

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 26 de febrero de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700007136 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 16 de noviembre de 2017, mediante la cual se le sancionó por haber otorgado Certificado de Conformidad sin que el local de venta de GLP cumpla con las condiciones técnicas y de seguridad requeridas.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE, la Oficina Regional Lima Norte sancionó a la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C., en adelante PUNTO DE DISTRIBUCIÓN, con una multa ascendente a 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT, por incumplir el Procedimiento para la Obtención del Certificado de Conformidad de los Locales de Venta de GLP, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 146-2012-OS/CD¹; conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN RESOLUCIÓN N° 271-2012-OS/CD	SANCIÓN
A los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del Anexo II la Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias ² La empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. emitió el	2.26 ³	2.24 UIT

¹ Posteriormente modificado por Resolución N° 233-2012-OS/CD, Resolución N° 015-2013-OS/CD, Resolución N° 167-2014-OS/CD y Resolución N° 172-2016-OS/CD.

² Resolución N° 146-2012 OS/CD, modificada por Resolución N° 172-2016-OS/CD
Anexo II

Artículo 5° Obligaciones de las Empresas Envasadoras

5.1. Las Empresas Envasadoras solo podrán emitir el certificado de conformidad a los agentes que operen o que deseen operar como Locales de Venta de GLP que cumplan con las condiciones técnicas y de seguridad requeridas para su operación por la normativa vigente y que se encuentren contenidas en la Guía de Inspección (ver Anexo A). Los certificados de Conformidad deberán ser numerados correlativamente y una copia de los mismos deberá ser mantenida por la Empresa Envasadora en un registro.

(...)

5.3. Las Empresas Envasadoras deben inspeccionar anualmente las instalaciones de los Locales de Venta de GLP a los que hayan emitido los Certificados de Conformidad, con la finalidad de verificar que mantienen las condiciones técnicas y de seguridad requeridas para su operación.

³ Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

2. Técnicas y/o Seguridad

2.26 Incumplimiento de las normas relativas a Cartillas de Seguridad, Certificaciones, Certificados, Etiquetas y/o similares.

Base legal: R.C.D. N°146-2012-OS/CD

Multa: Hasta 100 UIT

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2**

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

<p>Certificado de Conformidad N° 00140-16284-100516 a favor del señor Julio Hernán Lebrun Aspillaga para operar un local de venta de GLP, sin que dicho establecimiento cumpla con las condiciones técnicas y de seguridad requeridas para su operación, toda vez que se verificó que dicho establecimiento presentaba instalaciones eléctricas dentro de la zona de almacenaje, lo cual se encuentra prohibido y no contaba con un área mínima de ventilación permanente de 6m², que constituye incumplimiento al artículo 86° y al literal b) del numeral 1 del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM y modificatorias.</p>		
Multa Total		2.24 UIT

Como antecedentes cabe señalar los siguientes:

- a) El local de venta de GLP ubicado en Calle Los Libertadores Mz. A, Lote 8, Pueblo Joven Jorge Chávez, Urb. San Roque, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, de titularidad del señor Julio Hernán Lebrun Aspillaga, de registro de hidrocarburos N° 33227-074-080716, fue certificado por la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C., mediante la emisión del Certificado de Conformidad N° 00140-16264-100516 a su favor, que acredita que cumple con las condiciones técnicas y de seguridad para su operación.
- b) Con fecha 13 de enero de 2017 se llevó a cabo la supervisión al citado Local de Venta de GLP, como se advierte de la Carta de Visita de Supervisión N° 0020643-DSR, que obra a fojas 9 del expediente, verificándose que dicho establecimiento no cumplía con las condiciones técnicas y de seguridad requeridas para su operación, toda vez que se observaron instalaciones eléctricas dentro de la zona de almacenaje y que no contaba con un área mínima de ventilación permanente de 6m², que constituye incumplimiento al artículo 86° y al literal b) del numeral 1 del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM y modificatorias.
- c) Mediante Informe Técnico de Sanción N° 280659 del 14 de enero de 2017, se recomendó el inicio del procedimiento administrativo sancionador a la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C., por haber otorgado el Certificado de Conformidad N° 00140-16264-100516 a favor del Local de Venta de GLP de registro de hidrocarburos N° 33227-074-080716, sin que este último cumpla con las normas técnicas y de seguridad para su operación, que constituye infracción a los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del Anexo II de la Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias.
- d) Por Oficio N° 833-2017-OS/OR-LIMA NORTE de fecha 03 de julio de 2017, al que se adjuntó el Informe de Instrucción N° 980-2017-OS/DSR LIMA NORTE, se comunicó a la recurrente el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándose al fiscalizado un plazo de cinco (05) días hábiles para presentar sus descargos.
- e) Por medio del escrito de registro N° 201700007136 presentado con fecha 03 de agosto del 2017, la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. formuló sus descargos, indicando entre otros aspectos que no se le notificó el Informe de Instrucción N° 980-2017-OS/DSR LIMA NORTE.



RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

- f) Ante ello, con Oficio N° 1983-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 18 de agosto de 2017, recibido el 11 de setiembre de 2017, se corrió traslado a la administrada del Informe de Instrucción N° 980-2017-OS/DSR LIMA NORTE, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente descargos.
- g) A través del escrito de registro N° 201700007136 de fecha 18 de setiembre de 2017, la administrada presentó sus descargos.
- h) Por Oficio N° 2328-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 29 de setiembre de 2017, se remitió a la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. el Informe Final de Instrucción N° 739-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 29 de setiembre de 2017, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.

Cabe precisar que la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. no presentó descargos al Informe Final de Instrucción.

- i) Por Resolución de Oficinas Regionales N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 16 de noviembre de 2017, se sancionó a la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. con una multa de 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 201700007136 de fecha 14 de diciembre de 2017, la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 16 de noviembre de 2017, solicitando su revocación, en atención a los siguientes fundamentos:



- a) En su escrito de descargos presentado con fecha 18 de setiembre de 2017, adjuntó dos (2) fotografías del local de venta de GLP, que acreditan de modo objetivo que antes de la emisión del Certificado de Conformidad si cumplía con la normatividad, lo cual no fue valorado, evidenciándose una indebida valoración de las pruebas aportadas. Por lo tanto, considera injusta y desproporcional a la sanción impuesta.

Asimismo, si bien el numeral 13.2 del artículo 13° del Reglamento de Supervisión de Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN establecen que el acta de supervisión constituye medio probatorio dentro del procedimiento sancionador y la información contenida en ella se considera cierta salvo prueba en contrario, las mismas no fueron consideradas al emitirse la resolución impugnada, puesto que las fotografías que presentó desvirtúan el incumplimiento imputado, no existiendo medios probatorios adicionales de parte de la administración que se opongan a las mismas.

- b) De otro lado, manifiesta que se realizó un indebido análisis con relación a la multa, ya que pese a señalar que el valor del daño es cero (0), se le impuso indebidamente una multa.
- c) Menciona que el Principio de Razonabilidad que rige los actos administrativos señala que las decisiones de la autoridad administrativa cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados

deben de adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. De ahí que, la finalidad de OSINERGMIN es que los administrados cumplan con la ley y no sancionar por sancionar.

Asimismo, cuestiona cual es el interés general que se protege si lo único que se busca es sancionar. En este caso, la sanción atribuida no garantiza los derechos e intereses de los administrados con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

3. A través de Memorándum N° 6-2018-OS/OR LIMA NORTE recibido el 19 de enero de 2018, la Oficina Regional Lima Norte, remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Respecto a lo manifestado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establece que 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 conferidos⁴.

Sobre el particular, MORÓN URBINA señala que el Principio de Legalidad impone una vinculación positiva de la administración a la ley, de modo tal que la certeza de validez de toda acción administrativa depende de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que, partiendo de este, puede derivarse como su cobertura o desarrollo necesario; constituyéndose el marco normativo en un valor indisponible, irrenunciable y no transigible⁵.

Asimismo, el artículo 13° del Decreto Supremo N° 022-2012-EM establece que las empresas envasadoras son las responsables de garantizar a través de la emisión de un certificado, que los locales de venta de GLP cumplen con las condiciones de seguridad requeridas para su operación, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y supervisión a cargo de OSINERGMIN⁶.

