

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 359-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 10 de diciembre de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800057625 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa SOLGAS S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 965-2019-OS/OR ICA de fecha 22 de mayo de 2019, mediante la cual se la sancionó por incumplir normas del subsector hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 965-2019-OS/OR ICA del 22 de mayo de 2019¹, la Oficina Regional Ica sancionó a la empresa SOLGAS S.A., en adelante SOLGAS, con una multa de 0.04 (cuatro centésimas) UIT por incumplir el Decreto Supremo N° 065-2008-EM (que modifica el Reglamento de Seguridad para Instalaciones y Transporte de GLP aprobado por Decreto Supremo N° 27-94-EM), en concordancia con la "Norma Técnica Peruana 321.123 sobre Gas Licuado de Petróleo, Instalaciones para Consumidores Directos y Redes de Distribución", en adelante NTP 321.123, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Artículo 19° del Decreto Supremo N° 065-2008-EM, en concordancia con el numeral 6.4.6 de la NTP 321.123² En la zona de almacenamiento del tanque de GLP soterrado no se contaba con un letrero con la frase "GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR".	2.25 ³	0.04 UIT

¹ A través de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 965-2019-OS/OR ICA se dispuso el archivo de las infracciones Nos. 2, 3 y 4.

² Decreto Supremo N° 065-2008-EM

Artículo 19.- Requisitos de seguridad para Consumidores Directos de GLP y Redes de Distribución de GLP

Los requisitos de seguridad para las instalaciones de Consumidor Directo de GLP y Red de Distribución de GLP se regirán de acuerdo a la NTP 321.123.

Numeral 6.4.6 de la NTP 321.123

Los tanques estacionarios para usuarios de GLP a granel deberán tener pintado en el cuerpo del tanque la frase "GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR" en letras de imprenta perfectamente visibles, sobre fondo vivamente contrastante, cuyo tamaño guarde relación con la dimensión de los tanques según NTP 399.010-1. En el caso de tanques enterrados o monticulados la frase "GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR" será ubicado en la zona de almacenamiento.

³ Resolución N° 271-2012-OS/CD

Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

Rubro 2. Técnicas y/o Seguridad

2.25 Incumplir normas sobre letreros de seguridad y otros requeridos

Base Legal: Artículo 19° del D.S. N° 065-2008-EM, entre otra normativa.

Multa: Hasta 600 UIT. Otras sanciones: RIE, CB.

Cabe indicar que en la resolución de sanción se comente un error material y se indica 2.26 con el mismo tenor de letreros, siendo lo correcto el numeral 2.25 con el cual se le inició el presente procedimiento.

MULTA	0.04 UIT
-------	----------

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- 
- 
- a) El 6 de abril de 2018 se realizó una visita de supervisión a las instalaciones de la Red de Distribución de GLP operada por SOLGAS, ubicada en la Avenida Los Maestros y la Avenida Ayabaca S/N, distrito, provincia y departamento de Ica, conforme consta en el Acta de Fiscalización - Expediente N° 201800057625 y en la Carta de Visita de Supervisión N° 0019879-DSR, obrantes a fojas 7 y 8 del expediente, respectivamente. Ambos documentos fueron suscritos por el señor [REDACTED], quien se identificó como administrador y no consignó observaciones.
 - b) Mediante el Oficio N° 3108-2018-OS/OR ICA notificado el 16 de noviembre de 2018, al cual se adjuntó el Informe de Instrucción N° 3976-2018-OS/OR ICA, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador contra SOLGAS, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
 - c) Con escrito de registro N° 201800057625 de fecha 23 de noviembre de 2018, SOLGAS solicitó la ampliación de plazo por diez (10) días hábiles adicionales para la presentación de sus descargos.
 - d) El 7 de diciembre de 2018, mediante escrito de registro N° 201800057625, SOLGAS presentó sus descargos al inicio del procedimiento sancionador.
 - e) Por Oficio N° 732-2019-OS/OR ICA notificado el 3 de abril de 2019, se remitió a SOLGAS el Informe Final de Instrucción N° 678-2019-OS/OR ICA, concediéndosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
 - f) Al vencimiento del plazo, SOLGAS no presentó descargos al Informe Final de Instrucción.
 - g) A través de la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 965-2019-OS/OR ICA, se sancionó a SOLGAS por el incumplimiento descrito en el cuadro del numeral 1 de la presente resolución y se archivaron las infracciones Nos. 2, 3 y 4.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201800057625 de fecha 14 de junio de 2019, ampliado con escrito del 4 de julio de 2019, SOLGAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 965-2019-OS/OR ICA del 22 de mayo de 2019, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes argumentos:

Sobre el eximente de responsabilidad por la subsanación de la infracción N° 1

- a) SOLGAS manifiesta su conformidad por el archivo de las infracciones Nos. 2, 3 y 4; sin embargo, reitera que los hechos constatados en la supervisión del 6 de abril de 2018 fueron subsanados en su totalidad antes del inicio del presente procedimiento; por lo que también correspondía el archivo de la infracción N° 1.

RESOLUCIÓN N° 359-2019-OS/TASTEM-S2

Sobre el particular, precisa que, en la resolución impugnada, se le denegó la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, a pesar de haber presentado los medios probatorios que acreditaban la subsanación del incumplimiento N° 1.

Asimismo, en observancia de lo dispuesto en el Artículo II del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, que establece que las disposiciones contenidas en dicha norma tienen por objeto brindar garantías mínimas a todos los administrados, resulta imprescindible que la entidad aplique el eximente por subsanación voluntaria, ya que es una garantía aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores⁴.

Añade que no valorar sus declaraciones sobre la subsanación de la infracción N° 1 contraviene el Principio de Presunción de Licitud. Precisa que todas las fotografías presentadas a efectos de acreditar el cumplimiento de la normativa debieron estar sujetas a una verificación posterior de considerarlo necesario la entidad. En tanto no se presenten medios probatorios en contrario, se debe presumir que la administrada actuó legalmente.

En su caso, SOLGAS alega que colocó un letrero con la frase "GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR" en la zona de almacenamiento del tanque de GLP soterrado del local supervisado y que, además, ello se llevó a cabo antes de la notificación de inicio del presente procedimiento.

Por tanto, la imposición de una sanción vulnera el Principio de Razonabilidad⁵, toda vez que la finalidad pública que busca protegerse ya ha sido resguardada mediante la subsanación; motivo por el cual el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de Osinergmin excede su propósito.

- b) Se reservó el derecho de ampliar sus argumentos. En atención a ello, el 4 de julio de 2019 SOLGAS presentó un escrito ampliatorio al que adjuntó la ficha de inspección elaborada por la empresa BASAC de fecha 15 de junio de 2018, a fin de acreditar que la subsanación la realizó antes del inicio del presente procedimiento.

En la mencionada ficha se consignan fotografías de su establecimiento fechadas el día 15 de junio de 2018, en las que se advierte un letrero que –según afirma SOLGAS- cumple con la normativa.

En consecuencia, alega que, al haber cumplido con acreditar la subsanación de la observación antes del inicio del procedimiento, corresponde declarar el archivo del presente procedimiento, en aplicación del Principio de Legalidad.

⁴ La recurrente cita al autor Jorge Danós Ordóñez y su publicación "La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. Régimen Administrativo Sancionatorio, Tomo 2. Guayaquil: Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. 2018 Pág. 14.

"Los principios y las reglas de carácter garantista que rigen la actividad sancionadora de la administración forman parte del contenido coman de la LPAG y por lo tanto son de obligatoria aplicación vía cumplimiento en todos los procedimientos administrativos sancionadores que tramiten las entidades de la administración pública en el Perú "

⁵ SOLGAS cita al autor Juan Carlos Morón Urbina y su publicación, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica 2017, en la que señala lo siguiente:

"En suma, el principio de razonabilidad para el Derecho Administrativo nacional exige a las entidades que: Se adopten dentro de los límites de la facultad atribuida. Mantengan la proporción entre los medios a ampliar [sic] (el contenido del acto de gravamen) y los fines públicos que deba tutelar, y, La medida responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. En este sentido, la Administración Pública no cuenta con plena libertad para elegir la medida sancionadora entre el elenco que le habilita la normativa, sino que debe elegir aquella que mantenga de mejor manera la proporción con la finalidad pública que persigue la medida (desalentarla comisión del ilícito administrativo) y que la conculcación del derecho del administrado lo sea en lo estrictamente necesario para satisfacer el interés público perseguido"

3. A través del Memorandum N° 90-2019-OS/OR LIMA SUR recibido el 4 de noviembre de 2019 por la Sala 2 del TASTEM, la Oficina Regional Lima Sur remitió el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el eximente de responsabilidad por la subsanación de la infracción N° 1

- 
4. Con relación a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, en concordancia con el artículo 89° de su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, la responsabilidad de los administrados en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin es objetiva, por lo que basta constatar el incumplimiento de la normativa correspondiente para que se acredite la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa imputada.

Asimismo, según el numeral 13.2 del artículo 13° y el artículo 14° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, se presume cierto el contenido de las Actas e Informes de Supervisión, salvo prueba en contrario⁶.



Corresponde indicar que el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O de la Ley N° 27444, respecto del Principio de Verdad Material establece que, en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En ese contexto, Osinergmin, en ejercicio de sus funciones, el 6 de abril de 2018 realizó una visita de supervisión al establecimiento ubicado en la Avenida Los Maestros y la Avenida Ayabaca S/N, distrito, provincia y departamento de Ica, operado por la empresa SOLGAS, conforme se aprecia del Acta de Fiscalización - Expediente N° 201800057625 y la Carta de Visita de Supervisión N° 0019879-DSR, obrantes a fojas 7 y 8 del expediente, respectivamente. De acuerdo con dicho documento, suscrito por el supervisor de producción del establecimiento, se constataron, entre otros hechos, la infracción N° 1, referida a que en el establecimiento de la recurrente no se contaba con el letrero "GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR", incumpliendo lo dispuesto en el artículo 19° del Decreto Supremo N° 065-2008-EM en concordancia con el numeral 6.4.6 de la NTP 321.123.

Debe indicarse que los hechos imputados a título de infracciones se encuentran debidamente acreditados y motivados en función al contenido del Acta, así como de las vistas fotográficas que los registraron. Cabe señalar que el Acta de Supervisión de 6 de abril de 2018, así como el Informe

⁶ RSFS

"Artículo 13.- Acta de supervisión (...)

13.2 El Acta de Supervisión incluye necesariamente la siguiente información: lugar, fecha, hora de inicio y fin de la diligencia; el nombre o razón social del Agente Supervisado; el nombre, firma y documento de identidad de las personas participantes cuando puedan ser identificadas; así como los hechos constatados. Su contenido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario. (...)

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. (...)"

RESOLUCIÓN N° 359-2019-OS/TASTEM-S2

de Instrucción N° 3976-2018-OS/OR ICA, fueron notificados a SOLGAS. Por lo tanto, en virtud del Principio de Presunción de Licitud y el numeral 173.2 del artículo 173° del T.U.O. de la Ley N° 27444⁷, correspondía a la apelante presentar las alegaciones y pruebas de descargo que desvirtúen el contenido de éstos y, por consiguiente, su responsabilidad por los ilícitos administrativos, lo que no ocurrió.

Asimismo, se debe indicar que, mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2018, con posterioridad al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, SOLGAS presentó sus descargos.

Al respecto, corresponde reiterar lo indicado en la resolución impugnada en el sentido de que, de la revisión del descargo presentado por la administrada, se desprende que este no desvirtúa la comisión de la infracción N° 1 que le fue imputada, toda vez que en la visita de supervisión se acreditó de manera objetiva que el establecimiento supervisado no cuenta con un letrero que consigne: "GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR", siendo que la copia de la fotografía adjunta a su descargo ha sido presentada con fecha posterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, se verifica que la administrada no acreditó haber realizado acciones correctivas a fin de cumplir con la obligación infringida hasta antes del inicio del presente procedimiento, es decir, hasta el día 15 de octubre de 2018.

No obstante, la Primera Instancia optó por aplicar el factor atenuante contemplado en el literal g.2) del numeral 25.2 del artículo 25° del RSFS, el cual ascendió a -5% de la sanción a imponerse.

Sobre el particular, SOLGAS, en su recurso de apelación, presenta la ficha de inspección elaborada por la empresa BASAC de fecha 15 de junio de 2018, a fin de acreditar que la subsanación fue realizada con anterioridad al inicio del presente procedimiento, adjuntando la siguiente fotografía:



SOLGAS indica que la misma guardaría relación con la presentada en su escrito de descargos del 7 de diciembre de 2018, que es la siguiente:

⁷ Artículo 173.- Carga de la prueba

173.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

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



Con relación a lo mencionado, este Tribunal considera que no se ha cumplido con lo establecido en el numeral 6.4.6 de la NTP 321.123, en concordancia con el artículo 19° del Decreto Supremo N° 065-2008-EM, el cual establece lo siguiente:

“Numeral 6.4.6 de la NTP 321.123

Los tanques estacionarios para usuarios de GLP a granel deberán tener pintado en el cuerpo del tanque la frase “GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR” en letras de imprenta perfectamente visibles, sobre fondo vivamente contrastante, cuyo tamaño guarde relación con la dimensión de los tanques según NTP 399.010-1. En el caso de tanques enterrados o monticulados la frase “GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR” será ubicado en la zona de almacenamiento.” (Énfasis agregado).



Conforme con el Principio de Legalidad, este Órgano Colegiado considera que la leyenda “PELIGRO GAS INFLAMABLE” no reemplaza ni sustituye la leyenda “GAS COMBUSTIBLE NO FUMAR” expresamente contemplada por la NTP 321.123. Ello, toda vez que la leyenda que indica la citada norma técnica no sólo describe el producto, sino que también ordena una acción, en este caso la prohibición expresa de fumar (“No Fumar”); indicación expresa que no cumple la leyenda consignada en el letrero que alega la recurrente.

Por lo tanto, en aplicación del Principio de Verdad Material y, conforme con los medios probatorios obrantes en el expediente, se ha desvirtuado la Presunción de Licitud.

En atención a lo señalado, corresponde declarar infundado el recurso de apelación, toda vez que la recurrente no acreditó haber subsanado la infracción N° 1 con anterioridad al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que no corresponde aplicar el eximente contemplado por la norma.

En se sentido, la resolución apelada ha sido expedida cumpliendo con los requisitos de validez del acto administrativo, el Principio de Debido Procedimiento y los demás principios establecidos en el Título Preliminar del T.U.O de Ley N° 27444.

Sin perjuicio de lo mencionado, en aplicación del “Principio de No Reforma en Peor” conforme el artículo 237 de la Ley N° 27444⁸, corresponde mantener el factor atenuante por subsanación voluntaria que otorgó la Primera Instancia a SOLGAS en el presente procedimiento.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por SOLGAS S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 965-2019-OS/OR ICA del 22 de mayo de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

⁸ La recurrente invoca el numeral 237.3 del artículo 237° de la Ley N° 27444, el cual establece:

“237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.”