

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 049-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 05 de febrero de 2019.

VISTO:

El Expediente N° 201900013075¹, la Resolución N° 14 del 5 de abril del 2010 expedida por el Primer Juzgado Mixto de Melgar-Ayaviri y la Resolución N° 25 del 26 de noviembre del 2018 emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Azángaro de la Corte Superior de Justicia de Puno, recaídas en el proceso judicial seguido por JANET MERCEDES ROJAS APAZA.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG de fecha 17 de julio de 2007, se sancionó a JANET MERCEDES ROJAS APAZA con una multa ascendente a 1.40 (una con cuarenta centésimas) UIT por incumplir el 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 de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, en adelante Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, según se detalla en el siguiente cuadro:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 8° del anexo I la Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD concordante con el artículo 71° del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y otros productos derivados de los Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM y modificatorias. ²	Numeral 2.8.1 de la Resolución de Consejo Directivo N°	1.40 UIT ⁴

¹ Vinculado al procedimiento administrativo sancionador que se siguió en OSINERGMIN y fue tramitado en el Expediente principal N° 135944.

² Anexo I de la Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD

"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 de OSINERG aprobado por Resolución de Consejo Directivo de OSINERG N° 102-2004-OS/CD y demás normas aplicables sobre la materia."

Decreto Supremo N° 030-98-EM modificado por el 4° del Decreto Supremo N° 045-2005-EM.

"Artículo 71°.- OSINERG deberá establecer el procedimiento para el control metrológico de los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, así como las disposiciones complementarias requeridas para su ejecución."

⁴ Cabe precisar que para la determinación y graduación de la sanción se aplicó los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 031-2005-OS/CD de fecha 16 de febrero de 2005, en el que se indica lo siguiente:

Rango de Aplicación	Multa (UIT)
Desde - 0,501 % hasta 1000 %	0,35
Desde - 1,001 % hasta 1500 %	1.05
Desde - 1,501 % hasta 2000 %	1.75
Desde - 2,001 % o menos %	2.45

RESOLUCIÓN N° 049-2019-OS/TASTEM-S2



Se constató que los porcentajes de errores detectados en dos (2) contómetros de las mangueras verificadas, eran de:	028-2003-OS/CD. ³	
a) Error porcentaje caudal máximo: -1.320% y Error porcentaje caudal mínimo: -1.144%		
b) Error porcentaje caudal máximo: -0.88% y Error porcentaje caudal mínimo: -0.792%		
El mismo que excedía el error máximo permisible (EMP), que es de $\pm 0.5\%$.		

- Por escrito presentado el 17 de agosto del 2007, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 135944, JANET MERCEDES ROJAS APAZA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG del 17 de julio del 2007.
- Mediante Resolución N° 303-2008-OS/TASTEM del 9 de septiembre del 2008, se declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por JANET MERCEDES ROJAS APAZA.
- A través de la Resolución N° 14 del 5 de abril del 2010, el Primer Juzgado Mixto de Melgar-Ayaviri falló declarando fundada la demanda interpuesta por JANET MERCEDES ROJAS APAZA, reponiendo las cosas al estado anterior de la vulneración de sus derechos; en consecuencia, ordenó volver a calificar el recurso de apelación interpuesto por JANET MERCEDES ROJAS APAZA contra la Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG.
- Por Resolución N° 25 del 26 de noviembre del 2018, la Sala Mixta Descentralizada de Azángaro de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió confirmar la sentencia recaída en la Resolución N° 14 del 5 de abril del 2010 que declaró fundada la demanda.
- Mediante escrito presentado el 23 de enero del 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201900013075, JANET MERCEDES ROJAS APAZA solicita que el Tastem califique su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG y emita pronunciamiento de fondo.
- Con Memorándum GAJ-147-2019 recibido el 30 de enero del 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica remitió al TASTEM, vía Sistema de Gestión de Documentos Digitales (SIGED), las resoluciones emitidas por el Poder Judicial en el proceso contencioso administrativo seguido por JANET MERCEDES ROJAS APAZA.

CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO POR EL PODER JUDICIAL

- En el presente procedimiento, se verifica que mediante la Resolución N° 14 del 5 de abril del 2010, el Primer Juzgado Mixto de Melgar-Ayaviri, sustentó su fallo respecto de la demanda interpuesta por JANET MERCEDES ROJAS APAZA en los siguientes términos:

"(...) SEGUNDO. - El debido proceso involucra la vigencia concomitante de una serie de garantías sustanciales, tales como el derecho del acusado a ser oído y la ocasión de hacer valer sus medios de

³ Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

Anexo: Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

Rubro 2 - Técnicas y/o Seguridad.

2.8. Incumplir las normas metroológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares.

2.8.1 Establecimientos de Venta de Combustibles Líquidos.

Base Legal: Art. 86° inciso e) del Reglamento aprobado por D.S. N° 030-098-EM, art. 5° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento de Osinerg Ley N° 26799.

Sanción: Hasta 60 UIT.

RESOLUCIÓN N° 049-2019-OS/TASTEM-S2

defensa, que culminan con el dictado de una decisión fundada, y constituye un mandato que, de ser soslayado, desvirtuaría las previsiones constitucionales que tienden a asegurar la obtención de una decisión justa.

Lo que se ha alegado por la actora es que se le ha privado de acceder a la segunda instancia al denegarle el recurso de apelación que interpuso dentro del plazo que señala la ley para hacerlo. (...)

La Constitución Política del Estado consagró en el artículo 139'.6. – de manera irrestricta, incondicional y generalizada – el derecho a la pluralidad de instancia, a favor de cualquier justiciable y para toda clase de procedimientos. (...)

TERCERO. - Que de lo actuado que por ser un procedimiento sancionador que se le ha seguido a la actora es de aplicación la Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley 27444 que en su artículo 207 numeral 207.2 señala: "El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

De autos se tiene que la Resolución de Gerencia General Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN número 1754-2007-OS/GC de fecha diecisiete de julio del dos mil siete ha sido notificada a la demandante en su dirección real el veinticinco de julio del dos mil siete, la que ha sido recepcionada por el empleado [REDACTED], por lo que el plazo para impugnar dicha resolución empezó el veintiséis de julio del dos mil siete, de tal manera que los quince días hábiles vencían el dieciséis de agosto del mismo año, lo que debe de agregarse un día por término de la distancia (Conforme al Cuadro General de Término de Distancias establecido por Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ-COMISION EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL) de la ciudad de Ayaviri a Puno donde quedan las oficinas de la entidad demandada.

Que, el Decreto Supremo N° 055-2006-PCM en su artículo 1° de fecha veintidós de agosto del dos mil seis por el cual se dispone declarar "... feriados no laborales a nivel nacional para los trabajadores del Sector Público, el día jueves siete de diciembre del dos mil seis y durante el año dos mil siete, los días lunes dos de enero; lunes treinta de abril; jueves veintiocho de junio; lunes TREINTA DE JULIO; viernes treinta y uno de agosto; martes nueve de octubre; viernes dos de noviembre; vienes veinticuatro y lunes treinta y uno de diciembre". Por lo tanto, el plazo máximo para apelar vencía el día diecisiete de agosto del dos mil siete, y según el sello de recepción que aparece en el recurso de apelación que obra a folio seis, el recurso de interpuso dentro del plazo de ley.

CUARTO. - Que, la Resolución N° 303-2008-OS/TASTEM que obra a folios dos de fecha nueve de setiembre del dos mil ocho al declarar improcedente por extemporáneo el recurso de apelación, ha sido expedida vulnerando el debido proceso y el derecho que tiene toda persona de acceder a una segunda instancia, recortando por lo tanto su derecho de defensa.

Que, no se está discutiendo en este proceso si el organismo demandado tiene la potestad de fiscalizar de acuerdo a las normas que la habilitan para tal función, ya que ello está por descontado; por lo tanto, la defensa que realiza el abogado del demandado no se ajusta a los hechos discutidos en este proceso. (...)"

De acuerdo a lo expuesto, el Primer Juzgado Mixto de Melgar-Ayaviri, resolvió:

"(...) **DECLARO FUNDADA** la demanda interpuesta por Yanet Mercedes Rojas Apaza, en contra del Tribunal de Apelaciones y Sanciones en temas de Energía y Minería OSINERGMIN representado por el señor Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala y de sus demás miembros José Ignacio Távara Martín, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos, Juan Carlos Mejía Cornejo y José Luis Harmes Bouroncle, por haberse vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, derecho de defensa y a la pluralidad de instancias.

REPONIENDO las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos constitucionales mencionados, **ORDENO** que el Tribunal vuelva a calificar el recurso de apelación interpuesto por Yanet



*Mercedes Rojas Apaza en contra de la Resolución de Gerencia General OSINERG N° 1754-2007-OS/GG.
(...)"*



Posteriormente, a través de la Resolución N° 25 del 26 de noviembre del 2018, la Sala Mixta Descentralizada de Azángaro de la Corte Superior de Justicia de Puno, resolvió confirmar la sentencia contenida en la Resolución N° 14 del 5 de abril del 2010 que declaró fundada la demanda, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

"(...) 5.1. Que, los argumentos vertidos por el Juzgado de origen al declarar fundada la demanda cumple con salvaguardar los derechos constitucionales del debido proceso y el derecho de toda persona a acceder a una segunda instancia, por lo que la resolución por el que se declara fundada la demanda se ha emitido, protegiendo así el derecho a la debida motivación. Además, el Tribunal Constitucional (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que: "la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los Jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)" (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N°03433-2013-PA/TC.); y concordante con cautelar que el proceso se desarrolle atendiendo al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y lograr su finalidad concreta y abstracta, esto es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, y lograr la paz social en justicia; de conformidad con los artículos I y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respectivamente; lo que en efecto en la resolución recurrida se ha cumplido. (...)"



Al respecto, esta Sala del Tastem considera pertinente precisar que de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú⁵, del artículo 4° del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶ y del numeral 41.1 del artículo 41° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo⁷, toda persona y autoridad se encuentra obligada a acatar las resoluciones judiciales, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o fundamento, ni restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa, estando obligados a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial.

En virtud a lo antes citado y de acuerdo a lo ordenado por el Poder Judicial, corresponde acatar lo dispuesto por dicho poder del Estado en los términos en que se dictó la sentencia; por

⁵ Constitución Política del Perú de 1993

"Artículo 139°- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)"

⁶ T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS

"Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y a dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. (...)"

⁷ Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. -

"Artículo 41.- Deber personal de cumplimiento de la sentencia (...)

41.1 Conforme a lo dispuesto en el inciso 2) del Artículo 139 de la Constitución Política y el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones judiciales deben ser cumplidas por el personal al servicio de la administración pública, sin que éstos puedan calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa; estando obligados a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial. (...)"



consiguiente, este Tribunal procederá a calificar el recurso de apelación interpuesto por Yanet Mercedes Rojas Apaza contra de la Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG de fecha 17 de julio del 2007, en el que se indica lo siguiente:

- a) La recurrente manifiesta que no ha sido notificada conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 235° de la Ley N° 27444 mediante un informe y oficio por lo que no pudo hacer sus descargos, solo se le entregó un acta de supervisión; por consiguiente, solicita que se declare nula la resolución de sanción.
- b) Asimismo, indica que siempre ha cumplido con los controles metrológicos semanales de acuerdo a su programa de actividades de mantenimiento de todas las instalaciones de su establecimiento grifo "Señor de Huanca", lo cual se puede apreciar en las diferentes actas de supervisión emitidas por Osinergmin desde el año 2003 al 2007.⁸

Agrega que el problema se suscitó en la máquina, la cual se desgastó por el trabajo que realiza pese a que siempre está pendiente de su mantenimiento; es decir, fue una descalibración involuntaria, pues como ya señaló siempre trabajó de manera correcta conforme se advierte de las actas de supervisión emitidas por Osinergmin.

Además, para corregir las máquinas contrató los servicios del técnico [REDACTED] [REDACTED] el 11 de mayo del 2007, lo cual acredita con el recibo de honorarios y el certificado de control volumétrico del serafín otorgado por la Empresa IAT SERMET S.R.L. autorizada por INDECOPI. Posteriormente, el 11 de agosto del 2017 Osinergmin fiscalizó su establecimiento, constatando que las maquinas estaban calibradas dentro del rango que establece la norma.

No obstante, ello no ha sido valorado por primera instancia imponiéndole una multa muy drástica, lo cual perjudica a su pequeña empresa debido a que la venta que realiza solo le alcanza para subsistir. Precisa que no cometió ningún ilícito, solo hubo una descalibración involuntaria de sus máquinas que despachan gasolina de 84 octanos y petróleo D-2.

En tal sentido, solicita que se anule la sanción porque de lo contrario tendrá que cerrar su establecimiento, perjudicando a su familia y, de ese modo, se le estaría negando el derecho al trabajo y la libertad de realizar su actividad comercial.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

9. Con relación a los argumentos contenidos en el literal a) del numeral 8 de la presente resolución, se tiene que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 235° y el numeral 3 del artículo 234° de la Ley N° 27444 concordante con el numeral 3 del artículo 253° y el numeral 3 del artículo 252° del T.U.O. de la Ley N° 27444, decidida la iniciación del procedimiento sancionador se notifica el cargo al posible sancionado, el cual debe contener los hechos imputados, la calificación de la infracción, la sanción que se le pudiera imponer, la autoridad competente y la norma que atribuya tal competencia.⁹

⁸ Actas de Supervisión de Control Metrológico N° 03585-CM-GFHL (13-08-03); N° 05591-CM-GFH (22-01-04); N° 08014-CM-GFH (20-07-04); N° 01180-CM-GFH (07-05-05); N° 006161-CM-GFH (14-12-05); N° 000025 (08-05-06); N° 02-008472-CM-GFHL (16-12-06) y N° 016221-CM-GFH (11-08-07).

⁹ Ley N° 27444
"Artículo 235". – Procedimiento sancionador





De igual forma, el numeral 20.3 del artículo 20° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 102-2004-OS/CD, vigente al momento en que se detectó la presente infracción, establece que para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, se correrá traslado al administrado el correspondiente Informe Técnico, Acta Probatoria, Acta de Supervisión o Carta de Visita de Fiscalización, según sea el caso y se le dará un plazo no menor de cinco (5) días para que realice sus descargos.¹⁰

Asimismo, según el artículo 21° de la Ley N° 27444 concordante con el artículo 21° del T.U.O. de la Ley N° 27444, en el acto de notificación personal debe entregarse copia del acto notificado y señalar la fecha y hora en que es efectuada. Dicho acto se entenderá con la persona que deba ser notificada o su representante legal. De no hallarse ninguno se entenderá con la persona que se encuentre en el domicilio, dejándose constancia de su nombre, documento de identidad y su relación con el administrado.¹¹

Al respecto, se tiene que mediante el Acta de Supervisión de Control Metrológico N° 02-0006527-CM-GFHL de fecha 10 de mayo del 2007, obrante a fojas 2 del expediente, se le notificó a la administrada el inicio del procedimiento administrativo sancionador otorgándole cinco (05) días hábiles para que realice sus descargos, en la cual se señaló expresamente lo siguiente:

“Habiéndose constatado que en el local referido precedentemente se comercializa combustible con dos (02) manguera(s) fuera de rango, mediante la presente le informamos, conforme lo establecido en el numeral 3 del artículo 235° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que con la presente Acta se le está iniciando procedimiento administrativo sancionador por no cumplir con lo establecido en el Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo OSINERG N° 400-2006-OS/CD, mediante el cual se aprueba el Procedimiento para el Control Metrológico en Grifos y Estaciones de Servicios en concordancia con el artículo 71° del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y



3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

“Artículo 234°. - Caracteres del procedimiento sancionador

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.”

¹⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 102-2004-OS/CD

“Artículo 20°. - Inicio del Procedimiento.

20.3. Para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, se correrá traslado al administrado del correspondiente Informe Técnico, Acta Probatoria, Acta de Supervisión o Carta de Visita de Fiscalización, según sea el caso y se le dará un plazo para que presente los descargos respectivos. Dicho plazo no será menor a 5 días hábiles.

¹¹ Artículo 21.- Régimen de la notificación personal

21.1 La notificación personal se hará en el domicilio que conste en el expediente, o en el último domicilio que la persona a quien deba notificar haya señalado ante el órgano administrativo en otro procedimiento análogo en la propia entidad dentro del último año.

21.2 En caso que el administrado no haya señalado domicilio, la autoridad debe agotar su búsqueda mediante los medios que se encuentren a su alcance, recurriendo a fuentes de información de las entidades de la localidad. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008, cuyo texto es el siguiente:

“21.2 En caso que el administrado no haya indicado domicilio, o que éste sea inexistente, la autoridad deberá emplear el domicilio señalado en el Documento Nacional de Identidad del administrado. De verificar que la notificación no puede realizarse en el domicilio señalado en el Documento Nacional de Identidad por presentarse alguna de las circunstancias descritas en el numeral 23.1.2 del artículo 23, se deberá proceder a la notificación mediante publicación.”

21.3 En el acto de notificación debe entregarse copia del acto notificado y señalar la fecha y hora en que es efectuada, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia. Si ésta se niega, se hará constar así en el acta. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008, cuyo texto es el siguiente:

“21.3 En el acto de notificación personal debe entregarse copia del acto notificado y señalar la fecha y hora en que es efectuada, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia. Si ésta se niega a firmar o recibir copia del acto notificado, se hará constar así en el acta, teniéndose por bien notificado. En este caso la notificación dejará constancia de las características del lugar donde se ha notificado.”

21.4 La notificación personal, se entenderá con la persona que deba ser notificada o su representante legal, pero de no hallarse presente cualquiera de los dos en el momento de entregar la notificación, podrá entenderse con la persona que se encuentre en dicho domicilio, dejándose constancia de su nombre, documento de identidad y de su relación con el administrado.

“21.5 En el caso de no encontrar al administrado u otra persona en el domicilio señalado en el procedimiento, el notificador deberá dejar constancia de ello en el acta y colocar un aviso en dicho domicilio indicando la nueva fecha en que se hará efectiva la siguiente notificación. Si tampoco pudiera entregar directamente la notificación en la nueva fecha, se dejará debajo de la puerta un acta conjuntamente con la notificación, copia de los cuales serán incorporados en el expediente.” (*)

(*) Numeral incluido por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008.

RESOLUCIÓN N° 049-2019-OS/TASTEM-S2



Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM y modificado por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 045-2005-EM, lo que constituye infracción administrativa conforme a lo dispuesto en los artículos 71 ° Y 86° inciso el del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM en concordancia con los artículo 1° y 5° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERG, Ley N° 27699 y sancionable según el numeral 2.8.1 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERG, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo OSINERG N° 028-2003-OS/CD. Asimismo, debemos informarle que, de corroborarse la comisión del ilícito administrativo, la Gerencia General de OSINERG se encuentra facultada de conformidad con el Reglamento General de OSINERG aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM a imponer la sanción de multa o cierre de establecimiento, o suspensión temporal de actividades o suspensión definitiva de actividades, según corresponda, así como las medidas cautelares y correctivas que haya lugar.

En tal sentido, deberá usted efectuar los descargos respectivos a la presente Acta, en el plazo improrrogable de cinco (05) días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibida la presente.

Nombre y Apellidos: [REDACTED]

DNI N°: [REDACTED]

Cargo: Encargado.

Hora: 17:30.”

De lo indicado, se advierte que dicha acta cumple con todos los requisitos establecidos en las normas antes indicadas. En efecto, contiene el hecho imputado, la norma infringida, la posible sanción, la autoridad competente y la norma que atribuye tal competencia. Asimismo, si bien no se le habría notificado directamente a la recurrente, se le notificó a la persona que se encontraba en el establecimiento en donde se cometió la presente infracción, recabándose su nombre, número de DNI y relación con la administrada.



Por consiguiente, contrario a lo indicado por JANET MERCEDES ROJAS APAZA, se le habría notificado debidamente el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándosele un plazo razonable para presentar sus descargos, más si se tiene en cuenta que afirma que recibió el Acta de Supervisión. Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo de la apelación.

10. En cuanto a los argumentos contenidos en el literal b) del numeral 8 de la presente resolución, es pertinente señalar que según el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en el marco de los procedimientos sancionadores a cargo de este organismo, la responsabilidad es objetiva¹²; es decir, basta que se constate el incumplimiento del marco normativo vigente para que JANET MERCEDES ROJAS APAZA sea responsable de la infracción administrativa imputada y se le aplique la sanción correspondiente.

Por consiguiente, no se evalúa en el presente procedimiento la intención de la recurrente de infringir la norma o no; es decir, que haya sido una descalibración involuntaria. Basta que se constate el incumplimiento a la norma para que ésta sea responsable de la comisión del ilícito administrativo.

12 Decreto Supremo N° 054-2001-PCM
Artículo 89°.- Responsabilidad del Infractor.-

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERGMIN, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERGMIN es objetiva.

RESOLUCIÓN N° 049-2019-OS/TASTEM-S2



En adición a ello, el numeral 43.1 del artículo 43° de la Ley N° 27444, concordante con el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444, prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 165° de la Ley N° 27444, concordante con el artículo 174° del T.U.O. de la Ley N° 27444, señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa.¹³

Bajo este marco legal, Osinergmin, en ejercicio de sus funciones, el 10 de mayo del 2007 realizó una visita de supervisión al establecimiento ubicado en la Esquina Sáenz Peña y Av. Túpac Amaru N° 102 del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar y departamento de Puno cuya responsable es JANET MERCEDES ROJAS APAZA, conforme se aprecia del Acta de Supervisión de Control Metrológico N° 02-0006527-CM-GFHL, obrante a fojas 2 del expediente.

Cabe precisar que de acuerdo a dicho documento, suscrito por el encargado del establecimiento, durante la supervisión se constató lo siguiente: "Los porcentajes de error detectados en dos (02) contómetros de las mangueras verificadas, eran de: a) Error porcentaje caudal máximo: -1.320% y error porcentaje caudal mínimo: -1.144% y b) Error porcentaje caudal máximo: -0.88% y error porcentaje caudal mínimo: -0.792%; los mismos que exceden el error máximo permisible (EMP) que es de $\pm 0.5\%$ ".

En tal sentido, se advierte que la recurrente incumplió lo dispuesto en el artículo 8 del anexo I de la Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD que regula el rango de porcentaje de error aceptado que varía entre - 0,5 % y + 0,5 %, y no presentó ningún medio de prueba que acredite lo contrario; por lo tanto, correspondía que se aplique la sanción prevista en el marco legal.



Al respecto se tiene que, al momento de detectarse la infracción y a la fecha de imposición de la sanción, se encontraba vigente la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, la cual establece para el numeral 2.8.1 (Incumplimiento de las normas metrológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares en Establecimiento de Venta de Combustibles Líquidos), la sanción de multa pecuniaria de hasta 60 UIT, el Internamiento Temporal de Vehículos, Cierre de Establecimiento, Suspensión Temporal de Actividades, Suspensión Definitiva de Actividades, Retiro de Instalaciones y/o Equipos y Comiso de Bienes¹⁴.

Para graduar la multa dentro del tope máximo antes indicado, se aplicó el criterio específico establecido para el numeral 2.8.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, aprobado por Resolución de Gerencia General N° 031-2005-OS/CD de fecha 16 de febrero del

¹³ Ley N° 27444°

Artículo 43°. - Valor de documentos públicos y privados

43.1. Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades. (...)"

"Artículo 165°. - Hechos no sujetos a actuación probatoria.

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."

¹⁴ En el Acta de Supervisión se ha constatado que se comercializa combustible con 02 (dos) mangueras despachando volumen fuera de tolerancia.

2005¹⁵. Actualmente se encuentra aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 134-2014-OS-GG¹⁶, la cual prevé el mismo criterio, conforme se detalla a continuación:



Rubro	Tipificación de la infracción	Referencia Legal	Sanción	Criterios específicos										
2.6. Incumplimiento de las normas metroológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares														
	2.6.1 En establecimientos de Venta de Combustibles y/o Gasocentros.	Art. 142° del Reglamento aprobado por D.S. N° 027-94-EM. Arts. 112° y 113° del Reglamento aprobado por D.S. N° 019-97-EM Arts. 70°, 75° y 86° inciso e) del Reglamento aprobado por D.S. N° 30-98-EM Art. 50° literal b) del Reglamento aprobado por D.S. N° 045-2001-EM. Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD y procedimiento anexo.	Hasta 150 UIT, ITV, CE, STA, SDA, RIE, CB	<p>A. Establecimientos de Venta de Combustibles Líquidos</p> <p>Por cada manguera encontrada, que exceda el error máximo permisible.</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Rango de Aplicación</th> <th>Multa (UIT)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Desde -0,501 % hasta -1,000 %</td> <td>0.35</td> </tr> <tr> <td>Desde -1,001 % hasta -1,500 %</td> <td>1.05</td> </tr> <tr> <td>Desde -1,501 % hasta -2,000 %</td> <td>1.75</td> </tr> <tr> <td>Desde -2,001 % o menos %</td> <td>2.45</td> </tr> </tbody> </table>	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
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													

En ese orden de ideas, se tiene que una las mangueras materia de imputación se encuentra en el primer rango y la otra en el segundo rango; por lo tanto, correspondía que se le imponga una sanción de 1.40 (una con cuarenta centésimas) UIT, lo cual realizó primera instancia.

Cabe precisar que en la Resolución de Gerencia General N° 031-2005-OS/CD, se prevé la aplicación de la siguiente atenuante:

“Si luego de la comisión de la infracción y antes de la emisión de la sanción, acreditan con medio probatorio idóneo que han verificado sus equipos a través de una empresa de servicio metroológicos con un cilindro patrón que cuenta con certificado de calibración vigente emitido por INDECOPI o una empresa de servicio metroológicos para verificar que no exceden el error máximo permitido en la norma metroológica peruana, se le aplicara solo el 75% del importe de la multa”



Al respecto, se tiene que las actas de supervisión a que hace referencia la recurrente son de fechas anteriores a la comisión de la infracción y posteriores a la emisión de sanción; por consiguiente, no corresponde ser consideradas para graduar la multa.¹⁷

Asimismo, con respecto a que el 11 de mayo del 2007 contrató los servicios del técnico [REDACTED] para corregir las maquinas, lo cual acredita con el recibo de honorarios y el certificado de calibración MVP-031-2007 del cilindro patrón, con el cual se habría verificado que los equipos materia de imputación no excedían el error máximo permitido por la norma, se

¹⁵ Vigente al momento en que se determinó la multa.

Numeral de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo de OSINERG N° 028-2003-OS/CO	Multas / Sanciones Establecidas en la Escala De Multas	Infracción Referencia Legal	Criterios Específicos										
Numeral 2.8.1.	Hasta 60 UIT Cierre del establecimiento, suspensión temporal de actividades, suspensión definitiva de actividades, retiro de instalaciones y/o equipo y comiso de bienes.	Por incumplir las normas metroológicas de calibración, control, monitoreo y/o similares en establecimientos de venta de combustibles. - Art. 86° inciso a) del reglamento aprobado por D.S N° 030-98- EM. - Art. 5° de la Ley complementaria de fortalecimiento institucional de OSINERG aprobada por Ley N° 27699.	<p>En Establecimientos de Venta de Combustibles Líquidos:</p> <p>Por cada manguera encontrada que exceda el Error Máximo Permisible:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Rango de Aplicación</th> <th>Multa (UIT)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Desde - 0,501 % hasta 1000 %</td> <td>0,35</td> </tr> <tr> <td>Desde - 1,001 % hasta 1500 %</td> <td>1,05</td> </tr> <tr> <td>Desde - 1,501 % hasta 2000 %</td> <td>1,75</td> </tr> <tr> <td>Desde - 2,001 % o menos %</td> <td>2,45</td> </tr> </tbody> </table>	Rango de Aplicación	Multa (UIT)	Desde - 0,501 % hasta 1000 %	0,35	Desde - 1,001 % hasta 1500 %	1,05	Desde - 1,501 % hasta 2000 %	1,75	Desde - 2,001 % o menos %	2,45
Rango de Aplicación	Multa (UIT)												
Desde - 0,501 % hasta 1000 %	0,35												
Desde - 1,001 % hasta 1500 %	1,05												
Desde - 1,501 % hasta 2000 %	1,75												
Desde - 2,001 % o menos %	2,45												

¹⁶ Cabe precisar que la presente infracción actualmente se encuentra tipificada en el numeral 2.6.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD.

¹⁷ La presente infracción se detectó el 10 de mayo del 2007 y la recurrente fue sancionada mediante Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG de fecha 17 de julio del 2007.
Las Actas de supervisión que presentó la administrada son de las siguientes fechas: 13/08/03; 22/01/04; 20/07/04; 07/05/05; 14/12/05; 08/05/06; 16/12/06 y 11/08/07.

tiene que el último documento mencionado fue emitido por la empresa IAT SERMEP S.R.L., la cual no se encuentra acreditada ante el INDECOPI.¹⁸

En ese sentido, no corresponde aplicar el atenuante establecido en la la Resolución de Gerencia General N° 031-2005-OS/CD.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, dado que la presente infracción origina que la cantidad de combustible despachado a los usuarios finales no sea la que corresponde no es posible revertir sus efectos; por consiguiente, es insubsanable según lo dispuesto en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS.¹⁹

En tal sentido, no se le podría eximir de su responsabilidad, pero sí se le podría aplicar en la multa una atenuante de responsabilidad de 5% según lo establecido en el sub literal g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS²⁰; no obstante, como ya se señaló en los párrafos precedentes la recurrente no presentó ningún medio probatorio para acreditar que realizó acciones correctivas.

Con relación a lo expuesto por la apelante en el sentido de que la multa le resulta perjudicial económicamente, es oportuno resaltar que la sanción impuesta en aplicación del criterio específico de sanción aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 031-2005-OS/CD para este caso se encuentra por muy debajo del tope máximo previsto en el Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD para la infracción imputada a la recurrente, lo cual resulta más favorable a la administrada, con lo que se acredita que se cumple con el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 concordante con el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444²¹.

Además, debe tenerse presente que imponer a la recurrente una sanción distinta al marco normativo vigente en atención a su situación patrimonial, implicaría una vulneración al Principio de Imparcialidad previsto en el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²².

¹⁸ De acuerdo con el Informe Legal N° 1952-2008-OS-GFHL-DCLQ obrante de fojas 32 a 33 del expediente.

¹⁹ RSFS

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (...)"

²⁰ RSFS

Artículo 25.- Graduación de multas

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

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes: (...)

g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

²¹ Ley N° 27444

"Artículo 230°. - Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

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. (...)"

²² Ley N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

RESOLUCIÓN N° 049-2019-OS/TASTEM-S2

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar este extremo de la apelación.

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,

SE RESUELVE:



Artículo 1°. - **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por JANET MERCEDES ROJAS APAZA contra la Resolución de Gerencia General N° 1754-2007-OS/GG de fecha 17 de julio del 2007 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
PRESIDENTE

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)
1.5. Principio de imparcialidad. - Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.