

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 367-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 16 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700049533 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa SUPER SERVICENTRO SEÑOR DE CCOYLLORITTI S.C.R.L., representada por el señor Alejo Quispe Laura, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1540-2018-OS/OR MADRE DE DIOS del 20 de junio de 2018, mediante la cual se la sancionó por cerrar la orden de pedido SCOP sin recibir físicamente el producto.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 1540-2018-OS/OR MADRE DE DIOS, la Oficina Regional de Madre de Dios sancionó a la empresa SUPER SERVICENTRO SEÑOR DE CCOYLLORITTI S.C.R.L., en adelante, SUPER SERVICENTRO, con una multa de 1.16 (Una con dieciséis centésimas) UIT por registrar la recepción (cierre) de la orden de pedido N° 11356338261, sin recibir físicamente el producto autorizado por el SCOP; conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 045-2001-EM y artículo 7° del Anexo I del Texto Único Ordenado del Reglamento de Uso de Sistemas de Posicionamiento Global (GPS) aprobado mediante Resolución N° 076-2014-OS/CD ¹	4.7.6 ²	1.16 UIT

¹ Decreto Supremo N° 045-2001-EM

Disposición Complementaria

Primera. -

Los agentes de la cadena de comercialización de combustibles líquidos, compuesta por: Productores, Distribuidores Mayoristas, Distribuidores Minoristas, Establecimientos de Venta al Público y Transportistas como elemento complementario, así como los Consumidores Directos deberán cumplir las normas para el control de órdenes de pedido que emitirá el OSINERG.

Resolución N° 076-2014-OS/CD

Anexo I

Artículo 7.- Cierre de Órdenes de Pedido

Todos los agentes indicados en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2003-OS-CD, que aprueba el Sistema de Control de Órdenes de Pedido, sus respectivas normas modificatorias y/o ampliatorias, deberán cerrar la respectiva orden de pedido una vez que la Unidad de Transporte haya efectuado la descarga en las instalaciones de los referidos agentes, según corresponda.

Dicha obligación se encuentra sujeta a la respectiva supervisión y fiscalización de OSINERGMIN.

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

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. 2° de la R.C.D. N° 394-2005-OS/CD, R.C.D. N° 183-2007-OS/CD, R.C.D. N° 196-2010-OS/CD, R.C.D. N° 005-2012-OS/CD, R.C.D. N° 069-2012-OS/CD.

Multa: Hasta 50 UIT.

SUPER SERVICENTRO registró el cierre de la orden de pedido N° 11356338261 un día antes de haber recibido físicamente el producto autorizado por el SCOP, asociado a la unidad vehicular con placa de rodaje N° C3Y-973 consistente en el transporte de 6200 galones de Diésel B5 S-50.		
TOTAL		1.16 UIT

Como antecedentes, corresponde citar los siguientes:

- a) Conforme consta en el Informe de Supervisión N° IS-2332-2017/OR-MDD obrante de fojas 6 a 14 del expediente, mediante supervisión en gabinete realizada el 30 y 31 de marzo de 2017 al grifo de registro de hidrocarburos N° 43234-050-221212 ubicado en [REDACTED] se constató que SUPER SERVICENTRO cerró la orden de pedido N° 11356338261 asociado a la unidad vehicular de placa de rodaje N° C3Y-973 sin haber recibido físicamente los 6200 galones de Diésel B5 S-50 que solicitó.

Cabe precisar que la orden de pedido N° 11356338261 fue cerrada el día 21 de marzo de 2017 a las 08:38:59 horas, mientras que la unidad de placa de rodaje N° C3Y-973 llegó al destino de descarga el 22 de marzo de 2017 a las 19:39 horas.

- b) Por Oficio N° 719-2017-OS/OR MADRE DE DIOS de fecha 24 de octubre de 2017 notificado el 31 de octubre de 2017, al que se adjuntó el Informe de Inicio N° 554-2017-OS/OR MADRE DE DIOS de fecha 24 de octubre de 2017, se comunicó a SUPER SERVICENTRO el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador y se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- c) Con escrito de registro N° 201700049533 de fecha 6 de noviembre de 2017, SUPER SERVICENTRO presentó sus descargos.
- d) Mediante Oficio N° 2051-2018-OS/DSR de fecha 22 de marzo de 2018 notificado el 26 de marzo de 2018, se trasladó a SUPER SERVICENTRO el Informe Final de Instrucción N° 690-2018-OS/OR MADRE DE DIOS del 22 de marzo de 2018 y se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- e) Con escrito de registro N° 201700049533 de fecha 2 de abril de 2018, SUPER SERVICENTRO presentó descargos al Informe Final de Instrucción.
- f) A través de la Resolución de Oficinas Regionales N° 1540-2018-OS/OR MADRE DE DIOS de fecha 20 de junio de 2018 notificada el 21 de junio de 2018 se sancionó a SUPER SERVICENTRO con una multa de 1.16 (una con dieciséis centésimas) UIT.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito con registro N° 201700049533 de fecha 5 de julio de 2018, SUPER SERVICENTRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1540-2018-OS/OR MADRE DE DIOS del 20 de junio de 2018 solicitando su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

- a) En el Informe de Inicio la primera instancia señaló que los incumplimientos fueron constatados mediante el Acta de Fiscalización N° 201700048867 contenida en el Informe de Supervisión N° IS-2265-2017 del 30 de marzo de 2017.

Sin embargo, toda vez que en el ítem II del dicha Acta de Fiscalización OSINERGMIN indicó que "(...) La persona fiscalizada cumple con las obligaciones materia de fiscalización por lo que se dispondrá el archivo de la instrucción", no se advierte la existencia de ningún incumplimiento normativo, por lo que lo detectado durante la visita de supervisión resulta incongruente con la resolución de sanción. En efecto, para atribuir responsabilidad administrativa la primera instancia sólo se centra en lo descrito por los órganos instructor y sancionador, vulnerando el derecho de motivación de la resolución de sanción³ y el derecho a la tutela procesal.

Asimismo, en sus descargos⁴ indicó el recorrido real de la unidad de transporte de placa de rodaje N° C3Y-973 efectuada durante los días 21 y 22 de marzo de 2017, señalando que el día 21 de marzo de 2017 descargó 6180 galones de Diésel B5 S-50, posteriormente cerró el SCOP y el 22 de marzo de 2018 descargó los 20 galones restantes, produciéndose un pequeño derrame al momento de desconectarse la manguera, el cual conforme consta en el expediente N° 201700044988 fue verificado por el supervisor de OSINERGMIN el 23 de marzo de 2017, quien al no encontrar ningún hecho irregular determinó el archivo del reporte preliminar. No obstante, dicho argumento no fue considerado por la resolución de sanción.

Además, de conformidad con el numeral 16.1 del artículo 16° de la Ley N° 27444, para que un acto administrativo sea eficaz debe cumplir determinadas formalidades y requisitos legales. En ese orden de ideas, dado que no es cierto que a través del Acta de Fiscalización N° 201700048867 se verificó el incumplimiento imputado, la notificación de la imputación de cargos no surte sus efectos, debiendo retrotraerse el procedimiento sancionador al momento de la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

³ Cita el fundamento 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3943-2006-PA/TC.

⁴ Adjunta el siguiente cuadro:

Fecha	Hechos	Hora
Día 20 de marzo de 2017	Planta de Electro Perú Madre de Dios emite factura N° FE68-0016138.	Aprox. 10:00 hrs. Vehículo sale de la Planta de Petroperú rumbo al establecimiento
Día 20 de marzo de 2017	El vehículo de placa N° C3Y-973 llega a [REDACTED] (grifo).	Hora 10:00 horas
Día 20 de marzo de 2017	Vehículo de placa N° C3Y-973 permanece en el establecimiento a la espera de cupo en tanques de almacenamiento.	Todo el día
Día 21 de marzo de 2017	Vehículo de placa N° C3Y-973 procede a hacer descargo de combustible en forma gradual en tanque de almacenamiento, quedando 20 galones.	Entre las 8:00 y las 8:40 horas
Día 22 de marzo de 2017	Establecimiento registra en el Libro RIC sobre combustible recibido.	8:00 horas
Día 22 de marzo de 2017	Se produce derrame de combustible en el vehículo de placa N° C3Y-973 (al desconectarse la manguera) al intentar descargar los 20 galones de combustible remanente del grifo Coylloritti.	19:40 horas
Día 22 de marzo de 2017	Vehículo de placa N° C3Y-973 se dirige al Grifo El Salvador SRL ubicado en [REDACTED]	21:30 horas
Día 23 de marzo de 2017	Personal de OSINERGMIN se constituye al lugar verifica pequeño derrame y recomienda presentar reporte.	9:30 horas
Día 23 de marzo de 2017	Se presente reporte de un pequeño derrame, dentro de las 24 horas de ocurrido	11:51 horas

Adicionalmente, si bien el literal f) del numeral 18.2 del artículo 18° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD dispone que es obligación del órgano instructor notificar con el inicio del procedimiento sancionador toda la documentación que sustente los incumplimientos, el presente procedimiento sancionador fue iniciado sin habersele trasladado el Acta de Fiscalización N° 201700048867 y el Informe de Supervisión N° IS-2265-2017 del 30 de marzo de 2017 mencionados por la primera instancia en el Informe de Inicio, con lo cual se vulneró su derecho de defensa y se le negó la oportunidad de conocer el incumplimiento constatado por OSINERGMIN.

