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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 037-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 28 de enero de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800030509 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa LIMA GAS S.A., en adelante LIMA GAS, representada por el señor Ricardo David Yépez Calderón, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2839-2018-OS/OR ICA del 26 de noviembre de 2018, mediante la cual se le sancionó por registrar el cierre de una orden de pedido en el Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP) sin recibir físicamente el producto autorizado.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2839-2018-OS/OR ICA, la Oficina Regional de Ica sancionó a la empresa LIMA GAS con una multa de 49.43 (Cuarenta y nueve con cuarenta y tres centésimas) UIT por registrar la recepción (cierre) de las órdenes de pedido N° 60652331999 sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE HIDROCARBUROS APROBADA POR RESOLUCIÓN N° 271-2012-OS/CD	SANCIÓN
1	**Artículos 2 y 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2003-OS/CD[1] y el Literal f) del numeral 9 del artículo 16º de la Resolución de Consejo Directivo Nº 25-2017-OS/CD que modifica la Resolución Nº 169-2015-OS/CD[2]**	4.7.6[3]	49.43 UIT

[1] Resolución de Consejo Directivo N° 048-2003-OS/CD
"Artículo 2.- Están obligados al cumplimiento del Sistema de Control de Órdenes de Pedido, todas las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro de Hidrocarburos y que adquieran Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos y Gas Licuado de Petróleo, a excepción de los Locales de Venta de GLP, Redes de Distribución de GLP, Consumidores Directos de GLP con capacidad de almacenamiento menor o igual a 1000 galones y Distribuidores de GLP en cilindros."
"Artículo 3.- El Sistema de Control de Órdenes de Pedido es el procedimiento único para la adquisición de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos y Gas licuado de Petróleo.
Los agentes de la cadena de comercialización de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos y Gas Licuado de Petróleo no podrán expender sus productos a agentes que no cuenten con la debida Orden de Pedido y/o sin registrarlo en el Sistema de Control Órdenes de Pedido, según corresponda."

[2] Resolución de Consejo Directivo Nº 25-2017-OS/CD
"Artículo 16.- Obligaciones específicas
16.9 Los Agentes que comercialicen GLP-G o GLP-E deberán registrar sus operaciones a través del SCOP, y actualizar el Estado de la Orden de Pedido, para cuyo efecto deberá considerarse lo siguiente:
(...)
f) El Agente Comprador o receptor del producto, según sea el caso, registrará en el SCOP el Estado "CERRADO" de la Orden de Pedido, el mismo día y hora en que el producto haya sido descargado en su lugar de destino."
[3] Resolución N° 271-2012-OS/CD.

	La Planta Envasadora de GLP Ica, operada por LIMA GAS, registró el cierre de la orden de pedido con código de autorización Nº 60652331999, asociada al camión cisterna de placa de rodaje C6N-978/V2T-794, en una cantidad de 22 470 Kg GLP-E, sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP en la instalación autorizada en el Registro de Hidrocarburos que generó las órdenes de pedido en el SCOP.		

Como antecedentes, corresponde citar los siguientes:

a) A las 12:15 horas del 12 de febrero de 2018 se realizó una visita de supervisión a la Planta Envasadora de GLP de LIMA GAS, ubicada en la Av. Camino a la Victoria Nº 702, distrito, provincia y departamento de Ica, a fin de verificar el cumplimiento de la obligación de registro en el SCOP, de conformidad con la Resolución Nº 169-2015-OS/CD y modificatorias, mediante la cual se establecen disposiciones para optimizar el control de la trazabilidad del Gas Licuado de Petróleo a granel (GLP-G) y Gas Licuado de Petróleo envasado (GLP-E) a través el SCOP.

b) De la revisión de la información remitida por el Sistema de Control de Órdenes de Pedido – SCOP, se constató que LIMA GAS, titular del Registro de Hidrocarburos Nº 0001-PEGL-11-2010, cerró la Orden de Pedido con código de autorización Nº 60652331999 por un total de 22 470 Kg GLP-E, descargada por la unidad vehicular de placa de rodaje C6N-978/V2T-794, a las 09:34:12 horas del día 09 de febrero de 2018. Sin embargo, el señor [redacted], supervisor de la Planta Envasadora de GLP, señaló que la mencionada unidad vehicular no se encontraba en las instalaciones de la planta de LIMA GAS ubicada en la Av. Camino a la Victoria Nº 702, distrito, provincia y departamento de Ica, pues se encontraba en la Planta Envasadora de GLP – Arequipa, por lo que el GLP sería descargado el día 13 de febrero de 2018, según se dejó constancia en la Carta de Visita de Supervisión Nº 0019825-DSR.

