

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 503-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 17 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700170171 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa PETROPERÚ S.A. representada por la señora Sonia Mercedes Sandoval Peralta, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2392-2018-OS/OR LORETO de fecha 01 de octubre de 2018, mediante la cual se le sancionó con multa por no cumplir las especificaciones técnicas de calidad sobre el parámetro de punto de inflamación.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2392-2018-OS/OR LORETO de fecha 01 de octubre de 2018, la Oficina Regional de Loreto sancionó a la empresa PETROPERÚ S.A., en adelante PETROPERÚ, con una multa de 14 (catorce) UIT por incumplir el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con el Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y OPDH, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Artículo 11° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM y modificatorias, en concordancia con el artículo 51° del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y OPDH, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM y modificatorias ¹	2.7 ²	14 UIT

¹ 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.

En concordancia:

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 el caso de normas NTP aprobadas con posterioridad a la vigencia del presente Reglamento, el MEM establecerá la fecha en que serán aplicadas.

Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Artículo 5.- Normas Técnicas Las características técnicas del Alcohol Carburante (Etanol Anhidro Desnaturalizado) y del Biodiesel B100 se establecen en las correspondientes Normas Técnicas Peruanas aprobadas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI; en tanto éstas no sean aprobadas se aplicarán las normas técnicas internacionales correspondientes, para el Etanol Anhidro Desnaturalizado la ASTM D 4806-06 y para el Biodiesel B100 la ASTM D 6751-06 en sus versiones actualizadas.

² 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. Base legal: Art. 6º, 36º y 42º del Reglamento aprobado por D.S. N° 01-94-EM, Arts. 87º, 109º, 113º y 117º del Reglamento aprobado por D.S. N° 019-97-EM, Arts. 70º, 86º incisos g) y e), y 7ma. Disposición Complementaria del Reglamento aprobado por D.S. N° 030-98-EM, Art. 1º del D.S. N° 019-98-MTC, Arts. 51º, 53º y 55º del Reglamento aprobado por D.S. N° 045-2001-EM, Decreto Supremo N° 025-2005-EM, R.C.D. N° 400-2006-OS/CD, Arts. 5º, 6º inciso b), 7º, 8, 9,

RESOLUCIÓN N° 503-2018-OS/TASTEM-S2

De las muestras de combustible Diésel B5 efectuadas en el establecimiento de titularidad de PETROPERÚ S.A., se tuvo como resultado (< 40° C) respecto al punto de inflamación, encontrándose dicho valor fuera de especificación para el método de ensayo ASTM D93-16a.		
MULTA TOTAL		14 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 21 de octubre de 2017 se realizó la visita de supervisión al establecimiento (Planta de Venta Yurimaguas) de registro de hidrocarburos N° 15331-040-220115 ubicado en [REDACTED] con el propósito de realizar el control de calidad de los combustibles que se comercializan en dicho establecimiento³.

En tal sentido, conforme se desprende del Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles y sus Mezclas en Refinerías, Plantas de Abastecimiento, Terminales, Transportistas, Distribuidores Minoristas y demás unidades operativas N° 01-000112-CC-RPB-2017-Expediente N° 201700170171 del 21 de octubre de 2017, en adelante Acta de Supervisión, obrante a fojas 2 del expediente, se procedió a la toma de muestras del producto Diésel B5 para su análisis en el laboratorio.

- b) A fojas 26 del expediente, obra el Informe de Ensayo N° 1148-2017 del 03 de noviembre de 2017 expedido por la empresa Marconsult Supervisiones & Certificaciones, el cual respecto de la muestra de Diésel B5 tomada en el establecimiento fiscalizado arrojó un valor de <40°C en el parámetro punto de inflamación.
- c) Por Oficio N° 501-2018-OS/OR-LORETO notificado con fecha 16 de febrero de 2018, se comunicó a PETROPERÚ el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntándosele el Informe de Instrucción N° 335-2018-OS/OR LORETO del 16 de febrero de 2018 y el Informe de Ensayo N° 1148-2017 del 03 de noviembre de 2017 y se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos y solicite el ensayo de dirimencia de considerarlo conveniente.
- d) Mediante escrito de registro N° 201700170171 de fecha 23 de febrero de 2018, PETROPERÚ solicitó la realización del ensayo de dirimencia relacionado con la determinación del Punto de Inflamación en la muestra Diésel B5⁴.
- e) A través del escrito de registro N° 201700170171 de fecha 01 de marzo de 2018, PETROPERÚ presentó descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- f) Por Oficio N° 1664-2018-OS/OR LORETO de fecha 12 de marzo de 2018, notificado el mismo día, se puso en conocimiento del administrado, la fecha y el lugar donde se realizaría el ensayo de dirimencia.

10, 11, 12 y 13 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, R.C.D. N° 382-2008-OS/CD, R.C.D. N° 206-2009-OS/CD, Arts. 2º, 4º y 5º de la Ley N° 28694.

Multa: Hasta 2,000 UIT.

Otras sanciones: CE, STA, SDA, RIE, CB, IT

³ De acuerdo a lo establecido en el Procedimiento de Control de Calidad de los Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivado de Hidrocarburos, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD.

⁴ Asimismo, adjunta copia de FA01-002920 y voucher de pago efectuado al Laboratorio de la empresa [REDACTED]

RESOLUCIÓN N° 503-2018-OS/TASTEM-S2

- 
- g) Mediante Oficio N° 162-2018-OS/OR LORETO notificado el 13 de marzo de 2018, se dispuso dejar sin efecto el Oficio N° 1664-2018-OS/OR LORETO, por no haberse cumplido lo dispuesto en el inciso b) del artículo 16° de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD⁵, otorgando un plazo de tres (3) días hábiles a PETROPERÚ para que presente el voucher de pago para ejecutar el ensayo de dirimencia.
- h) Con escrito de registro N° 201700170171 (Carta N° CYU-124-2018) de fecha 15 de marzo de 2018, PETROPERÚ presentó el voucher de pago efectuado al Laboratorio de la Empresa Intertek Testing Service Perú S.A.
- i) A través del Oficio N° 1909-2018-OS/OR LORETO de fecha 17 de marzo de 2018, notificado el 19 de marzo de 2018, se puso en conocimiento de PETROPERÚ la fecha y lugar del ensayo de dirimencia.
- j) Con fecha 22 de mayo de 2018 se llevó a cabo el ensayo de dirimencia en el laboratorio de la empresa Intertek Testing Services Perú S.A., para el producto Diésel B5, levantándose el Acta de Dirimencia N° 01-2018-AD-DSR
- k) Por Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO del 16 de agosto de 2018 notificado 17 de agosto de 2018, se trasladó a PETROPERÚ el Informe Final de Instrucción N° 1712-2018-OS/OR LORETO de fecha 14 de agosto de 2018, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- 
- l) Mediante escrito de registro N° 201700170171 de fecha 06 de setiembre de 2018, PETROPERÚ presentó sus descargos.
- m) A través de la Resolución N° 2392-2018-OS/OR LORETO de fecha 01 de octubre de 2018 notificada el 03 de octubre de 2018, se sancionó a PETROPERÚ por el incumplimiento descrito en el numeral 1 de la presente resolución.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201700170171 de fecha 24 de octubre de 2018, PETROPERÚ interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2392-2018-OS/OR LORETO de fecha 01 de octubre de 2018, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta nulidad de la notificación del Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO

- a) Señala que el numeral 20.1.1 del artículo 20° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que la notificación se deberá efectuar en el domicilio del administrado interesado o afectado por el acto⁶, el mismo que, de conformidad con el numeral 21.1 del

⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD

Artículo 16°.- Procedimiento de dirimencia

En caso el supervisado se encuentre disconforme con los resultados obtenidos de la muestra analizada por el laboratorio, podrá proceder de la siguiente manera:

(..)

b) El Ensayo de Dirimencia se realizará por una Entidad Acreditada distinta a la que efectuó el primer ensayo y seleccionada por la Unidad Operativa Supervisada de una lista de Entidades Acreditadas propuesta por OSINERGMIN; listado que se adjuntará al oficio mediante el cual se comunica los resultados de la primera Muestra analizada por el laboratorio. En caso no exista otro laboratorio que ejecute el ensayo de Dirimencia, o si existiese, pero éste se negase o se abstuviera de realizar la dirimencia, esta se realizará en el laboratorio que analizó la muestra inicial aplicando la Reproducibilidad del método de ensayo.

⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS



artículo 21° del mismo cuerpo normativo, deberá ser el domicilio que conste en el expediente o en el último domicilio que la persona a quien se deba notificar haya señalado al órgano administrativo en otro procedimiento análogo en la propia entidad dentro del último año⁷.

En tal sentido, manifiesta que su representada indicó domicilio real y procesal (para efectos de recibir todas las notificaciones del presente procedimiento sancionador) en la siguiente dirección: [REDACTED]

No obstante, menciona que en el Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO (adjunto al Informe Final de Instrucción) de fecha 16 de agosto de 2018, se señala como dirección [REDACTED] por ello, advierte un vicio de nulidad de la notificación, pues el Informe Final de Instrucción fue notificado en un domicilio distinto al señalado en el escrito de descargos de fecha 01 de marzo de 2018.

Sobre la normativa infringida por PETROPERÚ



- b) Argumenta que la Oficina Regional de Loreto, en la Resolución de N° 2392-2018-OS/OR LORETO, enfatiza que PETROPERÚ incumplió la obligación del "artículo 11° del Reglamento de Comercialización de Biocombustible, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM y modificatorias"; por el contrario, en la parte resolutive señala que "incumplió el Decreto Supremo N° 092-2009-EM".

Sobre el particular, alude una falta de claridad y la inexistencia de objetividad para la determinación de la sanción, ya que se está considerando que todo presunto agente infractor debe ser sancionado teniendo claramente identificado el incumplimiento legal infringido.

- c) Al respecto, agrega que la Planta Yurimaguas no ha incumplido con las especificaciones técnicas del combustible Diésel establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, debido a que la muestra analizada, según Acta de Supervisión N° 01-000112 es de Diésel B5, con contenido de azufre mayor a 50 ppm, el cual es un tipo de combustible cuyas propiedades no se encuentran tipificadas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM.

Asimismo, manifiesta que en el Informe de Instrucción N° 335-2018-OS/OR LORETO sólo hace referencia al Diésel B2 (Diésel B2-S 50) el cual es un tipo de combustible que no se comercializa en la zona, por lo que no existe parámetro objetivo de comparación, debido a que son combustibles con diferentes denominaciones.

TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 20.- Modalidades de notificación 20.1. Las notificaciones serán efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:

20.1.1. Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.

⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 21.- Régimen de la notificación personal 21.1. La notificación personal se hará en el domicilio que conste en el expediente, o en el último domicilio que la persona a quien deba notificar haya señalado ante el órgano administrativo en otro procedimiento análogo en la propia entidad dentro del último año.

⁸ A través del escrito de registro N° 201700170171, de fecha 01 de marzo de 2018, PETROPERÚ refirió domicilio real y procesal en su escrito de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre la prueba de dirimencia y los medios probatorios presentados por el recurrente



- d) Al respecto, PETROPERÚ sostiene que el producto Diésel B5 analizado por OSINERGMIN se encontraba almacenado en el Tanque N° 14, el cual procedía de la Refinería Iquitos, de acuerdo al Reporte de Movimiento de Producto a Granel MPG. Alega que el punto de inflamación de dicho combustible es de 56.5° C, según el método ASTM D93-13.

Además, afirma que en dichas fechas también se descargó en el Tanque N° 14, un cargamento de Diésel B5 proveniente de Refinería Talara, cuyas características físico químicas se acreditan mediante el Informe de Ensayo N° RFIQ-LAB-001586-2017, en donde se observa un punto de inflamación de 62.5° C.

Por ello, concluye que el Diésel B5 sujeto al supuesto incumplimiento, pertenecía a recepciones operativas de productos cuya certificación de calidad en el parámetro de punto de inflamación superaban ampliamente el mínimo de la especificación, según el informe de ensayo adjunto al escrito de descargos del 01 de marzo de 2018.

- e) Asimismo, señala que la resolución materia de impugnación resta valor probatorio a los informes de ensayo presentados por su representada, afirmando sin sustento alguno que *“no constituyen medios de prueba idóneos para desvirtuar la infracción materia del presente procedimiento, toda vez que únicamente podría desvirtuar el resultado obtenido respecto de la primera muestra, el ensayo realizado por una Entidad Acreditada a la muestra dirimente”*.

Al respecto, precisa que el artículo 233° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente caso, define el término “documento” como todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho, considerándose dentro de dicho concepto a los escritos públicos o privados, impresos, fotocopias, facsímil, planos, cuadros, dibujos, fotografías y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, actividad humana o su resultado.

- f) Adicionalmente, sostiene que no está conforme con el resultado de ensayo del Acta de Dirimencia N° 01-2018-AD-DSR, toda vez que de acuerdo al Control Muestral de Calidad en Grifos y Estaciones de Servicios – EE.SS., de las 23 visitas, sólo existe en Loreto un establecimiento desaprobado en el parámetro “Punto de Inflamación”, y por ser la única Planta que abastece en la zona, todos los demás establecimientos debieron ser desaprobados.

3. A través del Memorándum N° 50-2018-OS/OR LORETO, recibido por la Sala 2 del TASTEM con fecha 26 de noviembre de 2018, la Oficina Regional de Loreto remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta nulidad de la notificación del Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO

4. Con relación a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que el numeral 27.1 del artículo 27° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS dispone que la notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá



efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente el haberla recibido, si no hay prueba en contrario⁹.



Asimismo, el numeral 27.2 del artículo 27° del Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que se tendrá por bien notificado al administrado a partir de la realización de actuaciones procedimentales del interesado, que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución¹⁰.

En ese sentido, la notificación defectuosa surte efectos legales desde que el administrado manifiesta haberla recibido o desde la realización de actuaciones procedimentales que permitan deducir que éste tuvo conocimiento oportuno del documento notificado.

Bajo este marco legal, cabe precisar que la supervisión se realizó el 21 de octubre de 2017 en las instalaciones de la Planta de Ventas Yurimaguas operada por PETROPERÚ, ubicada en la [REDACTED] dirección en la cual se puso en conocimiento al administrado respecto de los resultados de la supervisión de control de la calidad de los combustibles líquidos que se comercializa; asimismo, en la citada dirección se notificó el inicio al procedimiento administrativo sancionador.

Posteriormente, mediante el escrito con registro N° 201700170171 de fecha 01 de marzo de 2018, PETROPERÚ fijó como domicilio real y procesal el siguiente: [REDACTED]

[REDACTED] no obstante, se verifica que el Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO, que traslada el Informe Final de Instrucción N° 1712-2018-OS/OR LORETO fue notificado en la dirección donde se ubica el establecimiento, esto es en la [REDACTED] y no en su domicilio procesal.



Al respecto, PETROPERÚ cuestiona la notificación del Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO, que traslada el Informe Final de Instrucción N° 1712-2018-OS/OR LORETO, toda vez que éste fue notificado en la dirección de su establecimiento y no en su domicilio procesal.

Sobre el particular, si bien se realizó una notificación defectuosa, cabe precisar que el recurrente presentó descargos al citado Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO, manifestando expresamente haber tomado conocimiento del contenido del Informe Final de Instrucción, cuando refiere en el numeral 4 del literal a) que: *"sobre el particular es oportuno señalar que la parte final del numeral 3.7 del Informe Final de Instrucción N° 1712-2017-OS/OR LORETO (...)"*; tal es así que presenta descargos a fin de desvirtuar lo señalado en dicho Informe Final de Instrucción.

En atención a las consideraciones expuestas, esta Sala considera que la autoridad de primera instancia ha actuado de conformidad a la normativa vigente, y que contrariamente a lo argumentado por el recurrente, la empresa fiscalizada ha tomado conocimiento de lo estipulado

⁹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 27.- Saneamiento de notificaciones defectuosas

27.1 La notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido, si no hay prueba en contrario.

¹⁰ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 27.- Saneamiento de notificaciones defectuosas

27.2 También se tendrá por bien notificado al administrado a partir de la realización de actuaciones procedimentales del interesado que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. No se considera tal, la solicitud de notificación realizada por el administrado, a fin que le sea comunicada alguna decisión de la autoridad.



en el Oficio N° 610-2018-OS/OR LORETO, y a su vez, ha dispuesto actuaciones procedimentales posteriores, como es el caso del descargo presentado el 11 de agosto de 2018, por lo que al haberse convalidado la notificación de dicho oficio, se verifica que la resolución impugnada ha sido expedida cumpliendo los requisitos de validez del acto administrativo, el Principio de Debido Procedimiento, y los demás principios establecidos en el Título Preliminar y en el artículo 246° del T.U.O de la Ley N° 27444; obteniéndose una decisión motivada y fundada en derecho, no existiendo vicios que causen su nulidad o archivo.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por el recurrente en este extremo.

Sobre la normativa infringida, la prueba de dirimencia y los medios probatorios presentados por PETROPERÚ

5. Respecto a lo alegado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que en el presente procedimiento se le sancionó a PETROPERÚ toda vez que el combustible Diésel B5 que comercializaba en su establecimiento no cumplía con las especificaciones técnicas de punto de inflamación.



El artículo 76° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, establece que el transporte, la distribución mayorista y minorista, así como la comercialización de los productos derivados de los Hidrocarburos se rigen por las normas que apruebe el Ministerio de Energía y Minas. Asimismo, conforme al Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM publicado el 20 de abril de 2007, las especificaciones de calidad que debe cumplir el Diésel B5 serán establecidas por Resolución Ministerial¹¹.

De acuerdo a ello, mediante la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM publicada el 10 de abril de 2008, se dispuso que las características de calidad que debe cumplir el Diésel B2, Diésel B5 y Diésel B20 son las mismas del Diésel N° 2, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 025-2005-EM publicado el 06 de julio de 2005. Este último aprobó el Cronograma de Reducción Progresiva del Contenido de Azufre en el Combustible Diésel N° 1 y 2.

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 025-2005-EM fue modificado por los Decretos Supremos N° 041-2005-EM y N° 092-2009-EM publicados el 14 de octubre de 2005 y 31 de diciembre de 2009, respectivamente, a través de los cuales se aprobaron las especificaciones técnicas para los productos Diésel. En efecto, tanto en el Decreto Supremo N° 025-2005-EM como en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, aplicable al caso materia de análisis, se estableció que el Diésel B5 S50 debe presentar un punto de inflamación mínimo de 52°C. (Subrayado es nuestro).

En ese sentido, resulta innegable que el Decreto Supremo N° 025-2005-EM y sus modificatorias, es aplicable al Diésel B5 S50 materia de análisis, ya que en la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM se hizo una remisión expresa a dicho decreto con la finalidad de establecer las especificaciones técnicas del Diésel B5 S50.

Asimismo, de acuerdo al 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 y modificado por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 012-2007-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

¹¹ El combustible cuestionado es el Diésel B5, mezcla de biodiesel B100 y el diésel N° 2.

RESOLUCIÓN N° 503-2018-OS/TASTEM-S2



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 comercialización¹² (subrayado nuestro).

De conformidad con las normas citadas, PETROPERÚ es responsable por la calidad de los combustibles comercializados dentro de la actividad que realiza en la cadena de comercialización: Planta de Abastecimiento, con independencia de los factores que hubiesen determinado los resultados de la muestra fuera de especificación respecto al punto de inflamación.

En ese sentido, en el presente caso, el Diésel B5 comercializado por PETROPERÚ incumplió las especificaciones técnicas vigentes de calidad, conforme consta en el Informe de Ensayo N° 1148-2017, emitido por MARCONSULT Inversiones & Certificaciones, resultado que fue corroborado con la prueba de dirimencia, la cual dio como resultado que la muestra de Diésel B5 tomada en la visita de supervisión de fecha 21 de octubre de 2017, tenía como punto de inflamación <40°C.

Por lo tanto, se ha verificado la responsabilidad objetiva de PETROPERÚ en la comisión de la infracción al artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con el artículo 51° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, toda vez que el Diésel B5 comercializado por PETROPERÚ incumple las especificaciones técnicas vigentes de calidad; en consecuencia, no corresponde amparar este extremo del recurso de apelación.



6. Respecto al procedimiento de dirimencia, se debe precisar que el acápite a) del artículo 16° de la Resolución N° 133-2014-OS/CD dispuso que si el supervisado se encuentra disconforme con los resultados obtenidos de la muestra analizada por el laboratorio, podrá 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 muestra¹³.

En el presente caso, a través del Oficio N° 501-2018-OS/OR LORETO notificado el 16 de febrero de 2018 se comunicó al administrado los resultados del análisis de laboratorio contenido en el Informe de Ensayo N° 1148-2017 del 03 de noviembre de 2017, otorgándosele un plazo de diez (10) días hábiles para que de considerarlo pertinente, solicite que se realice la prueba de dirimencia sobre la segunda muestra recabada durante la visita de supervisión.

¹² 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.

¹³ Resolución N° 133-2014-OS/CD

Artículo 16.- Procedimiento de Dirimencia

En caso el Supervisado se encuentre disconforme con los resultados obtenidos de la muestra analizada por el laboratorio, podrá proceder de la siguiente manera:

a) 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.

En dicha solicitud, el Supervisado deberá adjuntar copia del comprobante de pago de cancelación del costo del ensayo de Dirimencia emitido por el laboratorio.

Es así que PETROPERÚ solicitó que se realice el procedimiento de dirimencia, presentando copia del voucher de pago al Laboratorio de la empresa MARCONSULT Inversiones & Certificaciones dentro del plazo de diez (10) días hábiles desde la notificación de los resultados de laboratorio.



Al respecto, cabe señalar que el Oficio N° 1664-2018-OS/OR LORETO notificado el 12 de marzo de 2018 que autoriza la ejecución de la prueba de dirimencia y fija fecha para la misma, fue dejado sin efecto mediante el Oficio N° 162-2018-OS/OR LORETO, toda vez que incumplió con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 16° del Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, dispuestos por Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD¹⁴, al no considerar que el laboratorio que designó la empresa fiscalizada es el mismo que ha efectuado el control de calidad de las muestras adquiridas durante la visita de supervisión

En efecto, mediante Oficio N° 162-2018-OS/OR LORETO se otorgó un plazo de tres (3) días hábiles para que PETROPERÚ presentó el voucher de pago para ejecutar el ensayo de dirimencia en un laboratorio distinto al que dio origen al procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, PETROPERÚ presenta el voucher de pago para la ejecución del ensayo de dirimencia del Laboratorio de la empresa INTERTEK Testing Service Perú S.A. dentro del plazo otorgado.

Como resultado de la prueba de dirimencia, se obtuvo que la muestra de Diésel B5 tomada en la visita de supervisión de fecha 21 de octubre de 2017 tenía como punto de inflamación <40°C, conforme consta en el Informe de Ensayo N° 2308H/18, emitido por INTERTEK Testing Service Perú S.A., por lo que el Diésel B5 comercializado por PETROPERÚ incumplió las especificaciones técnicas vigentes de calidad.

En consecuencia, se ha verificado la responsabilidad objetiva de PETROPERÚ en la comisión de la infracción al artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con el artículo 51° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, toda vez que el Diésel B5 comercializado por PETROPERÚ incumple las especificaciones técnicas vigentes de calidad; por lo tanto, no corresponde amparar este extremo del recurso de apelación.

7. Por otro lado, respecto al argumento contenido en los literales d) y f) del numeral 2 de la presente resolución, sobre que el Diésel B5 proviene de las Refinerías Iquitos y Talara y que los establecimientos a los que abastece con dicho combustible también deben ser desaprobados, es preciso indicar que los proveedores de combustibles del administrado también son responsables por la calidad de los combustibles que abastecen a sus clientes en el marco de la actividad de hidrocarburos que realizan.

Al respecto, en el ejercicio de sus facultades, OSINERGMIN realiza visitas de supervisión de forma aleatoria e inopinada en los diferentes niveles de la cadena de comercialización para verificar el cumplimiento de las normas de calidad de combustibles, de conformidad con el artículo 80° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, que establece las facultades de investigación de OSINERGMIN para el desarrollo de sus funciones. Ahora bien, es preciso indicar que las Refinerías Iquitos y Talara no son parte del presente procedimiento administrativo sancionador, el cual fue iniciado contra PETROPERÚ.

¹⁴ Resolución N° 133-2014-OS/CD

Artículo 16.- Procedimiento de Dirimencia

En caso el Supervisado se encuentre disconforme con los resultados obtenidos de la muestra analizada por el laboratorio, podrá proceder de la siguiente manera:

b) El ensayo de Dirimencia se realizará por una Entidad Acreditada distinta a la que efectuó el primer ensayo y seleccionada por la Unidad Operativa Supervisada de una lista de Entidades Acreditadas propuesta por Osinergmin (...)

8. Adicionalmente, respecto al argumento contenido en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el literal j) del artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD define a la muestra dirimente como aquella cantidad de combustible Líquido OPDH, Biocombustibles o sus mezclas extraída del mismo lote de producto utilizado en el ensayo de laboratorio realizado por una Entidad Acreditada. (subrayado agregado).



En efecto, tal como la Oficina Regional de Loreto de OSINERGMIN menciona en el décimo sexto párrafo del numeral 2.2.3 de la Resolución N° 2392-2018-OS/OR LORETO, de acuerdo a la naturaleza de la supervisión, el único método que podría desvirtuar el resultado obtenido respecto de la primera muestra, es el ensayo realizado por una Entidad Acreditada a la muestra dirimente.

En ese sentido, los Informes de Ensayo N° RFIQ-LAB-001441-2017 y N° RFIQ-LAB-001586-2017 presentados por el recurrente, los cuales concluyen que el producto Diésel B5 analizado presentan un valor de 56.5°C y 62.5°C, respectivamente, en el parámetro punto de inflamación, estos fueron elaborados por el laboratorio de PETROPERÚ, el cual no es una entidad acreditada¹⁵.

Además, cabe precisar que la muestra analizada corresponde a un universo diferente a aquel que sirvió de sustento para la atribución de responsabilidad administrativa. Por lo tanto, dicho medio probatorio no desvirtúa el ilícito administrativo imputado¹⁶.

En igual sentido, cabe precisar que se ha constatado la debida observancia al Principio de Debido Procedimiento, consagrado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar y el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444¹⁷, toda vez que se ha realizado el procedimiento de control de calidad de conformidad con la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD.

En efecto, se verifica que sí se otorgó al administrado los plazos correspondientes para la presentación de sus descargos y se realizó el ensayo de dirimencia a su solicitud, así como se evaluaron sus descargos y medios probatorios obrantes en el expediente, acreditándose

¹⁵ Resolución N° 133 2014 OS/CD

Artículo 2.- Definiciones aplicables al procedimiento

2.1. Para los fines del presente Procedimiento se aplicarán las definiciones siguientes:

f) Entidad Acreditada

Laboratorio de Ensayo, Organismo de Inspección u Organismo de Certificación acreditado ante el INDECOPI.

j) Muestra Dirimente

Cantidad de Combustible Líquido, Otro Producto Derivado de los Hidrocarburos, Biocombustible o sus Mezclas extraída del mismo Lote del producto utilizado en el ensayo de laboratorio realizado por una Entidad Acreditada y que está disponible para ser utilizada para verificar el resultado de dicho ensayo, ante la discrepancia del administrado con relación al mismo.

¹⁶ La muestra del producto Diésel B5 que dio lugar al presente procedimiento sancionador fue obtenida el 21 de octubre de 2017, conforme consta en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles y sus Mezclas en Refinerías, Plantas de Abastecimiento, Terminales, Transportistas, Distribuidores Minoristas y demás unidades operativas N° 01-000112-CC-RPB-2017-Expediente N° 201700170171 del 21 de octubre de 2017, obrante a fojas 2 del expediente.

¹⁷ Ley N° 27444

Título Preliminar

"Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

(...)

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso".

RESOLUCIÓN N° 503-2018-OS/TASTEM-S2

finalmente que la muestra de Diésel B5 tomada en la visita de supervisión del 21 de octubre de 2017 se encontró fuera de especificación, respecto al punto de inflamación.

Ello, de acuerdo al Informe de Ensayo N° 1148-2017, emitido por MARCONSULT Inversiones & Certificaciones, resultado que se corrobora con la prueba de dirimencia, de acuerdo al Informe de Ensayo N° 2308H/18, emitido por INTERTEK Testing Service Perú S.A., por lo que la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada.

En consecuencia y considerando que PETROPERÚ no ha remitido medio probatorio alguno que desvirtúe la infracción debidamente acreditada por esta entidad, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación interpuesto.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por PETROPERÚ S.A. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2392-2018-OS/OR LORETO de fecha 01 de octubre de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.

HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

