

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

Lima, 12 de agosto del 2024

VISTO:

El Expediente N° 202100182299 que contiene el recurso de apelación interpuesto por el señor FRANCISCO CUEVA QUISPE, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS del 27 de junio de 2024, mediante la cual se le sancionó por incumplir normas del subsector hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS de fecha 27 de junio de 2024, se sancionó al señor FRANCISCO CUEVA QUISPE, en adelante el señor FRANCISCO CUEVA, con una multa de 1.1025 (una con mil veinticinco diezmilésimas) UIT por incumplir lo establecido en el Procedimiento aprobado mediante Resolución N° 400-2006-OS/CD y sus modificatorias, en concordancia con el Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 030-98-EM, conforme con el siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 8° del Procedimiento aprobado mediante Resolución N° 400-2006-OS/CD y sus modificatorias ¹ , en concordancia con el literal e) del artículo 86° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 030-98-EM ² .	2.6.1 ³	1.1025 UIT

¹ Procedimiento aprobado por Resolución N° 400-2006-OS/CD
Anexo 1
“Artículo 8.- Prueba de Exactitud
El rango de porcentaje de error aceptado varía entre - 0,5 % y + 0,5 %, incluyendo dichos valores, y se aplicará para cada medición realizada, tanto a caudal máximo como a caudal mínimo. Cuando cualquiera de los resultados de estas mediciones se encuentre por debajo de la tolerancia máxima permisible de - 0,5 % se iniciará procedimiento administrativo sancionador conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN vigente y demás normas aplicables sobre la materia.”

² Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos - Decreto Supremo N° 030-98-EM
De las Infracciones
“Artículo 86.- Sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar, son infracciones sancionables las siguientes:
(...)
e) La venta de combustibles en volúmenes menores respecto a la tolerancia establecida y otras infracciones al control metrológico y a la calidad de los productos. En estos casos, las multas serán impuestas por el INDECOPI, en los montos y de acuerdo a la normatividad que le es aplicable.”

³ Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos - Resolución N° 271-2012-OS/CD.
Rubro 2. Técnicas y/o seguridad
2.6 Incumplimiento de las normas metrológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares.
2.6.1 En Establecimientos de Venta de Combustibles y/o Gasocentros
Base legal: Art. 86º inciso e) del Reglamento aprobado por D.S. N° 030 -098-EM
Multa: Hasta 150 UIT

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

En las pruebas de exactitud, efectuadas durante la ejecución del Procedimiento de Control Metrológico, se detectó tres (3) mangueras de los surtidores o dispensadores de combustibles con porcentaje de error por debajo de la tolerancia máxima permisible.		
• Error porcentaje caudal máximo: -0.660 % y error porcentaje caudal mínimo: -0.704 % • Error porcentaje caudal máximo: -0.880 % y error porcentaje caudal mínimo: -1.056 % • Error porcentaje caudal máximo: -1.012 % y error porcentaje caudal mínimo: -1.056 %.		
MULTA		1.1025 UIT⁴

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 13 de agosto de 2021, se realizó una visita de supervisión al Establecimiento de Venta al Público de Combustibles Líquidos y GLP, operado por el señor FRANCISCO CUEVA, con Registro de Hidrocarburos N° 111655-050-191114, ubicado en la Carretera Ponal – San Juan Grande, km. 20+50, Margen Derecha, distrito de Madre de Dios, provincia de Manu y departamento de Madre de Dios, conforme consta en el Acta de Supervisión General – Expediente N° 202100182299.

Dicha diligencia no fue atendida⁵ por las personas encontradas en el establecimiento, por lo que, el supervisor se retiró dejando constancia de dicha circunstancia en el Acta citada en el párrafo precedente.

- b) Mediante escrito de registro N° 202100182299, ingresado el 14 de agosto de 2021, el recurrente formuló sus descargos al Acta de Supervisión.
- c) Con fecha 19 de enero de 2022, se realizó una visita de fiscalización al establecimiento operado por el señor FRANCISCO CUEVA, conforme consta en el Acta de Fiscalización de Control Metrológico a los Surtidores y/o Dispensadores de Combustibles Líquidos – Expediente N° 202100182299, en adelante, el Acta de Supervisión, la cual fue suscrita por un trabajador del establecimiento, quien no formuló observaciones a su contenido.

En dicha diligencia se verificó que el porcentaje de error detectado en tres (3) mangueras excedía el Error Máximo Permisible (EMP) de $\pm 0,5\%$, establecido en la normativa.

- d) A través del escrito con registro N° 202100182299, ingresado el 25 de enero de 2022, el recurrente formuló sus descargos al Acta de Fiscalización.
- e) Con fecha 26 de diciembre de 2023⁶, se notificó el Informe de Fiscalización N° 27498 al señor FRANCISCO CUEVA, comunicando la evaluación de los hechos constatados en las

⁴ A la multa calculada con los Criterios Específicos de Sanción aplicables a las infracciones administrativas previstas en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos de Osinergmin⁴, aprobados por la Resolución de Gerencia General Osinergmin N° 352 (2.45 UIT) se le aplicó factores atenuantes por el reconocimiento de la responsabilidad administrativa (-50%) y por acción correctiva (-5%), resultando un monto ascendente a 1.1025 UIT.

⁵ Según consta en el acta indicada no se encontró al encargado del establecimiento y, además, ninguno de los trabajadores que se encontraban en el establecimiento atendió la diligencia.

⁶ Con Constancia de Acuse de Recibo N° 202100182299-2 de fecha 27 de diciembre de 2023.

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

acciones de fiscalización. Se adjuntaron el Acta de Fiscalización y el Informe de Supervisión N° IS-2379-2022, entre otros⁷.

- f) Mediante escrito de registro N° 202100182299, ingresado el 30 de diciembre de 2023, el recurrente formuló sus descargos al Informe de Fiscalización.
- g) Con Oficio N° 288-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS notificado el 18 de marzo de 2024⁸, al que se adjuntó el Informe de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 385-2024, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra el señor FRANCISCO CUEVA. Asimismo, se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- h) Por medio del escrito de registro N° 202100182299, ingresado el 22 de marzo de 2024, el recurrente formuló sus descargos al inicio del procedimiento sancionador.
- i) Mediante el Oficio N° 1054-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS notificado el 7 de mayo de 2024⁹, se remitió al señor FRANCISCO CUEVA el Informe Final de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 1374-2024 del 7 de mayo de 2024, concediéndole el plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- j) A través del escrito de registro N° 202100182299, ingresado el 9 de mayo de 2024, el recurrente formuló sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- k) Mediante escrito de registro N° 202100182299, ingresado el 11 de mayo de 2024, el recurrente amplió sus descargos al Informe Final de Instrucción.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 202100182299, presentado el 24 de julio de 2024, el señor FRANCISCO CUEVA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS de fecha 27 de junio de 2024, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la Autoridad de Fiscalización y la Autoridad Sancionadora

- a) El recurrente señala que, el 25 de enero de 2022, antes que se iniciara el procedimiento sancionador, presentó una denuncia al ingeniero Efraín Frisancho Pereyra, en su condición de Especialista Regional de Hidrocarburos y Autoridad de Fiscalización de la Oficina Regional Madre de Dios, en la cual le hizo llegar dos (2) cartas. La primera, por convocatoria a nueva supervisión, mientras que la segunda contenía los descargos a la supervisión y ponía en conocimiento el testimonio sobre la participación del trabajador despachador del establecimiento, señor Balbino Llusca Lema, en la supervisión de control

⁷ Conforme se advierte de la Constancia de Notificación: 202100182299-2, obrante en el SIGED N° 202100182299.

⁸ Con Constancia de Acuse de Recibo N° 202100182299-4 de fecha 22 de marzo de 2024.

⁹ Con Constancia de Acuse de Recibo N° 202100182299-6 de fecha 8 de mayo de 2024.

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

metrológico del 13 de agosto de 2021 (sic)¹⁰, donde recibió indicaciones del supervisor, haciendo mediciones en el equipo volumétrico. El recurrente precisa que ha venido insistiendo en dicha denuncia durante la tramitación del procedimiento sancionador para que sea atendida con la respuesta del caso.