c) Por Oficio N° 684-2018-OS/OR ICA recibido con fecha 15 de mayo de 2018, al que se adjuntó el Informe de Instrucción N° 690-2018-OS/OR ICA de fecha 27 de abril de 2018, se comunicó a LIMA GAS el inicio del procedimiento administrativo sancionador, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.

d) Mediante escrito de registro Nº 201800030509 de fecha 18 de mayo de 2018, LIMA GAS presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

e) Con Oficio Nº 2540-2018-OS/OR ICA recibido el 06 de noviembre de 2018, se adjuntó el Informe Final de Instrucción Nº 2321-2018-OS/OR ICA de fecha 25 de octubre de 2018, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.

Anexo I
Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos
Rubro 4. Otros incumplimientos
4.7.6 Registrar la recepción (cerrar) de una orden de pedido sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP, en la instalación autorizada, en el Registro de hidrocarburos que generó la orden de pedido en el SCOP.
Base Legal: Primera Disposición Complementaria del D.S. N° 045-2001-EM, R.C.D. N° 048-2003-OS/CD, Art. 2º de la R.C.D. Nº 394-2005-OS/CD, R.C.D. Nº 183-2007-OS/CD, R.C.D. Nº 196-2010-OS/CD, R.C.D. Nº 005-2012-OS/CD, R.C.D. Nº 069-2012-OS/CD.
Multa: Hasta 50 UIT.
Otras sanciones: Suspensión del Registro, Cancelación del Registro.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito con registro N° 201800030509 de fecha 19 de diciembre de 2018, LIMA GAS interpuso recurso impugnativo contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2839-2018-OS/OR ICA, solicitando su nulidad en atención a los siguientes argumentos:

La resolución impugnada infringe los principios administrativos, vulnerando los derechos de la administrada.

Falta de motivación de la resolución impugnada

a) No se consideró el atenuante por reconocimiento de la infracción bajo un argumento ilegitimo, sin sentido y sin motivación:

"En ese sentido cabe señalar que de la revisión del escrito de registro Nº 2018-30509 de fecha 18 de mayo de 2018, se aprecia que la Administrada si bien señaló reconocer expresamente los hechos imputados respecto del presente incumplimiento, esgrimió argumentos referidos a la comisión de los hechos, al haber atribuido responsabilidad al personal que labora en la planta; en ese sentido, se aprecia que la administrada, no realizó el reconocimiento conforme el detalle de lo establecido en el literal g) del artículo 25º del referido Reglamento; por lo que no corresponde la aplicación del beneficio establecido en el mismo".

En ese sentido, los defectos en la motivación de todo acto administrativo son una causal de nulidad de dicho acto por la afectación a los derechos de los administrados.

Incorrecta determinación de la multa

b) Error en la determinación de la multa[4], pues se ha confundido la cantidad expresada en kilogramos por galones (22 470 galones de GLP).

La cantidad de producto detectada fue 22 470 Kg; por lo tanto, de acuerdo a la conversión correspondiente, equivale a 9 769.57 galones.

c) La multa resulta ambigua y poco clara; adicionalmente a ello, no se han tomado en consideración los criterios generales que ha previsto Osinergmin para graduar las sanciones administrativas, vulnerando el Principio de Razonabilidad, más aún cuando en el presente caso no se aprecia una adecuada proporción entre la decisión de imponer dicha multa y los fines públicos que Osinergmin debe tutelar.

3. A través del Memorándum Nº 2-2019-OS/OR ICA recibido el 10 de enero de 2019 por la Sala 2 del TASTEM, la Oficina Regional de Ica remitió el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

4. Mediante escrito con registro N° 201800030509 de fecha 19 de diciembre de 2018, LIMA GAS

[4] Teniendo en consideración la siguiente fórmula aplicable: 0.0022 UIT x Qna, donde Qna = Cantidad no autorizada del producto detectado expresada en galones.

presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2839-2018-OS/OR ICA del 26 de noviembre de 2018; sin embargo, de la revisión del escrito en referencia, se verificó que omitió sustentar su recurso en nueva prueba, alegando la vulneración de principios administrativos, por lo que solicitó la nulidad de la resolución en referencia.