Por lo tanto, toda vez que la resolución de sanción vulneró la norma constitucional que garantiza el debido procedimiento y Ley N° 27444, se incurrió en las causales de nulidad descritas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444 y modificatorias. Menciona que otros casos en los que se incurrió en el mismo ilícito administrativo fueron resueltos de modo distinto.

b) No se le trasladó el Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD, limitándose su derecho de defensa desde el inicio del procedimiento sancionador. De habersele notificado el mismo habría demostrado lo siguiente:

- La supervisión tardía de OSINERGMIN realizada el 30 de marzo de 2017, 8 días después de la descarga del combustible Diésel B5 S-50 efectuada los días 21 y 22 de marzo de 2017 en el establecimiento de SUPER SERVICENTRO no permitió verificar que el día 21 de marzo de 2017 descargaron 6180 galones y el 22 de marzo de 2017, los 20 galones restantes.

En ese orden de ideas, toda vez que en realidad el vehículo de placa de rodaje C3Y-973 llegó al establecimiento el 20 de marzo de 2017, el anexo 2 del citado Informe contiene una imprecisión al indicar que llegó el 22 de marzo de 2017.

- El Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD describe hechos distintos a los indicados en el Acta de Fiscalización N° 201700048867⁵, por lo cual no es idóneo ni compatible con lo verificado en la fiscalización efectuada el 30 de marzo de 2017 y no puede servir de base al inicio del procedimiento sancionador.
- En el párrafo quince del considerando 2.3 de la resolución de sanción se reconoce el desarrollo de dos supervisiones distintas, sin embargo, ello no se indicó entre los fundamentos que determinaron el inicio del procedimiento sancionador a través del Oficio N° 719-2017-OS/OR MADRE DE DIOS e Informe de Inicio N° 554-2017-OS/OR MADRE DE DIOS.

c) Mediante Resolución N° 352-2011-OS/GG del 19 de agosto de 2011, para la determinación de las sanciones de las infracciones que no cuentan con criterio específico de sanción. se estableció la siguiente fórmula:

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

⁵ El Ítem II (conclusiones de la actividad de fiscalización) del Acta concluyó que "la persona fiscalizada cumple con las obligaciones materia de fiscalización por que se dispondrá el archivo de la instrucción".

Donde “B” es el beneficio ilícito, “ αD ” es el porcentaje del daño o perjuicio derivado de la infracción, “p” el nivel de probabilidad de detección y “A” la sumatoria de los factores agravantes y atenuantes.

Asimismo, mediante el Lineamiento I aprobado por Resolución de Sala Plena N° 001-2013-OS/OR TASTEM se determinó que las instancias sancionadoras deben observar el Principio de Razonabilidad, por lo tanto, se debe considerar los costos, gastos o inversiones destinados a dar cumplimiento a la normativa infringida.

En ese orden de ideas, sostiene que el factor “B” no ha sido calculado correctamente pues se efectuó en función de los costos evitados y no postergados, pese a que SUPER SERVICENTRO subsanó el incumplimiento. Conforme se observa del Libro RIC del establecimiento y de la fotografía N° 2 del Informe de Supervisión N° IS-2332-2017/OR MDD del 31 de marzo de 2017 que obra en el expediente N° 201700049533, los 6200 galones de Diésel B5 S-50 fueron ingresados a los tanques de almacenamiento de la empresa SUPER SERVICENTRO los días 21 y 22 de marzo de 2018 con un sólo día de retraso, por lo que resultaría contraproducente calcular dicho factor en función de los costos evitados.

Además, si bien a través de la Resolución de Oficinas Regionales N° 5424-2017-OS/OR MADRE DE DIOS del 26 de mayo de 2017⁶, la Oficina Regional Madre de Dios dispuso la medida administrativa de suspensión del establecimiento de registro de hidrocarburos N° 43234-050-221212 debido a que la orden de pedido N° 11356338261 fue cerrada un día antes de haber recibido físicamente los 6200 galones de Diésel B5 S-50, posteriormente mediante Resolución N° 3058-2017-OS-MADRE DE DIOS del 4 de julio de 2017 (expediente N° 201700049534) procedió a habilitar el mismo, al concluir que con la descarga de la totalidad del combustible superó las causales que determinaron la medida administrativa. Dichos documentos contenidos en los expedientes N° 201700049534 y 201700084563 demostrarían que SUPER SERVICENTRO subsanó oportunamente el incumplimiento imputado, no obstante, los mismos no han sido debidamente evaluados por el órgano instructor ni el sancionador.

De ahí que el cálculo de multa efectuado tomando en cuenta el periodo comprendido del 21 de marzo de 2017 a enero de 2018 (periodo de 10 meses) es irracional, pues correspondería a un presunto beneficio ilícito que no existió.

Por lo tanto, se observa que en la determinación de la sanción se vulneraron los Principios de Legalidad y Razonabilidad⁷, incurriéndose en la causal de nulidad descrita en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 y modificatorias, por lo que de acuerdo con el numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444 se debe disponer la nulidad de la resolución de sanción⁸.

Sobre el particular menciona que la instancia superior no puede adoptar un criterio más perjudicial al administrado, de acuerdo al último párrafo del numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley N° 27444 y modificatorias y la prohibición de reforma en peor.

⁶ Cuyo análisis fue desarrollado en el Informe de Medida Administrativa N° 97-2017-OS/OR MADRE DE DIOS del 18 de abril de 2017 (expediente N° 201700049534).

⁷ Normado en el 1.1 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 y modificatorias.

⁸ Cita el fundamento 11 de la sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC y sentencia recaída en el expediente N° 03951-2007-PA/TC.

- d) Sostiene que el Tribunal Constitucional ha establecido el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad en función del cual se prohíbe el ejercicio del poder estatal que no respete sus competencias y facultades.
3. A través del Memorándum N° 52-OS/OR MADRE DE DIOS recibido el 24 de julio de 2018 por la Sala 2 del TASTEM, la Oficina Regional Madre de Dios Norte remitió el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Con relación a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que la Primera Disposición Complementaria del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM y modificatoria establece que los agentes de la cadena de comercialización de combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos deberán cumplir las normas para el control de órdenes de pedido que emita OSINERGMIN.

Asimismo, el artículo 1° de la Resolución N° 048-2003-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 183-2007-OS/CD señala que están sujetos obligatoriamente al Sistema de Control de Órdenes de Pedido, los agentes de la cadena de comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de Hidrocarburos, entre ellos, los Establecimientos de Venta al Público⁹.

Es importante mencionar que el SCOP tiene por objeto validar y monitorear en línea las transacciones comerciales que llevan a cabo los agentes del mercado de hidrocarburos, quienes deben registrar y/o actualizar en el sistema SCOP el estado de la orden de pedido de acuerdo a la etapa en que se encuentre. Es así que, cada agente de la cadena de comercialización está obligado a cumplir las normas jurídicas del procedimiento SCOP para la generación, despacho y cierre de cada orden de pedido, por cada compra y/o venta efectuada a través del SCOP.

Es ese orden de ideas, se debe precisar que los agentes compradores están obligados a finalizar las órdenes de pedido cuando el combustible solicitado es entregado y descargado físicamente en los tanques de almacenamiento, procediendo al "cierre" de la orden de pedido registrada en el SCOP. La trasgresión de dicha obligación se encuentra tipificada en el numeral 4.7.6 de la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, que para dicha infracción prevé una multa de hasta 50 (cincuenta) UIT.

En este caso, del Reporte de Seguimiento mediante Sistema de Control de Órdenes de Pedido obrante a fojas 11 del expediente se aprecia que la orden de pedido N° 11356338261 por la cantidad de 6200 galones de Diésel B5 S-50 fue cerrada por SUPER SERVICENTRO el 21 de marzo de 2017 a las 08:38:59 horas. De otro lado, del libro Registro de Inventario de Combustibles (RIC) del producto Diésel B5 S-50 se constata que dicho producto fue recibido el 22 de marzo de 2017 y del Reporte de Seguimiento mediante GPS se observa que el vehículo de placa de rodaje N°

⁹ Resolución N° 048-2003-OS/CD

Artículo 1.- Aprobar el Sistema de Control de Órdenes de Pedido, al cual están sujetos obligatoriamente los agentes de la cadena de comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de Hidrocarburos, compuesta por: Productores, Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuertos, Terminales, Distribuidores Mayoristas, Distribuidores Minoristas, Comercializadores de Combustible de Aviación, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Establecimientos de Venta al Público, Transportistas, Consumidores Directos con Instalaciones Fijas y Móviles y todo aquel que comercialice Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos.

C3Y-973 que transportaba los 6200 galones de Diésel B5 S-50 llegó al establecimiento de SUPER SERVICENTRO el 22 de marzo de 2017 a las 19:39 horas.

Los medios probatorios antes descritos permiten advertir que la orden de pedido N° 11356338261 fue cerrada por la administrada sin antes haber recibido el producto en el establecimiento que lo solicitó, incurriendo en la infracción tipificada en el numeral 4.7.6 de la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD. En efecto, del Reporte de Seguimiento mediante GPS y del libro Registro de Inventario de Combustibles se advierte que el transportista recién arribó a las instalaciones de SUPER SERVICENTRO el 22 de marzo de 2017, procediendo en dicha fecha a la descarga del combustible, mientras que la orden de pedido N° 11356338261 fue cerrada el 21 de marzo de 2017 a las 08:38:59 horas.



De otro lado, el 30 de marzo de 2017 se realizó una supervisión a las instalaciones del establecimiento operado por SUPER SERVICENTRO para verificar el cumplimiento de normas jurídicas de hidrocarburos sobre el Registro de Inventarios de Combustibles. En la misma se efectuó el varillado de los tanques de almacenamiento y se concluyó que los volúmenes encontrados eran consistentes con los consignados en el Registro de Inventarios de Combustibles, por lo que a través del Acta de Fiscalización N° 201700048867 e Informe de Supervisión N° IS-2265-2017 se recomendó el archivo de dicha instrucción preliminar.

Se debe precisar que el Acta de Fiscalización N° 201700048867 y el Informe de Supervisión N° IS-2265-2017 son el resultado de una supervisión distinta a aquella efectuada en gabinete para verificar si SUPER SERVICENTRO cerró la orden de pedido N° 11356338261 sin antes haber recibido físicamente el producto (normas SCOP).



Asimismo, cabe anotar que el seguimiento del recorrido mediante GPS no tiene vinculación con el resultado de la supervisión efectuada en campo a través del Acta de Fiscalización N° 201700048867 para constatar el cumplimiento de las normas sobre el Registro de Inventarios de Combustibles.

En ese orden de ideas, si bien la administrada sostiene que a través del Acta de Fiscalización N° 201700048867 y el Informe de Supervisión N° IS-2265-2017 OSINERGMIN señaló que SUPER SERVICENTRO cumplía sus obligaciones, dicha calificación fue efectuada respecto del cumplimiento de las normas sobre el Registro de Inventarios de Combustibles que fue la materia fiscalizada en dicha supervisión. Suponer que ello se extiende a la supervisión efectuada sobre el cumplimiento de las normas del SCOP carece de todo sustento.

Por consiguiente, se advierte que la primera instancia consideró los medios probatorios pertinentes al caso para determinar la responsabilidad administrativa de SUPER SERVICENTRO (Reporte de Seguimiento mediante Sistema de Control de Órdenes de Pedido, libro Registro de Inventario de Combustibles y Reporte de Seguimiento mediante GPS) por el ilícito administrativo imputado en el presente procedimiento, por lo que el inicio del procedimiento sancionador por haber cerrado la orden de pedido sin haber recibido físicamente el producto se encuentra debidamente acreditado.

Asimismo, es importante anotar que la resolución de sanción se encuentra debidamente motivada de acuerdo con los medios probatorios obrantes en el expediente y las normas jurídicas que regulan las obligaciones vinculadas al sistema SCOP. Además, en el numeral 2.3 de la

resolución de sanción se desvirtuaron los argumentos de defensa planteados por SUPER SERVICENTRO durante el procedimiento sancionador.

Por lo tanto, durante la tramitación del procedimiento sancionador no se vulneró el derecho a la tutela procesal de los administrados, el derecho de defensa, ni el Principio de Debido Procedimiento, ni se incurrió en alguna de las causales de nulidad descritas el artículo 10° de la Ley N° 27444 y modificatorias.

Finalmente, si bien la administrada sostiene que otros procedimientos sancionadores fueron resueltos de modo distinto, no menciona como se resolvieron los mismos, ni a que procedimientos se refiere a efectos de poder analizarlos y evaluar la pertinencia de dicho argumento.

Por lo tanto, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

5. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, el acápite 3 del numeral 234.1 del artículo 234° de la Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272 en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, señala que para ejercer la potestad sancionadora obligatoriamente se debe cumplir con notificar a los administrados los hechos imputados, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir, las posibles sanciones a imponer, así como la autoridad sancionadora competente y la norma que lo faculta¹⁰.

Asimismo, el artículo 18° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD establece que para efectos de iniciar el procedimiento administrativo sancionador el órgano instructor notifica los hechos verificados imputados como presunta infracción y el sustento de la misma, la norma incumplida, las sanciones que se le pudiera imponer de verificarse la infracción, el órgano competente para imponer la sanción, la norma que le otorga la competencia, el plazo para remitir descargos por escrito y la documentación que sirve de sustento al inicio del procedimiento administrativo sancionador¹¹.

En este caso, a través del Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD se efectuó una

¹⁰ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 234. Caracteres del procedimiento sancionador

234.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.
2. Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del artículo 162, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

¹¹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 18.- Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

(...)

18.2 Para efectos de iniciar el procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor notifica al Agente Supervisado lo siguiente:

- a) Los hechos verificados imputados como presunta infracción, precisando el sustento de la misma.
- b) La norma incumplida.
- c) Las sanciones que se le pudiera imponer de verificarse la infracción.
- d) El órgano competente para imponer la sanción y la norma que le otorga la competencia.
- e) El plazo para remitir descargos por escrito, el cual no puede ser inferior a cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- f) La documentación que sirve de sustento al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

18.3 La documentación recabada por OSINERGMIN durante la supervisión como sustento de la imputación de cargos se presume cierta, salvo prueba en contrario.

supervisión en gabinete para determinar si SUPER SERVICENTRO había cerrado la orden de pedido N° 11356338261 sin haber recibido físicamente el producto, incluyendo como medios probatorios el Reporte de Seguimiento mediante Sistema de Control de Órdenes de Pedido, el Reporte de Seguimiento mediante GPS y el libro Registro de Inventario de Combustibles (RIC) del producto Diésel B5 S-50, recomendándose el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Así, a través del Oficio N° 719-2017-OS/OR MADRE DE DIOS del 24 de octubre de 2017 y el Informe N° 554-2017-OS-OR MADRE DE DIOS de la misma fecha, ambos notificados el 31 de octubre de 2017, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, comunicando a SUPER SERVICENTRO los hechos imputados verificados en la supervisión de gabinete efectuada a través del Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD, la base legal incumplida, las infracciones que tales hechos podían constituir de conformidad con la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD que nos remite a los topes de las sanciones a imponer, así como que el Jefe de la Oficina Regional de Madre de Dios era la autoridad competente para sancionar de conformidad con la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD.

Es importante resaltar que el Informe N° 554-2017-OS-OR MADRE DE DIOS de fecha 24 de octubre de 2017 contiene la documentación que sirve de sustento al procedimiento administrativo sancionador, tales como el Reporte de Seguimiento mediante Sistema de Control de Órdenes de Pedido, el Reporte de Seguimiento mediante GPS y el libro Registro de Inventario de Combustibles (RIC) descritos en el Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD.

Por lo tanto, si bien no se notificó a la administrada el Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD se cumplió con lo normado por el acápite 3 del numeral 234.1 del artículo 234° de la Ley N° 27444 y modificatorias y el artículo 18° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, pues entre otros aspectos, se trasladaron a la administrada los medios probatorios que sirven de sustento al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

De otro lado, se debe mencionar que la supervisión de fecha 30 de marzo de 2018 se efectuó a partir de la comunicación que SUPER SERVICENTRO cursó a OSINERGMIN con fecha 23 de marzo de 2017 para remitir el Reporte Preliminar de Emergencia. Por lo tanto, si bien la administrada señala que la supervisión en campo fue tardía, lo cierto es que OSINERGMIN actuó de acuerdo a sus funciones de supervisión y fiscalización en el marco de sus competencias a partir de la comunicación que la administrada realizó el 23 de marzo de 2017¹².

Sin perjuicio de lo indicado, cabe reiterar que la supervisión de campo antes descrita realizada a través del Acta de Fiscalización N° 201700048867 tenía por objeto constatar el cumplimiento de las normas jurídicas de hidrocarburos sobre el Registro de Inventarios de Combustibles, y no determinar si la orden de pedido N° 11356338261 fue cerrada antes haber recibido físicamente el producto (normas SCOP). De ahí que los resultados de la mencionada supervisión de campo no la eximen de responsabilidad administrativa por el ilícito administrativo detectado en gabinete sobre el cumplimiento de las normas del SCOP. Sobre el particular, es de indicar que la explicación antes descrita respecto a la existencia de dos (2) supervisiones distintas resultó

¹² El 23 de marzo de 2017, SUPER SERVICENTRO presentó el Reporte Preliminar de Incidentes, indicando que el 22 de marzo de 2017 a las 19:40 horas realizó la descarga del combustible Diésel B5 S-50, y de un momento de otro se desconectó la manguera de la boca de llenado produciéndose un derrame.

pertinente recién cuando la administrada presentó argumentos de defensa.

Asimismo, se debe precisar que la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que permita acreditar su afirmación respecto a que el vehículo de placa de rodaje C3Y-973 llegó al establecimiento el 20 de marzo de 2017, por lo que de conformidad con el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS¹³, no procede amparar su argumento. Por el contrario, del Reporte de Seguimiento mediante GPS obrante a fojas 9 del expediente, el cual se presume cierto salvo prueba en contrario¹⁴, se constata que el citado medio de transporte llegó al establecimiento de SUPER SERVICENTRO el 22 de marzo de 2017 a las 19:39 horas¹⁵.

Conforme a lo anterior, se concluye que si bien no se trasladó a la administrada el Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD, se cumplió con lo normado por el acápite 3 del numeral 234.1 del artículo 234° de la Ley N° 27444 y modificatorias y el artículo 18° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, pues a través del Informe de Inicio se puso en conocimiento de la administrada los medios probatorios que sirvieron de sustento al inicio del procedimiento administrativo sancionador, encontrándose facultada a contradecirlos. De ahí que no se vulneró el derecho de defensa de la recurrente.

Además, cabe precisar que el Informe de Supervisión N° IS-2332-2017-OR-MDD, al formar parte del expediente, se encontraba a disposición de la administrada para que, de considerarlo pertinente, pueda acceder al mismo vía lectura del expediente y/o solicitar copias, no existiendo en el expediente medio probatorio alguno que permita acreditar que se le limitó tal derecho. Sobre el particular, es de mencionar que el literal 3 del artículo 55° de la Ley N° 27444 determina que es derecho de los administrados, acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo, sufragando el costo que suponga su pedido¹⁶.

Por lo tanto, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

¹³ Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 162.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

¹⁴ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 18.- Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

(...)

18.3 La documentación recabada por OSINERGMIN durante la supervisión como sustento de la imputación de cargos se presume cierta, salvo prueba en contrario.

¹⁵ Informe de Supervisión N° IS-2332-2017/OR-MDD del 31 de marzo de 2017

Anexo 2

Figura	Fecha	Hora	Descripción
1	18-03-2017	10:45	Salida de la unidad de transporte terrestre de Combustibles Líquidos y OPDH con placa de rodaje C3Y-973 desde la Planta de Abastecimiento MOLLENDO-AREQUIPA.
2	22-03-2017	19:39	Ubicación de la unidad de placa de rodaje C3Y-973, donde se observa que llega a su destino de descarga, y a su vez se evidencia que no concuerda con la fecha y hora del cierre de la orden de pedido N° 11356338261 que registra el SCOP.

¹⁶ Ley N° 27444

Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.

6. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, que deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción¹⁷.

Acorde a ello, en el numeral 2.4 (Determinación de la Sanción) de la Resolución N° 1540-2018-OS/OR MADRE DE DIOS del 20 de junio de 2018, la Oficina Regional Madre de Dios precisó que el cálculo de la multa se realizó en función a la siguiente fórmula:

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

Donde "B" es igual al beneficio 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 a los factores agravantes y atenuantes. En el presente caso, SUPER SERVICENTRO sólo ha cuestionado aspectos relacionados al factor "B".

Sobre el particular, cabe anotar que si la infracción no fue subsanada por la administrada, resulta proporcional al incumplimiento calificado como infracción, que el factor "B" sea determinado en base a los costos evitados generados desde la comisión de la infracción hasta la fecha de cálculo de la multa.

Ahora bien, la obligación de cerrar la orden de pedido sin haber recibido físicamente el producto tiene por objeto evitar la informalidad en las transacciones que efectúan los agentes de hidrocarburos, para lo cual resulta necesario que el estado "cerrado" de la orden de pedido se efectúe inmediatamente después de que el producto comercializado es recibido en el establecimiento que lo solicitó. En ese sentido, la infracción se configura al constatar el cierre anticipado de la orden de pedido, quedando consumada en dicho momento. Por lo tanto, dado que no cabe revertir sus efectos, no cabe admitir como subsanable dicha infracción.

En esa línea de razonamiento, a través del literal f) del inciso 15.3 de la Resolución N° 040-2017-OS/CD se reguló que los incumplimientos sobre obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP) no son pasibles de subsanación¹⁸.

¹⁷ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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.

¹⁸ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación:

f) Incumplimientos de normas sobre uso del equipo de Sistema de Posicionamiento Global, obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP), o falta de registro y/o actualización de precios de venta de combustible en el Sistema Price de OSINERGMIN.

Por lo tanto, si bien la administrada alega que los 6200 galones fueron ingresados en su establecimiento con un sólo día de retraso, no cabe admitir dicha acción como subsanación de la infracción imputada, dado que para el cumplimiento de la obligación no sólo se requiere que el combustible comercializado sea recibido en el establecimiento que lo solicitó, sino también que la orden de pedido sea cerrada inmediatamente después de la descarga. De ahí que, dado que con la descarga del combustible en el establecimiento no queda superado el incumplimiento, no cabe efectuar el cálculo del beneficio ilícito en función de los costos postergados, sino de los costos evitados.

De otro lado, si bien a través de las Resoluciones N° 5424-2017-OS/OR MADRE DE DIOS del 26 de mayo de 2017 y N° 3058-2017-OS-MADRE DE DIOS del 4 de julio de 2017 (expedientes N° 201700049534 y 201700084563, respectivamente), la primera instancia suspendió y posteriormente habilitó el registro de hidrocarburos N° 43234-050-221212, ello se efectuó de acuerdo con lo normado por el literal m) del artículo 20° de la Resolución N° 191-2011-OS/CD modificada por Resolución N° 170-2013-OS/CD y el artículo 39° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, que regula la medida administrativa a tomarse cuando se detecta el cierre de la orden de pedido sin haber recibido en físico el producto, cuya finalidad es evitar una posible situación de peligro.

En efecto, conforme se aprecia del numeral 4.5 del Informe de Habilitación de Registro de Hidrocarburos N° 118-2017-OS/OR MADRE DE DIOS¹⁹ del 4 de julio de 2017 que sustentó la Resolución N° 3058-2017-OS-MADRE DE DIOS del 4 de julio de 2017, la habilitación del registro de hidrocarburos se produjo al constatar que el combustible fue descargado en el establecimiento que generó la orden de pedido y dado que la administrada manifestó haber tomado las medidas de control y directivas para cumplir a futuro las normas SCOP, lo cual permitió concluir que se produjo el cese de la situación de peligro que motivó la medida, por lo que de conformidad con el artículo 39° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD se dispuso su levantamiento.

En ese sentido, de modo contrario a lo afirmado por la recurrente, la primera instancia dispuso el levantamiento de la medida administrativa impuesta al considerar que la situación de peligro generada por el cierre de la orden de pedido sin haber recibido el producto en físico fue superada, mas no porque se produjo la subsanación de dicha infracción, la cual además es de naturaleza insubsanable.

Sobre el particular, es importante precisar que las medidas administrativas responden a un objeto distinto al tramitado a través del procedimiento sancionador²⁰, cuya finalidad es evitar que el bien jurídico tutelado siga siendo afectado por el ilícito administrativo.

De lo anterior, se constata que el beneficio ilícito, y la determinación de la multa se efectuó de acuerdo con el Principio de Razonabilidad, por lo que no se incurrió en causal de nulidad alguna.

¹⁹ Informe de Habilitación de Registro de Hidrocarburos N° 118-2017-OS/OR MADRE DE DIOS del 4 de julio de 2017

4. Análisis

4.5. Por lo expuesto, la empresa administrada acreditó que el medio de transporte llegó al establecimiento ubicado en Madre de Dios, asimismo indica que ha tomado las medidas de control y directivas para que se cumpla la normativa referente al SCOP, corresponde disponer la habilitación del registro de hidrocarburos N° 43234-050-221212 (...).

²⁰ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 35.- Medidas administrativas

35.5 Las medidas administrativas no tienen carácter sancionador; responden a naturaleza y objetivos diferentes.

Atendiendo a lo señalado, este Órgano Colegiado procede a desestimar lo alegado en este extremo del recurso de apelación.

7. Con relación a lo alegado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que el literal a) del numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, establece que el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería -TASTEM tiene competencia para resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las resoluciones dictadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores²¹.

Asimismo, el numeral 16.3 del artículo 16° del Reglamento antes mencionado señala que la Sala 2 del TASTEM tiene competencia en las materias de hidrocarburos líquidos y minería²².

Por lo tanto, este órgano colegiado evalúa el presente recurso administrativo de acuerdo a sus facultades y competencias.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° de la 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.

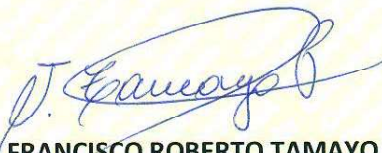
SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la empresa SUPER SERVICENTRO SEÑOR DE CCOYLLORITTI S.C.R.L. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1540-2018-OS/OR MADRE DE DIOS del 20 de junio 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: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.




JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

²¹ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Artículo 16.- Competencia del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería

16.1 El Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería -TASTEM tiene competencia para resolver en segunda y última instancia administrativa:

a) Los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las resoluciones dictadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores.

²² Resolución N° 044-2018-OS/CD

Artículo 16.- Competencia del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería

16.3 La Sala 1 del TASTEM tiene competencia en materias de electricidad y gas natural; y la Sala 2 del TASTEM tiene competencia en las materias de hidrocarburos líquidos y minería.