

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 064-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 12 de febrero de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201800008341 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE S.A.C., representada por la señora Ana María Orrego Alvarado, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2427-2018-OS/OR ICA del 2 de octubre de 2018, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir normas del sub sector de hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2427-2018-OS/OR ICA del 2 de octubre de 2018, se sancionó a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE S.A.C., en adelante BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE, con una multa total de 2.76 (dos con setenta y seis centésimas) UIT por incumplir el Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos (RIC), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD, al cual están sujetos los Establecimientos de venta al público, que cuenten con surtidores y/o dispensadores, según se detalla en el siguiente cuadro:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Artículo 6° del Anexo 1 del Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD ¹ :	2.15 ²	2.76



¹ Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD. Registro de Inventario de Combustibles Líquidos (RIC)

Anexo 1

Artículo 6°.- Otras obligaciones referidas al RIC

Conforme a lo señalado en el artículo 4° del presente procedimiento, la información a ser ingresada en el RIC, deberá cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

- Cada establecimiento de venta al público de combustibles líquidos deberá contar con registros propios, idóneos y exclusivos, y es responsable de tomar las acciones correspondientes a fin de mantenerlos a disposición de OSINERGMIN.
- El registro deberá contener los formatos y requisitos que OSINERGMIN apruebe para estos efectos. Asimismo, deberá estar debidamente foliado y cada hoja firmada por el responsable del establecimiento para su identificación. Los establecimientos que administren sus inventarios de combustibles en medios electrónicos o en sistemas de información, también deberán registrar diariamente la información solicitada en el RIC.
- Su debida presentación implica que la información contenida en el RIC debe encontrarse actualizada al menos al día anterior de la fecha en que se realiza la visita de supervisión o de la fecha en que se notifique la solicitud de requerimiento por parte de OSINERGMIN, debiendo cumplir con los horarios de Corte establecidos en el presente procedimiento.
- Es obligación del responsable o titular del Establecimiento contar en sus instalaciones con el Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos, de manera que se puedan verificar los movimientos de existencias de al menos los últimos (03) tres meses, contados desde el día de la visita de supervisión o cuando esta administración así lo requiera formalmente.
- Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, OSINERGMIN podrá requerir a los titulares de los Establecimiento de venta al público de combustibles líquidos la remisión de la misma información de periodos anteriores a los últimos (03) meses.
- En caso de errores en la consignación de la información en el RIC, se deberán hacer las correcciones respectivas en la línea hábil siguiente, sin borrar la(s) anotación(es) errada(s) y haciendo mención de dicho evento en el campo "observaciones" de la nueva línea, del formato que la Gerencia General de OSINERGMIN apruebe.

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

Rubro 2: Técnicas y/o Seguridad

2.15 Incumplimiento de normas relativas a la información de libros, registros internos y/o otros documentos.

Referencia Legal: Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD, entre otros.

Sanción: Hasta 25 UIT.

Se ha verificado que el establecimiento no cuenta con cuadernos y/o libros de Registro de Inventario de Combustibles (RIC) para los productos que expende (DB5-S50, G-90 Plus, G-95 Plus y G-97 Plus)		
MULTA TOTAL		2.76 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 17 de enero de 2018, se realizó la visita de supervisión a la Estación de Servicios ubicada en [REDACTED], con Registro de Hidrocarburos N° 21773-056-070917, cuyo titular es la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE, verificándose que el establecimiento desarrolla actividades de hidrocarburos, contraviniendo las normas técnicas y de seguridad, levantándose la Carta de Visita de Supervisión N° 0019793-DSR.
- b) A través del Oficio N° 1089-2018-OS/OR ICA³ notificado el 3 de mayo de 2018, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándole a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE, un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la empresa fiscalizada, para que presente sus descargos.
- c) Vencido el plazo, la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE no presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- d) Mediante el Oficio N° 4906-2018-OS/OR ICA notificado con fecha 2 de agosto de 2018, se remitió a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE, el Informe Final de Instrucción N° 1534-2018-OS/OR ICA de fecha 23 de julio de 2018.
- e) Vencido el plazo, la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE no presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- f) Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2427-2018-OS/OR ICA de fecha 2 de octubre de 2018 notificada con fecha 12 de octubre de 2018, se sancionó a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201800008341 presentado el 7 de noviembre de 2018, la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2427-2018-OS/OR ICA, solicitando su revocatoria, el cual se sustentó en base a los siguientes fundamentos:

Sobre la presunta vulneración a los Principios de Causalidad y Culpabilidad

- a) Manifiesta que el Decreto Legislativo N° 1272 establece que la responsabilidad administrativa es subjetiva; sin embargo, Osinergmin no ha cumplido con indicar porqué en la resolución de sanción se considera que la responsabilidad administrativa es objetiva, no ha señalado que Ley o Decreto Legislativo sustenta su afirmación, por lo que se ha partido indebidamente de la premisa de que su representada es responsable, vulnerando el Principio de Causalidad.

³ Cabe precisar que la notificación del Oficio N° 1089-2018-OS/OR ICA, se adjuntó el Informe de Instrucción N° 1175-2018-OS/OR ICA, así como la Carta de Visita de Supervisión N° 0019793-DSR.



- b) Asimismo, alega que Osinergmin cuenta en sus archivos, con toda la información concerniente a las compras, inventarios y otros productos que expenden; por lo tanto, refiere que le han requerido información de manera indebida, toda vez que la autoridad administrativa se encuentra impedida de solicitar información con la que la propia autoridad tenga en su poder.

Sobre la aplicación del eximente de responsabilidad por caso fortuito

- c) Sostiene que el Decreto Legislativo N° 1272 establece los supuestos en que se aplica el eximente de responsabilidad, como es el caso fortuito, por lo que indica la pérdida de sus registros y libros de inventarios de combustibles, considerando que se ha configurado la existencia de una situación que la exime de responsabilidad.

Sobre el cálculo de multa y la presunta vulneración a los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad

- d) Asimismo, indica que en el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador, sostiene que se ha utilizado un criterio indebido y totalmente desproporcionado, de acuerdo al siguiente detalle:

- Beneficio ilícito: No se ha tomado en cuenta que su representada no se ha beneficiado de ninguna forma; por el contrario, indica que Osinergmin impuso una multa de manera indebida.
- Costo evitado: No se sustenta de qué manera su representada habría evitado un costo determinado, sólo se señala y se sanciona.
- Valor de probabilidad de detección: Se basa en una estadística indebida, tomando como referencia fechas que no corresponden (2013).
- Valor del daño: Se indica que el valor es cero; sin embargo, alega que se sanciona indebidamente, sin haberse determinado daño alguno.
- Factores agravantes: Se señala que no existen; sin embargo, se sanciona con multa.
- Valor actual del costo evitado y/o postergado: a la fecha de cálculo de la multa en dólares.



Al respecto, refiere la vulneración a los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad, afirmando que sólo se han citado los puntos indicados, sin haber fundamentado o analizado correctamente; por lo tanto, no se ha sustentado y fundamentado los criterios utilizados en el cálculo de multa impuesta.

- e) Además, advierte un actuar confiscatorio por parte de Osinergmin, toda vez que la administración pretende perseguir a las empresas, no permitiendo que éstas cumplan con sus obligaciones como planillas, adquisiciones, mejoras, pago de tributos, beneficios, pago de utilidades, entre otros.
3. Conforme con el Memorándum N° 9-2019-OS/OR ICA recibido el 4 de febrero de 2019, la Oficina Regional Ica remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la presunta vulneración al Principio de Culpabilidad

4. Respecto a lo sostenido en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que los artículos 51°, 103° y 109° de la Constitución Política de 1993⁴, disponen que el cumplimiento de las normas, en este caso del subsector hidrocarburos, son de carácter obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.



Sobre el particular, a modo de antecedente, corresponde citar lo establecido en el artículo 31° del Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles derivados de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 054-93-EM, establece que las estaciones de servicios y los puestos de venta de combustibles líquidos tienen la obligación de comprobar los volúmenes que existan en cada tanque para verificar posibles pérdidas, debiendo registrar los resultados obtenidos en un libro, el mismo que debe quedar a disposición de la autoridad competente cuando ésta lo solicite⁵.

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 064-2009-EM de fecha 9 de setiembre de 2009, se aprobó la Norma para la Inspección Periódica de Hermeticidad de Tuberías y Tanques Enterrados que almacenan combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos, la cual dispuso en su artículo 5°, la obligación de implementar un Sistema de Detección de Fugas de tanques que cuente, entre otras obligaciones, con un control mensual de inventarios de combustibles líquidos y otros derivados de los hidrocarburos; y asimismo que se consideren: i) las mediciones de volumen de ingresos; ii) mediciones de volumen de retiros de combustibles y iii) la cantidad de combustibles que quedan en los tanques; así como los equipos utilizados para tales efectos⁶.

Finalmente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD, se aprobó el Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos (RIC), el cual tiene como objetivo establecer los lineamientos para el registro de información de los movimientos de existencias de combustibles líquidos, el cual es de aplicación obligatoria a nivel nacional, para los establecimientos de venta al público de combustibles líquidos, que cuenten con surtidores y/o dispensadores, entre los que se encuentra la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE.⁷ (subrayado es nuestro)



⁴ Constitución Política del Perú 1993

Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 103°. - (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)”

Artículo 109°. - (...) La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

⁵ Decreto Supremo N° 054-93-EM

Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles derivados de Hidrocarburos

Artículo 310.- Medición Diaria de los Volúmenes Contenidos en los Tanques

Deberá efectuarse comprobaciones diarias de los volúmenes que existan en cada tanque, para verificar posibles pérdidas, los resultados deberán registrarse en un libro, el que debe quedar a disposición de la Autoridad Competente, cuando esta lo solicite.

