

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 182-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 02 de julio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201500028661 (257405) que contiene el recurso de apelación interpuesto por PETRÓLEOS DEL PERÚ – PETROPERÚ S.A., representada por el señor Carlos Javier Herrera Reto, contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 202-2017-OS/OR PIURA de fecha 16 de febrero de 2017, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2116-2015-OS/OR PIURA de fecha 03 de noviembre de 2015, mediante la cual se le sancionó con una multa por incumplir las especificaciones técnicas de calidad vigentes aplicables a los combustibles líquidos.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2116-2015-OS/OR PIURA de fecha 03 de noviembre de 2015, se sancionó a PETRÓLEOS DEL PERÚ – PETROPERÚ S.A., en adelante PETROPERÚ, con una multa de 4.41 (cuatro con cuarenta y uno centésimas) UIT, por haberse detectado que el combustible Gasohol 90 Plus que comercializaba no cumplía las especificaciones técnicas de calidad vigentes, establecidas en el Decreto Supremo N° 021-2007-EM concordante con la NTP 321.090:1984, tal como se detalla a continuación¹:

INFRACCIÓN ²	TIPIFICACIÓN RESOLUCIÓN N° 271-2012-	SANCIÓN ⁴
-------------------------	---	----------------------

¹ Cabe precisar que a través del Artículo 1° de la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2116-2015-OS/OR PIURA, se dispuso declarar el archivo del extremo referido al combustible Gasolina 95, en el procedimiento sancionador contra la empresa PETRÓLEOS DEL PERÚ – PETROPERÚ S.A.

² Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM

"Artículo 11°. - Calidad del Alcohol Carburante, Biodiesel B100, Gasohol y Diesel BX

Las características técnicas o especificaciones de calidad del Alcohol Carburante y del Biodiesel B100 se establecen en el artículo 5 del presente Reglamento. La calidad de estos productos debe ser garantizada por el productor mediante un certificado de calidad.

Las características técnicas o especificaciones de calidad que deben cumplir el Gasohol y el Diesel BX serán establecidas por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial."

Norma Técnica Peruana NTP 321.090:1984 – Gasolina sin plomo para motor.

En el presente procedimiento se detectó lo siguiente:

COMBUSTIBLE	INFORME DE ENSAYO Y COMENTARIO TÉCNICO	ENSAYO	RESULTADO DE DIRIMENCIA	ESPECIFICACIÓN
Gasolina 90 Plus	CA1500493.001	Contenido de Etanol	4.8% Vol.	7.8% Vol.

⁴ Para la determinación y graduación de la sanción se observó lo señalado en el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 1586-2015-OS/OR-PIURA de fecha 24 de agosto de 2015, obrante a fojas 173 a 177 del expediente. La sanción fue impuesta en base a lo dispuesto en la Resolución de Gerencia General N° 352 y sus modificatorias, determinándose lo siguiente:

Combustible Evaluado	Ensayo	Resultado	Multa en UIT
Gasolina 90 Plus	Contenido Etanol	4.8 %	4.41

	OS/CD ³	
Infracción al Artículo 11° Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM en concordancia con la NTP 321.090:1984 Se detectó que el combustible Gasohol 90 Plus que comercializaba en su establecimiento, no cumplía las especificaciones técnicas de calidad vigentes, arrojando en la prueba: contenido de Etanol de 4.8%, cuando debería ser 7.8%.	Numeral 2.7	4.41 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) El día 05 de marzo de 2015, se realizó la visita de fiscalización a la planta de ventas Talara, ubicado en la zona Industrial Talara Alto, distrito de Pariñas, provincia de Talara y departamento de Piura, conforme se advierte del Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, otros productos derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas N° 000232-CC-CTLS-2015, que obra a foja 02 del expediente, detectándose según los resultados del Laboratorio Intertek que la administrada habría incumplido las normas de calidad de los combustibles Gasolina 95 y Gasohol 90 Plus.
- b) A través del Oficio N° 823-2015-OS/OR-PIURA, notificado con fecha 21 de abril de 2015, se comunicó a PETROPERÚ el inicio del procedimiento administrativo sancionador. Anexándose al referido oficio el Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 628-2015-OS/OR PIURA, Informes de Ensayo N° 2597H/15 y 2601H/15 y sus respectivos Comentarios Técnicos y el Acta N° 01-000232-CC-CRS-2015.
- c) Mediante escrito de fecha 06 de mayo de 2015 obrante de fojas 93 a 113 del expediente, la recurrente presentó descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó la realización del ensayo de dirimencia.
- d) Por medio del Oficio N° 203-2015-OS/OMR-I-OS/OR-PIURA notificado el 15 de mayo de 2015, se comunicó que la Prueba de Dirimencia se realizaría el 19 de mayo de 2015 en las instalaciones del Laboratorio de la empresa SGS del Perú S.A.C. (Callao), realizándose solo la prueba dirimente del Gasohol 90 Plus. Asimismo, se reprogramó para el 09 de junio de 2015, la ejecución de la prueba de dirimencia de la Gasolina 95.
- e) Con Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2116-2015-OS/OR PIURA, notificada el 10 de noviembre de 2015, sustentada en el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 1586-2015-OS/OR PIURA de fecha 24 de agosto de 2015, se sancionó a PETROPERÚ, con una multa ascendente a 4.41 (cuatro con cuarenta y uno centésimas) UIT por incumplir el artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM.
- f) Mediante escrito de fecha 01 de diciembre de 2015, PETROPERÚ interpone recurso de reconsideración a la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 2116-2015-OS/OR PIURA.

³ Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, de acuerdo al siguiente detalle:

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

Rubro 2. Técnicas y/o seguridad

2.7 Incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos u otros productos derivados de los hidrocarburos y de calidad de Biocombustibles y sus mezclas.

Base legal: Arts. Arts. 5º, 6º inciso b), 7º, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM y modificatorias.

Multa: Hasta 2000 UIT.

Otras Sanciones: CE, STA, SDA, RIE, CB, ITV.

g) A través de la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 202-2017-OS/OR PIURA, notificada el 21 de febrero de 2017, sustentada en el Informe de Análisis de Recurso Administrativo N° 14-IARA-OS/OR PIURA de fecha 15 de febrero de 2017 se declaró infundado el recurso de reconsideración.

2. Mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2017, PETROPERÚ interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales de Osinergmin N° 202-2017-OS/OR PIURA de fecha 16 de febrero de 2017, en atención a los siguientes argumentos:



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la presunta inadecuada conservación de las muestras

a) El método de ensayo de ASTM D5845 es muy claro respecto del procedimiento de conservación de muestras, estableciendo para ello una temperatura de 0° a 5° C, con la finalidad de prevenir pérdidas por evaporación, ya que el etanol es un compuesto líquido muy volátil. Además, se debe tomar en cuenta que desde la fecha de fiscalización (05/03/2015) hasta la fecha de la prueba de dirimencia en el laboratorio de SGS del Perú (19/05/2015) transcurriendo más de dos meses y al no haberse almacenado a la temperatura adecuada se produjo una disminución de etanol, por la pérdida de livianos.



Se debe tener en cuenta 3 puntos importantes:

- El envase utilizado para almacenar las muestras de Gasohol 90 fue de metal, material que se caracteriza por su conductividad térmica, verificándose al tacto que la muestra no se encontraba refrigerada. Asimismo, indica que en el recurso de reconsideración se presentó el Informe Técnico de Dirimencia – GQS, elaborado por el Ingeniero Químico [REDACTED], quien estuvo presente al momento de la realización de la prueba de dirimencia, donde dejó constancia que las pruebas recibidas de Intertek no estaban frías. Así también indicó que en el laboratorio de SGS se acondicionaron las muestras antes de abrirlas enfriándolas en un refrigerador. Hechos que acreditan que las muestras no estaban frías.
- La observación dejada en el acta de dirimencia es precisa al señalar que las muestras no se encontraban almacenadas de acuerdo a los métodos de ensayo, debiéndose entender que se hace referencia al incumplimiento del Punto 8, Muestreo y Entrega de Muestra, del Método de Ensayo ASTM D5845⁵. Sin embargo, en la Resolución Reconsiderada se señala que la observación efectuada no es específica.
- Adicionalmente sostiene, no es correcto considerar el argumento de Intertek, referido a que en la ciudad de Lima y en sus instalaciones no se producen temperaturas excesivas y que las muestras son protegidas y conservadas en ambientes de temperatura controlada. Debiéndose tomar en cuenta que la temperatura promedio de Lima fue 18° C (entre la primera fecha de toma de muestra y la dirimencia), siendo la temperatura adecuada entre 0° y 5° C, por lo cual no ha custodiado las muestras a la temperatura adecuada.

⁵ En el Método de ensayo ASTM D5845, en el punto 8.1.3 establece que las muestras deberán ser protegidas de temperaturas excesivas, pudiendo ser almacenadas en baños de hielo o refrigeradas a una temperatura entre 0 a 5° C.

En cuanto la aplicación de la reproducibilidad

- b) Considera que se debió aplicar el método de reproducibilidad y no el repetibilidad. El método de reproducibilidad está definido por diferentes operadores, en diferentes laboratorios y con la misma muestra.

Se verifica que los resultados obtenidos en masa en el laboratorio ITS es 6.0% y en el Laboratorio SGS en masa se obtuvo 5.1% obteniéndose una reproducibilidad de 0.9%, valor que es superior a la permitida en la norma técnica ASTM D5845 (0.59%). Evidenciándose que los resultados cada vez son más decrecientes, con lo que se demostraría que las muestras no estaban con la temperatura requerida por el método de ensayo, lo que ocasionó una pérdida por evaporación del etanol Gasohol 90.

Respecto la supuesta vulneración al Principio de Verdad Material y Principio de Tipicidad

- c) PETROPERÚ considera que habría vulnerado el Principio de Verdad Material debido a que no ha meritado, ni valorado los medios probatorios ofrecidos por la empresa en el recurso de reconsideración, tal es así que le dio interpretación distinta a los mismos o incluso hay hechos que no han sido materia de análisis.
- d) Adicionalmente sostiene que la resolución impugnada se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, dado que se habría efectuado una interpretación distinta de los medios probatorios y del Método de ensayo ASTM D5845, al no haberse cumplido con la temperatura exigida, ocasionando cambios en su composición y generando un supuesto de incumplimiento de calidad.
3. Mediante Resolución N° 075-2015-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de abril de 2015, se modificó el numeral 19.4 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD, estableciéndose que la Sala 2 del TASTEM es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las resoluciones dictadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores seguidos en primera instancia por la GFHL⁶.
4. Con Memorandum N° 30-2017-OS/OR PIURA, recibido con fecha 21 de abril de 2017, la Oficina Regional de Piura remitió a esta Sala el expediente materia de análisis.

⁶ Resolución N° 067-2008-OS/CD

Artículo 19.- Competencia del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería

19.1 El Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería, en adelante TASTEM, es un tribunal administrativo que tiene competencia nacional para conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa:

1. Los recursos de apelación interpuestos por los administrados respecto de las resoluciones dictadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores seguidos en primera instancia por los órganos sancionadores competentes de OSINERGMIN, bajo los alcances del reglamento del procedimiento administrativo sancionador de OSINERGMIN. (...)

19.4 La Sala 2 del TASTEM asumirá competencia en las materias mencionadas en los numerales 19.1 y 19.2 del presente artículo que hayan sido tramitadas en primera instancia por la Gerencia de Fiscalización Minera, Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos, las Oficinas Regionales (en temas de hidrocarburos líquidos) y la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (*)

(*) Numeral modificado por el Resolución N° 075-2015-OS/CD.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la presunta inadecuada conservación de las muestras

5. En cuanto al argumento expuesto en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, el combustible cuestionado es la Gasohol 90 Plus, por lo que corresponde aplicar la Norma Técnica Peruana – NTP 321.090:1984 la cual establece los requisitos que debe cumplir la gasolina de motor usada como combustible, entre ellos el etanol, una de las especificaciones más sensibles para detectar la calidad de los combustibles, la cual se determina a través del método de ensayo ASTM D5845.

El artículo 7° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM señala que el porcentaje en volumen de Alcohol Carburante en la mezcla gasolina - Alcohol Carburante que podrá comercializarse en el país será de 7,8% (siete coma ocho por ciento) y se le denominará Gasohol, según el grado de octanaje: Gasohol 97 Plus, Gasohol 95 Plus, Gasohol 90 Plus y Gasohol 84 Plus.

Además, con la finalidad que el método de ensayo utilizado para determinar la especificación técnica de calidad de los combustibles sea fiable e imparcial, el Procedimiento de Control de Calidad de los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 400-2006-OS/CD ha previsto que quien realice dicho análisis debe ser un laboratorio especializado, con el método acreditado por INDECOPI.

Por lo tanto, el empleo del método ASTM D5845 para la determinación del contenido de Etanol en la gasolina muestreada se encuentra respaldado por la NTP 321.090:1984, más aún cuando el laboratorio SGS del Perú S.A.C., quien analizó la muestra de dirimencia, tiene dicho método de ensayo acreditado por INDECOPI.

Ahora bien, en cuanto a la toma de las muestras, se debe señalar que en el literal b) del artículo 12° del Procedimiento de Control de Calidad⁷, se ha previsto que para las muestras se utilizarán recipientes limpios y con una capacidad apropiada, cuyas tapas deben cerrar herméticamente el envase con el objeto de evitar la evaporación de las fracciones livianas de combustibles. Dichos envases deben estar rotulados indicando la fecha, hora, tipo de producto, nombre del representante de Osinergmin y la identificación de dónde procede la muestra, la cual podrá ser un código asignado por Osinergmin.

De igual manera, el método de ensayo D5845 establece que las muestras de gasolina deben ser manipuladas con mucho cuidado para evitar pérdidas y cambio de composición por evaporación. Asimismo, señala las muestras no se deben exponer a temperaturas excesivas antes de la prueba, lo que se puede lograr mediante el almacenamiento en un baño de hielo o refrigerando en 0 a 5° C, conforme se realizó en el presente caso.

⁷ Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y otros productos derivados de los Hidrocarburos aprobado por Resolución N° 400-2006-OS/CD y sus modificatorias

*Artículo 12°.- Procedimiento de Muestreo para el análisis en Laboratorio.

(...)

12.2. Para las Muestras se utilizarán recipientes limpios y con una capacidad apropiada, cuyas tapas se deben cerrar herméticamente. Dichos recipientes deben estar rotulados indicando la fecha, hora, tipo de producto, nombre del Profesional Responsable de la Supervisión de Osinergmin y la identificación de donde procede la Muestra, la cual podrá ser un código asignado por Osinergmin"

(...)

Asimismo, se debe precisar que la toma de muestras efectuada se realizó de acuerdo con lo establecido en el artículo 12° de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 133-2014-OS-CD⁸, que señala que en las supervisiones de control de calidad se retirarán dos (2) muestras de cada producto a analizar directamente de los surtidores, dispensadores o tanques, las que serán colocadas de forma individual en envases que se cerrarán con precintos numerados, las mismas que quedarán en poder del laboratorio con método de ensayo acreditado ante el Indecopi que designe Osinergrmin para su correspondiente análisis, a fin de verificar el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Calidad y establecer la responsabilidad del caso.

La segunda muestra, se mantendrá bajo custodia del laboratorio acreditado en caso se tenga que efectuar una dirimencia. Dicha custodia se realiza observando las condiciones ambientales apropiadas para asegurar la permanencia de sus características iniciales.

Al respecto, se debe indicar que la visita de supervisión del 05 de marzo de 2015, en la que se efectuó el procedimiento de toma de muestras se realizó en presencia del señor Oscar Eduardo Vargas Jiménez, quien se identificó como supervisor del establecimiento fiscalizado, no consignando observación alguna al procedimiento antes citado.

Además, tal como se observa en las fotografías que obran a fojas 16 del expediente, las muestras del combustible fueron obtenidas directamente del camión cisterna y almacenadas en envases rotulados y etiquetados, indicando la fecha, hora, tipo de producto, nombre del representante de Osinergrmin, la identificación de dónde procede la muestra a través de un código asignado y con precintos legibles; cumpliendo de esta manera lo establecido en el artículo 12° del Procedimiento de Control de Calidad.

Pues bien, tal como consta en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Plantas, Terminales y Refinerías, en las vistas fotográficas y en el Informe de Ensayo N° 2601H/15, durante la visita de supervisión del 05 de marzo de 2015 se tomaron dos (2) muestras de Gasohol Plus 90, las cuales fueron llevadas al Laboratorio Intertek Testing Services Perú S.A. Tal como se observa en el citado Informe de Ensayo obrante a fojas 36 a 39 del expediente, la segunda muestra de Gasohol Plus 90, fue dejada para efectos de la dirimencia.

⁸ Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas

Artículo 12.- Procedimiento de Muestreo para el análisis en Laboratorio.

12.1. Podrán tomarse Muestras de los productos seleccionados para el control de calidad, sin necesidad que hayan sido sometidos a las Pruebas Rápidas en forma previa.

12.2. Para las Muestras se utilizarán recipientes limpios y con una capacidad apropiada, cuyas tapas se deben cerrar herméticamente. Dichos recipientes deben estar rotulados indicando la fecha, hora, tipo de producto, nombre del Profesional Responsable de la Supervisión de Osinergrmin y la identificación de donde procede la Muestra, la cual podrá ser un código asignado por Osinergrmin.

12.3. Las tapas de los recipientes que se utilicen para el muestreo serán convenientemente protegidas con papel engomado y serán firmadas por el Profesional Responsable de la Supervisión y el Encargado de la Unidad Operativa Supervisada de donde procede la Muestra.

12.4. Osinergrmin, mediante el personal designado por el Encargado de la Unidad Operativa Supervisada o por el Profesional Responsable de la Supervisión de considerarlo conveniente, tomará dos (2) Muestras de cada producto directamente de los surtidores y/o dispensadores y/o tanques.

Las Muestras podrán ser tomadas directamente de las unidades de transporte (camiones tanque, camiones cisterna, vagones tanque o embarcaciones) que se abastecen dentro de la Unidad Operativa. Mientras las unidades de transporte se encuentren dentro de las instalaciones de las plantas de abastecimiento, estas serán responsables por la calidad de los productos. Una vez que las unidades de transporte se encuentren fuera de las instalaciones, los responsables por la calidad de los productos serán los Transportistas o Distribuidores Minoristas, conforme lo señalado en el artículo 50-b del Reglamento de Comercialización de Combustibles Líquidos, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, o norma que la modifique o sustituya.

Los recipientes conteniendo las Muestras serán depositados de forma individual en bolsas que se cerrarán con precintos numerados. Las Muestras se distribuirán de la siguiente forma:

a) Una Muestra será enviada al laboratorio que designe Osinergrmin para su correspondiente análisis, a fin de verificar el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas y establecer las responsabilidades del caso.

b) La otra Muestra se mantendrá bajo custodia de dicho laboratorio, en caso tenga que efectuarse una Dirimencia.

12.5. Osinergrmin podrá tomar Muestras adicionales a las que se hace referencia en el numeral anterior, manteniéndose las indicaciones descritas en el presente procedimiento y debiendo dejar constancia de este hecho en el Acta de Supervisión de Control de Calidad correspondiente.

12.6. El Periodo de Custodia, inclusive de las Muestras adicionales, será de ciento ochenta (180) días calendarios, contados a partir de la fecha de la visita de supervisión.

Con relación al ensayo de dirimencia, se debe indicar que el literal d) del artículo 16° del Procedimiento de Control de Calidad, establece que el resultado que arroje esta segunda muestra es definitivo y será considerado por Osinergmin a efectos de iniciar o continuar las acciones legales a que haya lugar.



En efecto, conforme a lo consignado en el Informe de Ensayo CA1500493.001, emitido por el Laboratorio SGS del Perú S.A.C., obrante a fojas 138 del expediente, la segunda muestra obtenida para el ensayo de dirimencia corresponde a aquella retirada durante la supervisión, identificada con el precinto N° 00043268, obteniéndose como resultado 4.8% Etanol para la muestra de combustible Gasohol 90 Plus.

Cabe precisar que el ensayo de dirimencia fue realizado de acuerdo a lo establecido en el Procedimiento de Control de Calidad a fin de disminuir los factores de incertidumbre, garantizando la integridad de las muestras, y por ende la realización del ensayo de porcentaje de Etanol. Además, se contó con la presencia de un representante de la recurrente, quien suscribió el Acta de Dirimencia y consignó en el rubro de observaciones "*Las muestras de gasolina 95 y Gasohol 90 plus no se encontraban almacenadas de acuerdo a los métodos de ensayo*"; en ese sentido, el procedimiento fue seguido de acuerdo a lo establecido en la normativa.



Adicionalmente, es importante señalar que el tiempo transcurrido entre la toma de las muestras y su análisis en el laboratorio no conlleva a una alteración de las mismas, toda vez que éstas se mantienen en condiciones ambientales apropiadas en el periodo de transporte y de almacenamiento en el laboratorio acreditado, asegurándose de esta manera la conservación de sus características iniciales. Durante la permanencia en el laboratorio se asegura que los precintos de seguridad de las muestras se mantengan intactos y que se realice una adecuada manipulación y custodia que garantice la conservación de las condiciones en que fueron entregadas.

Según punto 8 de la ASTM D5845, las muestras se enfriarán a una temperatura de 0° a 5° C, en el recipiente en el que se reciben, antes de abrir el envase y son tratadas de acuerdo a su naturaleza y a los procedimientos internos del laboratorio de la empresa que realizará el ensayo. En efecto, la muestra fue entregada a la empresa SGS del Perú S.A.C., quien acondicionó la muestra en un ambiente de temperatura controlada para la ejecución del ensayo. En tal sentido, queda acreditado que se conservó a la temperatura adecuada la referida muestra y se usó los envases de muestras de acuerdo con el procedimiento establecido.

Asimismo, respecto a la observación realizada por PETROPERÚ en el acta de dirimencia (Las muestras de gasolina 95 y Gasohol 90 plus no se encontraban almacenadas de acuerdo a los métodos de ensayo) y aclarada en el recurso de apelación, señala que las muestras se debieron almacenar en un ambiente temperado entre 0° a 5° C. Es pertinente aclarar que el proceso de enfriamiento referido, se realiza antes de abrir los envases previo a la ejecución de la muestra, conforme lo descrito en el segundo párrafo (folio 166) del Informe Complementario IS-1459-2015-os/OR-Lima y en el ítem 4 del Informe de Dirimencia para determinar la calidad de Combustible efectuado por PETROPERÚ (Folio 190). Por tanto, queda acreditado que conservación de la temperatura de las muestras y la ejecución de las muestras se realizó correctamente.

Sobre la aplicación de la reproducibilidad

6. En cuanto al argumento expuesto en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe aclarar que en el presente caso se ha aplicado la reproducibilidad, no como lo erróneamente señaló PETROPERÚ la repetitividad.

Asimismo, es pertinente indicar que el artículo 7° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM, determina que el porcentaje en volumen de alcohol carburante en el Gasohol a comercializarse en el país es de 7,8%⁹. Por su parte, el artículo 11° de dicho cuerpo legal establece que las características técnicas o especificaciones de calidad que debe cumplir el Gasohol serán establecidas por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial¹⁰.

Asimismo, la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM/DM precisa un contenido mínimo obligatorio de 7.8% volumen de Alcohol Carburante en el Gasohol, respecto del cual OSINERGMIN ha determinado que dicho valor equivale a 7.4% de volumen mínimo de etanol, parámetro reportado por el laboratorio según el método ASTM D5845. Adicionalmente, menciona que aplicando la reproducibilidad del método ASTM D5845, la tolerancia para el contenido de etanol es hasta 6.9% Vol. (Subrayado agregado)¹¹

Por consiguiente, el contenido mínimo de etanol que debe contener el Gasohol para comercializarse en el país es 6.9 % en la mezcla, siendo que cualquier disminución constituye infracción al Decreto Supremo N° 021-2007-EM y la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM/DM, lo cual es sancionable.

En ese orden de ideas, a través del Informe de Ensayo N° CA1500493.001 y comentario técnico, folio (138 y 137) emitido SGS del Perú S.A.C. se acreditó que la muestra de Gasohol 90 Plus, luego de efectuarse el método de ensayo ASTM D5845, tenía un contenido de Etanol de 4.8%, no alcanzando los 6.9% requeridos como especificación técnica; por lo tanto, incurrió en infracción administrativa sancionable.

Respecto a la presunta vulneración al Principio de Verdad Material y Principio de Tipicidad

7. En cuanto a los argumentos expuestos en los literales c) y d) del numeral 2 de la presente resolución PETROPERÚ considera que se habría vulnerado los mencionados principios dado que se habría vulnerado los medios probatorios ofrecidos y se habría realizado una interpretación distinta de los medios probatorios y del Método de ensayo ASTM D5845.

⁹ Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Artículo 7.- Porcentaje de la mezcla de Alcohol Carburante con gasolinas

El porcentaje en volumen de Alcohol Carburante en la mezcla gasolina - Alcohol Carburante que podrá comercializarse en el país será de 7,8% (siete coma ocho por ciento) y se le denominará Gasohol, según el grado de octanaje: Gasohol 97 Plus, Gasohol 95 Plus, Gasohol 90 Plus y Gasohol 84 Plus.

¹⁰ Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Artículo 11.- Calidad del Alcohol Carburante, Biodiesel B100, Gasohol y Diesel BX.

Las características técnicas o especificaciones de calidad del Alcohol Carburante y del Biodiesel B100 se establecen en el artículo 5 del presente Reglamento. La calidad de estos productos debe ser garantizada por el productor mediante un certificado de calidad.

Las características técnicas o especificaciones de calidad que deben cumplir el Gasohol y el Diesel BX serán establecidas por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial.

¹¹ Anexo de la Resolución N° 134-2014-OS-GG

*La Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM/DM establece un contenido mínimo obligatorio de 7.8% Vol. de Alcohol Carburante en el Gasohol, al respecto Osinergmin ha determinado que dicho valor equivale a 7.4% vol. mínimo de etanol en el Gasohol, parámetro reportado por el laboratorio según el método ASTM D5845. Asimismo, aplicando la reproducibilidad del método ASTM D 5845 se ha establecido que la tolerancia para el contenido de etanol es hasta 6.9% Vol.)

El Principio de Verdad Material establecido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que 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 ellas¹².



Por su parte el Principio de Tipicidad del citado dispositivo legal, establece que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía¹³.

En tal sentido en aplicación de los Principios de Derecho Administrativo, entre ellos, los Principios de Verdad Material y Tipicidad, 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 hechos detectados durante la supervisión constituyen ilícito administrativo.



Al respecto, el artículo 11° del Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, publicado el 20 de abril de 2007, señala que las especificaciones de calidad que debe cumplir el Gasohol 90 Plus serán establecidas por Resolución Ministerial.

De acuerdo a ello, mediante la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM-DM, se dispuso que las características de calidad que debe cumplir el Gasohol, entre ellos el Gasohol 90 Plus. Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 021-2007-EM se estableció el cronograma de implementación de comercialización del referido combustible.

Ahora bien, se debe indicar que en el Oficio N° 823-2015-OS-OR/PIURA, mediante el cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador se le informó a la recurrente la infracción verificada, la posible sanción a imponer, así como la base legal contravenida. Tal es así, que se precisó la presunta infracción a las normas de calidad de los combustibles infringían lo dispuesto en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM, la Resolución Ministerial

¹² 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

1.11. 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.

¹³ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras

N° 515-2009-MEM/DM, así como el Procedimiento de Control de Calidad y el RPAS, por lo que la recurrente tuvo conocimiento plenamente de los hechos materia de infracción y de la normativa aplicable al presente procedimiento.

Además, se precisó que la infracción se encontraba tipificada en el numeral 2.7 del Rubro 2 del Anexo de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, a través de la cual se tipificó como ilícito administrativo el incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos u otros productos derivados de los hidrocarburos y de calidad de Biocombustibles y sus mezclas.

Así también, es pertinente aclarar que se actuaron todos medios probatorios ofrecidos, así como se hizo una interpretación de los medios probatorios y del Método de ensayo ASTM D5845 acorde a derecho.

En atención a lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que este extremo del recurso de apelación deviene infundado.

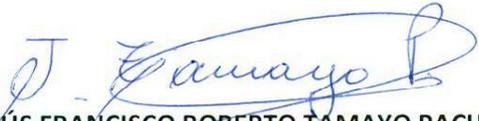
De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por PETRÓLEOS DEL PERÚ – PETROPERÚ S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 202-2017-OS/OR PIURA de fecha 16 de febrero de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco y Héctor Adrián Chávarry Rojas.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE