

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

Lima, 23 de agosto del 2024

VISTO:

El Expediente N° 202300154148 que contiene el recurso de apelación interpuesto por PLUSPETROL PERÚ CORPORATION S.A., representada por la señora María Belén Marca Antón, contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 176-2024-OS-GSE/DSHL del 4 de julio de 2024, mediante la cual se la sancionó con multa por incumplir el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 176-2024-OS-GSE/DSHL del 4 de julio de 2024, se sancionó a PLUSPETROL PERÚ CORPORATION S.A., en adelante, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION, con una multa total de 269.1835 (doscientas sesenta y nueve con mil ochocientos treinta y cinco diezmilésimas) UIT, por incumplir el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 8° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM¹ Se verificó que PLUSPETROL PERÚ CORPORATION en treinta y un (31) días del periodo fiscalizado de diciembre 2022 a mayo 2023 mantuvo una existencia al inicio del día (EDI) menor a la existencia mínima que debía mantener en todo momento del día (EMC):	4.1 ²	269.1835 UIT

¹ Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - Decreto Supremo N° 01-94-EM

“Artículo 8.- Obligación de Contar con Existencia de GLP

Los Productores, Importadores y todo aquel que realice ventas de GLP a partir de una Planta de Abastecimiento y que cuenten con capacidad de almacenamiento propia o contratada en la referida Planta, están obligados a mantener una existencia media de dicho producto equivalente a quince (15) días de despacho, al mercado nacional, promedio de los últimos seis (06) meses, así como mantener en ella, en todo momento del día, una existencia mínima de GLP almacenado equivalente a cinco (05) días de despacho promedio de los últimos seis (06) meses. (...)

Se podrá disponer de las existencias señaladas en los párrafos anteriores, en los casos donde la Dirección General de Hidrocarburos, de oficio o por comunicación de parte, declare la existencia de una situación que afecte el abastecimiento de GLP. Para el caso de comunicaciones de terceros, éstos deben presentar la documentación necesaria que sustente tal situación. A través de Resolución Viceministerial se establecen los criterios y procedimientos para la exoneración de dichas existencias.”

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

4.1. Incumplimiento de las normas relativas a Existencias Medias y/o Existencias Mínimas Absolutas

Base legal: Artículo 8° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM

Multa: hasta 200 UIT

Fecha	EDI Computable (TM)	EMC (TM)	¿Cumple EMC?
02-12-2022	1,645.34	2,364.79	INCUMPLE
06-12-2022	1,888.86	2,364.79	INCUMPLE
11-12-2022	2,306.46	2,364.79	INCUMPLE
12-12-2022	2,306.46	2,364.79	INCUMPLE
13-12-2022	1,839.03	2,364.79	INCUMPLE
21-12-2022	1,613.40	2,364.79	INCUMPLE
22-12-2022	957.20	2,364.79	INCUMPLE
27-12-2022	2,345.63	2,364.79	INCUMPLE
28-12-2022	1,450.40	2,364.79	INCUMPLE
29-12-2022	1,016.49	2,364.79	INCUMPLE
04-01-2023	1,900.59	2,350.00	INCUMPLE
05-01-2023	1,457.02	2,350.00	INCUMPLE
07-01-2023	2,091.69	2,350.00	INCUMPLE
08-01-2023	1,322.29	2,350.00	INCUMPLE
08-02-2023	1,905.51	2,426.47	INCUMPLE
09-02-2023	1,371.24	2,426.47	INCUMPLE
15-02-2023	2,209.54	2,426.47	INCUMPLE
16-02-2023	2,007.17	2,426.47	INCUMPLE
07-03-2023	2,265.39	2,440.01	INCUMPLE
08-03-2023	2,429.69	2,440.01	INCUMPLE
16-03-2023	1,744.74	2,440.01	INCUMPLE
17-03-2023	1,715.54	2,440.01	INCUMPLE
07-04-2023	2,296.86	2,538.14	INCUMPLE
08-04-2023	2,296.86	2,538.14	INCUMPLE
20-04-2023	1,672.91	2,538.14	INCUMPLE
23-04-2023	2,089.05	2,538.14	INCUMPLE
24-04-2023	2,089.05	2,538.14	INCUMPLE
25-04-2023	2,284.81	2,538.14	INCUMPLE
12-05-2023	2,042.87	2,526.94	INCUMPLE
13-05-2023	1,211.78	2,526.94	INCUMPLE
31-05-2023	1,585.79	2,526.94	INCUMPLE

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- Con Oficio N° 3075-2023-OS-GSE/DSHL, notificado con fecha 16 de agosto de 2023, se remitió a PLUSPETROL PERÚ CORPORATION el Informe de Fiscalización N° 1210-2023-OS-GSE/DSHL del 22 de junio de 2023, que contiene los resultados de la fiscalización al cumplimiento de la obligación de mantener la existencia mínima y la existencia media de GLP, en la Planta de Abastecimiento GLP Zeta Gas Andino, en el periodo fiscalizado de diciembre de 2022 a mayo de 2023.
- Mediante Oficio N° 96-2023-OS-GSE/DSHL, notificado con fecha 12 de octubre de 2023, se comunicó a PLUSPETROL PERÚ CORPORATION el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción N° 152-2023-OS-GSE/DSHL del 12 de octubre de 2023 y otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Con Carta N° PPC-LEG-23-0135 de registro N° 202300154148, presentada con fecha 19 de octubre de 2023, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION solicitó un plazo de diez (10) días hábiles adicionales para remitir sus descargos.

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

- d) A través del Oficio N° 5250-2023-OS-GSE/DSHL, notificado con fecha 23 de octubre de 2023, se otorgó a la administrada un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos.
- e) Mediante Carta N° PPC-LEG-23-0141 de registro N° 202300154148, presentada con fecha 26 de octubre de 2023, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- f) A través del Oficio N° 496-2024-OS-GSE/DSHL, notificado con fecha 22 de enero de 2024, se remitió a PLUSPETROL PERÚ CORPORATION el Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL del 19 de enero de 2024, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para formular sus descargos.
- g) Con Carta N° PPC-LEG-24-0008 de registro N° 202300154148, presentada con fecha 29 de enero de 2024, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION solicitó un plazo de diez (10) días hábiles adicionales para remitir sus descargos.
- h) A través del Oficio N° 981-2024-OS-GSE/DSHL, notificado con fecha 7 de febrero de 2024, se otorgó a la administrada una prórroga de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos.
- i) Con Carta N° PPC-LEG-24-0015 de registro N° 202300154148, presentada con fecha 20 de febrero de 2024, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante Carta N° PPC-LEG-24-0065 de registro N° 202300154148, remitida con fecha 31 de julio de 2024, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 176-2024-OS-GSE/DSHL del 4 de julio de 2024, solicitando se declare su nulidad, conforme con los siguientes fundamentos:

Sobre la valoración de los hechos

- a) La recurrente señala que en la resolución impugnada no se ha valorado adecuadamente los hechos, pues no se ha tenido en cuenta un factor fundamental: existieron circunstancias manifiestas que la obligaron a disponer de las existencias.

Alega que, como es de conocimiento público, durante los años 2022 y 2023 se suscitaron protestas sociales y altos niveles de conflictividad social en todo el territorio peruano, que generaron el desabastecimiento de combustibles en general y del GLP en particular. Muchas de las vías nacionales, regionales y locales fueron bloqueadas impidiendo que el sistema de suministro regular de GLP pueda operar con normalidad. Ello fue recogido por numerosos medios de prensa e incluso informes emitidos por el Estado peruano.

A modo de ejemplo, presenta en su recurso imágenes sobre medios de noticias y organizaciones internacionales, señalando que en ellos se reportó el desabastecimiento

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

de GLP. Asimismo, presenta una imagen sobre el Informe Defensorial N° 190, en el que se hace mención al citado desabastecimiento por bloqueos de vías.

Añade que, el desabastecimiento de GLP en el territorio nacional fue un factor externo a su control, que requería acciones y medidas urgentes a fin de evitar situaciones de mayor gravedad.

Un factor que debe ser considerado en su caso es que, en muchas ocasiones, las decisiones de las empresas que están directamente vinculadas con la prestación de servicios esenciales para la población son riesgosas. Sin embargo, el criterio que aplica es siempre garantizar el mejor servicio posible para evitar que procedimientos formales puedan generar afectaciones sociales serias.

Adicionalmente, señala que el TASTEM debe tomar en cuenta la finalidad de las existencias mínimas, que han sido establecidas para los casos en los que el surgimiento de una emergencia pueda poner en riesgo el abastecimiento de GLP. Refiere que así lo ha reconocido el propio Ministerio de Energía y Minas, para lo cual cita un extracto de la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 045-2010-EM, que modifica el artículo 8° del Decreto Supremo N° 01-94-EM.

Las existencias mínimas tienen una utilidad: que las Plantas de Abastecimiento cuenten con el GLP suficiente como para abastecer el mercado peruano en aquellos casos en los que, por la ocurrencia de una emergencia, se corra el riesgo de desabastecimiento. Eso es justamente lo que ha ocurrido en estos casos. La posición de la resolución impugnada es que aun cuando la emergencia venía ocurriendo, debió mantener sus existencias, lo cual desvirtúa por completo la razón de ser del mecanismo de existencias mínimas.

Alega que, en su caso, no se han valorado los hechos que originaron la imperiosa necesidad de disponer de sus existencias disponibles a efectos de evitar una afectación mayor a los ciudadanos, por lo que en caso no sea amparada su pretensión de nulidad, la resolución apelada debe ser revocada.

Sobre el Principio de Tipicidad

- b) La recurrente sostiene que, para ejercer la potestad sancionadora, el tipo infractor debe estar descrito con absoluta claridad en la norma y la conducta del administrado debe subsumirse de forma precisa en el tipo. Cita el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 248° del TUO de la Ley N° 27444³.

Agrega que, en su caso, se evidencia la imprecisión de la infracción imputada, pues se hace referencia al incumplimiento de las normas relativas a la existencia mínima absoluta, siendo que el artículo 8° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM en ningún extremo hace referencia a una existencia mínima absoluta, la cual sería la condición para que se configure una infracción de la forma como ha sido tipificada. Por el contrario, la existencia mínima absoluta sí se encuentra prevista en el Decreto Supremo

³ La recurrente cita al autor García de Enterría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Civitas, sexta edición, 1999, p. 172. Asimismo, cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC.

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

N° 030-98-EM, antecedente del Decreto Supremo N° 45-2001-EM, aplicable para combustibles líquidos y no para GLP.

De hecho, Osinergmin mediante la Resolución N° 557-2007-OS/CD, que modificó la Tipificación, consideró que las existencias mínimas absolutas eran aplicables para combustibles líquidos.

Por lo tanto, la resolución de sanción vulnera el Principio de Tipicidad, en la medida que ha sido sancionada sobre la base de un supuesto que no se subsume en el tipo infractor.

Sobre la nulidad de la resolución de sanción

- c) La recurrente alega que, la norma aplicada por el órgano instructor para el cálculo de multa ha sido modificada en la etapa resolutoria, lo que le impidió ejercer su derecho de defensa considerando adecuadamente la norma aplicable.

Precisa que, tanto en el Informe de Instrucción N° 152-2023-OS-GSE/DSHL como en el Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL se señaló que la norma aplicable para el cálculo de la multa a imponerse era la Resolución de Gerencia General N° 352 del año 2011. Sin embargo, en la resolución de sanción se utilizó una norma distinta para la determinación de la multa (Resolución N° 120-2021-OS/CD), respecto de la cual no tuvo la oportunidad de defenderse durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

La determinación de la multa a imponerse debe ser de conocimiento del administrado de manera previa a la resolución. Así lo establece los artículos 20° y 22° del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por la Resolución N° 208-2020-OS/CD, y los artículos 254° y 255° del TUO de la Ley N° 27444. Dichas normas se relacionan con el derecho de defensa de los administrados, respecto del cual el Tribunal Constitucional se pronunció en la Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1003-98-AA/TC y N° 649-2002-AA/TC.

Agrega que, la doctrina también considera que la Administración tiene la responsabilidad y el deber de poner en conocimiento de los administrados todos los elementos que les permitan tener certeza de las infracciones que se les imputan, pero además tener claridad de las sanciones a las cuales estarían sujetos. Todo ello debe darse de manera previa a la resolución que finalmente determina la responsabilidad e impone la sanción respectiva⁴.

La recurrente cita el numeral 5 del artículo 3° y los numerales 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, e indica que la resolución de sanción debió seguir el procedimiento regular aplicable para su emisión. La resolución de sanción adolece de dos (2) causales de nulidad: i) contraviene una ley y, ii) no cumplió con el procedimiento regular necesario para su emisión.

Sobre la ganancia ilícita

⁴ La recurrente cita al autor Morón Urbina, Juan Carlos, "Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana", en *Advocatus*, N° 13, 2005, pp. 238 y 239.

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

- d) PLUSPETROL PERÚ CORPORATION indica que, en la resolución apelada se calculó la ganancia asociada al incumplimiento (GAI) “asumiendo” que la cantidad diferenciada para cumplir con la normatividad fue vendida. Para calcular el GAI, se realiza una sustracción entre la existencia mínima que -a su criterio- se debía mantener, y la que efectivamente mantenía. Se asumía que el resultado de esa sustracción (es decir, la diferencia) había sido comercializado, generando así una ganancia.

Sin embargo, ello no tiene sustento para varios de los incumplimientos alegados, debido a que la DSHL en quince (15) ocasiones tenía conocimiento que su representada no contaba con la existencia mínima el día anterior. La recurrente explica lo indicado mencionado el siguiente ejemplo:

- El día 11 de diciembre de 2022, contaba con una existencia de 2 306.46 TM, cuando -según la DSHL- debía contar con 2 364.79 TM. La diferencia entre esos factores sería la GAI estimada.
- Al día siguiente, el 12 de diciembre de 2022, contaba con una existencia de 2 306.46 TM (misma cantidad que el día anterior), cuando -según la DSHL- debía contar con 2 364.79 TM. La GAI en este caso sería la misma. Sin embargo, este criterio carece de fundamento porque la DSHL tenía certeza de que no contaba con la existencia total, sino una inferior.
- El 13 de diciembre de 2022, contaba con una existencia incluso menor, de 1 839.03 TM, cuando -según la DSHL- debía contar con 2 364.79 TM. Nuevamente, el criterio carece de fundamento porque la DSHL tenía certeza que no contaba con la existencia total, sino solo con 2 306.46 TM el día anterior.

La recurrente concluye que, la presunción sobre la GAI solo debería operar en aquellos casos en los que la DSHL no tenga certeza sobre la existencia total que tenía antes de la inspección y que “pudo haber sido vendida”. En ese sentido, si la DSHL tiene certeza de que no comercializó el GLP, porque no contaba con la existencia total requerida, no podría asumir dicha ganancia.

Esta incorrecta presunción se ha efectuado, además, respecto de las siguientes fechas: (i) 21 y 22 de diciembre de 2022; (ii) 27, 28 y 29 de diciembre de 2022; (iii) 4 y 5 de enero de 2023; (iv) 7, 8 y 9 de enero de 2023; y (v) 15 y 16 de febrero de 2023. Por ello, la estimación de la GAI debería considerar únicamente las presunciones de aquellos que la DSHL razonablemente no pueda conocer.

Sobre otros alegatos

- e) La recurrente se reserva el derecho de ampliar sus argumentos de apelación.
3. A través del Memorándum N° GSE-DSHL-984-2024, recibido el 1 de agosto de 2024, la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos, en adelante DSHL, remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis mediante el Sistema de Gestión de Documentos Digitales - SIGED.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la valoración de los hechos

4. Respecto de lo señalado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, de la revisión de la resolución impugnada, se verifica que la primera instancia evaluó y emitió pronunciamiento respecto a los hechos alegados por la recurrente en sus descargos, conforme consta en las páginas 10 al 16 de la citada resolución, por lo que no se verifica vulneración alguna al Principio de Debido Procedimiento en este extremo.

De otro lado, debe tenerse presente que, el artículo 8° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM, modificado por Decreto Supremo N° 001-2022-EM, publicado el 12 de enero de 2022, vigente al momento de la comisión de la infracción imputada, establece lo siguiente:

“Artículo 8.- Obligación de Contar con Existencia de GLP

Los Productores, Importadores y todo aquel que realice ventas de GLP a partir de una Planta de Abastecimiento y que cuenten con capacidad de almacenamiento propia o contratada en la referida Planta, están obligados a mantener una existencia media de dicho producto equivalente a quince (15) días de despacho, al mercado nacional, promedio de los últimos seis (06) meses, así como mantener en ella, en todo momento del día, una existencia mínima de GLP almacenado equivalente a cinco (05) días de despacho promedio de los últimos seis (06) meses. (...)

Se podrá disponer de las existencias señaladas en los párrafos anteriores, en los casos donde la Dirección General de Hidrocarburos, de oficio o por comunicación de parte, declare la existencia de una situación que afecte el abastecimiento de GLP. Para el caso de comunicaciones de terceros, éstos deben presentar la documentación necesaria que sustente tal situación. A través de Resolución Viceministerial se establecen los criterios y procedimientos para la exoneración de dichas existencias.

Del contenido expreso del artículo 8° citado se tiene que la norma prevé que se podrá disponer de las existencias medias y existencias mínimas de GLP en caso la DGH declare la existencia de una situación que afecte el abastecimiento de GLP.

En ese sentido, la existencia de la situación que puede afectar el abastecimiento de GLP en sí misma no autoriza a los agentes obligados a disponer de las existencias, ya que la norma exige expresamente la respectiva declaración por parte de la DGH. Por lo tanto, de no existir la declaración expresa de la DGH, los agentes no están habilitados a disponer de las existencias. En modo alguno la sola calificación por parte de los propios agentes los habilita a disponer de las existencias, pues la norma establece en ese caso la obligatoriedad de obtener la respectiva declaración de la autoridad.

En el presente caso, de los actuados, cuyo soporte digital consta en el SIGED N° 202300154148, no se verifica medio probatorio alguno que acredite que la DGH exoneró a PLUSPETROL CORPORATION del cumplimiento de la obligación de mantener las existencias mínimas los días materia de imputación, señalados en el cuadro del numeral 1 de la presente resolución.

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

Si bien PLUSPETROL CORPORATION sostiene que existió un desabastecimiento de GLP, no obra medio probatorio alguno en el expediente que evidencie que la DGH haya declarado la existencia de una situación que afectaba el abastecimiento de GLP, requisito esencial para que los agentes obligados pudieran disponer de las existencias.

Asimismo, la recurrente alega que se debe tomar en cuenta la finalidad de las existencias mínimas, las cuales han sido establecidas para los casos de emergencias que puedan poner en riesgo el abastecimiento de GLP. Sobre el particular, como ya se mencionó, precisamente la norma establece que se podrá disponer de las existencias siempre que la DGH declare la existencia de una situación que afecte el abastecimiento de GLP, siendo que, en el presente caso, para los días materia de imputación, la DGH no hizo tal declaración.

De otro lado, cabe señalar que el literal a) del numeral 1 el artículo 257° del TUO de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

*“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
(...)”.*

Al respecto, resulta de utilidad citar al autor Juan Carlos Morón Urbina, quien al referirse al caso fortuito o fuerza mayor afirma lo siguiente⁵:

*“El caso fortuito o fuerza mayor atiende siempre a circunstancias imprevisibles, extraordinarias o irresistibles, que originan la comisión de la infracción.
(...).
La imprevisibilidad se da cuando existen hechos fuera de lo ordinario: situaciones que no pudieron preverse, mientras que la irresistibilidad está vinculada a la imposibilidad de evitar el hecho a pesar de las medidas tomadas. Ambas características, junto con la extraordinariedad, son compartidas en el caso fortuito y en la fuerza mayor. (...) A estos elementos se le debe añadir el proceder con debida diligencia por parte del sujeto. Esto significa que debió haber adoptado las medidas necesarias para evitar los resultados infractores (...)”.*

En el presente caso, la recurrente sostiene que por el desabastecimiento de GLP en el territorio nacional (ocurrido por los conflictos sociales) tuvo, finalmente, que disponer de las existencias mínimas de GLP, presentando para ello imágenes sobre medios de noticias y organizaciones internacionales, y del informe defensorial N° 190.

Sobre el particular, los alegatos y pruebas presentadas por la recurrente en su recurso de apelación y en sus descargos hacen mención al desabastecimiento de GLP, conflictos sociales, la ocurrencia de cierre de puertos y oleajes anómalos, no respuesta por parte de la DGH a sus solicitudes; sin embargo, no acreditan en sí mismos la configuración del supuesto de caso

⁵ Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, décimo cuarta edición, 2019, Tomo II, p. 516.

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

fortuito o fuerza mayor, pues solo señalan la ocurrencia de dichos hechos y no demuestran cómo estos habrían originado, en efecto, la comisión de la infracción; ni cómo a pesar de la debida diligencia requerida se suscitó el incumplimiento.

En efecto, la recurrente no ha evidenciado las acciones diligentes que habría realizado para cumplir con las existencias mínimas de GLP, ni cómo a pesar de la ejecución de dichas acciones finalmente incurrió en infracción por la ocurrencia de los eventos alegados. Ello, con la finalidad de acreditar el caso fortuito o fuerza mayor.

Asimismo, conforme indicó la primera instancia en la resolución impugnada, en opinión que es compartida por este Tribunal, se debió sustentar cuantitativamente que los eventos impidieron el cumplimiento de la obligación normativa; como, por ejemplo, en el escenario hipotético en que no se hubieran dado los eventos que señala, cuáles serían los niveles de despacho y los niveles de existencias, debidamente sustentados, lo cual podría coadyuvar a demostrar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor en la comisión de la infracción imputada.

Resulta pertinente mencionar, como señaló la primera instancia, entre los documentos que corresponden ser presentados de forma conjunta para sustentar el caso fortuito o fuerza mayor se tiene, por ejemplo:

- (i) Documentación que sustente el evento que produjo el retraso: disposiciones de cierre y de apertura de puerto, u otros, emitidos por la Autoridad correspondiente.
- (ii) Reporte Preliminar y el Reporte Definitivo de estadía de la(s) embarcación(es) afectadas por el cierre de puerto (denominados como Time Log o Time Sheet Report u otros), debidamente firmados por las personas competentes.
- (iii) Reporte de cantidades descargadas por día en el mes de mayo del 2023 en TM.
- (iv) Plan de abastecimiento programado por día para el mes de mayo del 2023 en TM.
- (v) Otra documentación necesaria para acreditar el caso fortuito o fuerza mayor en el caso concreto.

Es importante señalar que los documentos “time log” y reportes de las embarcaciones y “descarga de mayo de 2023” presentados por la recurrente corresponden a lo recibido en la Planta de Abastecimiento Zeta Gas en su totalidad, y no especifican sobre lo recibido por el agente fiscalizado en concreto, siendo que los documentos hacen referencia como clientes a PLUSPETROL PERÚ CORPORATION y a ZETA GAS ANDINO S.A.

Por lo expuesto, la recurrente no ha acreditado la configuración de la condición eximente de responsabilidad referida al “caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada”.

En consecuencia, debe desestimarse este extremo del recurso de apelación.

Sobre el Principio de Tipicidad

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

5. En cuanto a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que la norma tipificadora vigente en el presente caso es la Resolución N° 271-2012-OS/CD, publicada el 23 de enero de 2013, que aprobó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos. Por lo tanto, las tipificaciones anteriores vinculadas al cumplimiento de existencias no resultan aplicables al presente caso.

Al respecto, el numeral 4.1 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobada por la Resolución N° 271-2012-OS/CD, prevé como infracción sancionable el *“incumplimiento de las normas relativas a existencias media y/o existencias mínima absoluta”*, conteniendo la referencia legal, dentro del tipo infractor, al artículo 8° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM, que regula, entre otros, las existencias mínimas de GLP.

Por lo tanto, a criterio de este Tribunal, el hecho imputado (incumplir las existencias mínimas de GLP) sí se subsume en el tipo infractor previsto en el *“incumplimiento de las normas relativas a existencias media y/o existencias mínima absoluta”*, el cual si bien hace mención al término *“existencia mínima absoluta”* sí está referido a la existencia mínima de GLP, pues la base legal prevista en el numeral 4.1 citado contempla el artículo 8° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM referido, entre otros, a la obligación de mantener las existencias mínimas de GLP.

Por lo tanto, no se verifica vulneración alguna al Principio de Tipicidad, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la nulidad de la resolución de sanción y la ganancia ilícita

6. Con relación a lo indicado en los literales c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio del Debido Procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, establece lo siguiente:

“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”.

Al respecto, en el presente caso, se verifica que el cálculo de multa realizado por el órgano instructor en el Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL del 19 de enero de 2024 fue efectuado aplicando el criterio específico de sanción aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 352 del 2011 y modificatorias y el artículo 26° del nuevo Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS/CD.