A su vez, los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del "Anexo II: Procedimiento para la obtención del Certificado de Conformidad de los Locales de Venta de GLP" aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 146-2012-OS/CD y modificatorias, determinan que

⁴ Ley N° 27444

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica, Lima, 2001. p. 26.

⁶ Decreto Supremo N° 022-2012-EM

Artículo 13.- Obligación de los Locales de Venta de GLP y Empresas Envasadoras

(...)

Las Empresas Envasadoras deberán garantizar, a través de la emisión de un certificado, que los Locales de Venta que comercializan cilindros de GLP de su propiedad o bajo su responsabilidad, cumplen con las condiciones de seguridad requeridas para su operación, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y supervisión a cargo de OSINERGMIN.

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

las empresas envasadoras emitirán el certificado de conformidad a los agentes que operen o que deseen operar como locales de venta de GLP, siempre que estos últimos cumplan con las condiciones técnicas y de seguridad requeridas para su operación, conforme a la normativa vigente y a la Guía de Inspección (Anexo A de la Resolución N° 146-2012-OS/CD⁷); siendo que, con posterioridad a la certificación, deberán inspeccionar anualmente a los locales de venta de GLP autorizados, con la finalidad de verificar que mantienen las condiciones técnicas y de seguridad exigidas⁸.

Además, el numeral 7.2 del artículo 7° del citado Procedimiento dispone que la emisión del Certificado de Conformidad implica que la empresa envasadora sea solidariamente responsable por la seguridad de las instalaciones del local de venta de GLP que haya autorizado⁹.

En adición a ello, el numeral 11.3 del artículo 11° del aludido Procedimiento precisa que OSINERGMIN de verificar la existencia de infracción administrativa, podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador tanto al local de venta de GLP, como a la empresa envasadora que le emitió el Certificado de Conformidad,¹⁰.

En ese sentido, se concluye que, de modo previo al otorgamiento del Certificado de Conformidad, las empresas envasadoras se encuentran obligadas a verificar que los locales de venta de GLP cumplen con las normas técnicas y de seguridad exigidas por la normativa y la Guía de Inspección, cuya obligación se extiende a la inspección anual que deben efectuar a los locales de venta de GLP que haya certificado con el objeto de corroborar las condiciones exigidas. De ahí que, las empresas envasadoras asumen responsabilidad solidaria por la seguridad de las instalaciones de los establecimientos que haya autorizado.

Ahora bien, el artículo 165° de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, prescribe que no son objeto de probanza, entre otros, aquellos hechos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa¹¹.

⁷ En la Guía de Inspección, entre otras obligaciones, se verifica que la administrada cumpla con lo indicado por el artículo 86° y el literal b) del numeral 1 del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM-EM.

⁸ Resolución N° 146-2012-OS/CD, modificada por Resolución N° 172-2016 OS/CD

Anexo II

Artículo 5° Obligaciones de las Empresas Envasadoras

5.1. Las Empresas Envasadoras solo podrán emitir el certificado de conformidad a los agentes que operen o que deseen operar como Locales de Venta de GLP que cumplan con las condiciones técnicas y de seguridad requeridas para su operación por la normativa vigente y que se encuentren contenidas en la Guía de Inspección (ver Anexo A). Los certificados de Conformidad deberán ser numerados correlativamente y una copia de los mismos deberá ser mantenida por la Empresa Envasadora en un registro.

⁹ Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias

Anexo II

Artículo 7°.- Efectos de la emisión del Certificado de Conformidad

(...) 7.2. Asimismo, la emisión del referido Certificado de Conformidad, implicará la responsabilidad solidaria de la Empresa Envasadora sobre la seguridad de las instalaciones del Local de Venta.

¹⁰ Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias

Anexo II

Artículo 11°.-Facultades de OSINERGMIN

OSINERGMIN, dentro del ámbito de sus competencias, podrá realizar las siguientes acciones:

11.3. Iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), así como imponer las medidas administrativas respectivas al Local de Venta de GLP y a la Empresa Envasadora que le emitió el Certificado de Conformidad respectivo, en caso de verificar la existencia de una probable infracción administrativa sancionable.

¹¹ Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 165.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

Por parte, el numeral 13.2 del artículo 13° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, norma jurídica vigente al momento del inicio del procedimiento administrativo sancionador y a la fecha de la emisión de la resolución de sanción, dispone que el contenido del acta de supervisión se tiene por cierta salvo prueba en contrario¹².

En el presente caso, conforme se advierte de la Carta de Visita de Supervisión N° 0020643-DSR y el Informe de Supervisión Operativa de Local de Venta de GLP de enero de 2017, obrantes de fojas 9 a 14 del expediente, OSINERGMIN en ejercicio de sus facultades, durante la visita de supervisión de fecha 13 de enero de 2017, constató que el Local de Venta de GLP de registro de hidrocarburos N° 33227-074-080716, de titularidad de Julio Hernán Lebrun Aspillaga, mantenía instalaciones eléctricas dentro del área de almacenaje lo que se encuentra prohibido y no contaba con el área mínima de ventilación permanente que es de 6 m², sino solo 3.5 m², incumpliendo el artículo 86° y el literal b) del numeral 1 del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM-EM, respectivamente¹³.

En atención a ello, y en aplicación del artículo 13° del Decreto Supremo N° 022-2012-EM, el numeral 7.2 del artículo 7° y el numeral 11.3 del artículo 11° del Anexo II de la Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias, a través del Informe Técnico de Sanción N° 280659 del 14 de enero de 2017, obrante a fojas 15 y 16 del expediente, se recomendó el inicio del procedimiento administrativo sancionador a la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C., al concluir que habría otorgado el Certificado de Conformidad N° 00140-16264-100516, sin que el local de venta de GLP de registro de hidrocarburos N° 33227-074-080716 cumpla con las normas técnicas y de seguridad para su operación, que constituye infracción a los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del Anexo II la Resolución N° 146-2012-OS/CD.

En su apelación, la administrada ha alegado que a través de las fotografías que adjuntó en sus descargos acreditó que antes de la emisión del Certificado de Conformidad a favor del local de venta de GLP verificó que dicho establecimiento cumplía con la normatividad, por lo que no incurrió en el incumplimiento imputado; no obstante, dichos medios probatorios no fueron debidamente valorados.

Ante ello, se debe precisar que de conformidad al Principio de Presunción de Licitud contenido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444¹⁴, modificada por el

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.

¹² Resolución N° 272-2012-OS/CD

18.6. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

¹³ Decreto Supremo N° 027-94-EM, modificado por Decreto Supremo N° 022-2012-EM

Artículo 86.- En los Locales de Venta, los equipos eléctricos instalados dentro de un área clasificada deberán cumplir lo siguiente:

En los Locales de Venta con Techo no se permitirá equipos, artefactos ni instalaciones eléctricas en ambientes que almacenen los cilindros de GLP y en todo ambiente cerrado adyacente no separado por una división o puerta. Esta disposición no resulta aplicable para los equipos de telefonía.

Artículo 89.- Los Locales de Venta deberán reunir las condiciones de construcción siguientes:

1. En los Locales de Venta con Techo (...)

b) Debe contar con aberturas de ventilación, puertas o ventanas de un mínimo de seis (6) m² por cada mil (1 000) kg de almacenamiento de GLP. No se considerarán para el cálculo de la ventilación aquellas aberturas, puertas o ventanas que al cerrarse disminuyan el área de ventilación o interrumpen el flujo de aire. La distribución de los espacios abiertos deberá permitir una adecuada ventilación de todo el establecimiento.

¹⁴ Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

A su vez, de acuerdo al artículo 162.2 del artículo 162° de la misma Ley¹⁵, corresponde a los administrados aportar las pruebas que consideren mediante la presentación de documentos e informes, así como aducir alegaciones.

Sobre el particular, MORON URBINA¹⁶ ha señalado que: *“En todos los casos rige como principio que la prueba está a cargo del pretensor. No del pretensor de la obligación final, sino de quien pretende el reconocimiento del hecho invocado para fundar la resolución. Por lo tanto, el particular que reclama una decisión a la Administración o el contrainteresado que alega la existencia de ciertos hechos impeditivos adversos a esas pretensiones, o la Administración que estima que es momento de aplicar una sanción u otorgar un derecho, tienen a su cargo la prueba del hecho invocado como acción o excepción.”*



Bajo dicho marco legal, corresponde indicar que las fotografías N° 9 y 10 del Informe de Supervisión Operativa¹⁷, cuyas sumillas son *“Vista donde se observa la luminaria eléctrica instalado en la zona de almacenaje de los cilindros de GLP”* y *“vista donde se observa la caja eléctrica instalada en la zona de almacenaje de los cilindros de GLP”*, tomadas durante la supervisión del 13 de enero de 2017, permitieron advertir que la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. habría otorgado el Certificado de Conformidad, sin antes verificar que el local de venta de GLP cumplía con lo dispuesto por el artículo 86° del Decreto Supremo N° 027-94-EM, que no pueden ser desvirtuadas en función de las fotografías presentadas por la recurrente, ya que éstas últimas no registran los espacios y/o ambientes en los que se detectaron las instalaciones eléctricas, que dieron lugar al incumplimiento.



Asimismo, las imágenes que presentó la recurrente no muestran que haya guardado un espacio de ventilación de 6 m², no desvirtuando la realidad observada durante la supervisión, registradas en las fotografías N° 4 y 12, con sumillas *“Otra vista del interior del establecimiento donde se observa el área de ventilación permanente (3.50 m²)”* y *“vista donde se observa el área de ventilación permanente (3.50 m²)”*, ni mucho menos acreditan que con anterioridad a la emisión del Certificado de Conformidad, revisó que el local de venta de GLP cumplía con lo dispuesto por el literal b) del inciso 1 del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM.

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

(...)

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(...)

¹⁵ Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 162.- Carga de la prueba

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

¹⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 11° edición, 2015, pág. 521.

¹⁷ Obrante de fojas 10 a 14 del expediente.

Conforme a lo anterior, se advierte que si bien los medios probatorios que la administrada presentó del 04 de mayo de 2016 fueron recabadas con anterioridad a la emisión del Certificado de Conformidad N° 00140-16264-100516 de fecha 10 de mayo de 2016, dichas imágenes, en contraste con las recabadas en la visita de supervisión del 13 de enero de 2017, no avalan su postura referente a que constató que el local de venta de GLP autorizado cumplía con las condiciones técnicas y de seguridad exigidas por el artículo 86° y el literal b) del numeral 1 del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM-EM¹⁸.

En ese sentido, siendo que recaía en la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. aportar los medios de prueba que acrediten que no incurrió en el incumplimiento señalado, lo que no ha acontecido en el presente caso, se procede a confirmar la responsabilidad administrativa de la recurrente. De lo anterior, se concluye que la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. incurrió en infracción a los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del Anexo II la Resolución N° 146-2012-OS/CD. Además, tampoco presentó medio probatorio que permita corroborar que realizaba la inspección a dicho local de venta de GLP cuando menos una vez al año.

De otro lado, de la revisión de la Resolución N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE de fecha 16 de noviembre de 2017¹⁹, se advierte que la autoridad de primera instancia ha actuado de conformidad a la normativa vigente, evaluando todos los argumentos expuestos por la administrada a través de sus descargos, presentados mediante escritos de registro N° 201700007136 de fechas 03 de agosto de 2017 y 18 de setiembre de 2017, específicamente, sobre el alegato referido a que las fotografías que adjuntó desvirtúan su responsabilidad administrativa por no cumplir con los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del Anexo II la Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias. En ese sentido, se advierte una adecuada motivación de la decisión administrativa impugnada, emitida de conformidad con los Principios de Debido Procedimiento y Legalidad.

Finalmente, con relación a su argumento de haberse impuesto una sanción injusta y desproporcional, para el incumplimiento detectado por otorgar el Certificado de



¹⁸ Decreto Supremo N° 027-94-EM, modificado por Decreto Supremo N° 022-2012-EM

Artículo 86.- En los Locales de Venta, los equipos eléctricos instalados dentro de un área clasificada deberán cumplir lo siguiente:

En los Locales de Venta con Techo no se permitirá equipos, artefactos ni instalaciones eléctricas en ambientes que almacenen los cilindros de GLP y en todo ambiente cerrado adyacente no separado por una división o puerta. Esta disposición no resulta aplicable para los equipos de telefonía.

Artículo 89.- Los Locales de Venta deberán reunir las condiciones de construcción siguientes:

1. En los Locales de Venta con Techo (...)

b) Debe contar con aberturas de ventilación, puertas o ventanas de un mínimo de seis (6) m² por cada mil (1 000) kg de almacenamiento de GLP. No se considerarán para el cálculo de la ventilación aquellas aberturas, puertas o ventanas que al cerrarse disminuyan el área de ventilación o interrumpen el flujo de aire. La distribución de los espacios abiertos deberá permitir una adecuada ventilación de todo el establecimiento.

¹⁹ Resolución N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE

3. Análisis

(...)

3.3. Con relación a lo señalado en el numeral 2.1 de la presente resolución, debemos establecer que la información contenida en la Carta de Visita de Supervisión N° 0020643-DSR de fecha 13 de enero de 2017, donde se consignaron los incumplimientos, se presume cierta en virtud de lo dispuesto en el numeral 13.2 del artículo 13° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, donde establece que el Acta de Supervisión, constituye medio probatorio dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ella se tiene por cierta, salvo prueba en contrario, siendo el caso que en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador no se han adjuntado medios probatorios que desvirtúen la presunción de veracidad establecida en la norma antes citada. Asimismo, es necesario precisar que el señor JULIO HERNÁN LEBRUN ASPILLAGA con D.N.I. N° 09386136, operador del establecimiento firmó y recibió el Acta mencionada en señal de conformidad.

Con relación a las fotografías presentadas en sus descargos, debemos señalar que estos elementos probatorios no determinan, ni pueden establecer que el local de venta de GLP haya cumplido con levantar las observaciones que trasgreden la normatividad del sub sector hidrocarburos, por lo que los argumentos y medios probatorios presentados carecen de sustento en la presente infracción.

(...)

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

Conformidad sin verificar que el local de venta de GLP cumpla con las normas técnicas y de seguridad, que están contenida en la Guía de Inspección, se impuso a la administrada la multa de 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT, como resultado de la aplicación de la Metodología General empleada para el cálculo de multa dispuesta por la Resolución de Gerencia General N° 352 para los casos en que no se cuente con criterios específicos de sanción²⁰, la misma que se encuentra dentro del marco de lo dispuesto en el numeral 2.26 de la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, cuyo análisis fue realizado en el numeral 3.13 del Informe Final, estableciéndose un rango de graduación menor al tope máximo aplicable. Asimismo, cabe indicar que la multa se determinó en base a criterios objetivos, por consiguiente, se advierte que la sanción impuesta a la recurrente fue emitida de conformidad con lo establecido en el Principio de Razonabilidad. Además, se debe resaltar se impuso a la recurrente la sanción de 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT, mientras que el tope máximo aplicable de acuerdo a la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas de Hidrocarburos es de hasta 100 (cien) UIT.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

5. Sobre lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que el Principio de Razonabilidad²¹, regulado por el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, señala que 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.

Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, que deberán observar los siguientes criterios de graduación: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la

²⁰ Resolución N° 352

$$M=(B+\alpha D) / P * A$$

M: Multa estimada

B: Beneficio económico ilícito generado por la infracción

A: Porcentaje del daño derivado de la infracción que se carga en la multa administrativa.

D: Valor del daño derivado de la infracción.

P: Probabilidad de detección

A: Atenuantes o agravantes

²¹ Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

primera infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Asimismo, el artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD²², establece que cuando 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: gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia en la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido, la capacidad económica, la probabilidad de detección y las circunstancias de la comisión de la infracción.

En ese orden de ideas, a través de la Resolución N° 352, se estableció la Metodología General para la Determinación de Sanciones para Infracciones Administrativas que no cuentan con Criterios Específicos de Sanción, que se procede a describir:

$$M=(B+\alpha D)/P*A$$

Dónde:

M: Multa Estimada

B: Beneficio económico ilícito generado por la infracción

α : Porcentaje del daño derivado de la infracción que se carga en la multa administrativa

D: Valor del daño derivado de la infracción

P: Probabilidad de detección

A: Atenuante o agravante

Conforme a lo antes expuesto, se advierte que, de modo contrario a lo alegado por la recurrente, para el cálculo de la multa, no solo se considera el "daño", sino también otros elementos, tales como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección y los factores agravantes o atenuantes, de presentarse.

²² Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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:

a) Gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido. Para efectos de la determinación de la multa, la gravedad de la conducta infractora está determinada por la magnitud de la multa prevista en la Escala de Multas aprobada.

b) Perjuicio económico causado. Para efectos de la determinación de la multa se calcula el daño desde el punto de vista económico que ha generado la conducta infractora respecto del interés público o los bienes jurídicos protegidos.

c) Reincidencia en la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior. Para dichos efectos se consideran también las infracciones menos graves que no fueron sancionadas debido a un concurso de infracciones, así como aquellas infracciones que fueron sujetas al reconocimiento a que se refiere el artículo 236-A de la Ley N° 27444.

d) Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de OSINERGMIN, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.

e) Capacidad económica. Para efectos de la determinación de la multa, se puede considerar la capacidad económica o riqueza del infractor para afrontar la sanción económica. La capacidad económica o riqueza a considerar es la proveniente de las rentas de actividades propias del infractor como las que se generen en el grupo económico al que pertenezcan.

f) Probabilidad de detección. Para efectos de la determinación de la multa se puede considerar tanto la naturaleza de la infracción como la periodicidad de las acciones de supervisión y fiscalización realizada por OSINERGMIN respecto de la conducta infractora.

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

De ahí que, si bien en el presente caso se consideró que el valor de daño es cero (0), ello no puede implicar que la multa también sea cero (0), toda vez que se determinaron los demás factores que forman parte de la multa. En efecto, como resultado del análisis económico realizado, se estableció que el beneficio ilícito es de 0.52 UIT y la probabilidad de detección 23 %. Asimismo, al no considerarse factores atenuantes, ni agravantes, a dicho aspecto se le otorgó el valor de uno (1). Como resultado de dicho análisis, que consta en el numeral 3.13 del Informe Final, se obtuvo una multa de 2.24 (dos con veinticuatro centésimas) UIT.

Por consiguiente, se advierte que su argumento referente a que no se debió imponer multa alguna, por ser el valor del daño cero (0) carece de sustento, procediéndose a desestimar este extremo del recurso de apelación.

- 
6. Con relación a lo alegado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que de conformidad al Principio de Razonabilidad, dispuesto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido²³.



De acuerdo al literal c) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 31 de diciembre de 1996, en concordancia con el artículo 1° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, OSINERGMIN es competente para supervisar y fiscalizar, entre otros, que las actividades de hidrocarburos se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes²⁴.

²³ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

²⁴ Ley N° 26734.

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERGMIN:

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Artículo 1.- Competencia de OSINERGMIN

OSINERG tiene competencia para supervisar y fiscalizar a las ENTIDADES del SECTOR ENERGÍA velando por la calidad, seguridad y eficiencia del servicio y/o productos brindados a los usuarios en general (...)

OSINERG ejercerá las atribuciones y funciones asignadas en el presente Reglamento, en concordancia y con estricta sujeción a las disposiciones establecidas en las normas legales referidas al SECTOR ENERGÍA (...)

Precisando lo anterior, el artículo 3° de la Ley N° 29901, publicada con fecha 12 de julio de 2012, dispuso que las competencias del OSINERGMIN comprenden la supervisión y fiscalización, en el ámbito nacional, del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de hidrocarburos.

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

Debe destacarse que OSINERGMIN, de conformidad con sus facultades previstas en el artículo 80° de su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en concordancia con el artículo 5° de la Ley N° 27332 y la Ley N° 26734, realiza visitas aleatorias e inopinadas a todo nivel de la cadena de combustibles líquidos y GLP, a fin de verificar el cumplimiento de las normas relacionadas con las actividades de hidrocarburos. Por tanto, OSINERGMIN es el organismo competente para verificar las obligaciones de las empresas envasadoras, como dispuesta por el "Procedimiento para la obtención del Certificado de Conformidad de los Locales de Venta de GLP" aprobado como Anexo II por la Resolución N° 146-2012-OS/CD.

Es importante precisar que las normas antes citadas son de público conocimiento al disponerse su publicación en el Diario Oficial El Peruano; en ese sentido, las exigencias legales contenidas en la Resolución N° 146-2012-OS/CD y sus modificatorias, rigen desde su entrada en vigencia, sin que constituya condición necesaria para su cumplimiento la realización de comunicaciones, requerimientos o notificaciones de información o prevención por parte de OSINERGMIN.

Asimismo, de conformidad al numeral 11.3 del artículo 11° del "Procedimiento para la obtención del Certificado de Conformidad de los Locales de Venta de GLP" aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 146-2012-OS/CD y modificatorias, de verificarse la existencia de infracción administrativa, OSINERGMIN podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador a la empresa envasadora que emitió el Certificado de Conformidad al local de venta de GLP²⁵.

Conforme se expuso en el numeral 4 de la presente resolución, la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. incurrió en infracción administrativa a los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5° del Anexo II la Resolución N° 146-2012-OS/CD, por haber otorgado al local de venta de GLP ubicado en Calle Los Libertadores Mz. A, Lote 8, Pueblo Joven Jorge Chávez, Urb. San Roque, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, de titularidad del señor Julio Hernán Lebrun Aspillaga, el Certificado de Conformidad N° 00140-16264-100516, sin verificar que dicho establecimiento cumple las normas técnicas y de seguridad, indicadas en la Guía de Inspección, como es el caso de los artículos 86° y literal b) del artículo 1° del artículo 89° del Decreto Supremo N° 027-94-EM

En ese orden de ideas, es pertinente señalar que la potestad sancionadora de OSINERGMIN debe ejercerse en estricta aplicación de las normas jurídicas vigentes, que establecen las obligaciones que los agentes que comercializan hidrocarburos deben cumplir, cuya trasgresión implicará, de determinarse la responsabilidad administrativa a través de un procedimiento administrativo sancionador, la imposición de la sanción dispuesta por la norma.

En efecto, OSINERGMIN, al actuar sus funciones de fiscalización y sanción, solo podrá atribuir responsabilidad administrativa a los administrados, siempre que verifique que los

²⁵ Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias

Anexo II

Artículo 11°. -Facultades de OSINERGMIN

OSINERGMIN, dentro del ámbito de sus competencias, podrá realizar las siguientes acciones:

11.3. Iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), así como imponer las medidas administrativas respectivas al Local de Venta de GLP y a la Empresa Envasadora que le emitió el Certificado de Conformidad respectivo, en caso de verificar la existencia de una probable infracción administrativa sancionable.

RESOLUCIÓN N° 047-2018-OS/TASTEM-S2

hechos detectados durante la supervisión constituyen ilícito administrativo, lo cual conforme todo lo expuesto en los numerales precedentes, se ha observado en el presente caso, no advirtiéndose vulneración al Principios de Razonabilidad, como erróneamente alega la recurrente.

De otro lado, es pertinente indicar que el bien jurídico protegido es la seguridad de las personas y las instalaciones, respecto del cual, la empresa envasadora, en tanto es la responsable de emitir el Certificado de Conformidad, que es aquel documento en el que se certifica que un local de venta de GLP cumple con la normativa vigente, y conforme es regulado por los numerales 5.1 y 5.3 del artículo 5°, 7.2 del artículo 7° y 11.3 del artículo 11° del Anexo II la Resolución N° 146-2012-OS/CD y modificatorias, asume responsabilidad al detectarse que el local de venta de GLP certificado incumple las normas técnicas y de seguridad exigidas para su operación, más aun tomando en consideración, que su labor no concluye con la emisión del Certificado de Conformidad, sino que posteriormente, debe verificar que las normas técnicas y de seguridad sean observadas.

En ese sentido, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

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 presentado por la empresa PUNTO DE DISTRIBUCIÓN S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1967-2017-OS/OR LIMA NORTE del 16 de noviembre de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

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