

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 064-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 13 de marzo de 2018



VISTO:

El Expediente N° 201600048208 que contiene el recurso de apelación interpuesto por el señor MIGUEL YARLEQUE YNGA, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2291-2017-OS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017, mediante la cual se le sancionó por impedir las labores de supervisión de OSINERGMIN.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 2291-2017-OS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017, se sancionó al señor MIGUEL YARLEQUE YNGA, con una multa de 5 (Cinco) UIT, por incumplir el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332 y la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, aprobado por Ley N° 27699, de acuerdo al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Literales b), c) y d) del artículo 80° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, artículo 5° de la Ley N° 27332 y artículo 4° de la Ley N° 27699 <sup>1</sup> . Durante la visita de supervisión realizada el 13 de abril de	Rubro 3 <sup>2</sup>	5 UIT

<sup>1</sup> Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Artículo 80.- Facultades de Investigación de los ORGANOS DE OSINERG

Para el ejercicio de sus funciones y de acuerdo a lo establecido en el Artículo 5 de la LEY, cada ORGANO DE OSINERG tiene las siguientes facultades: (...)

b. Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas vinculadas a la materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en vídeo.

c. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las ENTIDADES o empresas bajo su ámbito y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente y tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje de locales que estuvieran cerrados, será requisito contar con autorización judicial, la que deberá requerirse para que sea resuelta en un plazo máximo de 24 horas. Las inspecciones antes señaladas también se aplican en los medios de transporte, almacenamiento y comercialización, en lo que fuere pertinente, de acuerdo a su naturaleza. (...)

d. Instalar equipos propios en las instalaciones de las ENTIDADES, siempre que ello no dificulte en extremo la prestación de los servicios involucrados.

Ley N° 27332.

Artículo 5.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

Ley N° 27699

Artículo 4.- Delegación de Empresas Supervisoras

Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia.

<sup>2</sup> Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones - Resolución N° 028-2003-OS/CD y modificatoria

Rubro 3.- Impedir, obstaculizar, negar o interferir con las facultades de fiscalización e investigación de OSINERG y/o Empresas Supervisoras

Base legal: Art° 5 de la Ley N° 27332; Reglamento General Art. 80°, literales b), c) y d)

Multa: De 1 a 100 UIT

RESOLUCIÓN N° 064-2018-OS/TASTEM-S2

2016, el supervisor de OSINERGMIN fue impedido de llevar a cabo la supervisión en las instalaciones del local de venta de GLP, ubicado en Panamericana Norte Km. 1267 Pueblo Nuevo, distrito, provincia y departamento de Tumbes.		
<b>MULTA TOTAL</b>		<b>5 UIT</b>

Como antecedentes relevantes, cabe citar los siguientes:

- a) Con fecha 13 de abril de 2016, el supervisor de OSINERGMIN se apersonó a las instalaciones del local de venta de GLP de titularidad del señor MIGUEL YARLEQUE YNGA ubicado en Av. Panamericana Norte Km. 1267 Pueblo Nuevo, distrito, provincia y departamento de Tumbes, con el propósito de llevar a cabo la supervisión operativa para la verificación del cumplimiento de las normas jurídicas aplicables, lo cual no pudo llevarse a cabo, conforme consta en la Carta de Visita de Supervisión N° 005264-GOP, obrante a fojas 07 del expediente.
- b) Por Oficio N° 1307-2017-OS/OR PIURA, notificado con fecha 27 de junio de 2017, obrante a fojas 13 y 14 del expediente, se comunicó al señor MIGUEL YARLEQUE YNGA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, remitiéndosele el Informe de Instrucción N° 1052-2017/IIIPAS-OR-PIURA de fecha 12 de junio de 2017, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- c) A través del escrito de registro N° 201600043208 de fecha 04 de julio de 2017, el administrado presentó sus descargos.
- d) A fojas 19 del expediente, obra el Oficio N° 619-2017-OS/OR PIURA-OS/OR TUMBES, cuyo objeto era trasladar al administrado el Informe Final de Instrucción N° 1410-2017-IFIPAS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017.
- e) Por Resolución de Oficinas Regionales N° 2291-2017-OS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017, notificada el 14 de diciembre de 2017 se sancionó al señor MIGUEL YARLEQUE YNGA con una multa de 5 (Cinco) UIT.

#### **ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

2. Con escrito de registro N° 201600048208 de fecha 29 de diciembre de 2017, el señor MIGUEL YARLEQUE YNGA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2291-2017-OS/OR TUMBES del 11 de diciembre de 2017, en atención a los siguientes argumentos:
  - a) Hasta la fecha, no se le ha notificado el Informe Final de Instrucción de fecha 23 de octubre de 2017.
  - b) En sus descargos al Informe de Instrucción comunicó la inoperatividad del establecimiento, no obstante, ello no fue observado por OSINERGMIN.
  - c) Mediante Resolución N° 2291-2017-OS/OR TUMBES se le sancionó con una multa de cinco (5) UIT, por supuestamente haber impedido al supervisor de OSINERGMIN llevar a cabo la supervisión en las instalaciones de su local de venta de GLP, cuyo sustento recae en la Carta de Visita en la cual se dejó evidencia del incumplimiento imputado, lo cual conforme fue indicado en el numeral 3.2 del acto recurrido<sup>3</sup>, se presume veraz y con fuerza probatoria, al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por los supervisores en ejercicio de sus funciones, en aplicación del artículo 18° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN (sic).

<sup>3</sup> En el numeral 3.2 de la Resolución N° 2291-2017-OS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017, se indicó "Que se deja evidencia del incumplimiento normativo imputado al fiscalizado, que se presume veraz y tiene fuerza probatoria"

RESOLUCIÓN N° 064-2018-OS/TASTEM-S2

Sobre el particular, señala que OSINERGMIN se excede al afirmar que el suscrito impidió llevar a cabo la supervisión, lo cual es completamente falso, toda vez que no se le encontró presente durante la visita de supervisión efectuada el 13 de abril de 2016, tal como fue reconocido por el supervisor, quien incluso indicó que el local de venta de GLP se encontraba cerrado y que la comunicación se realizó vía telefónica, a través de lo cual se le habría indicado que en dicho establecimiento no se vende cilindros de GLP, siendo usado como almacén, precisando que la imputación se formuló en función de la especulación subjetiva del supervisor, por lo que imponer una sanción en virtud de ello, implicaría amparar el ejercicio abusivo de derecho.

Además, menciona que la aludida Carta de Visita no tiene mérito probatorio, toda vez que impedir implica una acción de fuerza, obstrucción en la realización de la actividad, lo cual no se realizó, puesto que no se encontraba presente durante la supervisión, motivo por el cual no es posible presumir que haya impedido el ejercicio de las funciones del supervisor. En cualquier caso, se debió efectuar una nueva visita.

Además, en virtud de dicha presunción se le pretende imponer una sanción excesiva de cinco (5) UIT, lo cual constituye un abuso de la Oficina Regional Tumbes de OSINERGMIN, que pretende legalizar dicha sanción en base a los Criterios Específicos de Sanción dispuestos por la Resolución N° 352, sin identificar el criterio específico de sanción aplicado, De ahí que, la sanción que se le impuso es insustentable.

De acuerdo a ello, se vulneraron los Principios de Debido Procedimiento, Razonabilidad e Imparcialidad, regulados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Con relación al Principio de Razonabilidad, menciona que la multa de 5 (cinco) UIT que se le impuso no es proporcional al aparente incumplimiento, considerando que lo imputado no constituyen actos reiterativos a través de los cuales OSINERGMIN haya corroborado dichos hechos. Asimismo, menciona que el órgano resolutor vulneró el Principio de Imparcialidad, y que imponerle la sanción en base a impresiones subjetivas de los supervisores de OSINERGMIN constituye un acto de discriminación, encontrándose en una situación de menoscabo de sus derechos, por lo que se reserva el derecho de continuar con su reclamo en la vía judicial respectiva.

3. Mediante Memorándum N° 2-2018-OS/OR TUMBES, recibido por la Sala 2 del TASTEM el 19 de enero de 2018, la Oficina Regional de Tumbes, remitió el expediente materia de análisis.

**ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

4. Con relación a lo manifestado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 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, 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 conferidas<sup>4</sup>.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en

<sup>4</sup> Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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.

<sup>5</sup> Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar

concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden de modo enunciativo, mas no limitativo, entre otros, el derecho a ser notificados, a refutar los cargos imputados, a exponer argumentos, a ofrecer y a producir pruebas y a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente. Es importante precisar que el aludido Principio tiene por objeto, entre otros, resguardar el derecho de defensa que asiste al administrado.

Por su parte, el numeral 21.3 del artículo 21° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que en el acto de notificación personal debe entregarse copia del acto notificado y señalar la fecha y hora en que es efectuada, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia, de negarse a firmar o recibir copia del acto notificado, se hará constar así en el acta, teniéndose por bien notificado<sup>6</sup>.

Sobre el particular, MORON URBINA<sup>7</sup> ha señalado lo siguiente:

*“La evidencia de la notificación personal resulta trascendente tratándose de un acto esencial del procedimiento ligado al debido procedimiento. Como tal es exigible a la autoridad que documente lo más posible la diligencia de la notificación para evidenciar su escrupuloso respeto al derecho del administrado. (...) Para el efecto deberá prepararse un acta especial donde se dejará constancia de los siguientes elementos:*

- *Constancia de la entrega del acto administrativo a notificar.*
- *Señalamiento de la fecha en que se efectúa la diligencia.*
- *Señalamiento de la hora en que se efectúa la diligencia.*
- *Nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia, documento de identidad y relación con el administrado, cuando la diligencia se entienda con una tercera persona vinculada al destinatario original de acto. (...)*

*En nuestra opinión, dado que estos requisitos constituyen un imperativo legal para que la Administración pueda evidenciar que ha cumplido debidamente con poner al administrado en condiciones de conocer la decisión adoptada, consideramos que su inobservancia hace que estemos ante la figura de la notificación defectuosa a que se refiere el artículo 26° de la Ley N° 27444, privando de validez y efectos al acto de notificación, debiendo procederse a rehacerla subsanando las omisiones en que se hubiera incurrido. En este caso, determinada en cualquier sede la existencia de un vicio en el acto de notificación, la autoridad debe proceder a rehacer el acto nuevamente.”  
(Subrayado agregado)*

En el presente caso, a fojas 19 del expediente, obra el Oficio N° 619-2017-OS/OR PIURA-OS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017, cuyo objeto es trasladar al administrado el Informe Final de Instrucción N° 1410-2017-IFIPAS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017, para que, de considerarlo pertinente, presente sus descargos en el plazo otorgado.

alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

<sup>6</sup> Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 21.- Régimen de la notificación personal

(...)

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

(...)

<sup>7</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 11° edición, 2015, pág. 206 a 207.

RESOLUCIÓN N° 064-2018-OS/TASTEM-S2

Ahora bien, de la revisión del citado Oficio se observa que, a efectos de la notificación del mismo, se precisó lo siguiente: el nombre del administrado, su número de DNI, una rúbrica, y algunas características del lugar<sup>8</sup>, no obstante, se omitió consignar la fecha de notificación del citado acto administrativo, no siendo clara la hora de notificación. De ahí que, el acto de notificación no cumplió con todos los requisitos dispuestos por el numeral 21.3 del artículo 21° de la Ley N° 27444 y modificatorias para su validez, no surtiendo sus efectos, por carecer de eficacia<sup>9</sup>. (Subrayado agregado)



Asimismo, cabe anotar que, a través de su recurso de apelación, el administrado ha manifestado expresamente que no se le notificó el Informe Final de Instrucción. De otro lado, de la revisión de los actuados que obran en el expediente, se verifica que el señor MIGUEL YARLEQUE YNGA no presentó descargos al citado Informe, advirtiéndose que la falta de certeza de la realización de la notificación pudo afectar el derecho de defensa del administrado, por lo que no procedería el saneamiento de la notificación defectuosa.



En efecto, se advierte que el acto de notificación respecto del Oficio N° 619-2017-OS/OR PIURA-OS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017 y el Informe Final de Instrucción N° 1410-2017-IFIPAS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017 no se realizó de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 21.3 del artículo 21° y de la Ley N° 27444 y modificatorias, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26° de la Ley N° 27444 y modificatorias<sup>10</sup>, se debe rehacer la misma, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido.

En atención a lo señalado, toda vez que la resolución recurrida se dictó en vulneración de las normas jurídicas antes descritas, así como trasgrediendo los Principios de Debido Procedimiento y Legalidad, corresponde disponer la nulidad de la Resolución de Oficinas Regionales N° 2291-2017-OS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.<sup>11</sup>

Finalmente, en aplicación del numeral 217.2 del artículo 217° de la Ley N° 27444 y modificatorias<sup>12</sup>, corresponde disponer la reposición del procedimiento administrativo sancionador al momento del traslado del Informe Final de Instrucción para que la primera instancia proceda a notificar al administrado el Oficio N° 619-2017-OS/OR PIURA-OS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017 y el Informe Final de Instrucción N° 1410-2017-IFIPAS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017, en estricta observancia de los requisitos de validez para el acto de notificación dispuestos por la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-

<sup>8</sup> Se observa lo siguiente: rúbrica: "03351637" "Miguel Yarleque Y", "2p", "amarillo". Asimismo, en la parte final del documento se advierten los datos del mensajero: "Mensajero [REDACTED]".

<sup>9</sup> Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

<sup>10</sup> Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo 26.- Notificaciones defectuosas

26.1 En caso que se demuestre que la notificación se ha realizado sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará se rehaga, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido, sin perjuicio para el administrado.

<sup>11</sup> Ley N° 27444 y modificatorias

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. (...)

<sup>12</sup> Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo 217.- Resolución

"(...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo."

2017-JUS<sup>13</sup>.

5. En virtud de la nulidad declarada en los párrafos precedentes, no corresponde emitir pronunciamiento respecto de lo descrito en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución.

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 **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el señor MIGUEL YARLEQUE YNGA contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2291-2017-OS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017; y, en consecuencia, disponer su **NULIDAD**, retrotrayendo el procedimiento administrativo sancionador al momento de la notificación del Oficio N° 619-2017-OS/OR PIURA-OS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017 y el Informe Final de Instrucción N° 1410-2017-IFIPAS/OR TUMBES de fecha 23 de octubre de 2017, en el cual se deberá otorgar al administrado un plazo no menor de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.

**Artículo 2°.** - Devolver los actuados a la primera instancia, para que proceda conforme a lo indicado.

**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

<sup>13</sup> Se debe otorgar un plazo mínimo de cinco (5) días hábiles para presentar descargos.