⁶ Decreto Supremo N° 064-2009-EM

Norma para la Inspección Periódica de Hermeticidad de Tuberías y Tanques Enterrados que almacenan combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos

Artículo 5.- Del Sistema de Detección de Fugas de tanques

Donde se instalen tanques enterrados se debe implementar un Sistema de Detección de Fugas que cumpla con las siguientes consideraciones:

1. Control de Inventarios.- El control de inventarios de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos debe realizarse en forma mensual. Para ser considerado como fuga el volumen deberá ser mayor al 0.5% del manipulado en el STE del mes evaluado. Para detectar una fuga debe considerarse lo siguiente:

a) Las mediciones del volumen de inventario para ingresos y retiros de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos y la cantidad que queda en el tanque serán registrados cada día de operación a la misma hora;

⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD.

Anexo 1

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación El presente procedimiento es aplicable a nivel nacional para el registro de movimientos de existencias de combustibles líquidos en Establecimientos de venta al público de combustibles líquidos que cuenten con surtidores y/o dispensadores.

RESOLUCIÓN N° 064-2019-OS/TASTEM-S2

Ahora bien, cabe mencionar que en el artículo 6° del Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD, se establece expresamente lo siguiente:



*"Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD
Registro de Inventario de Combustibles Líquidos (RIC)
Anexo 1*

Artículo 6º.- Otras obligaciones referidas al RIC

Conforme a lo señalado en el artículo 4º del presente procedimiento, la información a ser ingresada en el RIC, deberá cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

6.1. Cada establecimiento de venta al público de combustibles líquidos deberá contar con registros propios, idóneos y exclusivos, y es responsable de tomar las acciones correspondientes a fin de mantenerlos a disposición de OSINERGMIN.

6.2. El registro deberá contener los formatos y requisitos que OSINERGMIN apruebe para estos efectos. Asimismo, deberá estar debidamente foliado y cada hoja firmada por el responsable del establecimiento para su identificación. Los establecimientos que administren sus inventarios de combustibles en medios electrónicos o en sistemas de información, también deberán registrar diariamente la información solicitada en el RIC. (...)

En este contexto, se tiene que los Establecimientos de venta al público de combustibles líquidos, que cuenten con surtidores y/o dispensadores, están obligados a contar con cuadernos y/o libros del Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos. La infracción a esta obligación, se encuentra tipificada en el numeral 2.15 del anexo 1 de la Resolución N° 271-2012-OS/CD. (subrayado es nuestro)

Al respecto, con fecha 17 de enero de 2018, Osinergmin realizó la visita de supervisión al Establecimiento de venta al público de titularidad de la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE, a efectos de realizar la verificación SCOP de dicho establecimiento, por lo que durante dicha visita, se solicitó el libro de Registro de Inventario de Combustibles (RIC), el cual debe tener registrado los movimientos de inventarios de combustibles líquidos, indicando las ventas y descargas realizadas de los productos Gasohol 90P, Gasohol 95P, Gasohol 97P y Diésel B5 S-50, los mismos que tiene autorizado comercializar, según Registro de Hidrocarburos N° 21773-050-07091.



No obstante, el Sr. [REDACTED] identificado con DNI N° [REDACTED], quien es Gerente General de la estación de servicios, no presentó la información solicitada.

Así pues, en el presente caso se ha imputado a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE en el Oficio N° 1089-2018-OS/OR ICA mediante el cual se le notificó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, toda vez que se verificó que el establecimiento no cuenta con cuadernos y/o libros de Registro de Inventario de Combustibles (RIC) para los productos que expende (DB5-S50, G-90 Plus, G-95 Plus y G-97 Plus).

En ese sentido, al no haberse desvirtuado el citado incumplimiento y considerando que la recurrente no ha remitido medio probatorio alguno que desvirtúe la infracción debidamente acreditada por esta entidad, esta Sala considera que la sanción impuesta mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2427-2018-OS/OR ICA a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE no ha vulnerado el Principio de Causalidad dispuesto en el numeral 8 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁸. Por lo tanto, la apelación presentada por la administrada deviene en infundada en este extremo.

⁸ Adicionalmente, cabe precisar que la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE como empresa autorizada para operar la Estación de Servicios, está obligada a realizar las acciones conducentes para cumplir con lo establecido en el Registro de Inventario de Combustibles Líquidos, aprobado por Resolución

5. De otro lado, sobre lo alegado respecto del Principio de Culpabilidad, cabe señalar que, según dicho principio, establecido en el numeral 10 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.



Al respecto, el artículo 1° de la Ley de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, establece que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos, entre otros, bajo el ámbito de competencia de Osinergmin, constituye infracción sancionable, siendo que su determinación se realizará de forma objetiva y de conformidad con la Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN correspondiente que establezca su tipificación. (Subrayado agregado)

En ese sentido, si bien las leyes mencionadas establecen textualmente que la determinación de la infracción, bajo la competencia de Osinergmin, se realizará de forma objetiva, dicha determinación hace referencia a la responsabilidad administrativa, pues se debe entender a la infracción⁹ como la acción u omisión que implique el incumplimiento de la normativa bajo el ámbito de la competencia de Osinergmin o de disposiciones emitidas por este organismo, la misma que debe recaer en quien realiza tal conducta, sin incluir supuesto de dolo o culpa alguno que deba considerarse para que se configure la infracción. (subrayado agregado)

Asimismo, esta Sala verifica que la resolución de sanción se emitió en concordancia con el Principio de Culpabilidad regulado en el numeral 10 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, ya que el criterio de responsabilidad objetiva por las infracciones, bajo competencia de Osinergmin, se encuentra establecida por ley, por lo que no corresponde la aplicación de supuestos de culpabilidad.



De la misma forma, no enerva la responsabilidad administrativa por el incumplimiento detectado, el hecho de que la recurrente sostiene que Osinergmin cuenta con dicha información en sus archivos, toda vez que la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE es titular responsable de la Estación de Servicios, la cual viene operando de acuerdo al Registro de Hidrocarburos N° 21773-056-070917, por lo que debió realizar todas las acciones conducentes a fin de cumplir lo establecido en el Registro de Inventario de Combustibles Líquidos, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD; en ese sentido, lo manifestado su recurso no lo exime de la sanción, más aún cuando la norma es clara en establecer las obligaciones.

Por lo tanto, este extremo del recurso deviene infundado.

Sobre la aplicación del eximente de responsabilidad por caso fortuito

6. Respecto a lo sostenido en el literal c) de la presente resolución, cabe indicar que la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE alega que debe aplicarse el eximente de responsabilidad administrativa por la causal de caso fortuito, toda vez que refiere la pérdida de sus registros y libros de inventarios de combustibles, por lo que considera se ha configurado la existencia de una situación que la exime de responsabilidad.

de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD, en el cual se establece la obligación de contar con un cuaderno y/o libro de Registro de Inventario de Combustibles Líquidos, para los productos que expenden.

⁹ Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 8.- Infracción administrativa

8.1 Constituye una infracción administrativa, toda acción u omisión que implique el incumplimiento de la normativa bajo el ámbito de competencia de Osinergmin o de disposiciones emitidas por este organismo.

RESOLUCIÓN N° 064-2019-OS/TASTEM-S2



Ahora bien, resulta pertinente mencionar que el presente incumplimiento se encuentra referido a inobservar el artículo 6° del Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD, establece que es de aplicación obligatoria a Establecimientos de venta al público de combustibles líquidos, que cuenten con surtidores y/o dispensadores, el registro de movimientos de existencias de combustibles líquidos. (subrayado agregado)

Sobre el particular, se verifica que en la Carta de Visita de Supervisión N° 0019793-DSR fue suscrita por el señor [REDACTED] quien se identificó como Gerente de la Estación de Servicios. Además, durante la supervisión se dejó constancia del hecho que motivó el inicio del presente procedimiento, ya que en dicho documento se indica que la finalidad era la de realizar una supervisión SCOP; consignándose lo siguiente:

"Carta de Visita de Supervisión N° 0019793-DSR del 17 de enero de 2018

Observaciones

Se realizó la visita de supervisión, verificándose que el establecimiento no cuenta con el cuaderno de Registro de Inventario de Combustibles Líquidos (RIC).

(...)"

(subrayado agregado)

Asimismo, el mencionado representante de la empresa no formuló observación alguna a su contenido; derecho reconocido en el artículo 167° del T.U.O de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹⁰.

Por lo expuesto, correspondía que la empresa fiscalizada cuente con el cuaderno de Registro de Inventario de Combustibles Líquidos, cuya obligación no fue cumplida por la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE, alegando un caso fortuito.



Sobre el particular, cabe precisar que a través del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016 se modificó la Ley N° 27444, disponiéndose en el literal a) del numeral 1 de su artículo 236°-A que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracciones, el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada¹¹.

Al respecto, debe tenerse en consideración que MORÓN URBINA ha señalado que el caso fortuito se caracteriza porque es un proceso causal que no es obra de la naturaleza, sino del hombre, habiendo, por lo demás, un resultado imprevisible e inevitable. En el caso fortuito existe, por lo tanto, obra del hombre y presenta un nexo causal entre la acción de este y el resultado; no obstante, es un proceso que no resulta previsible. En ese sentido, se caracteriza por su imprevisibilidad, inevitabilidad y, sobre todo, por la ausencia de relación entre la voluntad del agente y el resultado.

Asimismo, el citado autor señala que la presencia de este suceso elimina la responsabilidad al no haber sido deseado el resultado por el autor o no haber podido ser evitado, a pesar de actuar con

¹⁰ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 167. Elaboración de actas 167.1 Las declaraciones de los administrados, testigos y peritos son documentadas en un acta, cuya elaboración sigue las siguientes reglas: (...)

3. Los administrados pueden dejar constancia en el acta de las observaciones que estimen necesarias sobre lo acontecido durante la diligencia correspondiente.

¹¹ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones (...)

a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.

diligencia debida. Debido a que la conducta del presunto infractor no ha sido determinante para la configuración de la infracción, no puede exigirse responsabilidad administrativa¹². (subrayado agregado)



De conformidad con lo expuesto, el caso fortuito deberá constituir una situación extraordinaria, imprevisible e irresistible; es decir, totalmente ajena a los riesgos inherentes a las actividades realizadas por el presunto causante y frente a la cual éste no podía hacer nada en lo absoluto, a efectos de ameritar la exoneración de responsabilidad.

Cabe señalar que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, la administrada no acreditó fehacientemente algún suceso de fuerza mayor que le haya impedido presentar el citado registro durante la vista de supervisión realizada el 17 de enero de 2018; por lo tanto, la responsabilidad administrativa atribuida a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE se encuentra debidamente motivada.

En efecto, cabe precisar que la alegada pérdida del libro de Registro de Inventario de Combustibles Líquidos no constituye un caso fortuito, toda vez que no tiene la característica de ser un hecho extraordinario, inevitable e imprevisible. La administrada, como empresa dedicada a las actividades de hidrocarburos y conocedora de las normas aplicables, tuvo la posibilidad de adoptar las acciones necesarias para reparar, de ser el caso, la supuesta pérdida y contar con el registro para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida; sin embargo, esto no ocurrió.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se advierte que no se ha vulnerado el derecho de defensa del recurrente, dado que el pronunciamiento emitido por la primera instancia fue debidamente motivado y se sustentaron los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales correspondía determinar la responsabilidad administrativa de la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE; en consecuencia, no se vulneró el Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹³.



Por lo tanto, la apelación presentada por la administrada deviene en infundada en este extremo.

Sobre el cálculo de multa y la presunta vulneración a los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad

7. Respecto a lo indicado en los literales d) y e) del numeral 2 de la presente resolución, respecto a que la sanción de multa de 2.76 (dos con setenta y seis centésimas) UIT es confiscatoria y desproporcionada, es preciso señalar que el Principio de Razonabilidad¹⁴ regulado por el numeral

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 12ª edición, 2017, Tomo II, pág. 507.

¹³ T.U.O. de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. 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. (...)

¹⁴ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3 del artículo 248° del T.U.O. de la LPAG, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, señala que 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 ese sentido, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción debiendo observar los siguientes criterios de graduación: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Al respecto, para la determinación de la multa respecto del presente incumplimiento, el artículo 25° del RSFS¹⁵ establece que cuando la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación: gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia en la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido, la capacidad económica, la probabilidad de detección y las circunstancias de la comisión de la infracción.

En ese orden de ideas, la Oficina Regional de ICA determinó la multa de acuerdo a la Metodología General dispuesta por la Resolución de Gerencia General N° 352 para el cálculo de multa de las infracciones que no cuentan con criterios específicos de sanción.

Es así que el cálculo de la multa se realizó en función a la siguiente fórmula:

$$M = \frac{(B + \alpha D)}{P} \times A$$

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

- a) Gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido. Para efectos de la determinación de la multa, la gravedad de la conducta infractora está determinada por la magnitud de la multa prevista en la Escala de Multas aprobada.
- b) Perjuicio económico causado. Para efectos de la determinación de la multa se calcula el daño desde el punto de vista económico que ha generado la conducta infractora respecto del interés público o los bienes jurídicos protegidos.
- c) Reincidencia en la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior. Para dichos efectos se consideran también las infracciones menos graves que no fueron sancionadas debido a un concurso de infracciones, así como aquellas infracciones que fueron sujetas al reconocimiento a que se refiere el artículo 236-A de la Ley N° 27444.
- d) Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de OSINERGMIN, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.
- e) Capacidad económica. Para efectos de la determinación de la multa, se puede considerar la capacidad económica o riqueza del infractor para afrontar la sanción económica. La capacidad económica o riqueza a considerar es la proveniente de las rentas de actividades propias del infractor como las que se generen en el grupo económico al que pertenezcan.
- f) Probabilidad de detección. Para efectos de la determinación de la multa se puede considerar tanto la naturaleza de la infracción como la periodicidad de las acciones de supervisión y fiscalización realizada por OSINERGMIN respecto de la conducta infractora.
- g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

Donde "B" es igual al beneficio ilícito generado por la infracción, " α " es el porcentaje del daño derivado de la infracción, "D" es el valor del perjuicio o daño provocado por la infracción, "p" corresponde a la probabilidad de detección y "A" representa los factores agravantes y atenuantes.

Conforme a lo antes expuesto, se advierte que, para el cálculo de la multa, se han considerado elementos tales como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, el daño y los factores agravantes o atenuantes. Al respecto, cabe precisar lo siguiente:

- En cuanto al **beneficio ilícito**, la recurrente alega que la primera instancia no ha tenido en cuenta que su representada no se ha beneficiado de ninguna forma.

Sobre el particular, tal como ha señalado la primera instancia en el quinto párrafo del numeral 2.1.3 de la Resolución N° 2427-2018-OS/OR ICA, el beneficio ilícito se estima "*en base a las ganancias que obtendría la empresa infractora al no cumplir con la normatividad*". (subrayado agregado)

En ese sentido, el argumento de la recurrente sobre que no se ha beneficiado de ninguna forma, queda desvirtuado, toda vez que el beneficio ilícito se estima en base a las ganancias que obtendría la empresa infractora al no cumplir con la normatividad, que en el presente caso, se justifica en razón a que los costos asociados al personal encargado de verificar y mantener el cumplimiento de contar con un cuaderno y/o libro de Registro de Inventario de Combustibles Líquidos (RIC), de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 146-2011-OS/CD.

- De la misma forma, en cuanto al **costo evitado**, la recurrente manifiesta que no se ha sustentado de qué manera su representada habría evitado un costo determinado.

Al respecto, para la determinación del costo evitado, conforme se puede advertir del numeral 2.1.3 (Cálculo de Multa) de la resolución apelada¹⁶, en el apartado "fecha de subsanación" del cuadro que contiene el cálculo de la multa de la presente infracción, se indicó que "no aplica" la fecha de subsanación.

En efecto, se consideró el costo evitado¹⁷, toda vez que se verificó que la administrada no realizó inversión alguna para subsanar las infracciones cometidas.

Adicionalmente, se precisa que el costo evitado está determinado por el costo de la remuneración del personal encargado de verificar y mantener en orden cada uno de los ítems requeridos por la normativa¹⁸, referidos al Registro de Inventario de Combustibles

¹⁶ Sobre ello, en el sexto párrafo del numeral 2.1.3 de la Resolución N° 2427-2018-OS/OR ICA, especifica que el costo evitado es el "*monto a precios de mercado, de aquel requisito necesario para el desarrollo de las actividades en cumplimiento de la norma, el cual puede estar expresado en unidades monetarias correspondientes a otro período, en cuyo caso se debe actualizar dicho valor, haciendo uso del IPC, a fin de tener el costo evitado expresado en unidades monetarias correspondientes a la fecha de la infracción. Dicho valor será actualizado a la fecha del cálculo de multa*". (subrayado agregado)

¹⁷ Costo Evitado: inversiones que debieron realizarse para cumplir con la normativa vigente y que no fueron efectivamente realizadas.

¹⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 143-2011-OS/CD. Registro de Inventario de Combustibles Líquidos (RIC)
Anexo 1

Artículo 6°.- Otras obligaciones referidas al RIC

Conforme a lo señalado en el artículo 4° del presente procedimiento, la información a ser ingresada en el RIC, deberá cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

6.1. Cada establecimiento de venta al público de combustibles líquidos deberá contar con registros propios, idóneos y exclusivos, y es responsable de tomar las acciones correspondientes a fin de mantenerlos a disposición de OSINERGMIN.

6.2. El registro deberá contener los formatos y requisitos que OSINERGMIN apruebe para estos efectos. Asimismo, deberá estar debidamente foliado y cada hoja firmada por el responsable del establecimiento para su identificación. Los establecimientos que administren sus inventarios de combustibles en medios electrónicos o en sistemas de información, también deberán registrar diariamente la información solicitada en el RIC.

Líquidos (RIC), siendo cada uno independiente del otro y de la cantidad de productos que no cumplan con los ítems del RIC (5 ítems), obteniéndose como resultado un presupuesto de US\$ 260.00, de acuerdo al siguiente detalle:

Costo de la remuneración del personal: US\$ 13 (por cada hora laborada)
Horas laboradas: 4 horas (en un día de trabajo)
Número de ítems contenidos en la normativa: 5 ítems RIC

$13 \text{ US\$} \times 4 \text{ horas} \times 1 \text{ día laborado} \times 5 \text{ ítems RIC} = 260 \text{ US\$}$

- Aunado a ello, en cuanto al **valor actual del costo evitado**, es preciso indicar que, sobre la aplicación del costo evitado, se aplicó como factor de actualización el Índice de Precio al Consumidor (IPC) desde la fecha de cálculo del presupuesto (en el rubro “presupuesto”) hasta la fecha de cálculo de la infracción (en el rubro “presupuesto a la fecha de la infracción”), obteniendo el beneficio generado por la infracción actualizado a la fecha de cálculo de multa.

En cuanto a la aplicación del Índice de Precios del Consumidor (IPC), se debe precisar que uno de los principales usos del IPC consiste en actuar como factor de actualización de valores nominales, es decir, se emplea para convertir valores monetarios nominales en valores monetarios reales en función a la pérdida de valor adquisitivo que una moneda ha tenido a través del tiempo debido a la inflación.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que de acuerdo al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 502, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29438, corresponde al Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI publicar y difundir a los organismos del Estado y a cualquier persona natural o jurídica interesada con carácter de norma legal, la variación mensual que haya experimentado el IPC en el ámbito del nivel de nacional y el IPC de Lima Metropolitana. (subrayado agregado)

En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que el uso del IPC como factor de actualización dentro del cálculo de las multas impuestas a la apelante se encuentra justificado a nivel legal y es conforme con la práctica administrativa, dado su carácter significativo a nivel estadístico en el ámbito nacional; por lo que resulta correcto su aplicación.

- Adicionalmente, respecto al **sustento de los valores utilizados para el cálculo de la multa**, se debe anotar que los costos hora/hombre utilizados para el presente caso, se obtuvieron de una fuente objetiva, considerando los costos hora-hombre correspondientes al segundo trimestre de 2013 determinados por la Oficina de Logística de Osinergmin en base a un estudio realizado por la empresa [REDACTED]

6.3. Su debida presentación implica que la información contenida en el RIC debe encontrarse actualizada al menos al día anterior de la fecha en que se realiza la visita de supervisión o de la fecha en que se notifique la solicitud de requerimiento por parte de OSINERGMIN, debiendo cumplir con los horarios de Corte establecidos en el presente procedimiento.

6.4. Es obligación del responsable o titular del Establecimiento contar en sus instalaciones con el Registro de Inventarios de Combustibles Líquidos, de manera que se puedan verificar los movimientos de existencias de al menos los últimos (03) tres meses, contados desde el día de la visita de supervisión o cuando esta administración así lo requiera formalmente.

6.5. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, OSINERGMIN podrá requerir a los titulares de los Establecimiento de venta al público de combustibles líquidos la remisión de la misma información de periodos anteriores a los últimos (03) meses.

6.6. En caso de errores en la consignación de la información en el RIC, se deberán hacer las correcciones respectivas en la línea hábil siguiente, sin borrar la(s) anotación(es) errada(s) y haciendo mención de dicho evento en el campo “observaciones” de la nueva línea, del formato que la Gerencia General de OSINERGMIN apruebe.

En ese sentido, considerando lo desarrollado por la Oficina Regional de Ica, se tomó como referencia al Salary Pack, que es un documento elaborado por la empresa [REDACTED], el cual recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en nuevos soles a junio de 2013. Dicho instrumento se elabora en función a información proporcionada por más de 250 (doscientos cincuenta) empresas nacionales e internacionales y de más de setecientos (700) puestos de trabajo entre posiciones corporativas, de empleados y obreros, por lo que refleja información objetiva del mercado.¹⁹

Dicho documento de [REDACTED] constituye una fuente objetiva y previsible, dado que es de público conocimiento, por lo que es un buen factor referente para los administrados. Por lo tanto, la información utilizada en la presente infracción, respecto al personal encargado de verificar el cumplimiento de contar con el Registro de Inventario de Combustibles Líquidos por producto, es válida y resulta aplicable en tanto que la administrada no presenta otras fuentes o valores objetivos a ser considerados²⁰.

- En cuanto al **valor de probabilidad de detección**, la recurrente refiere que se basa en una estadística indebida, porque se ha tomado como referencia una fecha que no corresponde (año 2013).

Sobre el particular, para que el cálculo de la probabilidad de detección sea técnicamente correcto, no se deben hacer estimaciones individualizadas, sino que se deben considerar indicadores de mercado.

Al respecto, en el presente caso, el valor de la probabilidad de detección se estimó en base a la información estadística brindada por el área técnica de la División de Supervisión Regional, correspondientes a las supervisiones realizadas en el período comprendido desde el 2013 hasta el 2017, las cuales son contrastadas con el universo de agentes existentes.

En efecto, las visitas de supervisión son periódicas y están sujetas a la disponibilidad de recursos humanos, por lo que se ha estimado que la probabilidad de detección de las infracciones está dada por el porcentaje de visitas realizadas a los agentes, expresada como participación del universo de agentes registrados en Osinergmin²¹, de acuerdo al siguiente cuadro:

Variable	2013	2014	2015	2016	2017
Total de agentes registrados	31,436	34,330	37,223	41,867	46,149
N° de visitas por supervisión operativa	4,686	5,178	5,382	4,631	7,543
N° de visitas por establecimientos no autorizados, denuncias y emergencias	1,303	1,096	1,271	1,563	1,745
Probabilidad de detección por año	24%	23%	24%	18%	23%
Promedio	22.4%				

¹⁹ Información extraída del pie de página N° 6 del Anexo de la Resolución N° 1342-2016 y el portal web [REDACTED], disponible en: [https://www.\[REDACTED\].es/servicios/consultoria/people-organization/salarypack.html](https://www.[REDACTED].es/servicios/consultoria/people-organization/salarypack.html)

²⁰ Si bien la administrada manifiesta que el cálculo no tiene sustento no adjuntó documentación que permita acreditar sus afirmaciones, no siendo posible su evaluación, ni análisis.

²¹ Al respecto, cabe precisar que, para dicho cálculo, se ha tomado como referencia el Registro de Hidrocarburos de Osinergmin, respecto del cual se tiene información sobre los agentes como Camiones tanque, Camiones Cisterna, Consumidores Directos, Distribuidores Minoristas, Estaciones de Servicio, Gasocentros de GLP y GNV, Grifos, Grifos Rurales, Grifos Flotantes, Locales de Venta y Redes de Distribución.

RESOLUCIÓN N° 064-2019-OS/TASTEM-S2

Por lo tanto, se verifica que la primera instancia sí ha considerado las supervisiones realizadas en los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, contrastadas con el universo de agentes existentes, obteniendo una probabilidad de detección anual, donde la probabilidad de detección representativa es igual al promedio de los cinco últimos años, el cual asciende a 22.4%.

Es pertinente indicar que es correcto que la primera instancia haya utilizado el resultado del promedio de la probabilidad de detección anual, toda vez que los datos anuales son estables en el tiempo (considerando los últimos cinco años: 2013-2017), los cuales tienen una varianza muy pequeña (24%, 23%, 24%, 18%, 23%). En ese sentido, dicho promedio es consistente y representativo.

En consecuencia, no corresponde amparar este extremo de la apelación.

- Con relación al factor D, sobre el daño o perjuicio provocado por la infracción, este no se ha considerado en la presente infracción, por lo que se le atribuyó un valor de 0.
- De otro lado, respecto del factor "A" para el presente incumplimiento, se aplicó el valor de 1, al no haberse reportado factores atenuantes o agravantes, de acuerdo a lo señalado en la resolución materia de impugnación.

En atención a lo señalado, sí existe un criterio técnico objetivo en los cálculos de multa por las infracciones mencionadas; por lo tanto, la resolución de sanción fue emitida en observancia del Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

En tal sentido, se advierte que la sanción impuesta para la infracción imputada a la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE se encuentra expresamente prevista por nuestro ordenamiento para casos como el que es materia de análisis en este procedimiento administrativo sancionador, por lo que no podría ser considerada confiscatoria ni desproporcionada, pues ha respetado a cabalidad las fórmulas establecidas para su cálculo

Adicionalmente, es oportuno resaltar que la sanción impuesta en aplicación de la Resolución de Gerencia General N° 352 se encuentra muy por debajo del tope máximo (hasta 25 UIT) previsto en el numeral 2.15 de la Resolución N° 271-2012-OS/CD, lo cual resulta favorable a la apelante.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que imponer a la recurrente una sanción distinta al marco normativo vigente en atención a su situación patrimonial, implicaría una vulneración al Principio de Imparcialidad previsto en el ítem 1.5 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

En ese sentido, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar los argumentos formulados en el recurso de apelación presentado por la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE a través del escrito N° 201800008341 del 7 de noviembre de 2018.

De conformidad con el numeral 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.

RESOLUCIÓN N° 064-2019-OS/TASTEM-S2

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa BUSTAMANTE Y PASTOR COMBUSTIBLE S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2427-2018-OS/OR ICA del 2 de octubre de 2018, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - 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

