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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 320-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 24 de setiembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700082897 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 641-2018-OS/OR LIMA SUR de fecha 09 de marzo 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y el Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 641-2018-OS/OR LIMA SUR de fecha 09 de marzo 2018, se sancionó a la empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C. con una multa total de 12 (doce) UIT por incumplir la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Público, Ley N° 27332 y el Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Artículo 5° de la Ley marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332[1], en concordancia con los literales b), c) y de) del artículo 80° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM[2].	Rubro 2[3]	12 UIT

[1] 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 Nº 807.

[2] 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 (...)

[3] Resolución N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias.
Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones
Rubro 2. Impedir, obstaculizar, negar o interferir con la función supervisora, supervisora especifica de OSINERGMIN y/o Empresas Supervisora.
Base legal: Artículos 3° y 5° de la Ley N° 27332, artículo 4° de la Ley N° 27699.
Multa: De 1 a 100 UIT.

La empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C., a través del encargado del establecimiento, obstaculizó la labor de supervisión el día 26 de mayo de 2017, fecha en la que programó, la visita de supervisión operativa que tenía como objetivo la verificación de las condiciones técnicas y de seguridad.		
Multa total		**12 UIT**

Como antecedentes cabe señalar los siguientes:

a) Con fecha 26 de mayo de 2017, se efectuó una visita al grifo ubicado en [redacted], operado por la empresa GRIFO EL ECONÓMICO MELCHORITA, con el propósito de llevar a cabo una supervisión operativa respecto de las condiciones técnicas y de seguridad del establecimiento. Sin embargo, la supervisión no fue llevada a cabo debido a que personal del establecimiento no brindó las facilidades para ello, conforme consta en la Carta de Visita N° 0021184-DSR, obrante a fojas once (11) del expediente.

b) Mediante Oficio N° 1271-2017-OS/OR LIMA SUR, notificado con fecha 13 de setiembre de 2017, obrante a fojas veintidós a veinticinco (22 a 25) del expediente materia de análisis, se comunicó a la recurrente el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador[4]; otorgándole un plazo de cinco (05) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado el oficio para presentar sus descargos.

c) Con escrito de registro N° 201700082897 de fecha 21 de setiembre de 2017, la empresa fiscalizada presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

d) A través del Informe Final de Instrucción N° 1235-2017-OS/OR-LIMA SUR de fecha 27 de octubre de 2017, se efectuó el análisis de lo actuado en la etapa de instrucción del presente procedimiento.

e) Mediante Oficio N° 4045-2017-OS/OR LIMA SUR notificado con fecha 09 de noviembre de 2017, se trasladó al recurrente el Informe Final de Instrucción N° 1235-2017-OS/OR-LIMA SUR, concediéndole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de los descargos que estimara pertinentes.

f) Con escrito de registro N° 201700082897 de fecha 20 de noviembre de 2017, la empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C. presentó sus descargos al Oficio N° 4045-2017-OS/ LIMA SUR, referido en el párrafo anterior.

g) Con Resolución de Oficinas Regionales N° 641-2018-OS/OR LIMA SUR notificada con fecha 28 de marzo 2018, se sancionó a la empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C. con una multa ascendente a 12 (doce) UIT por el incumplimiento detallado en el numeral 1 de la presente Resolución.

[4] Cabe indicar que, al referido oficio, se adjuntó el Informe de Instrucción N° 1076-2017-OS/OR LIMA SUR del 08 de setiembre de 2017 obrante a fojas dieciocho a veintiuno (18 a 21).

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201700082897 presentado con fecha 18 de abril de 2018, la empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C. interpuso recurso impugnatorio[5] contra la Resolución N° 641-2018-OS/OR LIMA SUR, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) Como hecho constatado en la visita de supervisión se consignó lo siguiente: "*La empresa GRIFO ECONOMICO MELCHORITA S.A.C., **a través del encargado del establecimiento**, obstaculizó la labor de supervisión, el día 26 de mayo de 2017 (...)*"

Al respecto la recurrente indicó que conforme aparece en su ficha de registro, la representante legal de la empresa fiscalizada es la señora [redacted] quien manifestó no haber estado presente en la visita de supervisión de fecha 26 de mayo de 2017; asimismo indicó que no nombró como representante o encargado del Grifo a persona distinta a ella.

Precisó que únicamente se puede atribuir la condición de representante legal con la inscripción en la SUNARP y cuando haya sido puesta de conocimiento a OSINERGMIN; en este sentido se le está atribuyendo una "representación inexistente legalmente".

Asimismo, refirió que OSINERGMIN no puede imputar a la empresa la comisión de la conducta verificada, más aún si ésta no estuvo presente al momento de la supervisión y no transgredió norma alguna. En consecuencia, indicó que OSINERGMIN debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones.

Finalmente señaló que al momento de la visita de supervisión, el supervisor de OSINERGMIN contaba con el número telefónico de la representante legal de la empresa fiscalizada; sin embargo, éste no fue utilizado, transgrediendo con ello el numeral 8 del artículo 55° de la Ley N° 27444.

Estando a lo expuesto, la recurrente solicita el archivo del procedimiento conforme la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1272, numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que dispone que los procedimientos especiales como en este caso, no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en dicha ley, conforme los Principios de Razonabilidad, Informalismo y Verdad Material previstos en el artículo IV de la misma Ley; y conforme la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD que en su artículo 17° numeral b) prevé el archivo de la instrucción cuando no se pueda determinar de forma cierta la responsabilidad del Agente Supervisado en la conducta infractora identificada.

