

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN Nº 2899-2017-OS/OR LIMA SUR**

Lima, 25 de enero  
del 2018

**VISTOS:**

El expediente N° 201700077575, el Informe de Instrucción N° 157-2017-OS/OR LIMA SUR, el Oficio N° 1656-2017-OS/OR LIMA SUR mediante el cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador y el Informe Final de Instrucción N° 956-2017-OS/OR LIMA SUR de fecha 28 de agosto de 2017, referidos al incumplimiento del procedimiento de control de calidad respecto del establecimiento ubicado en la Av. Mariano Pastor Sevilla esquina con la Av. Cesar Vallejo, distrito de Villa El Salvador, provincia y departamento de Lima, cuyo responsable es la empresa **J.A. Y F. INVERSIONES S.R.LTDA.**, (en adelante, la Administrada), identificada con Registro Único de Contribuyentes (RUC) N° 20343068345.

**CONSIDERANDO:**

**1. ANTECEDENTES**

1.1. Mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de Osinergmin, el cual contiene la nueva estructura orgánica de este organismo;

Posteriormente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, se determinaron las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora en el sector energía, disponiéndose que los Jefes de las Oficinas Regionales son los órganos competentes para tramitar en primera instancia, entre otros, los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de la normativa o de disposiciones emitidas por Osinergmin por parte de los agentes que operan las actividades de distribución y comercialización de electricidad.

1.2. Conforme consta en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° **02-001036-CC-APM- 2017**, en la visita de supervisión realizada el 18 de mayo de 2017 al establecimiento ubicado en la Av. Mariano Pastor Sevilla esquina con la Av. Cesar Vallejo, distrito de Villa El Salvador, provincia y departamento de Lima, cuyo responsable es la empresa **J.A. Y F. INVERSIONES S.R.LTDA.**, con Registro de Hidrocarburos N° **1110434**, se procedió a realizar las tomas de las muestras de los combustibles Gasohol 84 Plus, Gasohol 90 Plus y Diesel B5 S50.

1.3. En el Informe de Instrucción N° 157-2017-OS/OR LIMA SUR de fecha 25 de julio de 2017, se concluyó que la muestra del combustible Diesel B5 S50, tomada en el establecimiento supervisado, no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el Punto de Inflamación establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

- 1.4. Mediante Oficio N° 1656-2017-OS/OR LIMA SUR de fecha 25 de julio de 2017, notificado el 26 de julio de 2017, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador contra la Administrada, responsable del establecimiento supervisado, por haberse detectado que el combustible Diesel B5 S50 que comercializaba, no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el Punto de Inflamación establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada, para que presente sus descargos.
- 1.5. A través del escrito con registro N° 2017-77575, presentado con fecha 09 de agosto de 2017, la Administrada formuló sus descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- 1.6. Mediante Oficio N° 3510-2017-OS/OR LIMA SUR notificado el 11 de setiembre de 2017, se remitió al Administrado el Informe Final de Instrucción N° 956-2017-OS/OR-LIMA SUR de fecha 28 de agosto de 2017, a través del cual el Órgano Instructor se pronunció sobre los descargos y propuso la sanción a aplicar en el presente caso, otorgándosele un plazo de cinco (05) días para la presentación de sus descargos.
- 1.7. En ese sentido, mediante escrito con registro N° 2017-77575 de 18 de setiembre de 2017, la Administrada presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 956-2017-OS/OR-LIMA SUR.

## **2. ANÁLISIS**

### **2.1. RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE CALIDAD**

#### **2.1.1. HECHOS VERIFICADOS:**

- 2.1.1.1 En la visita de supervisión realizada con fecha 18 de mayo de 2017 al establecimiento ubicado en la Av. Mariano Pastor Sevilla esquina con la Av. Cesar Vallejo, distrito de Villa El Salvador, provincia y departamento de Lima, se procedió a realizar las tomas de las muestras de los combustibles Gasohol 84 Plus, Gasohol 90 Plus y Diesel B5 S50, levantándose el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-001036-CC-APM- 2017.
- 2.1.1.2 Posteriormente, mediante Informe de Instrucción N° 157-2017-OS/OR LIMA SUR, se concluyó que la muestra del combustible Diesel B5 S50, tomada en el establecimiento fiscalizado, no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el Punto de Inflamación, establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

#### **2.1.2. SUSTENTACIÓN DE LOS DESCARGOS**

- 2.1.2.1 Mediante escrito con registro N° 2017-77575, presentado con fecha 09 de agosto de 2017, la Administrada formuló sus descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, indicando lo siguiente:
  - Manifestó el reconocimiento de su responsabilidad de forma expresa y por escrito, señalando que el mismo fue efectuado antes de la fecha otorgada para

la presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y en consecuencia le correspondería una reducción de -50%; de conformidad con lo establecido en el literal g. 1.1) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

- Asimismo, solicitó acogerse al Sistema de Notificación Electrónica y beneficio de pronto pago, para lo cual autorizó la notificación electrónica antes de la fecha otorgada para la presentación de los descargos al inicio del procedimiento y en consecuencia le correspondería una reducción adicional del 10% sobre el importe final de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 26.2 de la norma indicada; de conformidad con lo establecido por el numeral 26.3 del artículo 26° 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.

2.1.2.2 Sin perjuicio de lo indicado, debe señalar que mediante escrito con registro N° 2017-77575 de fecha 18 de setiembre de 2017, la Administrada presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 956-2017-OS/OR-LIMA SUR, indicando lo siguiente:

- (i) Manifiestan que no asumen ninguna responsabilidad por los hechos imputados, en tanto no han tenido ni tienen dominio de los mismos, toda vez que el combustible fue adquirido de un tercero y luego transportado por un servicio tercerizado, realizando la adquisición y recepción, respectivamente, del producto con plena confianza; no obstante, según indican, siempre existe la posibilidad que no se entregue el producto con las especificaciones requeridas o de cualquier alteración en estas u otras fases.
- (ii) Señala que, al momento de la supervisión, se tomaron dos muestras, las mismas que se llevaron, no quedando ninguna en su poder como una muestra de contraste lo cual habría garantizado que la muestra obtenida el día de la supervisión sea la efectivamente tomada, por lo que cabe la posibilidad que dichas muestras hayan sido cambiadas, adulteradas, hayan sido objeto de manipulación por los inspectores de Osinergmin o haya podido acontecer un error en el análisis de la muestra por parte del laboratorio designado por el Osinergmin; en ese sentido, señalan que anteriormente en las inspecciones se recababan tres muestras, una de las cuales quedaba “debidamente lacrada” en poder del operador inspeccionado, lo cual garantizaba que la muestra obtenida el día de la inspección sea la efectivamente tomada con la cual podía realizarse la prueba de contraste.

Asimismo, indica que, al día siguiente de la supervisión, se apersonaron los representantes de Osinergmin, sin la presencia de representantes de la Policía ni del Ministerio Público, haciéndole suscribir al representante legal un supuesto error toda vez que se habrían equivocado en la toma de muestras por lo que, en el Acta respectiva se hace referencia con dos asteriscos, que el código de un producto pertenece al otro y viceversa. Por tanto, este solo hecho invalida la inspección porque en ninguno de los protocolos de Osinergmin se establece que una inspección se efectúe en dos momentos y días diferentes.

- (iii) Señalan que el reconocimiento se efectuó porque las normas establecen que el responsable administrativamente es quien tiene el combustible recayendo la sanción en el mismo, sin tomar en cuenta el responsable en la cadena de producción y distribución; previendo además en caso de multa, una reducción del *“50% de la misma sino se reclama y adicionalmente 10% más si se somete a notificación electrónica y pronto pago”*. Indican además, que antes de efectuar el referido reconocimiento, indagaron ante funcionarios de la Oficina Regional Lima Sur en forma personal sobre el monto de la multa, la cual aseguraron que no podían proporcionarla, y que sin embargo no sobrepasaría las 2 UIT, considerando la reducción de multa y 10% por acogimiento al Sistema de Notificación Electrónica y pronto pago, asimismo indican que también solicitaron que se efectúe la prueba de contraste manifestándole, según indican, que si lo hacían perderían el beneficio de reducción, lo cual indica le parece ilógico por cuanto uno tiene que estar seguro que cometió la infracción antes de acogerse a ese beneficio.

Indica que la única responsabilidad administrativa que podría asumir es el hecho de no haber realizado la limpieza del tanque por casi un año, y efectuadas las consultas técnicas, en el presente caso el combustible que había en el tanque al momento de la inspección era mínimo por tanto esta era la base que podía contener sedimentos e impurezas propias de tal estado que disminuyeran su calidad, lo cual se nos ha dicho es posible técnicamente pero no en los niveles que se le imputa, por ello y por evitar prolongados procedimientos administrativos consideramos preferible, en su momento, acogernos a los indicados beneficios de reducción de la sanción.

- (iv) Sin embargo, mediante Oficio N° 3510-2017-OS/OR LIMA SUR notificado el 11 de setiembre de 2017, se remitió al Administrado el Informe Final de Instrucción N° 956-2017-OS/OR-LIMA SUR de fecha 28 de agosto de 2017 se propuso como sanción una multa de 4.2 UIT sin considerar el beneficio adicional del 10% por acogimiento al Sistema de Notificación Electrónica y pronto pago, monto económico que quebraría la empresa considerando su mínimo tamaño que es similar a una pequeña empresa.
- (v) Asimismo, señala que debe tenerse en cuenta que no hemos cometido la infracción toda vez que se tiene plena coincidencia entre los volúmenes de combustible que adquirimos respecto de los que fueron vendidos más los saldos que se encuentran en el tanque, ello implica que no se pudo adicionar combustible que no guardara la calidad requerida.
- (vi) Señala que en el Informe Final de Instrucción no se ha analizado si existe o no causa de justificación de las conductas imputadas y por tanto se habría incumplido con determinar si las conductas son antijurídicas.
- (vii) Indica que cuando la Ley N° 27444 dispone que la Administración se sujete al ordenamiento constitucional significa que ella debe sujetarse a las determinaciones constitucionales que efectúa el Tribunal Constitucional por cuanto son normas constitucionales y su vulneración implica que los actos administrativos sancionadores que se dicten sean considerados como actos inconstitucionales y en consecuencia se tenga que declarar su nulidad por incurrir en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10 de dicha Ley, que dispone que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución. Por consiguiente, las disposiciones de la LPAG y sus modificatorias,

tienen que interpretarse y aplicarse conforme a los derechos constitucionales consagrados en la Constitución o determinados por el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional desde el año 2002 ya ha fijado la obligatoriedad del principio de culpabilidad en los procedimientos administrativos sancionadores, como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado; en consecuencia, la administración debe dictar actos administrativos conforme el principio de culpabilidad, el cual prohíbe la culpabilidad objetiva, en caso contrario incurriría en causal de nulidad la cual deberá declararse en sede administrativa o judicial.

Además señala que con la finalidad de aplicar la responsabilidad objetiva, en casos que se requiera por razones debidamente justificadas, re requiere contar con una norma con rango de Ley, no siendo posible mediante la colaboración reglamentaria; en ese sentido la administrada señala que en la legislación de hidrocarburos no existe una norma con rango de Ley, que establezca que los administrados son responsables objetivamente por la comisión de infracciones y por lo tanto resulta razonablemente exigible en los procedimientos sancionadores que se pruebe el dolo o la culpa en cumplimiento de la aplicación del principio de culpabilidad. Cabe precisar que el mencionado principio ha sido recogido por el Decreto Legislativo N° 1272 que modifica la Ley N° 27444, siendo aplicable al presente caso al amparo de la figura de la retroactividad benigna contenida en el numeral 5 del artículo 230° de dicha ley.

Asimismo, precisa que para destruir la presunción de inocencia o de licitud se requiere probar no sólo la existencia del supuesto hecho ilícito sino también que la persona ha realizado el hecho imputado en calidad de autor, y además en el marco del mencionado principio probar que la conducta constitutiva de la infracción ha sido realizada por su autor en forma culposa o dolosa; siendo que el Informe Final de Instrucción no cuenta con análisis o medio probatorio alguno en ese sentido, por lo que vulnera el principio de la presunción de inocencia y el de culpabilidad, lo que vicia de nulidad absoluta al mismo al incurrir en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley N° 27444<sup>1</sup>.

- (viii) Señala que se reserva el derecho de ampliar los presentes descargos contra el Informe final de Instrucción; señalando que el plazo de cinco (05) días hábiles otorgado para la presentación de los descargos es muy corto, solicitando que se amplíe el mismo a 10 días hábiles.
- (ix) Por último, solicita se brinden las facilidades necesarias para la dirimencia de la muestra tomada y a tal efecto, se fije fecha y hora para efectuar el pago y proceder al análisis respectivo.

Cabe indicar que el administrado adjunta a sus descargos la Factura 044 N°0000979 - Factura de compra de combustible, Informe de Ensayo N° SRCO-LAB-1099-2017-documento que certifica la calidad del producto de PETROPERÚ, Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y

---

<sup>1</sup> La Contravención a la Constitución a las leyes o las normas reglamentarias.

Estaciones de Servicios N° 02-001036-CC-APM-2017, y Factura 001 N° 004530 – Pago por servicio de transporte.

### **2.1.3. ANÁLISIS**

- 2.1.3.1 El artículo 2° de la Ley N° 26734 establece que la misión del Osinergmin es fiscalizar, a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los sub-sectores de electricidad e hidrocarburos.
- 2.1.3.2 El artículo 5° de la Ley N° 27699, establece que el Osinergmin ejerce de manera exclusiva las facultades contempladas en ésta, su Ley de Creación N° 26734 y en la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en lo concerniente al control metrológico, así como la calidad de los combustibles y otros productos derivados de los hidrocarburos, en las actividades que se encuentren comprendidas bajo el ámbito de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221.
- 2.1.3.3 El artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, establece que toda acción u omisión que implique el incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye infracción sancionable.
- 2.1.3.4 La Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD, que aprueba el Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas, establece en su Anexo 1, el Procedimiento de Control de Calidad de los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, indicando los pasos para la toma y disposición de las de muestras de combustible, con el fin de someterlas a los ensayos correspondientes para determinar el cumplimiento de las especificaciones técnicas vigentes de calidad.
- 2.1.3.5 El artículo 1 del Anexo mencionado en el párrafo anterior, establece que dicho procedimiento es aplicable a nivel nacionales para los siguientes agentes y actividades de hidrocarburos: (i) En Refinerías, Plantas de Abastecimiento, Terminales, Transportistas, Distribuidores Minoristas y demás Unidades Operativas en los que se produzcan, almacenen, despachen, transporten y/o comercialicen Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas y que cuenten con Registro de Hidrocarburos. (ii) En los Grifos y Estaciones de Servicios en los que se comercialicen Combustibles Líquidos y sus mezclas con Biocombustibles.
- 2.1.3.6 Por otro lado, el artículo 50-b del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, modificado por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 012-2007-EM, establece que 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 dentro de la cadena de comercialización.

- 2.1.3.7 Asimismo, la Séptima Disposición Complementaria del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM, señala que los operadores, distribuidores mayoristas, distribuidores minoristas, establecimientos de venta al público de combustibles y transportistas deben adoptar las medidas del caso, a fin que los combustibles y otros productos derivados de los hidrocarburos que suministren o expendan, se encuentren en las mismas condiciones de calidad en que los recibieron.
- 2.1.3.8 Además, debemos indicar que la responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas y las dictadas por Osinergmin recae en la empresa fiscalizada, en su calidad de titular del Registro, conforme lo dispuesto en el artículo 89º del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.
- 2.1.3.9 Ahora bien, conforme al procedimiento señalado precedentemente, respecto a las muestras del combustible **Diésel B5 S-50** tomadas en el establecimiento citado en el numeral 1.2 del presente análisis, las cuales fueron enviadas al laboratorio de la empresa **Intertek Testing Services Perú S.A.**, dicho laboratorio reportó el siguiente resultado:

COMBUSTIBLE	INFORME DE ENSAYO Y COMENTARIO TÉCNICO	ENSAYO	RESULTADO	ESPECIFICACIÓN
Diésel B5 S-50	3242H/17	Punto de Inflamación, °C	< <b>41.5 °C</b>	Min. 52.0°C (*)

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

- 2.1.3.10 De acuerdo con el Informe de Ensayo de Laboratorio N° 3242H/17 y su respectivo comentario técnico, el combustible Diésel B5 S-50 que se comercializa en el establecimiento ubicado en la Av. Mariano Pastor Sevilla esquina con la Av. Cesar Vallejo, distrito de Villa El Salvador, provincia y departamento de Lima, con Registro de Hidrocarburos N° 1110434, cuyo responsable es la empresa **J.A. Y F. INVERSIONES S.R.LTDA.** no cumple con las especificaciones técnicas vigentes de calidad, lo cual configurara infracción administrativa sancionable conforme lo establece el numeral 2.7 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos contenida en la Tipificación de Infracciones y Escalas de Multa y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD y modificatorias.
- 2.1.3.11 De otro lado, cabe señalar que la información consignada en el Acta de Supervisión (Cartas de Visitas), constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta, por lo que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman; salvo prueba en contrario. Ello de conformidad con lo establecido en el numeral 13.2 del artículo 13º del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Publicado el 18 de marzo de 2017 en el Diario Oficial El Peruano.

2.1.3.12 Por otro lado, sobre los descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, presentados por la administrada a través del escrito con registro N° 2017-77575 con fecha 09 de agosto de 2017, cabe señalar:

- En cuanto al reconocimiento expreso de los hechos imputados por parte de la Administrada, cabe señalar que si bien el sub literal g.1 del literal g) del artículo 25º de Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, establece que el reconocimiento del agente supervisado de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe; el mencionado literal g) señala también a tenor que: *“El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento del mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento. El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los descargos”*.

En ese sentido, cabe señalar que si bien la Administrada en un primer momento señaló reconocer expresamente los hechos imputados respecto del presente incumplimiento, de la revisión del escrito de registro N° 2017-77575 de fecha 18 de setiembre de 2017, se aprecia que posteriormente la misma, esgrimió argumentos referidos a la comisión de los hechos, los mismos que corresponden ser evaluados en el presente acápite; en ese sentido, se aprecia que la Administrada, no realizó el reconocimiento conforme el detalle de lo establecido en el literal g) del artículo 25º del referido Reglamento; por lo que no corresponde la aplicación del beneficio establecido en el mismo.

- Por otro lado, sobre lo indicado por la misma acerca de la notificación electrónica, debe señalarse que, para acogerse al beneficio de pronto pago resulta necesario cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo 26º del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD.

2.1.3.13 Sobre los descargos al Informe Final de Instrucción N° 956-2017-OS/OR LIMA SUR, presentados por la administrada a través del escrito con registro N° 2017-77575 con fecha 18 de setiembre de 2017, cabe señalar:

- (i) Respecto al argumento referido a que no han tenido dominio de los hechos, cabe señalar como ya se ha mencionado líneas arriba, el artículo 50-b del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, modificado por el artículo 5º del Decreto Supremo N° 012-2007-EM, establece que 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 dentro de la cadena de comercialización.

En concordancia con ello, la Séptima Disposición Complementaria del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 030-98-EM, señala que los operadores, distribuidores mayoristas, distribuidores minoristas, establecimientos de venta al público de combustibles y transportistas deben adoptar las medidas del caso, a fin que los combustibles y otros productos derivados de los hidrocarburos que suministren o expendan, se encuentren en las mismas condiciones de calidad en que los recibieron.

Además, debemos indicar que la responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas y las dictadas por Osinergmin recae en la empresa fiscalizada, en su calidad de titular del Registro, conforme lo dispuesto en el artículo 89º del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

En ese sentido, es preciso indicar que el Titular del Registro de Hidrocarburos en su calidad de responsable de la instalación de hidrocarburos, se encuentra en la obligación de adoptar las acciones necesarias para cumplir en todo momento con la normativa vigente, a fin de velar por la seguridad en el desarrollo de sus actividades, constituyendo infracción administrativa sancionable el incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699;

- (ii) En cuanto al argumento manifestado por la administrada referido a la cantidad de muestras tomadas en el procedimiento de muestreo para análisis en laboratorio, cabe señalar que el personal encargado de las supervisiones operativas realizan sus funciones con plena observancia de los procedimientos establecidos en la normativa vigente, de este modo el numeral 12.4 del artículo 12º del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD, que aprueba el Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas, establece que Osinergmin, *“de considerarlo conveniente, tomará dos (2) Muestras de cada producto directamente de los surtidores y/o dispensadores y/o tanques.”*; no estableciendo el marco jurídico vigente la obligación de recoger una tercera muestra.

Ahora bien, resulta necesario precisar que las afirmaciones de la administrada concernientes a posibles contingencias ocurridas con las muestras y al supuesto requerimiento de firma del representante legal de la empresa respecto de un referido error, no cuentan con soporte documentario por lo que carecen de sustento; asimismo, de la revisión del Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles y/o sus Mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-001036-CC-APM-2017, si bien se evidencian los llamados con asteriscos para precisar los datos contenidos en la misma; no se evidencia acotación alguna por parte del encargado de la empresa al respecto, suscribiendo la misma en señal de conformidad.

- (iii) En cuanto a que el reconocimiento se efectuó porque las normas establecen que el responsable administrativamente es quien tiene el combustible recayendo la sanción en el mismo, sin tomar en cuenta el responsable en la cadena de producción y distribución; previendo además en caso de multa, una reducción del *“50% de la misma sino se reclama y adicionalmente 10% más si se somete a notificación electrónica y pronto pago”* y por evitar prolongados procedimientos. Se debe señalar que las normas legales son publicadas en el diario oficial El Peruano de conformidad con lo establecido en el artículo 109º de la Constitución Política del Perú, siendo de obligatorio cumplimiento desde el día siguiente de su publicación en los términos en los que son aprobadas, además el mencionado reconocimiento es de naturaleza voluntaria, tan es así que la administrada mediante escrito de registro N° 2017-77575 de fecha 18 de setiembre de 2017, precisó que no asume responsabilidad alguna por los hechos imputados.

Ahora bien, respecto de las afirmaciones referidas por la administrada sobre supuestas consultas a funcionarios de la Oficina Regional Lima Sur, cabe indicar que las mismas no cuentan con soporte documentario por lo que carecen de sustento; sin perjuicio de ello cabe reiterar que el la figura del reconocimiento es una figura de naturaleza voluntaria.

- (iv) Respecto de que en el Informe Final de Instrucción se propuso una sanción sin considerar el beneficio adicional del 10% por acogimiento al Sistema de Notificación Electrónica y pronto pago, cabe señalar que de conformidad con el numeral 26.1 del artículo 26º de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD señala la oportunidad para acogerse efectivamente al beneficio del pronto pago a tenor, *“recibida la resolución que impone una sanción, el agente supervisado puede acogerse al beneficio del pronto pago”*; por lo que en el Informe Final de Instrucción corresponde hacer referencia del marco normativo que establece los requisitos para acogerse al mismo.
- (v) Asimismo, cuanto que se tiene plena coincidencia entre volúmenes, corresponde precisar que el numeral 23.1 del artículo 23º del Reglamento de Supervisión, fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, N° 040-2017-OS-CD, establece que la responsabilidad por el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones emitidas por Osinergmin *es determinada de forma objetiva*, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 13 de las Leyes Nos 27699 y 28964, respectivamente, de ese modo, la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa del subsector hidrocarburos, recae en los responsables de los establecimientos fiscalizados que se encuentran inscritos en el Registro de Hidrocarburos, por lo que, es su responsabilidad, como titulares de la actividad, *el verificar que ésta se realice en todo momento* conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, debiendo para ello adoptar todas las acciones que sean necesarias.
- (vi) En cuanto a la antijuricidad de la conducta imputada cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, toda acción u omisión que implique el incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin constituye infracción sancionable; asimismo cabe señalar que de la revisión de la documentación obrante en el expediente no se

ha acreditado en el presente caso la existencia de algún supuesto de eximente de la responsabilidad.

- (vii) Ahora bien, sobre lo señalado respecto de la aplicación del principio de culpabilidad, cabe señalar que la responsabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores de Osinergmin es objetiva, tal como se establece en su Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional, Ley N° 27699, en el Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD. De este modo, la aplicación de la responsabilidad objetiva en los procedimientos administrativos a cargo del Osinergmin no contraviene el marco legal, toda vez que se encuentra regulada en una normativa especial a la que se encuentra sujeto este tipo de procedimiento.

Por su parte, en cuanto a que el Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias sobre el respeto a los derechos constitucionales y a los principios dentro de un procedimiento, así como a la aplicación de la culpabilidad para determinar la responsabilidad en un procedimiento sancionador, cabe señalar que no se observa que en las mismas se indique su calidad de precedentes vinculantes.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que en el trámite del presente procedimiento administrativo se ha cumplido con la aplicación de los principios establecidos en la Ley N° 27444 y las garantías que se le otorgan al administrado a tener una decisión fundada en derecho. Asimismo, se ha acreditado de manera objetiva la comisión de la infracción imputada; por lo que corresponde desestimar la alegación formulada en este extremo.

- (viii) En relación a la solicitud de ampliación de plazo, cabe indicar que el numeral 21.1 del artículo 21° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, señala que: “El informe final de instrucción debe ser notificado al Agente Supervisado para que formule sus descargos, otorgándosele para tal efecto un plazo no menor de cinco (05) días hábiles”.

Al respecto, es preciso indicar que los descargos presentados en cualquier etapa del procedimiento son evaluados pese a que sean remitidos fuera del plazo establecido en la norma citada. Cabe indicar que no obstante el tiempo transcurrido el administrado no ha presentado descargos adicionales a los mencionados.

- (ix) Por último, en cuanto a la solicitud referida a la dirimencia cabe señalar que el literal a) del artículo 16° del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD, que aprueba el Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas, establece que en caso el Supervisado se encuentre disconforme con los resultados obtenidos de la muestra analizada por el laboratorio, podrá proceder de la siguiente manera: Solicitar por escrito y de forma expresa e indubitable el ensayo de Dirimencia ante Osinergmin, dentro del plazo perentorio e improrrogable de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de los resultados del análisis de la Muestra efectuado por el laboratorio, asumiendo los costos del ensayo, y de ser caso, el traslado de la Muestra; excediendo sobremanera el plazo establecido; por lo que la misma no procede.

En virtud de lo expuesto, lo alegado por la administrada, no enerva la responsabilidad de la misma respecto del incumplimiento materia de análisis.

2.1.3.14 En tal sentido, habiéndose verificado la infracción administrativa sancionable, corresponde imponer la sanción dispuesta en la normativa vigente.

2.1.3.15 En ese sentido cabe señalar que por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD y modificatoria, se aprobó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, la cual contempla las sanciones que podrán aplicarse respecto del incumplimiento materia del presente procedimiento administrativo sancionador:

INCUMPLIMIENTO	BASE LEGAL	NUMERAL DE LA TIPIFICACIÓN	SANCIONES APLICABLES <sup>3</sup>
El combustible Diesel B5 S-50, no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el Punto de Inflamación.	Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.	2.7	Hasta 2000 UIT. Multa, CE, STA, SDA, RIE, CB, ITV.

3.1 Mediante Resolución de Gerencia General N° 352 de fecha 19 de agosto de 20114, se aprobó el "Texto Único Ordenado de Criterios Específicos de Sanción aplicables a las infracciones administrativas previstas en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos", correspondiendo aplicar, de acuerdo a los referidos criterios específicos, la siguiente sanción por la infracción administrativa acreditada en el presente procedimiento:

N°	DESCRIPCIÓN Y BASE LEGAL DE LA CONDUCTA IMPUTADA COMO INFRACCIÓN	NUMERAL DE LA TIPIFICACIÓN	RESOLUCIÓN QUE APRUEBA CRITERIO ESPECÍFICO	CRITERIO ESPECÍFICO	MULTA APLICABLE (EN UIT)																							
1	El combustible Diesel B5 S-50 no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el Punto de Inflamación.  Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD.	2.7	Resolución de Gerencia General N° 285-2013-OS-GG.	<p>Escala de Sanciones para incumplimientos por comercializar un Diesel BX con menor punto de inflamación que su valor nominal, sin presentar disminución en el Punto de Inflamación.</p> <p><b>Sanción por variación en el Punto de Inflamación/ Diesel B5 (en UIT)</b></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th rowspan="2">Gradualidad</th> <th colspan="3">Capacidad total de Almacenamiento de Producto (Galones)</th> </tr> <tr> <th>&lt;0-5,000&gt;</th> <th>&lt;5,001-10,000&gt;</th> <th>&gt;10,000</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>De -3.8 °C a -5.0 °C</td> <td>3.4</td> <td>10.1</td> <td>13.5</td> </tr> <tr> <td>De -5.1 °C a -7.0 °C</td> <td>4.6</td> <td>13.9</td> <td>18.6</td> </tr> <tr> <td>De -7.1 °C a -10.0 °C</td> <td>6.6</td> <td>19.7</td> <td>26.2</td> </tr> <tr> <td>De -10.1 °C a menos</td> <td>8.4</td> <td>25.3</td> <td>33.8</td> </tr> </tbody> </table> <p>Respecto al ensayo de punto de inflamación, la muestra del combustible Diesel B5, arrojó un resultado 41.5°C, debiendo tener un mínimo de 52.0°C. En el presente caso se ha constatado que ha existido una disminución del Punto de Inflamación de -10.5°C, por lo que en este caso tomando en consideración que la capacidad de</p>	Gradualidad	Capacidad total de Almacenamiento de Producto (Galones)			<0-5,000>	<5,001-10,000>	>10,000	De -3.8 °C a -5.0 °C	3.4	10.1	13.5	De -5.1 °C a -7.0 °C	4.6	13.9	18.6	De -7.1 °C a -10.0 °C	6.6	19.7	26.2	De -10.1 °C a menos	8.4	25.3	33.8	8.4
Gradualidad	Capacidad total de Almacenamiento de Producto (Galones)																											
	<0-5,000>	<5,001-10,000>	>10,000																									
De -3.8 °C a -5.0 °C	3.4	10.1	13.5																									
De -5.1 °C a -7.0 °C	4.6	13.9	18.6																									
De -7.1 °C a -10.0 °C	6.6	19.7	26.2																									
De -10.1 °C a menos	8.4	25.3	33.8																									

<sup>3</sup>Leyendas: UIT: Unidad Impositiva Tributaria; CE: Cierre de Establecimiento; STA: Suspensión Temporal de Actividades, SDA: Suspensión Definitiva de Actividades, RIE: Retiro de Instalaciones y/o Equipos, CB: Comiso de Bienes, ITV: Internamiento Temporal de Vehículos.

<sup>4</sup> Posteriormente modificada por las Resoluciones de Gerencia General N° 391-2012-OS-GG, N° 200-2013-OS-GG, N° 285-2013-OS-GG y N° 134-2014-OS-GG.

				almacenamiento del Tanque N° 1, que contiene el Diesel B5 es de 1870 galones, corresponde aplicar a la empresa fiscalizada como sanción una multa de 8.4 UIT.	
<b>TOTAL MULTA</b>					8.4

De conformidad con lo establecido en el artículo 13° literal c) de la Ley de Creación de Osinergmin, Ley N° 26734, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y modificatorias, la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, el 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, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS y la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD.

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1º.- SANCIONAR** a la empresa **J.A. Y F. INVERSIONES S.R.LTDA.**, con una multa de ocho con cuatro (8.4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha del pago, por el incumplimiento señalado en la presente Resolución.

**Código de Infracción: 170007757501**

**Artículo 2º.- DISPONER** que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 193-1510302-0-75 del Banco del Crédito del Perú, o en la cuenta recaudadora N° 000-3967417 del Banco Scotiabank S.A.A., importe que deberá cancelarse en un plazo no mayor de **quince (15) días hábiles** contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución y el Código de Pago de la infracción correspondiente, sin perjuicio de informar de manera documentada a Osinergmin del pago realizado.

**Artículo 3º.-** De conformidad con el Artículo 26° del Nuevo 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, el Agente Supervisado podrá acogerse al beneficio de pronto pago equivalente a una reducción del 10% del importe final de la multa impuesta en esta Resolución, si cancela el monto de la misma dentro del plazo fijado en el artículo anterior, siendo requisito para su eficacia: no interponer recurso administrativo, que haya autorizado la notificación electrónica hasta la fecha otorgada para la presentación de sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y que mantenga vigente dicha autorización. Asimismo, en caso la Resolución imponga más de una multa, el Administrado podrá acogerse al beneficio respecto de todas o sólo de las que considere no impugnar.

De otro lado, cumplimos con informar que de conformidad con el artículo 27° del Reglamento anteriormente citado, tiene la facultad de contradecir la presente Resolución, mediante la

interposición ante el presente órgano del recurso administrativo de reconsideración o de apelación, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.

**Artículo 4º.- NOTIFICAR**a la empresa **J.A. Y F. INVERSIONES S.R.LTDA.**, el contenido de la presente Resolución.

Regístrese y comuníquese,

«image:osifirma»

**Jefe Oficina Regional Lima Sur**