En ese sentido, en aplicación del artículo 221º del TUO de la Ley Nº 27444[5], que establece que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, se procederá a analizar el recurso impugnativo presentado por la administrada y se emitirá el pronunciamiento que corresponda.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Falta de motivación de la resolución impugnada

5. Sobre los argumentos expuestos en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, es preciso indicar que el punto g.1) del literal g) del artículo 25º del Reglamento aprobado por la Resolución Nº 040-2017-OS/CD establece que el reconocimiento de responsabilidad del agente supervisado debe ser de forma expresa y por escrito, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción. Dicho reconocimiento debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento. Asimismo, se señala que el reconocimiento de responsabilidad de una infracción, por la que además se presentan descargos, se entenderá como un no reconocimiento; debiéndose proceder a evaluar los descargos.

   Al respecto, corresponde verificar que el escrito de registro Nº 201800030509 de fecha 18 de mayo de 2018, además del reconocimiento expreso de responsabilidad por el incumplimiento imputado a LIMA GAS, contiene argumentos de defensa que explican que dicho incumplimiento se debió a un error material involuntario del personal de la Planta Envasadora - Ica. Adicionalmente, se advierte que la administrada justificó el desvío de la unidad a la Planta Arequipa, alegando que fue por motivos de fuerza mayor.

   Por lo expuesto, la Oficina Regional de Ica, mediante la Resolución de Oficinas Regionales Nº 2839-2018-OS/OR ICA, al identificar la existencia de un escrito de reconocimiento de responsabilidad y descargos al incumplimiento imputado, procedió a evaluar dichos descargos, teniéndose como un no reconocimiento de responsabilidad para efectos del beneficio.

   En ese sentido, la Oficina Regional de Ica emitió un pronunciamiento ajustado a derecho, pues se brindó una correcta motivación de conformidad con lo señalado en el Principio de Debido

[5] TUO de la Ley N° 27444 - Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 221º Error en la calificación
El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

Procedimiento[6], regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley Nº 27444 y el numeral 6.1 del artículo 6º del cuerpo legal en referencia[7].

Atendiendo a lo señalado, corresponde desestimar el recurso de apelación de la empresa recurrente en este extremo.

Incorrecta determinación de la multa

6. Respecto a los argumentos expuestos en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, resulta pertinente indicar que, tal como se señaló en el numeral 2.1.4 de la resolución de sanción, mediante Resolución de Gerencia General Nº 352 de fecha 19 de agosto de 2011 se aprobó el Texto Único Ordenado de Criterios Específicos de Sanción, aplicables a las infracciones administrativas previstas en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

   Asimismo, la Resolución de Gerencia General Nº 200-2013-OS/GG, que modificó la Resolución de Gerencia General Nº 352, en su numeral 4.7.6 considera como criterio específico de sanción por "Registrar la recepción (cerrar) de una orden de pedido sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP, en la instalación autorizada en el Registro de Hidrocarburos que generó la orden de pedido en el SCOP", lo siguiente:

   - Si el producto autorizado por el SCOP es GLP

     Sanción: 0.0022 UIT x Qna

     Donde Qna = cantidad no autorizada del producto detectado en el compartimiento del tanque de la unidad de transporte, expresada en galones.

   Al respecto, de la redacción de la fórmula expuesta precedentemente se advierte que esta aplica para los casos en que, por intervención de Osinergmin o por trasladado de medios probatorios generados por autoridades policiales o fiscales, se tiene evidencia que un medio de transporte ha desviado el combustible que debió ser descargado en un determinado establecimiento y cuando se cuenta con la información referida a la cantidad de producto que permanecía en el tanque de la unidad de transporte al momento de la inspección; sin embargo en este caso no se ha acreditado el desvío de combustible; razón por la cual no debe aplicarse el criterio antes descrito, sino únicamente el que corresponde a la infracción por cierre del producto antes de haberlo recibido.

---

[6] TUO de la Ley N° 27444 - Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
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.

[7] TUO de la Ley N° 27444 - Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

En efecto, al haberse advertido que el GLP transportado en el vehículo de placa de rodaje C6N-978/V2T-794 fue descargado en la Planta Envasadora de GLP – Ica a las 14:45:25 horas del día 15 de febrero de 2018, de conformidad con el Ticket Nº 2298, obrante a fojas 21 del expediente, se descarta que se haya presentado el desvío del GLP; motivo por el cual, en el presente caso corresponde efectuar una determinación específica de la sanción a imponer, para lo cual se debe aplicar la metodología general aprobada por Resolución de Gerencia General N° 352.

En consecuencia, este Tribunal Administrativo procede a declarar fundado este extremo del recurso de apelación y a efectuar el recalculo de la multa de la infracción en función de la metodología general en referencia.

Por lo tanto, considerando la Metodología General para la Determinación de Sanciones Administrativas que no cuentan con Criterios Específicos de Sanción, aprobada por Resolución de Gerencia General N° 352, se calculará el valor de la multa a aplicar en base al beneficio económico que percibe el agente infractor derivado de su actividad ilícita y al valor económico del daño derivado de la infracción. Asimismo, estos valores serán asociados a una probabilidad de detección y a factores atenuantes o agravantes cuando corresponda. La fórmula a aplicar para la determinación de la multa estará dada por:

$$M = (B + \alpha D) / p * (A)$$

Donde B es el Beneficio Ilícito derivado de la infracción, D es el valor del perjuicio o daño provocado, p es el factor de Probabilidad y el factor A viene a ser el factor de atenuación y/o agravación de la sanción.

Para el cálculo de la multa se precisa que se empleará la siguiente información:

- La Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento de la emisión de la resolución asciende a S/ 4 150.00
- Para la determinación del costo evitado se utilizará la información contenida en el expediente
- El valor de la probabilidad de detección asciende a 22.4%
- Se considerará que el valor del daño es cero
- La aplicación de factores agravantes o atenuantes, en el presente caso, la sumatoria de factores es igual a cero, en ese sentido de la aplicación de la fórmula de los factores agravantes y atenuantes es igual a la unidad

Resultado del cálculo de multa:

Presupuestos	Monto del presupuesto ($)	Fecha de subsanación o fecha de corte	IPC - Fecha presupuesto	IPC - Fecha infracción	Presup. a la fecha de la infracción
Personal supervisor del establecimiento que verifica el cumplimiento de las obligaciones sobre SCOP ($20*8hrs*1d) (1)	160.00	No aplica	233.50	248.99	170.61
Personal técnico calificado del establecimiento que realiza las pedido, registro y cierre de las órdenes de pedido conforme lo indica la norma ($13*8hrs*6d) (2)	624.00	No aplica	233.50	248.99	665.39

Fecha de la infracción	Feb - 2018
Costo evitado y/o beneficio ilícito a la fecha de la infracción	836.00
Costo evitado y/o beneficio ilícito neto a la fecha de la infracción (neto del IR 30%)	585.20
Fecha de cálculo de multa	Oct-2018
Número de meses entre la fecha de la infracción y la fecha de cálculo de multa	8
Tasa WACC promedio sector hidrocarburos (mensual)	0.83704
Valor actual del costo evitado y/o beneficio ilícito a la fecha del cálculo de multa en $	625.55
Tipo de cambio a la fecha de cálculo de multa	3.33
Valor actual del costo evitado y/o beneficio ilícito a la fecha del cálculo de multa en S/.	2 086.07
Factor B de la Infracción en UIT	0.50
Factor D de la Infracción en UIT	0.00
Probabilidad de detección	0.22
Factores agravantes y/o atenuantes	1.00
Multa en UIT (valor de UIT = S/ 4,150)	**2.24**
Multa en Soles	9 312.83

Nota:

(1) Oficina de Logística de Osinergmin II trimestre 2013. Se considera 1 día de validación por parte del supervisor de la planta envasadora sobre el trabajo del técnico de la planta envasadora

(2) Oficina de Logística de Osinergmin II trimestre 2013. Se considera 6 días de trabajo de seguimiento hasta verificar la descarga del producto, teniendo en consideración que el vehículo de placa V2T-794/C6N/978 llegó a las instalaciones de la Planta Envasado de GLP el 15 de febrero de 2018.

(3) IPC de acuerdo al Índice Precio Consumidor de USA. Fuente: www.bls.gov

(4) Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)

De acuerdo al análisis antes realizado, la multa queda reducida de 49.43 (cuarenta y nueve con cuarenta y tres centésimas) UIT a 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT.

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 presentado por la empresa LIMA GAS S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2839-2018-OS/OR ICA de fecha 26 de noviembre de 2018 respecto a responsabilidad administrativa del incumplimiento Nº 1 y **CONFIRMAR** la citada resolución en dicho extremo.

Artículo 2°. - Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación presentado por la empresa LIMA GAS S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2839-2018-OS/OR ICA de fecha 26 de noviembre de 2018 respecto a la graduación de la multa, por lo que el monto de la multa queda reducido de 49.43 (cuarenta y nueve con cuarenta y tres centésimas) UIT a 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT, de conformidad con los considerandos que preceden.

Artículo 3°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.

HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE