

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 017-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 16 de enero de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600053333 que contiene el recurso de apelación interpuesto por LK COMBUSTIBLES S.A.C., representada por la señora Teresa Angélica Vite Luján, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2329-2016-OS/OR-ANCASH de fecha 15 de setiembre de 2016, que declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1578-2016-OS/OR-ANCASH del 24 de mayo de 2016, mediante la cual se le sancionó por incumplir las normas de control metrológico.



CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 1578-2016-OS/OR-ANCASH, se sancionó a la empresa LK COMBUSTIBLES S.A.C., en adelante LK COMBUSTIBLES, con una multa de 1.05 (una con cinco centésimas) UIT, por incumplir el Procedimiento para el Control Metrológico en Grifos y Estaciones de Servicios, aprobado por la Resolución N° 400-2006-OS/CD y sus modificatorias, en concordancia con el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM; conforme al siguiente detalle:



INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
<p>Al artículo 8° del Procedimiento aprobado en el Anexo 1 de la Resolución N° 400-2006-OS/CD y sus modificatorias, en concordancia con el inciso e) del artículo 86° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM</p> <p>Se constató que los porcentajes de error detectados en tres (03) contómetros de las mangueras verificadas eran:</p> <p>a) Error porcentaje caudal máximo: -0.572% y Error porcentaje caudal mínimo: -0.528%</p> <p>b) Error porcentaje caudal máximo: -0.528%</p> <p>c) Error porcentaje caudal máximo: -0.528%</p> <p>Los cuales exceden el Error Máximo Permissible (EMP) que es de +0.5%⁽¹⁾.</p>	2.6.1 ²	1.05 UIT

¹ Resolución N° 400-2006-OS/CD y modificatorias.
Anexo 1: Procedimiento para el Control Metrológico en Grifos y Estaciones de Servicios
"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 encuentren por debajo de la tolerancia máxima permisible de - 0,5 % se iniciará procedimiento administrativo sancionador (...)".

Decreto Supremo N° 030-98-EM y sus modificatorias
Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos
"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. (...)".

² Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD.

MULTA	1.05 UIT ³
-------	-----------------------

Como antecedentes cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 14 de abril de 2016, se realizó la visita de supervisión a la Estación de Servicios ubicada en Carretera Panamericana Norte Km. 380+221.35 Lotes 1A y B Predio El Carmen, distrito y provincia de Casma, departamento de Áncash, operada por LK COMBUSTIBLES con Registro de Hidrocarburos N° 102209-050-040116; con el propósito de realizar el procedimiento de control metrológico en el total de mangueras de dicho establecimiento, conforme consta en el Acta de Supervisión de Control Metrológico N° 0048857-CM de la misma fecha, obrante a fojas 06 del expediente.
- b) A través de la mencionada Acta se comunicó a LK COMBUSTIBLES el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos y el acogimiento al beneficio de reducción de multa por su pago voluntario de ser el caso.
- c) Vencido el plazo otorgado, la administrada no presentó descargo alguno, ni tampoco efectuó el pago voluntario de la multa impuesta en la Boleta Electrónica Informativa, con código N° 401-000048857-01.

2. Mediante escrito de fecha 13 de junio de 2016, LK COMBUSTIBLES presentó Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1578-2016-OS/OR ANCASH del 24 de mayo de 2016.
3. A través de la Resolución N° 2329-2016-OS/OR-ANCASH del 15 de setiembre de 2016, la Oficina Regional de Áncash declaró infundado el mencionado recurso.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Mediante escrito de registro N° 2016-53333 de fecha 06 de octubre de 2016, LK COMBUSTIBLES interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2329-2016-OS/OR-ANCASH del 15 de setiembre de 2016, solicitando dejar sin efecto la multa impuesta, en atención a los siguientes fundamentos:
 - a) Manifiesta que vende combustibles desde el 04 de mayo de 2013 sin perjudicar a sus clientes respecto a la calidad y cantidad de sus productos. Asimismo, indica que en OSINERGMIN, no tiene antecedentes al respecto; es decir, en los tres (03) años transcurridos, no ha cometido infracción alguna relacionada a la calidad ni a la cantidad de los combustibles que comercializa hasta la fecha.

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

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: Artículo 86º inciso e) del Reglamento aprobado por D.S. N° 030 -098-EM; Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD y procedimiento anexo.

Multa: Hasta 150 UIT.

³ La determinación de la sanción se realizó de conformidad con los Criterios Específicos de Sanción aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 352-2011 del 19 de agosto de 2011, modificada por la Resolución de Gerencia General N° 134-2014-OS/GG de fecha 29 de setiembre de 2014.

- b) La administrada refiere que la resolución impugnada vulneraría el Principio de Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, ya que no habría tomado en cuenta su Recurso de Reconsideración del 13 de junio de 2016, ni los medios probatorios adjuntos en él, por lo que solicita su evaluación.
- c) La resolución impugnada y la multa impuesta se sustentan en el Acta de Supervisión de Control Metrológico N° 0048857-CM del 14 de abril de 2016. Sin embargo, dicho documento no tiene valor probatorio, ya que adolece de una nulidad insubsanable por las omisiones en las que incurrió el supervisor de OSINERGMIN, conforme a lo siguiente:



- i. El Acta no consigna expresamente que con el serafín utilizado se realizó el procedimiento previo de llenado del medido volumétrico con el producto a medir, para luego vaciarlo y dejar escurrir por treinta (30) segundos de forma que su interior quede humedecido.

Por lo tanto, manifiesta que se habría vulnerado la Resolución de Gerencia General N° 28-2015-OS/GG del 12 de marzo de 2015, que aprobó el Formato de Acta de Supervisión de Control Metrológico, y el artículo 12° del Procedimiento para el Control Metrológico para Grifos y Estaciones de Servicios, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, ya que no se efectuó el procedimiento previo establecido, al no constar en parte alguna del Acta que OSINERGMIN cumplió con aquel.



Asimismo, alega que si bien la sección Observaciones del Acta indica que “se utilizó 5 gl. para humectar el calibrador”, ello no se refiere al procedimiento establecido en el artículo 12° indicado, siendo que el citado calibrador no es un medido volumétrico, ni un serafín, así como tampoco se encuentra comprendido dentro de los alcances del numeral 2.1 del artículo 2° y el artículo 12° del Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, refiriéndose más bien al producto indicado en el Anexo 9 de su Recurso de Reconsideración.

En ese sentido, refiere que esta entidad no habría cumplido con la ley, por lo que el Acta constituiría un acto nulo (artículos 8°, 10° y 202° de la Ley N° 27444, en concordancia de los artículos 51°, 138°, 139° inciso 3 y 148° de la Constitución Política).

- ii. El Acta no consigna expresamente que el serafín utilizado en la visita de supervisión para el acto de medición sea de propiedad de OSINERGMIN. Al respecto, la norma establece que el medidor volumétrico patrón que se utilice para realizar el control metrológico será de propiedad de OSINERGMIN.

Por lo tanto, se habría infringido la Resolución de Gerencia General N° 28-2015-OS/GG del 12 de marzo de 2015 y el artículo 6° del Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, ya que en

el Acta no consta “la acreditación de propiedad del serafín” por parte de OSINERGMIN.

Al respecto, el representante de OSINERGMIN no mostró al encargado del establecimiento factura o boleta alguna que acredite la propiedad del serafín, siendo que el documento que acredita dicha propiedad debió ser consignado o en todo caso adjuntado al Acta; caso contrario se estaría frente a un procedimiento arbitrario.

En consecuencia, la medición efectuada en la supervisión es incorrecta al no corresponder a la verdad, ya que no se acreditó la propiedad del serafín, por lo que el Acta constituye un acto nulo al vulnerar la normativa vigente.

- 
- iii. En el Acta no consta que el serafín utilizado tiene Certificado de calibración vigente emitido por Indecopi y/o por un laboratorio de calibración acreditado por dicha entidad, siendo además que dicho documento nunca fue mostrado durante la supervisión al encargado del establecimiento.

Al respecto, refiere que, en la supervisión, OSINERGMIN solicitó el serafín del establecimiento y el Certificado de Calibración vigente (si no se cuenta con éste, infringe la norma y le es imputable una multa). Sin embargo, esta entidad no le mostró el Certificado de su serafín al encargado del establecimiento con quien se entendió la diligencia.



Por lo tanto, indica que se habría infringido la Resolución de Gerencia General N° 28-2015-OS/GG del 12 de marzo de 2015 y el artículo 6° del Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, ya que solo cuando se muestra el Certificado, además de ser consignado en el Acta, se estaría ante un serafín de OSINERGMIN para poder llevar a cabo el procedimiento; caso contrario se estaría frente a una arbitrariedad, ya que se podría haber utilizado el certificado de cualquier otro serafín en su establecimiento.

- iv. La administrada indica que a la fecha de la supervisión su serafín contaba con el Certificado de Calibración N° V-0457-2016 vigente. Sin embargo, difiere técnicamente del que OSINERGMIN utiliza.

Al respecto, manifiesta que su serafín está expresado en decimales, mientras que el de OSINERGMIN lo está en centésimas, lo cual evidenciaría que no existen las mismas condiciones técnicas de medición y es por ello el resultado desfavorable para su empresa, ya que su serafín no tiene centésimas.

Asimismo, alega que, si se dedicara a robarle a sus clientes, lo haría entonces con todas sus mangueras, lo cual no es así, ya que de las diez (10) mangueras sujetas a medición, siete (07) estaban conformes, advirtiéndose más bien del Acta que le da a sus clientes incluso más combustibles por su compras.

Así también, indica que respecto a la segunda y tercera manguera, a caudal mínimo obtuvo los porcentajes de error de -0.352 y -0.44, lo cual no fue advertido por OSINERGMIN.

En igual sentido, alega que calibra sus máquinas constantemente con su serafín y las tres (03) mangueras materia del procedimiento no son la excepción, ya que fueron calibradas un día antes de la fiscalización (conforme consta en el Anexo 6 de su Recurso de Reconsideración), así como un día después (tal como se verifica en el Anexo 7), fechas en las cuales estaban despachando correctamente.

A su vez, señala que incurriría nuevamente en infracción dado que OSINERGMIN supervisa con su serafín centesimal, el cual es más sofisticado y moderno frente a su serafín decimal (casi obsoleto, menos moderno, pero debidamente autorizado para su uso).

Finalmente, manifiesta que recurrirá al Poder Judicial sino se cumple con la legalidad exigida, ya que no pagará multas arbitrarias como la impuesta, dado que no roba combustible a sus clientes, siendo que hasta la fecha no existe denuncia alguna en su contra.

La administrada señala que esta entidad habría vulnerado el Debido Procedimiento administrativo, toda vez que la resolución impugnada no ha sido debidamente motivada, siendo que el considerando 1 contiene una motivación insuficiente (artículo 139 inciso 5 de la Constitución y el literal 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444). Así también, se vulneró el derecho al debido proceso (artículo 139º inciso 3 de la Constitución y literal 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444) y el de defensa (el encargado del establecimiento firmó sin leer ni objetar el Acta, ya que solo presenció la fiscalización).

d) LK COMBUSTIBLES presenta en calidad de medios probatorios los mismos que fueron remitidos en su Recurso de Reconsideración del 13 de junio de 2016.

5. A través del Memorándum N° 25-2016-OS/OR ANCASH, recibido con fecha 08 de noviembre de 2016, la Oficina Regional de Áncash remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

6. Con relación a lo señalado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que LK COMBUSTIBLES en su calidad de titular de la Estación de Servicios con Registro de Hidrocarburos N° 102209-050-040116, se encuentra obligada durante el desarrollo de sus actividades al cumplimiento de las normas del subsector hidrocarburos, entre ellas, las normas de control metrológico.

En ese sentido, el hecho alegado por la administrada referido a que no tiene antecedentes sobre infracciones cometidas por la cantidad de combustible que comercializa no desvirtúa el incumplimiento materia de análisis, toda vez que en la visita de supervisión del 14 de abril de



2016, OSINERGMIN verificó que los porcentajes de error en tres (03) contómetros de las mangueras del establecimiento excedían el error máximo permisible ($\pm 0.5\%$), conforme consta en el Acta de Supervisión de Control Metrológico N° 0048857-CM de la misma fecha, obrante a fojas 06 del expediente.

Por lo tanto, no corresponde emitir pronunciamiento adicional sobre el particular.

7. Sobre lo alegado en los literales b), c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que esta Sala constata que la sección Observaciones del Acta de Supervisión del 14 de abril de 2016 indica que “se utilizó 5 gl. para humectar el calibrador (Diesel B5)”.

Al respecto, de acuerdo al literal a) del artículo 12° del Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, en la supervisión se hará un llenado previo del medidor volumétrico patrón con el producto a medir y luego vaciarlo, dejándolo escurrir por 30 segundos, de forma que su interior quede humedecido. (Subrayado nuestro)

Asimismo, el numeral 2.1. del artículo 2° del Procedimiento indicado define al Medidor Volumétrico Patrón como “el instrumento utilizado para verificar y certificar los medidores de los surtidores y/o dispensadores, en la venta al público de combustibles”. (Subrayado agregado)

Sobre el particular, cabe mencionar que el numeral 1 de la Norma Metrológica Peruana 009 1999 “Sistemas de Medición Para Líquidos distintos al agua: Medidores Volumétricos Patrón” indica que dichos instrumentos son utilizados en la calibración de sistemas de medición (surtidores y dispensadores) para combustibles derivados del petróleo. Así también, la Real Academia de la Lengua define el término calibrador como aquel instrumento que permite calibrar⁴. (Subrayado agregado)

En ese orden de ideas y conceptos, el medidor volumétrico patrón es un calibrador, toda vez que permita calibrar otros instrumentos.

Por lo expuesto, se verifica claramente que en el procedimiento de supervisión se cumplió con el indicado artículo, ya que de la lectura del Acta consta que se utilizaron 5 galones para humedecer el calibrador, lo cual se efectuó en el marco del procedimiento de llenado previo que tiene por finalidad que el interior del serafín quede humedecido, por lo que la mención al “calibrador” en el Acta se refiere justamente al medidor volumétrico patrón de OSINERGMIN.

Asimismo, de conformidad con el artículo 6° del Procedimiento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, “el medidor volumétrico patrón que se utilice para efectuar el control metrológico será el de propiedad de OSINERGMIN. Dicho medidor deberá contar con un certificado de calibración vigente emitido por el Servicio Nacional de Metrología en INDECOPI o por un laboratorio de calibración acreditado por INDECOPI”.

Sobre el particular, esta Sala constata que el procedimiento de control metrológico realizado el 14 de abril de 2016 a la Estación de Servicios operada por LK COMBUSTIBLES se llevó a

⁴ Conforma consta en la página web de la RAE, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=6n5eimY>

cabo en estricto cumplimiento del citado artículo 6, habiéndose utilizado el Medidor Volumétrico de propiedad de OSINERGMIN, que cuenta con Certificado de Calibración Vigente N° V-1488-2015 del 17 de noviembre de 2015, emitido por el laboratorio de Metroil con Registro N° LC-001, conforme consta en el Acta Probatoria y en la copia del Certificado de Conformidad mencionado, obrantes a fojas 06 y 118 del expediente sancionador respectivamente, y cuyas copias o lectura tiene derecho a solicitar la recurrente de estimarlo conveniente, de acuerdo a la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (Subrayado agregado)



En adición a lo anterior, cabe precisar que el Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD no exige en sección alguna bajo sanción de nulidad que se deba adjuntar en el Acta el documento que acredite que esta entidad es propietaria de dicho instrumento, así como tampoco establece que se muestre a la fiscalizada la factura o boleta de compra del medidor.

En ese sentido, la norma indica que OSINERGMIN debe utilizar su medidor, el cual debe contar con un certificado de calibración vigente emitido por el Servicio Nacional de Metrología en INDECOPI o por un laboratorio de calibración acreditado por dicha entidad, lo cual efectivamente ha realizado en el presente caso, dejando constancia de ello en la sección "Medidor Volumétrico Patrón" del Acta de Supervisión, en la que se consigna el N° de Certificado de Calibración con el que cuenta el Medidor (N° V-1488-2015), la fecha de calibración (16 de noviembre de 2015), así como el N° de serie del medidor de esta entidad (05-01571), para conocimiento del administrado.



Por otro lado, de la copia del Certificado de Calibración N° V-0457-2016 emitido el 09 de marzo de 2016 por Metroil, presentado por la administrada en el trámite del presente procedimiento, se constata que, a la fecha de la supervisión, su serafín contaba con un Certificado de Calibración vigente. Sin embargo, ello no desvirtúa en modo alguno el incumplimiento verificado en la supervisión del 14 de abril de 2016, en la cual se constató con el medidor volumétrico patrón de OSINERGMIN, con Certificado de Calibración N° V-1488-2015, que los porcentajes de error detectados en tres (03) contómetros de las mangueras verificadas excedían el error máximo permisible (EMP) que es de -0.5%.

Así también, de acuerdo al artículo 8° del Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD, "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 cualquier de estas mediciones se encuentren por debajo de la tolerancia máxima permisible de -0.5% se iniciará procedimiento administrativo sancionador".

Al respecto, en el Acta de Supervisión consta los resultados obtenidos de las mediciones tanto a caudal máximo como a caudal mínimo, verificándose que si bien el resultado obtenido a un caudal determinado se encuentra dentro de la tolerancia permisible (caudal mínimo de la segunda y la tercera manguera), se ha configurado el incumplimiento en virtud a que, de conformidad con la norma, basta que uno de los resultados de la medición se encuentre por debajo de la tolerancia -0.5% para iniciar el procedimiento sancionador, lo cual se dio en el presente caso (el resultado a caudal máximo de la segunda y la tercera manguera excedió la tolerancia).

En igual sentido, lo alegado por LK COMBUSTIBLES respecto a que su serafín está expresado en décimas, que es menos moderno en comparación con el que utiliza OSINERGMIN en las supervisiones y que por ello se encuentra en desventaja; cabe indicar, en primer término, que los medidores volumétricos no están expresados en décimas o en centésimas, siendo más bien que poseen marcas de escala o "líneas", las cuales están expresados en números enteros.

Así las cosas, se advierte que en el numeral 3 del Certificado de Calibración N° V-1488-2015 de OSINERGMIN se indica que el intervalo de medida es de 5 (cinco) galones \pm 30 (treinta) líneas, y en el Certificado de Calibración N° V-0457-2016 de LK COMBUSTIBLES que dicho intervalo es de 5 (cinco) galones +19 (diecinueve) líneas a -20 (veinte) líneas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los laboratorios calculan el volumen que hay entre dos líneas, en el Certificado de Calibración N° V-1488-2015 de OSINERGMIN se indica que el valor de cada división mínima de escala corresponde a 0,044%; mientras que en el Certificado de Calibración N° V-0457-2016 de LK COMBUSTIBLES se indica que dicho corresponde a 0,092%.

Por tanto, se concluye que en ambos medidores volumétricos las marcas de escala están en números enteros y el volumen de la división mínima de escala que figura en ambos Certificados de Calibración está expresado en tres decimales (0,044% en el OSINERGMIN y 0.092% en el de la administrada). En consecuencia, lo alegado por la recurrente carece de todo sustento técnico. (Subrayado agregado)

De otro lado, respecto a lo indicado por LK COMBUSTIBLES sobre que sus máquinas son calibradas constantemente, las tres (03) mangueras materia de análisis fueron calibradas un día antes y un día después de la fiscalización y que su serafín arrojó que estaban despachando correctamente; corresponde indicar que el recibo de honorarios emitido el 14 de abril de 2016 por concepto de calibración y mantenimiento de los dispensadores del Grifo el 13 de abril de 2016 y las cuatro (04) fotografías sobre calibraciones que se habrían realizado a las mangueras, presentados por la administrada, no desvirtúan el incumplimiento materia de análisis en modo alguno.

Al respecto, estos medios probatorios no acreditan que, al momento de la visita de supervisión, una medición con el serafín de la administrada respecto a los contómetros de las tres (03) mangueras habría dado como resultado que se encontraban dentro del margen de tolerancia máxima permisible de -0.5%, siendo que no ha presentado prueba que evidencie que con su serafín y mangueras debidamente calibradas (según alega) los resultados serían conformes. Asimismo, cabe señalar que en la diligencia de supervisión no solicitó o realizó la medición con su serafín, en calidad de contraprueba, ni tampoco consignó la sección Observaciones del Acta de Supervisión que hubiera realizado dicho requerimiento.

En ese sentido, la administrada no ha acreditado que los resultados obtenidos con su serafín serían conformes, como manifiesta, mientras que OSINERGMIN sí ha acreditado debidamente el incumplimiento materia de análisis, conforme consta en el Acta de Supervisión obrante a fojas 06 del expediente.



Sobre lo indicado por la administrada respecto a que siete (07) de las mangueras estaban conformes, cabe precisar que solo se le ha sancionado por los tres (03) contómetros cuyo porcentaje de error excedieron el Error Máximo Permissible de -0.5% en la fiscalización realizada el 14 de abril de 2016, siendo que respecto a los contómetros que obtuvieron resultados conforme a la norma, no se inició procedimiento alguno, al encontrarse dentro del margen de tolerancia establecido.

Finalmente, esta Sala constata que la resolución impugnada y la resolución de sanción fueron emitidas en observancia del Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁵, vigente a la fecha de su emisión, concordante con los incisos 3 y 5 del artículo 139° de la Constitución Política⁶, que establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

De acuerdo a lo expuesto en el presente numeral, en la visita de supervisión del 14 de abril de 2016, se levantó el Acta de Supervisión de Control Metrológico N° 0048857-CM, de conformidad con el Procedimiento aprobado en el Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD y modificatorias, utilizando el Formato de Acta de Supervisión aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 28-2015-OS/GG, para lo cual se detallaron los hechos constatados (mediciones) y cada uno de los ítems establecidos en el Acta para su llenado correspondiente (como el N° de Certificado de Calibración, N° de serie, entre otros).

Al respecto, la administrada refiere que el encargado del establecimiento firmó sin leer el Acta y da a entender que dicha persona no tenía conocimiento alguno sobre las Actas de Supervisión. Sin embargo, dicho argumento carece de sustento alguno, toda vez que el conocimiento que tengan los trabajadores o encargados de los establecimientos fiscalizados es de completa responsabilidad de las empresas autorizadas para operar hidrocarburos, como es el caso de LK COMBUSTIBLES.

⁵ Ley N° 27444

Título Preliminar

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

⁶ Constitución Política del Perú

"Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los derechos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

(...)"

Así las cosas, en la parte inferior del Acta de Supervisión existe un apartado denominado "Observaciones" en el cual el encargado del establecimiento con quien se entendió la diligencia de supervisión (Jefe de Playa) pudo haber realizado los comentarios que estimara convenientes. Sin embargo, de la revisión de dicho documento se verifica que la persona con quien se entendió la diligencia firmó el Acta en señal de conformidad y no realizó observación alguna respecto al procedimiento de supervisión u otros aspectos.

Asimismo, en observancia del Principio de Debido Procedimiento, se le otorgó a LK COMBUSTIBLES el plazo de diez (10) hábiles para que presente sus descargos al inicio del procedimiento en ejercicio de su derecho de defensa, de conformidad con el numeral 3 del artículo 235° de la Ley N° 27444 vigente⁷, momento en el cual la administrada pudo remitir sus observaciones y alegatos respecto al Acta, el incumplimiento verificado, entre otros, a fin de ser evaluados. Sin embargo, se constata que, trascurrido el plazo otorgado, a la fecha de emisión de la resolución de sanción, no presentó descargo alguno.

Sin perjuicio de ello, como ya se ha indicado, el Acta de Supervisión fue debidamente emitido, de conformidad con el Procedimiento aprobado por Resolución N° 400-2006-OS/CD, así como en observancia del numeral 3 del artículo 234 de la Ley N° 27444, vigente a la fecha de inicio del procedimiento sancionador⁸.

Por otro lado, esta Sala constata que los argumentos de defensa y medios probatorios presentados por la administrada mediante su Recurso de Reconsideración del 13 de junio de 2016 sí fueron evaluados por la primera instancia en la Resolución de Oficinas Regionales N° 2329-2016-OS/OR-ANCASH del 15 de setiembre de 2016, y su adjunto el Informe de Análisis de Recurso Impugnativo N° 1666-2016-OS/OR-ANCASH del 15 de agosto de 2016, encontrándose éstos debidamente motivados.

En ese sentido, la resolución impugnada fue emitida de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con los incisos 3 y 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y de conformidad con el Principio de Legalidad y demás disposiciones establecidas en la Ley N° 27444⁹.

Por todo lo expuesto en el presente numeral, se concluye que la resolución impugnada y el Acta de Supervisión fueron válidamente emitidas y no incurrir en supuesto de nulidad

⁷ Ley N° 27444

"Artículo 235.- Procedimiento Sancionador
(...)

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".

⁸ Ley N° 27444

"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 construir 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".

⁹ Ley N° 27444

Título Preliminar

"Artículo IV. Principios del Procedimiento Administrativo

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

alguno, de acuerdo a los artículos 8°, 10° y 202° de la Ley N° 27444 vigente a la fecha de su emisión¹⁰, en concordancia con artículos 51º, 138º y 139º incisos 3 y 5 de la Constitución Política¹¹.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, de conformidad con el artículo 218° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 148° de la Constitución Política¹², la administrada, de estimarlo conveniente, se encuentra facultada a impugnar el presente acto administrativo mediante el proceso contencioso administrativo.

En consecuencia, este Órgano Colegiado considera que la autoridad de primera instancia ha actuado de conformidad con la normativa vigente, por lo que se desestima el recurso de apelación en este extremo.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias; 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 LK COMBUSTIBLES S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2329-2016-OS/OR-ANCASH de fecha 15 de setiembre de 2016; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en sus todos sus extremos.

¹⁰ Ley N° 27444

"Artículo 8.- Validez del acto administrativo
Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico".

"Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...)"

"Artículo 202.- Nulidad de Oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario. Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo".

¹¹ Constitución Política del Perú

"Artículo 51.- Supremacía de la Constitución
La Constitución prevalece sobre toda norma legal; (...)"

"Artículo 138.- Impartición de justicia. Control difuso

(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

¹² Ley N° 27444

"Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado. (...)"



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE