

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 213-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 24 de julio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700141558 que contiene el recurso de apelación interpuesto por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C., representada por la señora Lucy Yanet Olaya Moreno, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 422-2018-OS/OR TUMBES de fecha 13 de febrero de 2018, mediante la cual se le sancionó con multa por no cumplir las especificaciones técnicas de calidad establecidas en el Decreto Supremo N° 021-2007-EM y concordancias¹.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 422-2018-OS/OR TUMBES, la Oficina Regional de Tumbes sancionó a la empresa G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C., con una multa de 11.00 (once) UIT por incumplir lo señalado en el artículo 11° del Reglamento de Comercialización de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM y sus modificatorias; conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al artículo 11 del Reglamento de Comercialización de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM ² y concordancias.	2.7 ⁴	8.4 UIT

¹ En concordancia con el Decreto Supremo N° 041-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM y la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM. Decreto Supremo N° 041-2005-EM.

² Artículo 4.- De la puesta en vigencia de especificaciones técnicas

A partir del 1 de enero del año 2010, resultarán de aplicación en la zona o zonas en donde sea obligatorio el uso del Diésel B2 (DB2 S-50) las siguientes especificaciones:

ESPECIFICACIONES DE CALIDAD DEL DIESEL B2 (*) (DB2 S-50)					
CARACTERÍSTICAS	ESPECIFICACIONES		MÉTODOS DE ENSAYO		
	Mínimo	Máximo	ASTM	ISO	(...)
Punto de Inflamación Pensky Martens, °C	52		D 93	2719	

(...)"

ESPECIFICACIONES DE CALIDAD DEL DIESEL B2 (*) (DB2 S-50)					
CARACTERÍSTICAS	ESPECIFICACIONES		MÉTODOS DE ENSAYO		
	Mínimo	Máximo	ASTM	ISO	UNE EN
Contenido, % Vol.	2 (***)		D7371		14078

(***) A partir del 01 de enero de 2011, el contenido de B100 será 5 % en volumen

⁴ Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM:

Artículo 1.- Establecer que la calidad de los combustibles Diésel B2, Diésel B5 y Diésel B20, debe cumplir la especificación del Diésel N° 2 aprobada mediante Decreto Supremo N° 025-2005-EM y sus modificatorias (...)"

² Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Artículo 11.- Calidad del Alcohol Carburante, Biodiesel B100, Gasohol y Diésel 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 Diésel BX serán establecidas por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial.

RESOLUCIÓN N° 213-2018-OS/TASTEM-S2

	Se verificó que el combustible Diésel B5 que comercializaba el establecimiento fiscalizado no cumplía con las especificaciones técnicas de calidad relacionadas con el punto de inflamación. Según el resultado de la prueba realizada arrojó un resultado de 40.0°C en el parámetro punto de inflamación, incumpliendo el valor mínimo de 52°C aplicable a dicho parámetro ³ .		
2	Al artículo 11 del Reglamento de Comercialización de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM,⁵ y concordancias. Se verificó que el combustible Diésel B5 que comercializaba en el establecimiento fiscalizado no cumplía con las especificaciones técnicas de calidad relacionadas con el contenido de FAME. Según el resultado de la prueba realizada arrojó un resultado de 0.05% Vol. en el contenido FAME. ⁶ .	2.7 ⁷	2.6 UIT
MULTA TOTAL			11.00 UIT⁸

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 15 de setiembre de 2017, se realizó la visita de supervisión al establecimiento ubicado en Avenida Panamericana Norte Km. 1292, distrito de Aguas Verdes, provincia Zarumilla y departamento de Tumbes, operado por la empresa G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C., con Registro de Hidrocarburos N° 6889-050-040717, con el propósito de realizar el control de calidad de los combustibles que se comercializa en dicho establecimiento.

En tal sentido, conforme se desprende del Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones

³ De acuerdo al Informe de Ensayo N° 6758H/17 de fecha 29 de setiembre de 2017, expedida por el laboratorio de ensayo acreditado Intertek Testing Services Perú S.A. con Registro N° LE-016, obrante a fojas 16 y 17 del expediente, la muestra de Diésel B5 tomada en el establecimiento operado por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. arrojó como resultado un valor de 40.5°C en el parámetro punto de inflamación, incumpliendo el valor mínimo de 52°C aplicable a dicho parámetro, según lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD
Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.
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.
Multa: Hasta 2,000 UIT.

⁵ 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.

⁶ De acuerdo al Informe de Ensayo N° 6758H/17 de fecha 29 de setiembre de 2017, expedida por el laboratorio de ensayo acreditado Intertek Testing Services Perú S.A. con Registro N° LE-016, obrante a fojas 16 y 17 del expediente, la muestra de Diésel B5 tomada en el establecimiento operado por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. arrojó un resultado de 0,05% Vol. en el contenido de FAME, incumpliendo el valor mínimo de 5.0 % Vol., según lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD
Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.
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.
Multa: Hasta 2,000 UIT.

⁸ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción se aplicó el criterio específico de sanción establecido en la Resolución de Gerencia General N° 352-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, modificada por la Resolución de Gerencia General N° 285-2013 de fecha 27 de diciembre de 2013.

de Servicios N° 02-002184-CC-ACF-2017 de la misma fecha, en adelante Acta de Supervisión, obrante a fojas 18 del expediente sancionador, se procedió a la toma de muestra de Diésel B5 para su análisis en el laboratorio.

- 
- 
- b) A través del Oficio N° 2496-2017, notificado con fecha 18 de octubre de 2017, se comunicó a la empresa G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntándose copias del Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR TUMBES y el Informe de Ensayo N° 6758H/17 emitido por el laboratorio de Intertek Testing Services Perú S.A. con fecha 29 de setiembre de 2017, con su respectivo Comentario Técnico; otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que la administrada presente sus descargos y solicite el ensayo de dirimencia de considerarlo conveniente.
- c) Mediante escrito de registro N° 201700141558 de fecha 31 de octubre de 2017, la administrada solicitó se le notifique nuevamente el Oficio N° 2496-2017 en vista de no haber recibido el Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR-TUMBES.
- d) A través del Oficio N° 332-2017-OS/OR-TUMBES, notificado con fecha 18 de diciembre de 2017, se puso en conocimiento de la administrada el Informe Final de Instrucción N° 1870-2017-IFPAS/OR TUMBES, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para que presente sus descargos.
- e) Mediante escrito de registro N° 201700141558 de fecha 26 de diciembre de 2017, la administrada presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 1870-2017-IFPAS/OR TUMBES.
- f) Finalmente, a través de la Resolución de Oficinas Regionales N° 422-2018-OS/OR TUMBES de fecha 13 de febrero de 2018, notificada por medio electrónico en la misma fecha, se sancionó a la empresa G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. con una multa de 11.00 (once) UIT.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201700141558 de fecha 06 de marzo de 2018, la empresa G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 422-2018-OS/OR TUMBES de fecha 13 de febrero de 2018, solicitando se revoque y deje sin efecto, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta motivación insuficiente

- a) La empresa fiscalizada señala que, a pesar del deber de la administración de motivar cada decisión a partir de razones fundadas en derecho, no lo ha hecho. Por tal razón, manifiesta haber separado cada uno de los considerandos de la resolución apelada a fin de que el superior jerárquico pueda identificar porqué el órgano sancionador ha emitido una decisión sin observancia de la Constitución, la legalidad y los reglamentos del sector hidrocarburos.

En ese sentido, manifiesta que deben tomarse en cuenta los aspectos de la exigencia de la infracción por normas de calidad como el Compliance Program (Programa de

Cumplimiento), los aspectos externos e internos de la infracción administrativa, y la relevancia de las disposiciones constitucionales, a fin de que se concluya con la decisión de revocar de la resolución impugnada.

Sobre la responsabilidad subjetiva de la infracción y la culpabilidad.

- 
- 
- b) La administrada indica que las infracciones del presente procedimiento administrativo sancionador, al igual que toda infracción contra la normativa vigente, constan de tres aspectos, el primero es el objetivo (dimensión externa), el segundo aspecto es el subjetivo (dimensión interna) y la vinculación entre éstas y la vigencia de la norma es el tercer aspecto, compuesto por la culpabilidad. Asimismo, señala que en dicha separación se encuentra el derecho-principio al debido proceso y el contenido del mismo, el cual es reconocido a nivel constitucional en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú; a nivel jurídico-administrativo en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y en el numeral 2 del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- c) Señala que, en el presente procedimiento, el órgano instructor ha efectuado las imputaciones de las infracciones sin analizar de modo individual cada aspecto de dicha infracción mezclando conceptos, y por ello, el órgano instructor ha hecho una interpretación parcial y no general de la normativa.
- d) Indica que los alcances de la infracción normativa se sustentan en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual recoge como contenido del principio de la potestad sancionadora a una vertiente subjetiva de toda infracción administrativa, sin distinguir que la infracción sea por el incumplimiento de normas de comercialización del sector hidrocarburos u otras actividades.

Asimismo, señala que los principios de la potestad sancionadora no son exclusivos de unas administraciones y de otras no, como es el caso de OSINERGMIN

Sobre la supuesta interpretación incorrecta de los Principios de la potestad sancionadora.

- e) Manifiesta que OSINERGMIN ha desconocido el alcance supra normativo de los principios de la potestad sancionadora, argumentando que existen normas especiales del sector hidrocarburos, como son el artículo 23° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN y el artículo 89° de la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2001-PCM que tienen rango reglamentario, lo cual constituye un error de interpretación normativa en el modo de entender el orden de aplicación de la norma.

Agrega que el órgano sancionador no ha encontrado el verdadero sentido de las normas, pues el comentario de la Ley de Procedimiento Administrativo General realizado por Morón Urbina y el Memorandum de la Gerencia Legal de OSINERGMIN citados en el numeral 3.7 de la parte considerativa de la Resolución N° 422-2018-OS/OR-TUMBES son incompatibles con el presente procedimiento, ya que el referido

comentario pertenece a la octava edición del año 2007 y el Memorandum fue emitido el 17 de setiembre de 2012; es decir, con fecha anterior al inicio del presente procedimiento.

- f) Señala que, así como existe una prioridad aplicativa relativa a las normas de acuerdo a su especialidad, también existe una prioridad aplicativa respecto del rango de las normas que existen en el ordenamiento jurídico aplicables en el caso concreto.

Así, hay un orden de la norma legal y la norma reglamentaria como norma que desarrolla a la primera, las cuales deberán aplicarse para los supuestos más concretos y especiales solo cuando un reglamento desarrolle una ley.

En ese sentido, serán de aplicación las disposiciones como el artículo 23° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el artículo 89° de la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2001-PCM y el artículo 50-b del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, en cuanto desarrollen lo dispuesto en el artículo 230° y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

- g) La empresa fiscalizada cita como sustento de su argumentación las Resoluciones del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC⁹ y N° 2192-2004-AA/TC¹⁰, a fin de sustentar la dimensión subjetiva de las infracciones administrativas.

Sobre el lado subjetivo de la Infracción contenida en el artículo 11° del Reglamento de Comercialización de Biocombustible, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM.

- h) La empresa fiscalizada indica que toda infracción exige la acreditación de una dimensión objetiva (aspecto externo) también exige que se acredite que determinada actividad ha sido llevada en una dimensión subjetiva (aspecto interno), debiendo verificarse la dimensión del dolo y la imprudencia, llamada también negligencia o falta de diligencia.
- i) Manifiesta que si se hubiera analizado y acreditado el segundo nivel de imputación; es decir, el nivel subjetivo no habría lugar para acreditar la comisión de infracción contra las normas de calidad de combustible Diésel B5.
- j) Señala que para acreditar la comisión de la infracción se ha utilizado el comentario del Informe de Ensayo (referido al punto de inflamación 40°C y el contenido de FAME 0.5%), realizado a partir de las muestras de combustible Diésel B5 tomadas durante la

⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC, de fecha 16 de abril de 2003, en el segundo párrafo del numeral 8 de sus Fundamentos señala que: "Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo (...)".

Asimismo, el cuarto párrafo del numeral 25 de la referida sentencia señala que: "Esto significa que los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional, y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción (...)".

¹⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2192-2004-AA/TC, de fecha 11 de octubre de 2004, en el segundo párrafo del numeral 4 de sus Fundamentos señala que: "A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, este Tribunal también ha establecido en el Expediente N° 2050-AA/TC, que: "(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)".

visita de supervisión de fecha 15 de setiembre de 2017, cuestionando la administrada dicho procedimiento para determinar la responsabilidad administrativa.

Al respecto, manifiesta que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo General, así como el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN no disponen en ningún caso que el Laboratorio Intertek Testing Services Perú S.A., a través de su comentario técnico, tenga la labor de acreditar la infracción administrativa referida a normas de calidad; como ocurrió en el presente caso.

- 
- 
- k) Refiere que si bien es cierto que el laboratorio emite un pronunciamiento técnico que sí está previsto en el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN, dicho pronunciamiento es solo un componente que ingresa al procedimiento, el cual debe estar acompañado de otros elementos de análisis a fin de determinar la comisión de la infracción conforme a derecho; de tal forma que se analice e individualice la actividad del administrado.
 - l) Señala que el laboratorio no forma parte en el presente procedimiento sancionador. La Ley de Procedimiento Administrativo General le confiere facultades ni delega potestad para acreditar infracción alguna en el presente procedimiento; sin embargo, pese a ello, y contra lo que dispone el artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, tanto el órgano instructor como el órgano sancionador de OSINERGMIN se han limitado a trasladar los comentarios del informe del laboratorio, dando con ello como acreditada la infracción.

Sobre la acreditación de haber presentado su Declaración Jurada (PDJ)

- m) Indica que en vista de que el órgano sancionador se ha limitado a resaltar el aspecto externo de la infracción (imputación objetiva), considera necesario enfatizar el punto de vista de la imputación desde el ámbito subjetivo, en tanto que su empresa ha cumplido con la debida diligencia en cada uno de los deberes previstos en el Decreto Supremo N° 045-2001-EM.
- n) Al respecto, en primer lugar, señala que según su declaración jurada (PDJ), el Tanque N° 1 con capacidad de 5000 glns. de diésel B5, al igual que sus demás tanques, cuentan con certificado de hermeticidad vigente conforme a lo declarado; así mismo, tiene un jefe de playa, un responsable de cuidado, entre otros mecanismos de seguridad técnica.

Sobre la acreditación de compras efectuadas a PETROPERU.

- o) Señala que el segundo componente para acreditar la debida diligencia es su acreditación como agente de comercialización de hidrocarburos, y como tal adquirió el combustible de un proveedor que la lista de proveedores de OSINERGMIN continuamente aprueba, como es el caso de PETROPERÚ.

Al respecto, la administrada refiere haber acreditado en su escrito de descargos las compras efectuadas antes y después de la visita de supervisión realizada el 15 de setiembre de 2017, mediante las respectivas facturas.

Asimismo, indica que ha obtenido el combustible Diésel B5 de un proveedor autorizado en cantidades regulares, con cierta continuidad y sobretodo que almacenó dicho combustible de acuerdo a las normas de seguridad, según consta en su declaración jurada (PDJ), pero como dicho documento no fue revisado, se procedió a iniciar el procedimiento sancionador.

Sobre la acreditación de efectuar pedidos a través del Sistema de Control de Órdenes de Pedido.

- p) Refiere que el tercer componente que acredita que actuó diligentemente consiste en la declaración de compras efectuada a través del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP) correspondientes al mes de setiembre del año 2017.

Lo cual también fue acreditado en su escrito de descargos, pero no fue tomado en cuenta por el órgano sancionador.

Sobre la determinación de la sanción administrativa

- q) Indica que no se puede pretender que los Criterios Específicos de Sanción, aprobados por Resolución de Gerencia General N° 352 sean aplicables a todos los casos, ya que dicho proceder es arbitrario, irrazonable y carente de sentido legal; siendo lo correcto, aplicar y armonizar la legislación vigente en cada caso concreto, con sus particularidades a fin de obtener una sanción más justa.

3. A través del Memorándum N° 17-2018-OS/OR TUMBES, recibido con fecha 26 de marzo de 2018, la Oficina Regional de Tumbes remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la responsabilidad subjetiva de la infracción y la culpabilidad.

4. En cuanto a lo señalado en los literales b), c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, en los cuales el administrado sostiene la valoración del aspecto subjetivo de la infracción; corresponde indicar que el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, incorporó el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa¹¹, por el cual "la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva".

Al respecto, el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, establece que "toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos, entre otros, bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN,

¹¹ Decreto Supremo N° 006 2017 JUS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

10.- Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva".

constituye infracción sancionable”.

Asimismo, la citada ley señala que “(...) el Consejo Directivo (...) se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo (...)”.

De lo expuesto, cualquier acto que implique incumplimiento a las normas de competencia de OSINERGMIN, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable determinable de manera objetiva. En ese sentido, basta la verificación de la infracción tipificada como tal, para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, sin que se requiera evaluar elementos de tipo subjetivo.

Por lo tanto, los procedimientos administrativos sancionadores incoados por OSINERGMIN se rigen por el criterio de la responsabilidad administrativa objetiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27699.

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

Sobre la supuesta interpretación incorrecta de los principios de la potestad sancionadora.

5. En cuanto a lo señalado en los literales e), f), y g) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que de conformidad al Principio del Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Al respecto, debe indicarse que el presente procedimiento administrativo sancionador es uno de naturaleza especial creado en el marco de la función normativa del OSINERGMIN, reconocida en el literal c) del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN; cuya tramitación se encuentra regulada por el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

En relación a lo antes citado, Morón Urbina señala que *“estos procedimientos quedan sujetos al siguiente esquema de normas: en primer término, las normas especiales que para cada entidad se hayan dictado (por ejemplo, las normas con carácter legal de la potestad sancionadora de un organismo regulador), luego las normas especiales de este Título IV que contienen la unificación de todo procedimiento sancionador del Estado, y, finalmente, el régimen ordinario de todo procedimiento administrativo que la misma LPAG contiene”*¹².

¹² Comentarios de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Décimo Segunda Edición: Octubre 2017, Tomo II, pág. 260.

Respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional precitadas por la Administrada, la recurrente alega que a través de las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 2050-2002 y 2192-2004-AA del Tribunal Constitucional se ha establecido la aplicación del Principio de Culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, por lo que no resulta acorde con la responsabilidad objetiva prevista en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de OSINERGMIN.

Con relación a ello debe precisarse que las sentencias que invoca la recurrente no constituyen precedentes de observancia obligatoria del Tribunal Constitucional, por lo que sus efectos o contenido no resultan vinculantes a los pronunciamientos que pueda emitir este organismo regulador. Asimismo, han sido emitidos en el marco de procedimientos que son de naturaleza distinta al procedimiento administrativo sancionador, al referirse a procesos disciplinarios seguidos contra un miembro de la Policía Nacional del Perú y trabajadores de la Municipalidad Provincial de Tumbes, por lo que no constituyen referentes para el caso de autos¹³.

Al respecto, resulta de utilidad citar al autor Juan Carlos Cassagne, quien al referirse a las sanciones disciplinarias señala lo siguiente¹⁴:

“En lo que respecta a las sanciones disciplinarias, ellas nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial. Esta peculiaridad explica por qué motivo, si bien las sanciones disciplinarias ostentan también, en algunos casos, una sustancia represiva, no se aplican a ellas, estrictamente, algunos de los principios del derecho penal (v.gr. el non bis in ídem)”

En ese sentido, este Tribunal considera que no es factible determinar la existencia de incompatibilidad entre la norma cuestionada y la interpretación de las normas constitucionales sobre el Principio de Culpabilidad, toda vez que el sustento invocado por la recurrente, como son los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que cita en su recurso de apelación, han sido emitidos en el marco de procedimientos de distinta naturaleza legal al de un procedimiento administrativo sancionador con regulación especial, por lo que no modifican o dejan sin efecto en modo alguno las disposiciones que prevén la responsabilidad objetiva contenidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, en el Reglamento de

¹³ En efecto, la sentencia de fecha 16 de abril de 2003, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA, corresponde a la acción de amparo para disponer la reincorporación del accionante al servicio activo de la Policía Nacional del Perú con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como para que se le abone por el tiempo de su permanencia en situación de retiro hasta la efectivización de su reposición. Dicha acción se derivó de un proceso disciplinario seguido contra el accionante por el Ministerio del Interior, por incurrir en graves faltas contra el servicio, el honor, el decoro y los deberes policiales.

La sentencia de fecha 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA corresponde a la acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Tumbes, a fin de reincorporar a los accionantes a sus puestos de trabajo. Dicha acción se deriva de las medidas disciplinarias impuestas contra los accionantes por haber cometido faltas administrativas.

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Sexta Edición Actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Página 438. Copia privada de la Biblioteca Jurídica Argentina BJA disponible en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>

Organización y Funciones de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM ni en la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, Ley N° 27699.

En consecuencia, se desestima este extremo de la apelación.

Sobre la Infracción contenida en el artículo 11° del Reglamento de Comercialización de Biocombustible, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM.

6. En cuanto a lo señalado en los literales h), i), j), k) y l) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo con lo previsto en los numerales 4.1 y 4.7 del artículo 4° del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y otros productos derivados de los Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 045-2001-EM, la cadena de comercialización comprende al productor, distribuidor mayorista, distribuidor minorista y establecimientos de venta al público de combustibles; categoría esta última que comprende, entre otros, a los grifos¹⁵.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 50-b del Reglamento antes citado, los titulares de los establecimientos de venta al público de combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización¹⁶.

Por su parte, el artículo 51° del mismo Reglamento establece que la clasificación, características o especificaciones y estándares de calidad de los combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos, de origen nacional o importado, deben cumplir con la última versión de las normas NTP respectivas y para aquello no previsto en estas normas, deberán cumplir con la norma ASTM respectiva¹⁷.

En ese sentido, mediante el Decreto Supremo N° 092-2009-EM y la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, se aprobaron disposiciones relativas a la calidad de los biocombustibles Diesel B2, Diesel B5 y Diesel B20, estableciendo que el punto de inflamación de Diésel B5 debe tener un mínimo de 52°C y el contenido de FAME del Diésel B5 es de 5%.

¹⁵ Decreto Supremo N° 045-2001-EM

"Artículo 4.- Definiciones

Las definiciones de los términos utilizados en el presente Reglamento y que aparecen en Mayúsculas están contenidas en el Glosario de Hidrocarburos.

Asimismo, se contemplan las definiciones siguientes: (...)

4.1 CADENA DE COMERCIALIZACION

Es aquella que está compuesta por: Productor, Distribuidor Mayorista, Distribuidor Minorista y Establecimiento de Venta al Público de Combustibles. Se incluye al transporte como elemento complementario. (...)

4.7 ESTABLECIMIENTOS DE VENTA AL PUBLICO DE COMBUSTIBLES

Lugar dedicado a la venta al público de Combustibles Líquidos. Comprende: Estaciones de Servicios, Grifos, Grifos Flotantes, Grifos en Vía Pública, Puestos de Venta Rural, Grifos de kerosene y Puestos de Venta Rural de Kerosene."

¹⁶ Decreto Supremo N° 045-2001-EM.

"Artículo 50-b.- Para efectos de las acciones de supervisión y fiscalización, los Productores, Importadores en Tránsito, Operadores de Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto y Terminales, Distribuidores Mayoristas, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Comercializadores de Combustible de Aviación, Distribuidores Minoristas, Transportistas y Establecimientos de Venta al Público de Combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización."

¹⁷ Decreto Supremo N° 045-2001-EM.

"Artículo 51.- Calidad de los Combustibles

La clasificación, características o especificaciones y estándares de calidad de los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, de origen nacional o importado deberán cumplir con la última versión de las normas NTP respectivas, y para aquello no previsto en las normas citadas, deberán cumplir con la Norma ASTM respectiva."

En atención a lo citado anteriormente, era responsabilidad de G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. como titular de la actividad de comercialización de hidrocarburos, garantizar que el biocombustible Diésel B5 que expende su establecimiento cumpla con las especificaciones de calidad aprobadas por el Decreto Supremo N° 092-2009 y la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM para dicho producto, lo cual no ocurrió.

En efecto, de acuerdo al Informe de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador de fecha 17 de octubre de 2017, que detalla los resultados del Informe de Ensayo N° 6758H/17, de fecha 29 de setiembre del mismo año y el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-002184-CC-ACF-2017, suscrita por el representante del establecimiento y en la que se describe el procedimiento seguido por el supervisor el 15 de setiembre de 2017, para la toma de la muestra, se consignó que los resultados obtenidos fueron los siguientes:

COMBUSTIBLE	INFORME DE ENSAYO Y COMENTARIO TÉCNICO	ENSAYO	RESULTADO	ESPECIFICACIÓN
Diesel B5	Informe de Ensayo N° 6758H/17 y su Comentario Técnico	Punto de Inflamación	40.5°C	Min 52.0°C
		FAME	0.05 % Vol.	5.0 %Vol. (*)

(*) Decreto Supremo N° 092-2009-EM. Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM (Decreto Supremo 025-2005-EM)
(***) Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM/DM.

De acuerdo a ello, ha quedado evidenciado que el combustible antes citado que comercializaba la recurrente en su establecimiento, no cumplía con las normas de calidad vigentes. Además, debe precisarse que dichos resultados no fueron desvirtuados en función a ningún medio probatorio de descargo presentado.

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C., su responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad aplicables al Diésel B5 que comercializa en su establecimiento se encuentra debidamente acreditada en función a los resultados del Informe de Ensayo N° 6758H/17 y el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-002184-CC-ACF-2017, los cuales constituyen medios de prueba dentro del presente procedimiento de conformidad con el numeral 18.3 del artículo 18° 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.¹⁸

Además, este Colegiado considera oportuno reiterar que de acuerdo al artículo 18° del Reglamento de la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2008-PCM, vigente a la fecha en que se efectuó el muestreo y se expidieron los resultados de laboratorio, los informes emitidos por un organismo acreditado son prueba suficiente del cumplimiento de cualesquiera de los requisitos técnicos exigidos en las normas legales.¹⁹

¹⁸ Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN
"Artículo 18.- Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

18.3. "La documentación recabada por Osinergmin durante la supervisión como sustento de la imputación de cargos se presume cierta, salvo prueba en contrario."

¹⁹ Decreto Supremo N° 081-2008-PCM.

Por tal motivo, teniendo en cuenta que el laboratorio de ensayo Intertek Testing Services Perú S.A. se encuentra debidamente acreditado con Registro N° LE-016, vigente del 02 de octubre de 2013 al 02 de octubre de 2017, se concluye que los Informes de Ensayo N° 1774H/14, N° 1781H/14 y N° 1768H/14 de fecha 12 de agosto de 2014 constituyen medios de prueba válidos para acreditar la comisión de la infracción imputada dentro del presente procedimiento, correspondiendo desestimar lo argumentado por la recurrente sobre el particular.

En atención a lo indicado en los párrafos precedentes, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la acreditación de haber presentado su Declaración Jurada (PDJ).

7. Respecto a lo señalado en los literales m) y n) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que conforme se advierte del Informe de Ensayo N° 6758H/17 de fecha 15 de setiembre de 2017 expedido por Intertek Testing Services Perú S.A., obrante a fojas 10 del expediente, se observa que la muestra enviada al laboratorio por OSINERGMIN, arrojó un resultado de 40°C en el parámetro punto de inflamación y un resultado de 0.05% Vol. en el contenido FAME, trasgrediendo las especificaciones técnicas de calidad sobre punto de inflamación y contenido de FAME normado por el Decreto Supremo N° 041-2005-EM, modificado por Decreto Supremo N° 092-2009-EM, que establece que el valor mínimo aplicable al punto de inflamación es de 52°C y no cumplía con el valor mínimo de 5.0% Vol. de FAME, verificándose que la administrada incurrió en responsabilidad administrativa por infracción al artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con el artículo 4° del Decreto Supremo N° 041-2005-EM, modificado por Decreto Supremo N° 092-2009-EM.

Al respecto, corresponde tener en cuenta lo señalado en el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, aprobada por Ley N° 27699, el cual establece que "la infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo (...)".

En tal sentido, cabe indicar que los medios probatorios presentados por la administrada referidos al cumplimiento de obligaciones relacionadas al Reglamento de Declaraciones Juradas (PDJ) y demás obligaciones establecidas en el Reglamento de Comercialización de Hidrocarburos Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM no desvirtúan la imputación de los ilícitos imputados, ya que no son medios de prueba idóneos que acrediten el levantamiento de los incumplimientos, pues no guardan relación alguna con la imposición de la presente sanción.

Al respecto, se debe indicar que en el presente procedimiento administrativo sancionador no se sancionó a la recurrente por falta de idoneidad del tanque de almacenamiento o el

*Artículo 18.- Efectos legales de los Informes y Certificados acreditados.

Siempre y cuando sean emitidos dentro del alcance de la acreditación del organismo y cumpliendo los requisitos establecidos en las normas y reglamentos del Servicio, los Informes y Certificados emitidos por un organismo acreditado son prueba suficiente del cumplimiento de cualesquiera de los requisitos técnicos exigidos en normas legales, salvo que los Organismos Públicos a cargo de la aplicación de dichas normas exijan que la evaluación de la conformidad sea realizada exclusivamente por organismos acreditados de tercera parte, conforme a la definición que de éstos se hace en el artículo 13 de la Ley."

incumplimiento de otras normas técnicas y de seguridad, sino por haberse detectado en su establecimiento que el producto Diésel B5 que mantenía en sus instalaciones para su comercialización no cumplía las normas técnicas de calidad. En ese orden de ideas, de acuerdo al numeral 162.2 del artículo 162°, el numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444 y el artículo 190° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria a los procedimientos administrativos sancionadores, las alegaciones y medios probatorios presentados por los administrados deben estar referidas y guardar relación con aquello que es objeto de debate dentro del procedimiento sancionador, en la medida que deben coadyuvar a dilucidar las cuestiones controvertidas en el mismo²⁰.

Por lo tanto, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la acreditación de las compras efectuadas a PETROPERÚ y las órdenes de compra a través del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP)

8. Respecto a lo señalado en los literales o) y p) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al artículo 50-b del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, para los efectos de las acciones de supervisión y fiscalización, los Productores, Importadores en Tránsito, Operadores de Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto y Terminales, Distribuidores Mayoristas, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Comercializadores de Combustible de Aviación, Distribuidores Minoristas, Transportistas y Establecimientos de Venta al Público de Combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización²¹.

Por su parte, el numeral 4.7 del artículo 4° del mismo Reglamento, prevé que los Establecimientos de Venta al Público de Combustibles comprenden a las Estaciones de Servicios, Grifos, Grifos Flotantes, Grifos en Vía Pública, Puestos de Venta Rural, Grifos de kerosene y Puestos de Venta Rural de Kerosene.

De acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes, debe indicarse que con respecto a las Facturas Electrónicas N° FE04-00054255 y FE04-00055211, dichos documentos no constituyen medios probatorios admisibles, toda vez que no acreditan características de calidad del combustible cuya muestra se haya tomado del mismo surtidor, dispensador o tanque, así como

²⁰ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

Código Procesal Civil.

Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: 1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia

²¹ Decreto Supremo N° 045-2001-EM.

Artículo 50-b.- Para efectos de las acciones de supervisión y fiscalización, los Productores, Importadores en Tránsito, Operadores de Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto y Terminales, Distribuidores Mayoristas, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Comercializadores de Combustible de Aviación, Distribuidores Minoristas, Transportistas y Establecimientos de Venta al Público de Combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización.

en el mismo instante que las muestras tomadas en la supervisión materia del presente procedimiento.

En relación a las compras continuas efectuadas a un proveedor autorizado, debe indicarse que aun cuando PETROPERÚ sea la empresa que abastece de combustibles a la apelante, ello no la exonera de responsabilidad por los ilícitos imputados, toda vez que de acuerdo al marco legal citado, cada uno de los agentes de la cadena de comercialización de hidrocarburos responde dentro de la actividad que les corresponde en dicha cadena²².

En cuanto a las ordenes de pedido del SCOP emitidas, éstas no enervan la responsabilidad de G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. por incumplir las especificaciones técnicas vigentes de calidad del Diesel B5 que comercializa en las instalaciones de su Estación de Servicio; dado que ésta es responsable por los combustibles que expende conforme al marco legal arriba citado.

Por lo tanto, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la determinación de la sanción administrativa.

9. Sobre lo manifestado en el literal q) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que al momento de detectarse las infracciones y a la fecha de imposición de la sanción, se encontraba vigente la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, la cual establece como sanciones una multa de hasta 2000 (dos mil) UIT, así como el cierre del establecimiento, la suspensión temporal de actividades, la suspensión definitiva de actividades, el retiro de instalaciones y/o equipos, el comiso de bienes o el internamiento temporal de vehículos o inmovilización de producto, para los incumplimientos de las normas de calidad de hidrocarburos u otros productos derivados de los hidrocarburos y de calidad de Biocombustibles y sus mezclas.

De acuerdo a ello, mediante Resolución de Gerencia General N° 352, publicada el 26 de agosto de 2011 y sus modificatorias, se aprobaron los Criterios Específicos de Sanción que se tomarán en cuenta para la aplicación, entre otros, del numeral 2.7 de la Escala antes citada, con la finalidad de brindar a los administrados una información veraz, completa y confiable sobre el resultado de los procedimientos que pueda iniciar Osinergmin, en congruencia con el Principio de Predictibilidad previsto en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Cabe indicar que en la mencionada resolución de Gerencia General se precisa el monto de las multas, atendiendo en cada caso, a la actividad realizada por el administrado, así como la gravedad de la infracción, e incluso a la capacidad de almacenamiento de combustible de las instalaciones.

²² Decreto Supremo N° 045-2001-EM.

Artículo 4.- Definiciones

Las definiciones de los términos utilizados en el presente Reglamento y que aparecen en Mayúsculas están contenidas en el Glosario de Hidrocarburos.

Asimismo, se contemplan las definiciones siguientes:

4.1 CADENA DE COMERCIALIZACION

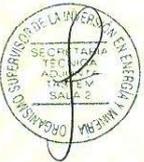
Es aquella que está compuesta por: Productor, Distribuidor Mayorista, Distribuidor Minorista y Establecimiento de Venta al Público de Combustibles. Se incluye al transporte como elemento complementario.

Cabe señalar que en el Informe Final de Instrucción N° 1870-2017-IFIPAS/OR-TUMBES, que forma parte de la resolución impugnada, las sanciones fueron impuestas siguiendo los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General N° 352 y sus modificatorias, las cuales establecen criterios de gradualidad en virtud del resultado de desviación del parámetro especificado de calidad y la capacidad total de almacenamiento del producto analizado (galones).

Cabe agregar que la información relacionada con la capacidad de almacenamiento de los tanques de combustibles ha sido tomada del Registro de Hidrocarburos de la recurrente. En ese sentido, las multas impuestas en el presente procedimiento fueron determinadas en cumplimiento del marco legal vigente.

Por lo tanto, los criterios específicos antes descritos constituyen una graduación a la multa establecida en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, siendo proporcionales en virtud de cada supuesto de incumplimiento a las normas de calidad detectadas por Osinergmin. Además, no se contraponen al Principio de Razonabilidad contenido en el numeral 3 del artículo 246º del TUO de la Ley N° 27444, concordado con el numeral 25.1 del artículo 25º 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-CD²³.

En atención a lo indicado en los párrafos precedentes, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.



²³ TUO de la Ley N° 27444

**Artículo 246.- 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 deberán 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;*
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*

(...)"

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

**Artículo 25º.- Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción.*

(...)

25.1. En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizarán, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.*
- b) El perjuicio económico causado.*
- c) La reincidencia en la comisión de la infracción.*
- d) El beneficio ilegalmente obtenido.*
- e) Capacidad económica.*
- f) Probabilidad de detección.*
- g) Circunstancias de la comisión de la infracción.*

(...)"

Sobre la supuesta motivación insuficiente

10.- En cuanto a lo señalado por la administrada en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de conformidad al Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.



Al respecto, es de indicar que el numeral 6.1 del artículo 6° del Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, señala que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado²⁴.



A su vez, el numeral 6.2 del artículo 6° de la citada Ley, autoriza a la Administración a motivar el acto administrativo mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto²⁵.

Por lo tanto, los pronunciamientos de las entidades deben adecuarse al contenido del ordenamiento jurídico vigente y los hechos respecto de los cuales se ha formado convicción de verdad material durante la tramitación del procedimiento, para lo cual resulta necesario que éstas resuelvan los principales fundamentos de hecho y de derecho planteados por los administrados en ejercicio de su derecho de defensa.

En tal sentido, corresponde indicar que de la revisión de los fundamentos de la Resolución N° 422-2018-OS/OR-TUMBES y el Informe Final de Instrucción N° 1870-2017-IFIPAS/OR TUMBES se verifica que el pronunciamiento de la Oficina Regional de Tumbes desarrolló los siguientes aspectos:

- Órganos competentes, hechos imputados, base legal infringida, norma que tipifica dichos hechos como ilícitos administrativos y sanciones aplicables²⁶.
- Desarrollo de los argumentos de defensa formulados por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. a través del escrito de registro N° 201700141558 de fecha 26 de diciembre de 2017²⁷.

²⁴ Ley N° 27444.

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

²⁵ Ley N° 27444.

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

²⁶ Numerales 2, 3 y 4 de la parte considerativa de la resolución de sanción y sub-numerales 1.2, 1.3, 1.4 y 2.9 del numeral 2 del Informe Final de Instrucción.

²⁷ Numeral 2 de la parte considerativa de la resolución de sanción.

- Análisis de los argumentos de defensa en función a los hechos que sustentan la configuración de las infracciones, medios probatorios de cargo y de descargo, así como al contenido de las normas que regulan las especificaciones técnicas de calidad aplicables al Gasohol y Diésel BX, reglamentación de las actividades de comercialización de combustibles líquidos, el procedimiento aplicable al control de calidad y las funciones de fiscalización del OSINERGMIN. Asimismo, se estableció la responsabilidad administrativa de la recurrente por la comisión de los aludidos ilícitos⁽²⁸⁾.

En atención a lo indicado en los párrafos precedentes, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo

De conformidad con el numeral 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 **G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C.** contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 422-2018-OS/OR-TUMBES de fecha 13 de febrero de 2018 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, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.

JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

²⁸ Numeral 3 de la parte considerativa de la resolución de sanción y sub-numerales 2.1 al 2.6 del numeral 2 del Informe Final de Instrucción.