

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 425-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 13 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700220770 que contiene el recurso de apelación interpuesto por el señor ERASMO CONDORI QUISPE, contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO del 27 de agosto de 2018, a través de la cual se le sancionó por incumplir con normas del subsector Hidrocarburos.



CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2137-2018-OS/OR CUSCO del 27 de agosto de 2018, la Oficina Regional Cusco sancionó al señor ERASMO CONDORI QUISPE, con una multa de 3 (tres) UIT por incumplir el tercer párrafo del artículo 60° del Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles Derivados de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-93-EM, incorporado mediante Decreto Supremo N° 015-2014-EM, en adelante Reglamento de Seguridad, conforme al siguiente detalle:

| INFRACCIÓN | TIPIFICACIÓN | SANCIÓN |
|--|---------------------|--------------------------|
| <p>Tercer párrafo del artículo 60° del Reglamento de Seguridad¹</p> <p>Del análisis de la documentación remitida por la policía, el grifo operado por ERASMO CONDORI QUISPE, vendió 500 galones de Diesel B5 S-50 en bidones de plástico a [REDACTED] el día 16 de diciembre de 2017, los que fueron encontrados en el vehículo camión Unimog. Asimismo, se encontró tres (3) facturas con N° 0002-0004461, 0002-0004462 y 0002-0004463 por la cantidad de 275 galones de Diesel B5 S-50 cada una, de fecha 08 de diciembre de 2017.</p> | 4.7.10 ² | 3 UIT |
| TOTAL | | 3 UIT³ |



¹ REGLAMENTO APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 054-93-EM, INCLUIDO POR DECRETO SUPREMO N° 015-2014-EM. Artículo 60.- (...)

En caso que el despacho de Combustibles, desde las Estaciones de Servicio, Grifos y Grifos Rurales, no se realice de manera directa al tanque de un vehículo, solo se permitirá el despacho de Combustibles Clase II a Contenedores Intermedios y hasta un máximo de 264 galones por cliente y por día. Para tal efecto los operadores de dichos establecimientos deberán cumplir con lo siguiente:

- Verificar que el Medio de Transporte de Combustibles Líquidos en Contenedores Intermedios cuente con Inscripción vigente en el Registro de Hidrocarburos, siempre que el volumen a transportar sea mayor a 55 galones.
- Verificar que el referido cliente sea un consumidor final.
- Llevar un registro de cada despacho efectuado, acorde a los formatos establecidos por el OSINERGMIN. (...)

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

Rubro 4: Otros Incumplimientos

4.7 Incumplimiento de las obligaciones relativas al SCOP

4.7.10 Exender, Abastecer, Despachar, Comercializar, Entregar Hidrocarburos u Otros Derivados a personas no autorizadas o en lugar distinto al que figura en la dirección del establecimiento autorizado en la Orden de Pedidos SCOP.

Base Legal: 3era. Disposición transitoria del Reglamento aprobado por D.S. N° 01-94-EM, Art. 9° del D.S. N° 026-2008-EM, Art. 86° inciso I) del Reglamento aprobado por D.S. N° 030-098-EM, Art. 42° incisos a) y b) y 3era. Disposición Complementaria del Reglamento aprobado por D.S. N° 045-2001-EM, Art. 10° del D.S. N° 045-2005-EM, Art. 1° y 13° del Anexo 1 de la R.C.D. 091-2010-OS/CD y Art. 1° y 14° del Anexo 1 de la R.C.D. N° 191-2011-OS/CD.

Multa: Hasta 150 UIT.

Otras sanciones: Cl, CB, CE, ITV, Suspensión de Registro hasta por 90 días calendario, cancelación del registro.

³ Corresponde precisar que, para la determinación y graduación de la sanción se aplicó el criterio específico establecido en la Resolución de Gerencia General N° 352 de fecha 19 de agosto de 2011 y sus modificatorias. Asimismo, se consideró lo dispuesto en el Informe Final de Instrucción N° 1146-2018-OS/OR CUSCO de fecha 24 de mayo de 2018.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 16 de diciembre de 2017, a las 11:30 horas aproximadamente, personal policial intervino en el Sector "Y" Carretera de Quince Mil, hacia el campamento minero "Tejada", un camión Unimog conducido por el señor [REDACTED] dentro del cual se encontraron diez bidones de plástico conteniendo un total de 500 galones de combustible Diesel B5 S-50.



En la intervención, el conductor del vehículo proporcionó las Facturas N° 0002-0004518 y N° 0002-0004519, ambas de fecha 16 de diciembre de 2017 emitidas por el señor ERASMO CONDORI QUISPE, por la venta de 305.556 galones y 284.445 galones, respectivamente. Además, se encontró dentro del camión las Facturas N° 0002-0004461, N° 0002-0004462 y N° 0002-0004463, todas ellas de fecha 08 de diciembre de 2017, por la venta de 275 galones de Diesel B5 S-50, cada una⁴.

Cabe señalar que en las cinco facturas mencionadas en el párrafo precedente se consignó a la señora [REDACTED] como compradora del combustible.

- b) Con fecha 26 de diciembre de 2017 la VII Macro Región Policial de la Sub Dirección General de la Policía Nacional del Perú remitió a OSINERGMIN el Oficio N° 479-2017-VII-MACRO-REGPOL/RP-CUS-COMCIA.RUR-Q/CRQL, el cual adjuntó la documentación relacionada con la intervención policial de fecha 16 de diciembre de 2017.



- c) A través del Oficio N° 952-2018-OS/OR CUSCO notificado el 03 de abril de 2018, se comunicó al señor ERASMO CONDORI QUISPE el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para que presente sus descargos⁵.
- d) Por escrito presentado el 09 de abril de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700220770, el señor ERASMO CONDORI QUISPE presentó descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

Posteriormente, con escrito de mismo registro, presentado el 04 de mayo de 2018, el señor ERASMO CONDORI QUISPE remitió copia de la DISPOSICIÓN N° 2: NO PROCEDENCIA DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, de fecha 02 de marzo de 2018, emitida por la Primera Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, la cual declaró que no procedía formalizar ni continuar con la investigación preparatoria contra el conductor del camión Unimog, [REDACTED], por la presunta comisión de Delito Tributario, en su modalidad de Elaboración y Comercio Clandestino de Productos, sub tipo Comercio Clandestino.

- e) Mediante Oficio N° 721-2018-OS/OR CUSCO notificado con fecha 30 de mayo de 2018, se trasladó al señor ERASMO CONDORI QUISPE el Informe Final de Instrucción N° 1146-2018-OS/OR CUSCO de fecha 24 de mayo de 2018 y se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles

⁴ Conviene indicar que, aunque en las facturas se consigne el nombre de Estación de Servicio "Mayara" ubicado en [REDACTED], no obstante, el RUC N° 10252192421 que se consigna en dichos documentos corresponde al señor ERASMO CONDORI QUISPE, por ello, se concluye que dicha persona, que cuenta con Registro de Hidrocarburos N° 116990-050-150117 es quien realizó la venta de combustible. Asimismo, se precisa que el establecimiento operado por el señor ERASMO CONDORI QUISPE se ubica [REDACTED]

⁵ El inicio de procedimiento sancionador se sustenta en el Informe de Instrucción N° 996-2018-OS/OR CUSCO de fecha 23 de marzo de 2018.

para remitir sus descargos.

- f) Con escrito del 05 de junio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700220770, el señor ERASMO CONDORI QUISPE presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- g) A través de la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO, notificada con fecha 03 de setiembre de 2018, se sancionó al señor ERASMO CONDORI QUISPE.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de fecha 20 de setiembre de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700220770, el señor ERASMO CONDORI QUISPE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre el cuestionamiento a las acciones de supervisión

- a) Señala que, a pesar de que en la resolución impugnada se indica que se realizó un proceso de supervisión en el establecimiento operado por el recurrente, el mismo que no ha sido objeto de supervisión directa, sea pre operativa u operativa, según las modalidades establecidas en el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS.



Sobre la preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador y la aplicación del Principio de Non Bis In Idem

- b) Cuestiona que, para la determinación de responsabilidad administrativa, la primera instancia no ha considerado que la Primera Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, mediante Disposición N° 2, concluyó que no procedía formalizar ni continuar con la investigación preparatoria por la presunta comisión del delito de comercio clandestino, habida cuenta que se demostró que la venta de combustible se realizó en las cantidades permitidas, no probándose que la venta de contenedores se realizó con vehículo no autorizado.
- c) Sostiene que, cuando los mismos hechos sean materia de un proceso penal y de un procedimiento administrativo sancionador, el trámite de este último estará vinculado a lo que se decida en el primero⁶. Además señala que, de conformidad con diversa jurisprudencia y doctrina⁷, debe aplicarse el Principio de *Ne Bis In Idem* y *Non Bis In Idem* puesto que entre el

⁶ Sustenta dicho argumento citando los fundamentos 17 y 19 de la Sentencia Exp. 2050-2002-AA/TC, los cuales indican lo siguiente:

Fundamento 17: "(...) cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, solo podría darse una vez finalizado el proceso penal pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una sanción administrativa, sino por la comisión de un ilícito penal, sin embargo, la autoridad administrativa, si está vinculada por los hechos declarados como probados en el proceso penal/judicial."

Fundamento 19: "Es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los Órganos del Estado. Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos (penal y administrativo) el Órgano Administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que el proceso penal se haya declarado como probado o improbadamente."

⁷ Para sustentar su posición ha citado diversa doctrina y jurisprudencia las cuales se mencionan a continuación:

- a) Cesar San Martin Castro en su libro Derecho Procesal Penal Volumen I, en referencia al latinazgo que nombra al principio del *Ne Bis In Idem* que es un aforismo latino que literalmente significa: "no dos veces lo mismo"
- b) El inciso 13° del artículo 139° de la Constitución Política del Perú señala que "son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)"
- c) El artículo 90° del Código Penal señala que "nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente"

proceso penal y el presente procedimiento administrativo sancionador existe la triple identidad: i) identidad de sujeto, pues en ambos estarían involucrados los señores [REDACTED] la [REDACTED] y el recurrente; ii) identidad de hecho, pues ambos se refieren a la comercialización de combustibles líquidos y vulneración del artículo 60° del Reglamento de Seguridad e iii) identidad de fundamento, pues en ambos la potestad punitiva del estado está dirigida a determinar si la venta de combustible se hizo conforme a lo establecido en dicho reglamento⁸.



Sobre la Solicitud de nulidad de la resolución impugnada

- d) Solicita la nulidad de la resolución impugnada por incumplir el requisito de finalidad pública del acto administrativo, causal establecida en el numeral 2 del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante T.U.O. de la Ley N° 27444, pues OSINERGMIN no ha considerado los medios de prueba y lo alegado por el recurrente, por lo que se ha incurrido en abuso de derecho⁹.



Sobre su solicitud de uso de la palabra y ampliación de descargos

- e) Solicita se le conceda el uso de la palabra, indicando que reserva su derecho de ampliar los argumentos de su apelación.
3. A través del Memorándum N° 43-2018-OS/OR CUSCO, recibido con fecha 26 de setiembre de 2018, la Oficina Regional Cusco remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTION PREVIA

Corrección de error material

- d) El artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, señala que "nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para los sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo."
- e) La Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 2050-2002-AA/TC indica que "en su formulación material, el enunciado según el cual nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento"
- f) En el caso [REDACTED] contra el Estado Peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que si una esfera judicial - en ese caso la justicia militar - se pronuncia al final del procedimiento sobre los hechos que fueron materia de procesamiento, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra referencia típica, sea de conocimiento de otra esfera judicial - la justicia ordinaria -
- g) En las Sentencias del Tribunal Constitucional Exp. N° 0729-2003-HC/TC y Exp. N° 2868-2004-AA/TC, que se remiten al artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se indican que "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a ley y el procedimiento penal de cada país". Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 0970-01-AA/TC mencionó que la actuación en sede judicial constituye un acto que prima sobre el efecto sancionador del ente administrativo, ya que se ha determinado la inexistencia de responsabilidad penal en la conducta del demandante. En consecuencia, al denegarse la reincorporación del demandante a su puesto de trabajo, se ha violado los derechos a la libertad de trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la presunción de inocencia y al honor y la buena reputación, consagrados en los artículos 2 inciso 7), 22 y 27 de la Constitución Política del Perú.
- h) La Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Green contra los Estados Unidos (1957) señaló que "la idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable".
- i) Reátegui Sánchez refiere que sobre la prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador: "(...) En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de Justicia, luego que aquella no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, "proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 152/2001). Por ello se infringe el ne bis in idem si por la misma ilicitud se ha iniciado un proceso penal y otro administrativo, ya que el poder vinculante del Poder Judicial con relación a la administración pública así lo exige"

⁸ El recurrente indica que la resolución impugnada no se pronunció respecto de lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 2050-2002-AA/TC.

⁹ Asimismo, invoca la aplicación del Principio de interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de reforma en peor.

4. Al respecto, cabe indicar que en los artículos 1° y 4° de la parte resolutive de la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO se consignó lo siguiente:

Artículo 1°.- SANCIONAR al administrado **ERSAMO CONDORI QUISPE**, con una multa de tres Unidades Impositivas Tributarias, 3 UIT, vigentes a la fecha de pago, por el incumplimiento N° 1 señalado en el numeral 2.2 de la presente resolución. (...)

Artículo 4°.- NOTIFICAR al administrado **ERSAMO CONDORI QUISPE**, el contenido de la presente Resolución.

Sin embargo, debe decir:

Artículo 1°.- SANCIONAR al administrado **ERASMO CONDORI QUISPE**, con una multa de tres Unidades Impositivas Tributarias, 3 UIT, vigentes a la fecha de pago, por el incumplimiento N° 1 señalado en el numeral 2.2 de la presente resolución. (...)

Artículo 4°.- NOTIFICAR al administrado **ERASMO CONDORI QUISPE**, el contenido de la presente Resolución.

Por lo tanto, considerando que dicho error material no altera el sentido de la resolución impugnada, en aplicación del numeral 210.1 del artículo 210° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁰, corresponde proceder a rectificarlo de oficio; precisando únicamente que en los artículos 1° y 4° de la parte resolutive de la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO debió consignarse **ERASMO CONDORI QUISPE** en vez de **ERSAMO CONDORI QUISPE**.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el cuestionamiento a las acciones de supervisión

5. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que según el artículo 31° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante Reglamento General, en concordancia con el sub numeral 4.3 del artículo 4° del RSFS, esta entidad ejerce la función de supervisión, lo que comprende la facultad de verificar el cumplimiento por parte de los agentes supervisados de las obligaciones normativas, contractuales, así como de las provenientes de disposiciones administrativas bajo su competencia¹¹.

¹⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 210. - Rectificación de errores

210.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

¹¹ REGLAMENTO GENERAL

Artículo 31.- Definición de Función Supervisora.

La función supervisora permite a OSINERG verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las ENTIDADES y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERG o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la ENTIDAD supervisada.

OSINERG ejercerá esta función en concordancia y con estricta sujeción a las normas legales del SECTOR ENERGIA.

La función supervisora de OSINERG no comprende las facultades otorgadas a PERUPETRO S.A. en virtud de la Ley N° 26221.

RSFS

Artículo 4.- Definiciones

Para los fines del presente Reglamento, los siguientes términos se definen como: (...)

4.3 Función supervisora

Comprende la facultad de verificar el cumplimiento por parte del Agente Supervisado de las obligaciones contenidas en la normativa, en los contratos de concesión o en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, así como en disposiciones administrativas, bajo competencia de Osinergmin, en los sectores energético y minero, según corresponda. Abarca las actividades desarrolladas previamente a que se disponga el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Esta función es ejercida por los órganos establecidos en el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin.

Según los numerales 11.1 y 11.4 del RSFS¹², las acciones de supervisión podrán ser efectuadas de manera, censal, muestral o específica, pudiendo ser en campo o en gabinete, lo que incluye la realización de visitas a las instalaciones del agente supervisado, la actuación de pruebas técnicas, el requerimiento o levantamiento de información, la instalación de equipos técnicos, la revisión de documentación en gabinete, entre otros.

Asimismo, según el numeral 11.3 del artículo 11° del precitado reglamento, las acciones de supervisión, podrán derivarse de, entre otros, denuncias y otras situaciones que a juicio de OSINERGMIN lo ameriten¹³.

En ese marco normativo, una vez que OSINERGMIN recibió el Oficio N° 479-2017-VII-MACRO-REGPOL/RP-CUS-COMCIA.RUR-Q/CRQL, que contiene la documentación recabada por la autoridad policial durante la intervención de fecha 16 de diciembre de 2017, se iniciaron las acciones de supervisión en gabinete, habida cuenta de que la conducta infractora materia de supervisión (venta de combustible incumpliendo el Reglamento de Seguridad), se realizó en un momento determinado por lo que la inspección del establecimiento operado por el recurrente en fecha posterior carecía de sentido.

Por lo señalado, se concluye que las acciones de supervisión se realizaron en cumplimiento del marco normativo vigente, debiendo desestimarse este extremo del recurso de apelación.

Sobre la preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador y la aplicación del Principio de Non Bis In Idem

6. Respecto de lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, conviene señalar que, de conformidad con el artículo 14° del RSFS, los informes de supervisión son los documentos que sustentan los hechos verificados durante las acciones de supervisión, siendo que su contenido se presume cierto, salvo prueba en contrario¹⁴.

De conformidad con el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones, siendo que, de conformidad con el Principio de Presunción de Veracidad contenido en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del citado texto único ordenado, la documentación que

¹² RSFS

Artículo 11.- Acciones de supervisión

11.1 Las acciones de supervisión son efectuadas de manera censal, muestral o específica, en campo o en gabinete, según lo determine Osinergmin en función de las obligaciones a supervisar. (...)

11.4 Las acciones de supervisión incluyen la realización de visitas a las instalaciones del Agente Supervisado, la actuación de pruebas técnicas, el requerimiento o levantamiento de información, la instalación de equipos técnicos, la revisión de documentación en gabinete, entre otros.

¹³ RSFS

Artículo 11.- Acciones de supervisión (...)

11.3 Las acciones de supervisión pueden derivarse de acciones programadas o pueden realizarse como consecuencia de accidentes, emergencias, denuncias, y otras situaciones que a juicio de Osinergmin lo ameriten.

¹⁴ RSFS

Artículo 14.- Informe de supervisión

Es el documento elaborado por la Empresa Supervisora o por Osinergmin, mediante el cual sustenta los hechos verificados durante una acción de supervisión. El contenido del informe de supervisión se presume cierto, salvo prueba en contrario. El informe elaborado por la Empresa Supervisora no tiene carácter vinculante para Osinergmin. (...)

presente se presumirá que responde a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario¹⁵.



En ese sentido, cabe recordar que el incumplimiento al tercer párrafo del artículo 60° del Reglamento de Seguridad materia del presente procedimiento sancionador está constituido por dos supuestos: i) el recurrente vendió combustible Diesel B5 S-50 a la señora Violeta Baca Casas en cantidades superiores a 264 galones diarios por cliente y ii) dicha venta se realizó mediante un medio de transporte en contenedores intermedios que no se encontraba inscrito en registro de hidrocarburos.

Al respecto, de la revisión de la Disposición N° 2 de la Primera Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, remitida por el recurrente mediante escrito presentado el 04 de mayo de 2018, se observa que la autoridad fiscal declaró que "no procedía formalizar ni continuar con la investigación preparatoria contra [REDACTED] por la presunta comisión de Delito Tributario, en su modalidad de Elaboración y Comercio Clandestino de Productos, subtipo Comercio Clandestino" al haberse demostrado que:

- Con fechas 5, 6, 7 y 8 de diciembre de 2017 se vendió 206.25 galones cada día (825 galones en total), sin embargo, a pedido del comprador, el detalle de la compra se consignó en 3 facturas correspondientes a 275 galones cada una.
- Con fechas 15 y 16 de diciembre de 2017 se vendió 250 galones cada día (500 galones en total), sin embargo, a pedido del comprador, el detalle de la compra se consignó en 2 facturas correspondientes a 215.556 y 284.445 galones cada una.



Cabe señalar que, aunque la investigación realizada por la Primera Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi tenía como investigado al conductor del medio de transporte, los hechos evaluados por la mencionada autoridad fiscal corresponden al supuesto i) que conforma la infracción materia de este procedimiento.

Contrariamente a lo señalado por el recurrente, si bien la Disposición N° 2 de la Primera Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, concluye que la venta del combustible Diesel B5 S-50 no excedió el tope de venta máximo de 264 por galones por día y por cliente, también se aprecia que dicha disposición no se ha pronunciado respecto de que el medio de transporte empleado no contaba con registro de hidrocarburos, lo cual es una infracción administrativa.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el recurrente no ha presentado ningún medio de prueba que desvirtúe la imputación de la infracción materia del presente procedimiento (sustentada en el Informe de Supervisión IS-13068-2017, obrante de fojas 22 a 25 del expediente), ha quedado acreditado el incumplimiento al tercer párrafo del artículo 60° del Reglamento de Seguridad, por lo que corresponde desestimar este extremo de su recurso de apelación.

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 171.- Carga de la prueba (...)

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

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:

1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

7. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, debe precisarse que la Tercera Disposición Complementaria Final de dicha norma establece que la misma es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales¹⁶.

La Sexta Disposición Complementaria Transitoria del T.U.O. de la Ley N° 27444 dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del mencionado Texto Único Ordenado¹⁷.

De conformidad con la función normativa de OSINERGMIN establecida en el artículo 21° del Reglamento General, en concordancia con el literal b) del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones de OSINERGMIN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM,¹⁸ el Consejo Directivo emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, publicada con fecha 18 de marzo de 2017 mediante la cual se aprobó el RSFS.

Según ello, el numeral 23.4 del artículo 23° del RSFS¹⁹, establece que la responsabilidad administrativa de los infractores bajo el ámbito de competencia de esta entidad es independiente de la responsabilidad civil, penal o administrativa bajo competencia de otra entidad, que pudiera originarse por las acciones u omisiones que configuran la infracción administrativa.

Conforme al marco normativo expuesto, en el recurso administrativo interpuesto por el recurrente se menciona la aplicación de los Principios de *Ne Bis In Idem* y *Non Bis In Idem*, al respecto, se precisa que el primero se encuentra recogido en el Código Procesal Penal aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957, publicado con fecha 29 de julio de 2004, mientras que el segundo está contenido en el T.U.O. de la Ley N° 27444; es decir, mientras el *Ne Bis In Idem* establece que, nadie podrá ser procesado o sancionado más de una vez por un mismo hecho (aplicable al proceso penal), el *Non Bis In Idem* dispone que los administrados no podrán ser sancionado por un mismo hecho sustentado en mismos fundamentos (aplicable al procedimiento administrativo sancionador).

¹⁶ T.U.O. de la Ley 27444

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Tercera.- Integración de procedimientos especiales

La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.

¹⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

Disposiciones Complementarias Transitorias

Sexta. - Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁸ REGLAMENTO GENERAL

Artículo 21.- Definición de Función Normativa

Corresponde a OSINERG dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las ENTIDADES y de éstas con sus usuarios.

RDF

Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo

El Consejo Directivo tiene las siguientes funciones: (...)

b) Ejercer las funciones normativa y reguladora de OSINERGMIN, de manera exclusiva, y a través de Resoluciones. (...)

¹⁹ RSFS

Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.4 La responsabilidad administrativa del infractor, bajo el ámbito de competencia de Osinergmin, es independiente de la responsabilidad civil, penal o administrativa bajo competencia de otra entidad, que pudiera originarse por las acciones u omisiones que configuran la infracción administrativa.

Dado que el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal constituyen instancias distintas e independientes entre sí, contando cada una con sus respectivos principios, garantías y marco normativo, corresponde que el presente procedimiento sea regulado por las disposiciones del procedimiento administrativo sancionador contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444, no siendo aplicable en este caso la normativa referente al proceso penal²⁰.

En ese sentido, el numeral 11 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que por el Principio de Non Bis In Idem no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento²¹, es decir, solo es aplicable dicho principio cuando existe más de un procedimiento administrativo sancionador en donde se configura la identidad de esos tres factores y no entre un procedimiento sancionador y un proceso penal, vías legales distintas.

Por lo expuesto, se indica que solo existe un procedimiento administrativo sancionador en el que se está evaluando la conducta infractora detectada con fecha 16 de diciembre de 2017, el cual es el tramitado en el Expediente N° 201700220770, en ese sentido, este extremo del recurso de apelación es infundado²².

Sobre la Solicitud de nulidad de la resolución impugnada

- Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, conviene indicar que, por disposición del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas²³.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden de modo enunciativo, mas no limitativo, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, emitida por autoridad competente²⁴.

²⁰ En el supuesto negado de que se pueda aplicar el principio de non bis in idem entre instancias distintas (un procedimiento sancionador y un proceso penal), se indica que, quien fue sujeto de investigación por la Primera Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi fue el conductor del camión Unimog, el señor [REDACTED] y no el recurrente, con lo cual ya no se cumpliría la identidad de sujeto que se alega en la apelación.

²¹ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

11. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. (...)

²² Sobre lo indicado en la nota al pie 7, la resolución impugnada se pronunció señalando que "mediante acuerdo plenario N° 1-2007/ESV-22 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha establecido como precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento, sus fundamentos cuarto y quinto, los cuales reafirman la autonomía del procedimiento administrativo sancionador respecto del proceso penal, por lo que teniendo en cuenta la independencia de la sede jurisdiccional respecto de la administrativa, no existe una vulneración del principio de Ne Bis in Idem, más aun si se tiene en cuenta que en el ámbito penal el administrado no tuvo la calidad de imputado (...)"

²³ T.U.O. de la Ley N° 27444

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:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

²⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento

Por otro lado, según el artículo 3° y el numeral 2 del artículo 10°, ambos del T.U.O. de la Ley N° 27444, constituye causal de nulidad de los actos administrativos el defecto o la omisión de sus requisitos de validez, entre los que se encuentra la Finalidad Pública²⁵.



Así las cosas, de conformidad con lo expuesto en los numerales 4 al 6 de la presente resolución, se aprecia que la emisión de la resolución impugnada se ha llevado a cabo en cumplimiento de los requisitos de validez de los actos administrativos, respetando las garantías del debido procedimiento administrativo, así como los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, contenidos en el artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, por lo que no ha existido el abuso de derecho que alega el recurrente.

Por lo expuesto, la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO no ha incurrido en causal de nulidad por defecto o la omisión de sus requisitos de validez, deviniendo este extremo del recurso en infundado²⁶.



Respecto a su solicitud de uso de la palabra

9. Con relación a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que conforme al artículo 33° del RSFS, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento²⁷.

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

²⁵ T.U.O de la Ley N° 27444

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: (...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...)

²⁶ Respecto de la aplicación del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad, conviene señalar que, en vista que ha quedado acreditado que la resolución materia de apelación se emitió conforme al debido procedimiento y demás garantías, se concluye que OSINERGMIN ha actuado cumpliendo con la igualdad de trato frente a los administrados, no actuando de forma arbitraria.

Asimismo, se precisa que la prohibición de reforma en peor es un precepto recogido en el numeral 27.7 del artículo 27° del RSFS, el mismo que, como ya se indicó en el párrafo anterior, es cumplido por esta entidad.

²⁷ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento."

Por su parte, el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 044-2018-OS/CD, establece que corresponde al Presidente del TASTEM disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte.²⁸

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por el apelante.

De otro lado, de la revisión del expediente, se verifica que el apelante a la fecha no ha presentado argumentos adicionales a su recurso de apelación, no correspondiendo, en consecuencia, emitir pronunciamiento adicional al respecto.

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

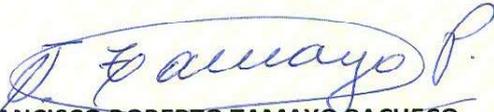
SE RESUELVE:

Artículo 1°.- RECTIFICAR de oficio la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO, de acuerdo a lo expuesto en el numeral 4 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el señor ERASMO CONDORI QUISPE contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2137-2018-OS/OR CUSCO del 27 de agosto de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harnes Bouroncle.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

²⁸ Resolución N° 044-2018-OS/CD

²⁹ Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos (...)

23.3 Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte. (...)"