Sin embargo, en la resolución impugnada se verifica que el órgano sancionador al realizar el cálculo de multa aplicó la Guía Metodológica para el cálculo de la multa base aprobada por

RESOLUCIÓN N° 141-2024-OS/TASTEM-S2

la Resolución N° 120-2021-OS/CD, en concordancia con el artículo 26° del Reglamento aprobado por la Resolución N° 208-2020-OS/CD, sancionado a la recurrente, finalmente, con una multa de 269.1835 (doscientas sesenta y nueve con mil ochocientos treinta y cinco diez milésimas) UIT.

Por lo tanto, se verifica que en el Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL y en la resolución de sanción se utilizaron metodologías distintas para el cálculo de multa. De acuerdo con lo indicado, se evidencia que en el trámite del procedimiento la recurrente no pudo ejercer, en momento oportuno, su derecho de defensa presentando alegatos de contradicción sobre el cálculo de multa realizado con la Guía Metodológica para el cálculo de la multa base, aprobada por la Resolución N° 120-2021-OS/CD, la cual fue aplicada para determinar la multa finalmente impuesta a la recurrente.

En efecto, al ser notificada con el Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL, PLUSPETROL PERÚ CORPORATION tomó conocimiento del cálculo de multa por la infracción imputada realizado de acuerdo con el criterio específico aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 352 del 2011 y modificatorias y no tomó conocimiento de la multa que le correspondía de acuerdo a la normativa vigente (la Guía Metodológica para el cálculo de la multa base), siendo que sobre ello recién tomó conocimiento con la resolución de sanción, que concluyó el procedimiento sancionador.

En consecuencia, PLUSPETROL PERU CORPORATIO no pudo ejercer debidamente su derecho de defensa al no poder presentar oportunamente los descargos correspondientes contra la multa que correspondía imponérsele de acuerdo a la normativa vigente (Guía Metodológica para el cálculo de la multa base).

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

Por lo tanto, considerando que en el presente caso, se vulneró el derecho de defensa de PLUSPETROL PERÚ CORPORATION, se verifica una vulneración al Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, por lo que corresponde declarar fundado el recurso de apelación en el extremo del cálculo de multa y, en consecuencia, la nulidad del Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL, la resolución de sanción, y todo lo actuado con posterioridad, en dicho extremo; retrotrayéndose el procedimiento a la etapa de emisión del respectivo Informe Final de Instrucción a efectos que realice un nuevo cálculo de multa de conformidad con la normativa vigente.

Cabe añadir que, para efectos de la emisión del correspondiente Informe Final de Instrucción y de la resolución de sanción con el nuevo cálculo de multa, deberá motivarse los factores y presupuestos aplicados, como los costos por profesionales considerados, la actividad que les corresponde en el escenario de cumplimiento y la ganancia asociada al incumplimiento (GAI), siendo que respecto de esta última corresponderá sustentar los alcances y fundamentos por los cuales se asume que la cantidad de TM de GLP diferenciada para cumplir con la normativa, por cada uno de los días imputados, fue vendida, sin perjuicio de otros sustentos que correspondan para una debida motivación del cálculo de multa.

Sobre otros alegatos

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

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias y; toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por PLUSPETROL PERÚ CORPORATION S.A. contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 176-2024-OS-GSE/DSHL del 4 de julio de 2024 en el extremo referido a la determinación de responsabilidad administrativa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución, en tal extremo, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación presentado por PLUSPETROL PERÚ CORPORATION S.A. contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 176-2024-OS-GSE/DSHL del 4 de julio de 2024 en el extremo referido al cálculo de multa y, en consecuencia, declarar la **NULIDAD** del Informe Final de Instrucción N° 13-2024-OS-GSE/DSHL, la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 176-2024-OS-GSE/DSHL y todo lo actuado con posterioridad, en dicho extremo; retrotrayéndose el procedimiento a la etapa de emisión el respectivo Informe Final de Instrucción, a efectos que la autoridad competente emita nuevo pronunciamiento debidamente motivado de conformidad con la normativa vigente, conforme con las consideraciones expuestas en el numeral 6 de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa respecto a lo indicado en el artículo 1° de la presente resolución.

Artículo 4°.- Poner en conocimiento del Gerente de Supervisión de Energía la nulidad declarada en el artículo 2° de la presente resolución, de conformidad con el numeral 11.3 del artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, a fin de que actúe de acuerdo con sus facultades.

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

«hchavarryr»

PRESIDENTE