligación de remitir información puede ser detectada de forma inmediata, conforme se indicó en el citado informe final de instrucción:

   > *"Respecto al análisis de probabilidad, dado que la verificación del cumplimiento de la obligación de remitir información es detectada de forma inmediata, la probabilidad detección es igual a la probabilidad de fiscalización, <u>para el cual se considera un valor de probabilidad conservadora y más favorable para la empresa la cual es igual al 100%</u>. Este valor para efectos matemáticos es igual a la unidad no afectando al resultado final de la multa."* (Subrayado agregado)

   De acuerdo con lo señalado, se advierte que el órgano de primera instancia sí sustentó las razones por las cuales no consideró el período de fiscalización del año 2022, determinando un valor de probabilidad conservadora y más favorable para la empresa, la cual es igual al 100%. Ello teniéndose en cuenta que, a menor probabilidad de detección, mayor es la multa.

---

[11] Título Preliminar
"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
(…)
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;
(…)".

Por lo tanto, no se verifica una falta de motivación en el cálculo de multa, por lo que corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

6. En cuanto a lo alegado por la recurrente respecto al número de meses (trece) entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de la multa que ha sido considerado para el cálculo de la multa en el procedimiento sin que la primera instancia motive dicha decisión, se verifica que, según el cuadro de multa contenido en el numeral 2.10 del Informe Final de Instrucción N° 2171-2023-OS/OR MADRE DE DIOS, correspondiente al primer procedimiento administrativo sancionador (cuya caducidad de oficio fue declarada mediante la Resolución N° 863-2023-OS/OR MADRE DE DIOS de fecha 7 de diciembre de 2023), se consideró el mes de setiembre de 2023 como fecha de cálculo de multa. Asimismo, se estimó nueve (9) meses desde la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de la multa; ello, según se puede comprobar en el siguiente cuadro:

Cuadro N°02: Multa estimada por no proporcionar información solicitada mediante el Oficio N° 87-2021-OS/OR-MADRE DE DIOS.

Presupuestos	Monto del presupuesto (USD)	IP - Fecha presupuesto	IP - Fecha infracción	Presup. a la fecha de la infracción (USD)
Supervisor y Asistente administrativo	173.82	100.35	108.46	185.95
Fecha de la infracción y/o detección				Diciembre 2022
Costo evitado a la fecha de la infracción (USD)				185.95
Beneficio económico neto a la fecha de la infracción (USD)				131.09
Fecha de cálculo de multa				Setiembre 2023
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa				9
Tasa WACC mensual en USD del sector Hidrocarburos Líquidos				0.84%
Beneficio económico neto a la fecha de cálculo de la multa (USD)				141.29
Tipo de cambio a la fecha de cálculo de multa				3.73
Beneficio ilícito neto a la fecha de cálculo de la multa (S/)				527.46
Factor B de la Infracción en UIT				0.11

Asimismo, de la revisión del cuadro de multa consignado en el numeral 4.3 del Informe Final de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 850-2024, correspondiente al segundo procedimiento administrativo sancionador iniciado el 19 de febrero de 2024, se advierte que se modificó el periodo de cálculo de la sanción (fecha de cálculo de la multa y número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo). En efecto, se consideró como fecha de cálculo “enero de 2024” y trece (13) meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de la multa, según se puede comprobar en el siguiente cuadro:

Cuadro N°02: Multa estimada por no proporcionar información solicitada mediante el Oficio N° 1233-2022-OS/OR MADRE DE DIOS.

Presupuestos	Monto del presupuesto (USD)	IP - Fecha presupuesto	IP - Fecha infracción	Presup. a la fecha de la infracción (USD)
Supervisor y Asistente administrativo	173.82	100.35	108.46.95	185.95
Fecha de la infracción y/o detección				Diciembre 2022
Costo evitado a la fecha de la infracción (USD)				185.95
Beneficio económico neto a la fecha de la infracción (USD)				131.09
Fecha de cálculo de multa				Enero 2024
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa				13
Tasa WACC mensual en USD del sector Hidrocarburos Líquidos				0.84%
Beneficio económico neto a la fecha de cálculo de la multa (USD)				146.08
Tipo de cambio a la fecha de cálculo de multa				3.74
Beneficio ilícito neto a la fecha de cálculo de la multa (S/)				546.88
Factor B de la Infracción en UIT				0.11

Al respecto, corresponde precisar que, de acuerdo con el artículo 259° del TUO de la Ley N° 27444 y el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD, el órgano sancionador tiene un plazo de nueve (9) meses, contado a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador, para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento, el cual, de manera excepcional, puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses mediante resolución debidamente sustentada[12].

Asimismo, es importante señalar que en el Criterio Resolutivo N° 7 aprobado en la Sala Plena del TASTEM el 17 de diciembre de 2019, se indicó lo siguiente:

> *"La determinación del beneficio ilícito debe considerar el periodo comprendido desde la fecha de la comisión de la infracción, o de su detección, hasta la fecha de inicio del procedimiento administrativo sancionador, así como el periodo comprendido desde esa fecha hasta la fecha del cálculo de la multa y su correspondiente actualización.*
> *Asimismo, deberá considerarse lo siguiente:*
>
> *i) El periodo comprendido desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta el cálculo de la multa no deberá exceder el plazo de caducidad del procedimiento; y,*

[12] TUO de la Ley N° 27444
"Artículo 259. Caducidad del procedimiento sancionador
1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.
2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo."

Reglamento aprobado por Resolución N° 208-2017-OS/CD
"Artículo 29.- Plazos resolutivos
(…)
29.1 La Autoridad Sancionadora tiene un plazo de nueve (9) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir y notificar la resolución que sanciona o archiva el procedimiento. De manera excepcional, dicho plazo puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses, mediante resolución debidamente motivada, la cual debe notificarse al Agente Fiscalizado antes del vencimiento del plazo inicial.
(…)"

> *ii) El periodo comprendido desde la comisión de la infracción hasta el cálculo de la multa no deberá exceder el plazo de prescripción."*

Cabe indicar que, de la revisión de los actuados no se aprecia que la recurrente haya efectuado acciones correctivas que evidencien la corrección de su proceso operativo. Por ello, en el cómputo del primer periodo, se considera que, desde la comisión o detección de la infracción, los administrados obtienen un beneficio ilícito por la falta de inversión al no haber adecuado sus operaciones conforme con la normativa del sector aplicable. Dicha situación evidencia una ganancia ilícita obtenida a favor del infractor, quien durante dicho periodo realiza sus operaciones infringiendo la norma.

Por lo tanto, resulta válido para la determinación de la sanción que el periodo en mención sea incluido como parte del costo evitado; ello teniendo en cuenta, además, que los agentes del subsector hidrocarburos cuentan con capacidad técnica y económica, por lo que tienen conocimiento de las normas a las que se encuentran sujetos y, de ser el caso, pueden subsanar los ilícitos en que incurran y adecuar sus operaciones para cumplir con el marco legal que les resulta aplicable[13].

Sin perjuicio de lo indicado, de la revisión del cuadro de multa indicado en el numeral 4.3 del Informe Final de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 850-2024 y el numeral 3.3 de la resolución de sanción se aprecia que la fecha *"enero de 2024"* consignada en el cuadro de multa es anterior a la fecha del inicio del procedimiento administrativo sancionador (19 de febrero de 2024) y a la fecha de emisión del Informe Final de Instrucción (27 de marzo de 2024), por lo que el número de meses entre la fecha de la infracción (diciembre de 2022) y la fecha en que se emitió el Informe Final de Instrucción (marzo de 2024) debió ser 15 meses y no 13 meses como se indica en el cuadro de multa.

Al respecto, en observancia del principio de prohibición de reforma en peor (*reformatio in peius*) en perjuicio del administrado, previsto en el numeral 258.3 del artículo 258° del TUO de la Ley N° 27444[14], no es factible en esta instancia modificar el monto de la multa incrementándola en perjuicio del administrado, por lo que debe mantenerse el monto de la multa señalada en la resolución apelada para el presente incumplimiento.

Asimismo, de la revisión del cuadro de multa emitido en el segundo procedimiento administrativo sancionador, se advierte que, no obstante haberse incrementado el número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa de 9 a 13 meses, ello no fue tomado en cuenta en el cálculo de multa, ya que se advierte que el factor B de la infracción que asciende a 0.11 (once centésimas) UIT no fue modificado.

En atención a lo expuesto, este Tribunal no advierte vulneración al Principio de Razonabilidad ni falta de motivación en la resolución impugnada, como lo señaló la recurrente en su recurso de apelación; por lo que, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

---

[13] Dicho criterio interpretativo ha sido recogido en las Resoluciones Nos. 289, 316 y 325-2019-OS/TASTEM-S2, de fecha 14 de octubre, 11 y 18 de noviembre de 2019, respectivamente.

[14] TUO de la Ley N° 27444
"Artículo 258.- Resolución
(…)
258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado."

Argumentos adicionales

7. En cuanto a lo señalado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que, a la fecha GRIFO TAMBOPATA no ha presentado alegatos adicionales a su recurso de apelación.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por GRIFO TAMBOPATA S.R.L. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1401-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS del 30 de abril de 2024 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, Sergio Enrique Cifuentes Castañeda y Luis Alberto León Vásquez.

Firmado Digitalmente
por: CHAVARRY
ROJAS Hector Adrian
FAU 20376082114 hard
Fecha: 12/08/2024
08:14:39

PRESIDENTE