Agrega que, si bien en la resolución apelada se señala que no se evidencia afectación a las acciones de fiscalización realizadas el 19 de enero de 2022¹¹, lo correcto debió ser que esta explicación, sobre la forma de realizar la supervisión de control metrológico, es decir, a través de la lectura que pudiera hacer y dictar el trabajador al supervisor, en caso correspondiese por haberse establecido el Procedimiento de Control Metrológico, la debió dar la Autoridad Sancionadora que no haya participado en un inicio como Autoridad de Fiscalización, y no como en este caso, en que la denuncia fue presentada a quien ahora se desempeña como Autoridad Sancionadora.

Al respecto, señala que es el supervisor el responsable de la actividad de supervisión, en virtud al artículo 4° del Procedimiento para el Control Metrológico en Grifos y Estaciones de Servicios y para el Control de Calidad de los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Resolución N° 400-2006-OS-CD modificado por el artículo 2 de la Resolución N° 014-2009-OS-CD; en tanto que, en virtud del literal d) del artículo 9 de la citada resolución, corresponde al operador brindar las facilidades para que el supervisor realice la fiscalización, añadiendo dicho literal que *“Dichas facilidades consisten, entre otras, en permitir el llenado y vaciado del Medidor Volumétrico Patrón”*, sin que se especifique la toma de lectura de lo que se está midiendo con el Medidor Patrón.

En tal sentido, cuestiona que el Especialista Regional de Hidrocarburos y Autoridad de Fiscalización de la Oficina Regional Madre de Dios, a quien le presentó el 25 de enero de 2022 la denuncia sobre la intervención del trabajador en la supervisión de control metrológico, es ahora el que resuelve el procedimiento sancionador como Autoridad Sancionadora.

El recurrente precisa que, no discute el inicio del procedimiento sancionador ni pretende eludir su responsabilidad en el hecho por el que se le sanciona. Más aún, reconoció su responsabilidad durante la tramitación del procedimiento e incluso realizó las pruebas de calibración que han sido valoradas como acción correctiva.

¹⁰ Si bien el recurrente señala “13 de agosto de 2021”, del contenido de su recurso de apelación se desprende que estaría haciendo referencia a la supervisión del 19 de enero de 2022.

¹¹ El recurrente cita el numeral 2.11 de la resolución apelada, de la siguiente manera: *“que el Procedimiento para el Control Metrológico en Grifos y Estaciones de Servicios, establece que el Supervisor brindara las facilidades para que el supervisor realiza la fiscalización, en ese entender se tiene que lo manifestado por el Agente Fiscalizado respecto a las fotografías donde se observa al trabajador realizando el llenado del medidor volumétrico y revisando la medida del resultado del medidor volumétrico, obedece al dispositivo legal antes citado, por otro lado, en el Acta de Supervisión General Control Volumétrico – Expediente N° 202100182299, no se dejó evidencia de lo manifestado por Balbino Llusca Lema, razón por la cual no se evidencia afectación a las acciones de fiscalización realizadas en fecha 19 de enero de 2022, en consecuencia corresponde desestimar dicho extremo de su alegación”*.

Sobre el cálculo de la multa

- a) Por otro lado, el recurrente refiere que, de acuerdo con el numeral 3.3 (página 13) de la “Guía de Política Regulatoria N° 2: Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base”, documento emitido por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico de OSINERGMIN como complemento a la “Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base”, aprobada mediante la Resolución N° 120-2021-OS/CD, los periodos y fechas deben determinarse objetivamente.

Asimismo, el numeral 7.2 de la “Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base” establece que, la probabilidad de detección se calcula para cada periodo de fiscalización previsto en el Plan de Supervisión Anual u otro instrumento de gestión, correspondiente a cada área de supervisión, vigente en el año de ocurrencia de la infracción.

No obstante, en la resolución apelada, para el cálculo de la multa, se ha determinado la probabilidad de detección del año 2022 de la siguiente manera:

Cuadro N°1: Probabilidad de detección anual 2022	
Probabilidad de detección anual 2022	
N° de agentes fiscalizados ^a	1,057
N° de agentes ^b	4,906
Probabilidad de detección	21.55%

Notas:
a/ Incluye a todos los agentes fiscalizados en materia de control metrológico a combustibles líquidos.
b/ Incluye a los Establecimientos de Venta al Público.
Fuente: Registro de Hidrocarburos - diciembre 2022, reporte de Cartas Líneas Cerradas - diciembre 2022 del Osinergmin.

Por tanto, la multa se ha determinado de forma contraria a lo que señala la “Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base” y a lo que define la Guía de Política Regulatoria sobre que los plazos y fechas deben determinarse objetivamente.

Adicionalmente, menciona que no cuenta con la información de Osinergmin de la probabilidad de detección del año 2021, que sería el año que le corresponde conforme a la “Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base” para comparar con la del año 2022 que se ha aplicado, salvo que en comparación de multas se determine que corresponde aplicar la probabilidad del año 2022 porque le beneficiaría al operador, lo cual así debió ser explicado en la resolución apelada.

Sobre el particular, indica que el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia emitida en el Expediente N° 02192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004, que el deber de motivación de las resoluciones administrativas adquiere una especial relevancia en el marco de los procedimientos sancionadores¹².

¹² Al respecto, el recurrente alude lo señalado por el Tribunal Constitucional señalando lo siguiente: “[En la medida que] una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador”.

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

En esa línea, el numeral 2 del artículo 10 del del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la Ley N° 27444, establece que, uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto establecidos en el artículo 14° de la citada norma.

Por lo tanto, el recurrente advierte un supuesto de motivación aparente, que no se encuentra entre los supuestos de conservación del acto, establecidos por el citado artículo, en tanto infringe los derechos de defensa y a obtener una decisión motivada y fundada. Agrega que, no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en el TUO de la Ley N° 27444.

Atendiendo a los fundamentos expuestos, habiéndose verificado que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS vulnera la norma especificada y con ello elementales principios, en particular, los Principios del Debido Procedimiento, Predictibilidad y Legalidad debe declararse la nulidad de dicho acto administrativo, al no seguirse los lineamientos de la Guía Metodológica para el cálculo de la Multa Base y su Guía Política Regulatoria.

Agrega que, en la Constitución Política del Perú, en el numeral 5 de su artículo 139°, se señala como principios y derechos, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias. De forma similar, el derecho a una decisión motivada y fundada en derecho se encuentra reconocido en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444.

En aplicación de esta garantía, se exige a la Administración Pública que exteriorice las razones que sustentan su decisión (resolución administrativa). En tal sentido, esta garantía implica que la autoridad administrativa consigne en sus resoluciones los hechos y las normas jurídicas que han determinado el sentido de su decisión.

Asimismo, el numeral 4 del artículo 3° y el artículo 6° del TUO de la Ley N° 27444, señalan que la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos, así como que, la motivación debe ser expresa, indicando la relación concreta y directa entre los hechos probados y las normas jurídicas.

Además, puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero y que, por esta situación, constituyan parte integrante del respectivo acto.

No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

En consecuencia, el deber de motivación se convierte en una garantía que cumple una doble función: permitir al administrado ejercer su derecho de defensa y facilitar a los

órganos revisores controlar la arbitrariedad de las decisiones emitidas, toda vez que, sin motivación no se puede verificar la proporcionalidad o el mérito de la actuación gubernativa, es decir, no es posible identificar si la decisión se encuentra acorde con los hechos del expediente y el ordenamiento jurídico.

Por su parte, señala que, el Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que les sean atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En tal sentido, la exigencia de legalidad, en la actuación administrativa, significa que las decisiones de la autoridad deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

Sobre la ampliación de argumentos

- b) El recurrente se reserva el derecho de ampliar los fundamentos expuestos en su recurso de apelación.
3. A través del Memorándum N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS-81-2024 recibido el 24 de julio de 2024, la Oficina Regional Madre de Dios remitió los actuados a la Sala 2 del TASTEM, mediante el Sistema de Gestión de Documentos Digitales – SIGED.

CUESTIONES PREVIAS

Rectificación de errores materiales

4. Previamente a la evaluación del recurso de apelación, este Tribunal advierte en la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS de fecha 27 de junio de 2024, la existencia de un error material respecto a la metodología utilizada para determinar la multa impuesta al recurrente.

Ello, toda vez que en el cuadro contenido en los numerales 3.15 y 3.16, se consignó lo siguiente: *“Multa en UIT calculada conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD”*, siendo lo correcto: *“Multa en UIT calculada conforme con la Resolución de Gerencia General N° 352-2011-GG”*, tal como se desprende del numeral 3.14 de la resolución apelada.

Al respecto, el numeral 212.1 del artículo 212° del TUO de la Ley N° 27444¹³ establece que los errores materiales y aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo en cualquier momento del procedimiento, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

¹³ TUO de la Ley N° 27444

“Artículo 212.- Rectificación de errores

212.1 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.

212.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.”

Atendiendo a ello, y considerando que la corrección del error material señalado no altera el sentido de la resolución de sanción, corresponde rectificar de oficio el error material en que se incurrió al emitirse la misma, precisando que en el cuadro contenido en los numerales 3.15 y 3.16 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS de fecha 27 de junio de 2024, donde dice: “Multa en UIT calculada conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD”, debe decir: “Multa en UIT calculada conforme con la Resolución de Gerencia General N° 352-2011-GG”.

Sobre el beneficio por reconocimiento de responsabilidad

5. Por otro lado, este Tribunal considera oportuno tener presente que, en el numeral 26.4 del artículo 26° del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD, en adelante RFS, vigente a la fecha de inicio del procedimiento, se ha previsto como criterio de graduación de la sanción las circunstancias de la comisión de la infracción, de acuerdo con lo siguiente:

“26.4 Circunstancias de la comisión de la infracción.

Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

a) Reconocimiento de responsabilidad: Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el Agente Fiscalizado reconoce su responsabilidad por escrito, de forma precisa e incondicional, sin expresiones ambiguas o contradictorias, sin formular descargos o interponer recurso administrativo.

Los factores aplicables se determinan en función a la oportunidad en que se realiza el reconocimiento, sin considerar ampliaciones de plazo, conforme a lo siguiente:

- a.1. Si reconoce la infracción hasta la fecha de vencimiento del plazo para formular descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se aplica como factor -50%.*
- a.2 Si reconoce la infracción hasta la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de descargos al informe final de instrucción, se aplica como factor -30%.*
- a.3 Si reconoce la infracción hasta antes de la emisión de la resolución de sanción, se aplica como factor -10%. Excepcionalmente, este atenuante se mantiene si el Agente Fiscalizado interpone recurso administrativo contra la resolución de sanción únicamente respecto de la sanción impuesta si ésta fue mayor a la determinada en el informe final de instrucción.” (Subrayado agregado)*

En el presente caso, de acuerdo con los numerales 2.2 (Análisis del descargo) y 3.20 (Graduación de las sanciones- Factores atenuantes) del Informe Final de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 1374-2024, se advierte que la Autoridad Instructora calificó lo manifestado por el recurrente en su escrito descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, como un reconocimiento de responsabilidad por la comisión de

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

la infracción materia de análisis, otorgándole el beneficio de reducción de la multa en un 50%, teniendo en cuenta la oportunidad en que fue presentado tal reconocimiento.

Sin embargo, el recurrente presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción, mediante los escritos de registro N° 202100182299 de fechas 9 y 11 de mayo de 2024, formulando cuestionamientos a la supervisión efectuada en su establecimiento, alegando que la Autoridad Instructora no atendió su pedido respecto a cómo se realizó la supervisión del 19 de enero de 2022, donde fue el trabajador del establecimiento quien hizo las mediciones de las lecturas del medidor volumétrico.

Asimismo, dichos alegatos fueron reiterados en su recurso de apelación, en el que agregó que, el supervisor es el responsable de la actividad de supervisión, en tanto que al operador le corresponde brindar las facilidades para que el supervisor realice la fiscalización, sin que ello abarque la toma de lectura de lo que se está midiendo con el medidor patrón.

De acuerdo con ello, el recurrente cuestiona la acción de supervisión realizada en su establecimiento, en particular, los resultados obtenidos de las lecturas del medidor volumétrico, lo que, contrariamente a lo señalado en el recurso de apelación, implica un cuestionamiento a su responsabilidad.

Debe tenerse presente, tal como dispone el literal a) del numeral 26.4 del artículo 26 del RFS, que el reconocimiento de la infracción debe ser preciso, incondicional, sin expresiones ambiguas o contradictorias, sin formular descargos o interponer recurso administrativo, lo que no se advierte en el presente caso.

En consecuencia, de conformidad con el literal a) del numeral 26.4 del artículo 26 del RFS, el beneficio de reducción de multa por reconocimiento de responsabilidad otorgado debe quedar sin efecto, toda vez que el señor FRANCISCO CUEVA cuestionó la responsabilidad administrativa determinada por la primera instancia.

Por lo tanto, al dejarse sin efecto el beneficio por reconocimiento de responsabilidad, la multa asciende a 2.3275 (dos con tres mil doscientos setenta y cinco diezmilésimas) UIT, monto previsto sin considerar el beneficio del descuento del 50% de la multa (-1.225 UIT), conforme se desprende del numeral 3.16 de la resolución apelada¹⁴, de conocimiento del recurrente.

De acuerdo con lo señalado, corresponde emitir pronunciamiento sobre los argumentos del recurso de apelación.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la Autoridad de Fiscalización y la Autoridad Sancionadora

¹⁴ Según el siguiente detalle:

Norma	Multa en UIT
Multa en UIT calculada conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD	2.45
Reducción por reconocimiento de responsabilidad administrativa (-50%)	1.225
Reducción por acción correctiva (-5%)	0.1225
Total Multa	1.1025

6. Respecto de lo señalado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, sobre el cuestionamiento realizado al funcionario que actuó como órgano sancionador, debe tenerse presente que el numeral 2 del artículo 99 del TUO de la Ley N° 27444, dispone lo siguiente:

“Artículo 99.- Causales de abstención

La autoridad que tenga facultad resolutive o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida, en los siguientes casos:

(...)

2. Si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.

(...)”. (Subrayado agregado)

Asimismo, resulta pertinente mencionar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento contemplado en el numeral 2 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444, los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la fase sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas¹⁵.

Conforme con las normas citadas, la autoridad que tenga facultad resolutive debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida siempre que, de manera previa, hubiese manifestado como autoridad su parecer sobre el procedimiento, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto.

Del mismo modo, para el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, debe distinguirse la fase instructora de la fase sancionadora, lo que implica que las funciones correspondientes a ambas fases deben ser ejercidas por autoridades distintas.

Ahora bien, conforme se advierte de los actuados, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se emitió Informe de Fiscalización N° 27498 notificado el 26 de diciembre de 2023¹⁶, mediante el cual se comunicó al señor FRANCISCO CUEVA la evaluación de los hechos constatados en las acciones de fiscalización.

Dicho informe fue suscrito por el señor David Castillo Rodríguez como Autoridad de Fiscalización. Asimismo, se verifica que el Informe de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 385-2024, que sustentó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, así como el Informe Final de Instrucción N° GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS 1374-2024, en el que

¹⁵ TUO de la Ley N° 27444

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

2. Debido Procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distinta.”

¹⁶ Ver nota 6.

se propuso la determinación de responsabilidad y sanción, fueron suscritos por personas distintas al funcionario citado por el recurrente.

Por lo tanto, no se aprecia la existencia de la causal de abstención contemplada en el numeral 2 del artículo 99 del TUO de la Ley N° 27444, con relación al funcionario mencionado por el recurrente, señor Efraín Frisancho Pereyra, ya que en el procedimiento sancionador en el marco del cual se emitió la resolución objeto del recurso de apelación, esto es, la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS, se advierte que el funcionario que actuó como órgano sancionador no ha tenido la condición de órgano instructor, siendo que tampoco tuvo la condición de autoridad de fiscalización.

De otro lado, sobre lo señalado por el recurrente, en el sentido que el trabajador de su establecimiento realizó las mediciones en el equipo volumétrico, durante la fiscalización del 19 de enero de 2022, pese a que no le correspondía; cabe precisar que, conforme con el Acta de Fiscalización de Control Metrológico a los Surtidores y/o Dispensadores de Combustibles Líquidos – Expediente N° 202100182299, el 19 de enero de 2022 se realizó una visita de fiscalización al establecimiento operado por el señor FRANCISCO CUEVA, señalando que “se efectuó el control metrológico a las tres (03) mangueras operativas del establecimiento” y “el medidor volumétrico patrón fue humedecido antes de efectuar el control metrológico”. En dicha diligencia se tomaron diversas fotografías, entre otras, la siguiente:



Conforme se indica en el registro fotográfico, durante la visita de fiscalización, el trabajador del establecimiento revisó la escala del medidor volumétrico patrón, es decir, verificó los valores consignados por dicho medidor, acción que, efectivamente, se aprecia en la fotografía en cuestión.

No obstante, dicha comprobación en modo alguno implica que el trabajador se haga cargo de la función que corresponde al supervisor como responsable de llevar a cabo la fiscalización, siendo que, conforme se desprende del Acta de Supervisión, fue el supervisor quien dejó constancia de los resultados de las mediciones obtenidas en dicha diligencia.

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, de la revisión del Acta de Fiscalización de Control Metrológico a los Surtidores y/o Dispensadores de Combustibles Líquidos – Expediente N° 202100182299, no se desprenden observaciones o cuestionamientos de parte de la persona con quien se entendió la diligencia de fiscalización, en el sentido que el supervisor de Osinergmin, responsable de llevar a cabo la acción de fiscalización, omitió realizar la lectura registrada por el medidor volumétrico patrón.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre el cálculo de la multa

7. Respecto de lo señalado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que, en virtud del Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444, 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.

Asimismo, corresponde señalar que, conforme el Principio de Retroactividad Benigna establecida en el artículo 248° del TUO de la Ley N° 27444¹⁷, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

Ahora bien, a efectos de la determinación de la sanción, la conducta acreditada se encuentra tipificada como infracción en el numeral 2.6.1 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada mediante la Resolución N° 271-2012-OS/CD, la cual faculta a Osinergmin a imponer una sanción pecuniaria de hasta 150 UIT.

En dicho contexto, la primera instancia determinó la multa de acuerdo con los Criterios Específicos de Sanción aplicables a las infracciones administrativas previstas en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos de Osinergmin¹⁸, aprobados por la

¹⁷ TUO de la Ley N° 27444

“Artículo 248° . - Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales

(...)

5.- Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición. (...)”

¹⁸ Cuyo criterio de sanción establece que, por cada manguera encontrada que exceda el error máximo permisible se establece la multa según el siguiente rango:

RANGO DE APLICACIÓN	MULTA (UIT)
Desde -0,501 % hasta -1,000 %	0.35
Desde -1,001 % hasta -1,500 %	1.05
Desde -1,501 % hasta -2,000 %	1.75
Desde -2,001 % o menos %	2.45

RESOLUCIÓN N° 131-2024-OS/TASTEM-S2

Resolución de Gerencia General Osinergmin N° 352¹⁹, luego de efectuar el análisis comparativo con la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobada por la Resolución N° 120-2021-OS/CD²⁰, conforme se desprende de los numerales 3.14 y 3.15 de la resolución apelada, en los que se indicó que con la aplicación de los criterios contenidos en la Resolución de Gerencia General Osinergmin N° 352, la multa resultaba más favorable al agente fiscalizado²¹.

Ahora bien, respecto al cuestionamiento del recurrente sobre la probabilidad de detección, debe señalarse que dicho factor se contempla en el cálculo de la multa realizada con la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD. Sin embargo, conforme se ha indicado en los considerandos precedentes, la multa impuesta al señor FRANCISCO CUEVA fue determinada sobre la base de los Criterios Específicos de Sanción aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 352, los cuales no contemplan el factor referido a la probabilidad de detección, sino que establece un rango de aplicación específico en función de la cantidad de mangueras detectadas que exceden el error máximo permisible.

Sin perjuicio de ello, respecto de la probabilidad de detección aplicada en el cálculo realizado de acuerdo con la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD, cuestionada por el recurrente, cabe indicar que el numeral 7.2 del artículo 7 de la mencionada Guía Metodológica establece lo siguiente:

*“Artículo 7.- Probabilidad de detección (p)
(...)”*

*7.2 La probabilidad de detección se calcula para cada periodo de fiscalización previsto en el Plan de Supervisión Anual u otro instrumento de gestión, correspondiente a cada área de supervisión, vigente en el año de ocurrencia de la infracción, en el cual se determinan las acciones de fiscalización a cargo de la Autoridad de Fiscalización.
(...).” (Subrayado agregado)*

En tal sentido, teniendo en cuenta que, conforme el Acta de Fiscalización de Control Metrológico a los Surtidores y/o Dispensadores de Combustibles Líquidos – Expediente N° 202100182299, la infracción imputada fue detectada durante la visita de fiscalización del 19 de enero de 2022, realizada al establecimiento del recurrente, correspondía calcular la Multa Base utilizando la probabilidad de detección del año 2022, conforme lo dispuesto en la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobada por Resolución N° 120-2021-OS/CD,

¹⁹ Vigentes a la fecha de la infracción, esto es, al 19 de enero de 2022. Resulta importante señalar que, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 120-2021-OS/CD, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 12 de junio de 2021 y vigente desde el 13 de junio de 2021, estableció que “*Los criterios específicos aprobados por Gerencia General respecto de las infracciones relativas al subsector hidrocarburos, mantienen su vigencia hasta que sean modificados, por el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base (...)*”.

²⁰ Vigente al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

²¹ Conforme se aprecia del siguiente cuadro comparativo:

Norma	Multa en UIT
Resolución de Gerencia General N° 352-2011-GG	2.45
Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD	2.554

tal como lo realizó la primera instancia.

Cabe precisar que, si bien el 13 de agosto de 2021 se realizó una anterior visita de supervisión a dicho establecimiento, según el Acta de Supervisión General – Expediente N° 202100182299, esta diligencia no fue atendida²² por las personas encontradas en el establecimiento, por lo que, el supervisor se retiró.

En tal sentido, dicha acta no constituye el sustento de imputación de cargos para efectos del presente procedimiento, por lo que, evidentemente, no puede ser considerada para determinar el año de la probabilidad de detección para el cálculo de la multa de la infracción imputada en el presente procedimiento sancionador.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la ampliación de argumentos

8. Respecto de lo alegado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que, de la revisión de los actuados se verifica que, el señor FRANCISCO CUEVA no ha presentado argumentos adicionales a aquellos expresados en su recurso de apelación, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento al respecto.

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°.- RECTIFICAR DE OFICIO el error material contenido en los cuadros de los numerales 3.15 y 3.16 de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS de fecha 27 de junio de 2024, precisando que, donde dice: “*Multa en UIT calculada conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD*”, debe decir: “*Multa en UIT calculada conforme con la Resolución de Gerencia General N° 352-2011-GG*”, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el numeral 4 de la presente resolución.

Artículo 2°.- DEJAR SIN EFECTO el beneficio por reconocimiento de responsabilidad otorgado al señor FRANCISCO CUEVA QUISPE, mediante la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS del 27 de junio de 2024 y, en consecuencia, **MODIFICAR** la multa de 1.1025 (una con mil veinticinco diezmilésimas) UIT, la misma que queda fijada en 2.3275 (dos con tres mil doscientos setenta y cinco diezmilésimas) UIT, de acuerdo con lo señalado en el numeral 5 de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el señor FRANCISCO CUEVA QUISPE contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2175-2024-OS-GSE/DSR-OR MADRE DE DIOS del 27 de junio de 2024 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

²² Ver nota 5.

Artículo 4°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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

«hchavarryr»

PRESIDENTE