3. A través de Memorándum N° 847-2018-OS/OR LIMA SUR recibido el 28 de agosto de 2018, la Oficina Regional de Lima Sur, remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

---

[5] Cabe señalar que la empresa fiscalizada a través del referido escrito, presentó un recurso impugnatorio de reconsideración, al respecto mediante Oficio N° 3022-2018-OS/OR LIMA SUR, notificado con fecha 16 de mayo de 2018, se otorgó a la recurrente el plazo de dos (02) días hábiles a fin de que subsane la omisión de presentar nueva prueba conforme lo dispuesto en el artículo 217° del Texto Único Ordenado de Ley General de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, bajo apercibimiento de calificar su recurso como uno de apelación; la recurrente no cumplió con el requerimiento efectuado razón por la cual primera instancia procedió a elevar el expediente materia de análisis para tramitar el recurso presentado como uno de apelación.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Con relación a los argumentos detallados en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que el supervisor de OSINERGMIN consignó lo siguiente como hecho constatado en la supervisión:

"La empresa GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C., a través del encargado del establecimiento, obstaculizó la labor de supervisión, el día 26 de mayo de 2017, fecha en la que programó, la visita de supervisión operativa que tenía como objetivo la verificación de las condiciones técnicas y de seguridad", no se hace mención al representante legal de la empresa fiscalizada.

Asimismo, conforme la Carta de Visita de Supervisión N° 0021184-DSR de fecha 26 de mayo de 2017, se dejó constancia de lo siguiente:

"Se realizó la visita al establecimiento a fin de realizar la supervisión operativa. Se tomó contacto con el encargado quien no quiso identificarse y se negó a brindar las facilidades para la supervisión, impidiendo en todo momento la supervisión (labores de supervisión). Se esperó por un tiempo de 1 hora en el establecimiento, no pudiéndose realizar la supervisión por impedimento a las labores de supervisión".

De lo anterior, se desprende que OSINERGMIN no le ha atribuido la calidad de representante legal al encargado, sino que ha expuesto que dicha persona (el encargado) se encontraba el día en que OSINERGMIN acudió a realizar la diligencia de la supervisión e impidió realizarla.

Precisado lo anterior, corresponde señalar que en tanto el Grifo se encuentre abierto el público[6], debe permanecer en él un jefe de playa entrenado en operaciones y seguridad que haga cumplir las normas técnicas y de seguridad que le correspondan[7]. En este sentido, la presencia del representante legal en el establecimiento fiscalizado no constituye un requisito previo para iniciar la diligencia de supervisión. La falta de comunicación telefónica por parte del supervisor de OSINERGMIN a la representante legal durante la supervisión no significa una transgresión a su derecho de ser asistido por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones previsto en el numeral 8° del artículo 64° del Texto Único Ordenado de Ley General de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante TUO de la LPAG[8].

---

[6] Corresponde señalar que conforme los registros fotográficos N°'s 2 y 5 obrantes a fojas catorce y quince (14 y 15) del expediente materia de análisis, se ha acreditado que el Grifo visitado al momento de efectuada la visita de fiscalización se encontraba abierto al público.

[7] Conforme el artículo 57° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-93-EM, que dispone: "(...) *mientras los establecimientos se encuentren abiertos al público, por lo menos un jefe de playa, entrenado en operaciones y seguridad debe permanecer en él y hacer cumplir las normas del presente Reglamento"*

[8] TUO de la LPAG
Artículo 64.- Derechos de los administrados
Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:
(...)
8. Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones.

Conforme a lo expuesto en el presente numeral los argumentos de la empresa fiscalizada han quedado desvirtuados, no habiéndose vulnerado los Principios de Razonabilidad[9], Informalismo[10] y Verdad Material[11], referidos en su escrito de apelación.

Finalmente cabe señalar que conforme los descargos presentados por la empresa fiscalizada y su escrito de apelación, ésta no ha adjuntado medio probatorio alguno que desvirtúe el incumplimiento imputado en el presente procedimiento o los hechos constatados a través de la Carta de Visita N° 0021184-DSR, cuyo contenido se tiene por cierto salvo prueba en contrario[12].

En consecuencia, se desestima el recurso de apelación.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, 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 GRIFO EL ECONOMICO MELCHORITA S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 641-2018-OS/OR LIMA SUR de fecha 09 de marzo 2018, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

---

[9] TUO de la LPAG
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:
(...)
1.4. 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.

[10] TUO de la LPAG
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:
(...)
1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

[11] TUO de la LPAG
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:
(...)
1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

[12] Conforme el numeral 13.2 del artículo 13° del RSFS que dispone:
Artículo 13.- Acta de supervisión
(...)
13.2 El Acta de Supervisión incluye necesariamente la siguiente información: lugar, fecha, hora de inicio y fin de la diligencia; el nombre o razón social del Agente Supervisado; el nombre, firma y documento de identidad de las personas participantes cuando puedan ser identificadas; así como los hechos constatados. Su contenido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario

OSINERGMIN SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
SECRETARÍA TÉCNICA ADJUNTA TASTEM SALA 2

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.

JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE