

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 510-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 26 de diciembre de 2018

VISTO:

El expediente N° 201700141559 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la señora MERCY YOLANDA GALLEGOS ORDOÑEZ DE ROMERO contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2139-2018-OS/OR TUMBES de fecha 27 de agosto de 2018, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1693-2018-OS/OR TUMBES de fecha 13 de julio de 2018 que la sancionó por incumplir el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1693-2018-OS/OR TUMBES de fecha 13 de julio de 2018, la Oficina Regional de Tumbes sancionó a la señora MERCY YOLANDA GALLEGOS ORDOÑEZ DE ROMERO, en adelante MERCY GALLEGOS, con una multa total de 0.91 (noventa y un centésimas) UIT por incumplir el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM-DM ¹ Se verificó que el combustible Gasohol 90 Plus que comercializa en su establecimiento no cumple con las especificaciones técnicas de calidad respecto al contenido de etanol ² .	Numeral 2.7 ³	0.45 UIT

¹ 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.

En concordancia:

Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM-DM

Artículo N°1.- Establecer las especificaciones de calidad para el Gasohol, de acuerdo al siguiente cuadro:

(...)

*Valor mínimo sujeto a control en la Refinería, que se incrementa debido a la adición del 7.8% de Alcohol Carburante en las gasolinas.

² De acuerdo al Informe de Ensayo N° 6759H/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 13 y 14 del expediente, la muestra de Gasohol 90 Plus tomada en el establecimiento operado por la señora MERCY YOLANDA GALLEGOS ORDOÑEZ DE ROMERO arrojó como resultado un valor de 10.3 % de etanol, incumpliendo el valor de 7.8 % aplicable a dicho parámetro.

³ Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD. Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

2. Técnicas y/o Seguridad

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

RESOLUCIÓN N° 510-2018-OS/TASTEM-S2

2	Artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM-DM ⁴ Se verificó que el combustible Gasohol 95 Plus que comercializa en su establecimiento no cumple con las especificaciones técnicas de calidad respecto al contenido de etanol ⁵ .	Numeral 2.7 ⁶	0.46 UIT
TOTAL			0.91 UIT⁷

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 15 de setiembre de 2017 se realizó la visita de supervisión al establecimiento ubicado en [REDACTED], con registro de hidrocarburos N° 40256-056-021015, cuya responsable es la señora MERCY GALLEGOS, con el propósito de realizar el control de calidad de los combustibles líquidos que se comercializan en el referido establecimiento⁸.

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 de Servicios N° 02-002183-CC-ACF-2017, en adelante Acta de Supervisión, obrante a fojas 2 del expediente, se procedió a la toma de muestra de los combustibles Gasohol 90 Plus y Gasohol 95 Plus para su análisis en laboratorio.

- b) De fojas 12 a 14 del expediente, obran los Informes de Ensayo N° 6759H/17 y N° 6760H/17 del 29 de setiembre de 2017, expedidos por la empresa Intertek Testing Services Perú S.A., los cuales arrojaron un valor de 10.3% Vol. en el parámetro contenido de etanol respecto de las

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

Multa: Hasta 2,000 UIT.

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

⁴ 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.

En concordancia:

Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM-DM

Artículo N°1.- Establecer las especificaciones de calidad para el Gasohol, de acuerdo al siguiente cuadro:

(...)

*Valor mínimo sujeto a control en la Refinería, que se incrementa debido a la adición del 7.8% de Alcohol Carburante en las gasolinas.

⁵ De acuerdo al Informe de Ensayo N° 6760H/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 12 y 13 del expediente, la muestra de Gasohol 95 Plus tomada en el establecimiento operado por la señora MERCY YOLANDA GALLEGOS ORDOÑEZ DE ROMERO arrojó como resultado un valor de 10.3 % de etanol, incumpliendo el valor de 7.8 % aplicable a dicho parámetro.

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD. Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

2. Técnicas y/o Seguridad

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

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

Multa: Hasta 2,000 UIT.

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

⁷ Cabe precisar que para la determinación y graduación de la sanción se aplicó el criterio específico aprobado por Resolución de Gerencia General N° 352, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 26 de agosto de 2011.

⁸ 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.

muestras de Gasohol 90 Plus y de Gasohol 95 Plus, ambas tomadas en el establecimiento fiscalizado.

- 
- c) Mediante Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 1632-2017-OS/OR TUMBES de fecha 16 de octubre de 2017 se concluyó que las muestras de los combustibles Gasohol 90 Plus y Gasohol 95 Plus tomadas en el establecimiento fiscalizado, no cumplían con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el contenido de etanol establecida en la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM/DM.
- d) A través del Oficio N° 2491-2017, notificado el 20 de octubre de 2017, se comunicó a la señora MERCY GALLEGOS el inicio del procedimiento administrativo sancionador, otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.
- e) Con escrito de registro N° 201700141559 de fecha 6 de noviembre de 2017, la señora MERCY GALLEGOS presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- f) A través de Oficio N° 77-2018-OS/OR TUMBES notificado con fecha 21 de febrero de 2018, se trasladó el Informe Final de Instrucción N° 436-2018-IFIPAS/OR TUMBES de fecha 19 de febrero de 2018, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles desde su notificación, para los descargos que hubiera al mencionado informe.
- g) Mediante escrito de registro N° 201700141559 de fecha 28 de febrero de 2018, la señora MERCY GALLEGOS presentó descargos al Informe antes señalado.
- h) Con Resolución de Oficinas Regionales N° 1693-2018-OS/OR TUMBES de fecha 13 de julio de 2018, notificada el 20 de julio de 2018, se sancionó a la señora MERCY GALLEGOS con una multa total de 0.91 (noventa y un centésimas) UIT.
- i) A través del escrito de registro N° 201700141559 de fecha 2 de agosto de 2018, la señora MERCY GALLEGOS interpuso recurso de reconsideración contra la resolución antes citada.
- j) Mediante la Resolución N° 2139-2018-OS/OR TUMBES de fecha 27 de agosto de 2018, notificada el 29 de agosto de 2018, la Oficina Regional Tumbes declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto.
- 

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201700141559 de fecha 18 de setiembre de 2018, la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 2139-2018-OS/OR TUMBES, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Legalidad y Razonabilidad

- a) Afirma que las normas administrativas que tipifiquen de manera general, imprecisa, ambigua o con fórmulas abiertas las sanciones, así como las normas denominadas leyes sancionadores en blanco, vulneran el Principio de Legalidad.

Al respecto, manifiesta que la base legal que sustenta la sanción impuesta a su representada dispone de manera general y abierta que no se cumplen las especificaciones técnicas de

calidad establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-EM/MD, vulnerando el citado principio, por lo que corresponde corregir ello a fin de garantizar el debido procedimiento administrativo.



Asimismo, indica que se ha desconocido abiertamente el Principio de Razonabilidad estipulado por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sobre el procedimiento de toma de muestras

- b) Señala que la aplicación de la multa es arbitraria, toda vez que las verificaciones de calidad no son objetivas ni tienen resultados inmediatos, pues el control de calidad de hidrocarburos varía por espacio de tiempo, temperaturas y movimientos.

Además, respecto a la toma de la muestra, refiere que ésta debe tomarse de la parte de arriba, centro y fondo de los tanques a fin de determinar la uniformidad de la misma; sin embargo, al no realizarse de esa manera, ni tomar en cuenta las variaciones descritas, no permiten la obtención de resultados objetivos, causando un perjuicio al administrado.

Sobre la presunta vulneración al Principio de Causalidad

- c) Menciona que no se ha tomado en consideración el Principio de Causalidad, el cual exige que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisorio.



Aunado a ello, señala que, por mandato expreso del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM⁹, las especificaciones de calidad deben ser garantizadas por "el productor". Por tanto, es a aquél a quien debe exigírsele el certificado de calidad al productor y no al vendedor final del mismo.

Al respecto, presentó en su oportunidad como medio de prueba la documentación pertinente del Sistema de Control de Ordenes de Pedidos correspondiente al mes de setiembre del 2017 del lote objeto de verificación de calidad, así como las facturas de compras correspondientes, cuyo proveedor es la empresa Numay Sociedad Anónima - Numay S.A., quien en calidad de productora está llamada a certificar la calidad del combustible ofertado, al amparo de la norma precitada.

3. A través del Memorandum N° 98-2018-OS/OR PIURA, recibido por la Sala 2 del TASTEM con fecha 15 de noviembre de 2018, la Oficina Regional de Tumbes remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

⁹ Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles

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.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Legalidad y Razonabilidad



4. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, es pertinente indicar que el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27444, dispone que la motivación de los actos administrativos debe responder a aquellos hechos que se encuentren debidamente probados en función a los medios probatorios obrantes en el expediente administrativo y comprende la exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los anteriores, justifican el acto adoptado¹⁰.

Asimismo, el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444¹¹, establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos.

Por su parte, el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, la cual deberá ser proporcional al incumplimiento calificado como infracción¹².

En tal sentido, en cumplimiento de los Principios del Derecho Administrativo, entre ellos, los Principios de Legalidad y Razonabilidad, la potestad sancionadora de Osinergmin debe ejercerse en estricta aplicación de las normas jurídicas vigentes, que establecen las obligaciones que los agentes que comercializan hidrocarburos deben cumplir; cuya trasgresión implicará, de determinarse la responsabilidad administrativa a través de un procedimiento administrativo sancionador, la imposición de la sanción dispuesta por la norma.



¹⁰ 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.
(...)"

¹¹ TUO de la Ley N° 27444

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. Legalidad. - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

¹² Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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 deben 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; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En efecto, Osinergmin al actuar sus funciones de fiscalización y sanción, solo podrá atribuir responsabilidad administrativa a los administrados, siempre que verifique que los hechos detectados durante la supervisión constituyen ilícito administrativo.

Al respecto, el artículo 11° del Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, publicado el 20 de abril de 2007, señala que las especificaciones de calidad que debe cumplir el Gasohol 90 Plus y el Gasohol 95 Plus serán establecidas por Resolución Ministerial.

De acuerdo a ello, mediante la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM-DM, se dispuso que las características de calidad que debe cumplir el Gasohol, entre ellos el Gasohol 90 Plus y el Gasohol 95 Plus. Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 021-2007-EM se estableció el cronograma de implementación de comercialización del referido combustible.

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 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 comercialización¹³ (subrayado nuestro).

De conformidad con las normas citadas, la señora MERCY GALLEGOS es responsable por la calidad de los combustibles comercializados dentro de la actividad que realiza en la cadena de comercialización: Establecimientos de Venta al Público de Combustibles, con independencia de los factores que hubiesen determinado los resultados de la muestra fuera de especificación respecto al contenido de etanol.

Ahora bien, se debe indicar que en el Oficio N° 2491-2017, mediante el cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador se le informó a la recurrente la infracción verificada, la posible sanción a imponer, así como la base legal contravenida.

Tal es así, que se precisó que la presunta infracción a las normas de calidad de los combustibles infringía lo dispuesto en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 515-2009-MEM/DM, así como el Procedimiento de Control de Calidad y el RPAS, por lo que la recurrente tuvo conocimiento plenamente de los hechos materia de infracción y de la normativa aplicable al presente procedimiento.

Además, se precisó que la infracción se encontraba tipificada en el numeral 2.7 del Rubro 2 del Anexo de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, a través de la cual se tipificó como ilícito

¹³ 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.

administrativo el incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos u otros productos derivados de los hidrocarburos y de calidad de Biocombustibles y sus mezclas.

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

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

Sobre el procedimiento de toma de muestras

5. En cuanto al argumento expuesto en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que los combustibles cuestionados son el Gasohol 90 Plus y el Gasohol 95 Plus, por lo que corresponde aplicar la Norma Técnica Peruana – NTP 321.090:1984, la cual establece los requisitos que debe cumplir la gasolina de motor usada como combustible, entre ellos el etanol, el cual se determina a través del método de ensayo ASTM D5845.

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

Además, con la finalidad de que el método de ensayo utilizado para determinar la especificación técnica de calidad de los combustibles sea fiable e imparcial, el Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD, ha previsto que quien realice dicho análisis debe ser un laboratorio especializado, con el método acreditado por INDECOPI.

Por lo tanto, el empleo del método ASTM D5845 para la determinación del contenido de Etanol en el Gasohol 90 Plus y Gasohol 90 Plus muestreada se encuentra respaldado por la NTP 321.090:1984, más aún cuando el laboratorio Intertek Testing Services Perú S.A., quien analizó las muestras, tiene dicho método de ensayo acreditado por INDECOPI.

Asimismo, se debe precisar que la toma de muestras efectuada se realizó de acuerdo con lo establecido en el artículo 12° de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 133-2014-OS-CD¹⁴, que señala que en las supervisiones de control de calidad se retirarán dos (2) muestras

¹⁴ Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas

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

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

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

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

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

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

de cada producto a analizar directamente de los surtidores, dispensadores o tanques, las que serán colocadas de forma individual en envases que se cerrarán con precintos numerados, las mismas que quedarán en poder del laboratorio con método de ensayo acreditado ante el Indecopi que designe Osinergmin para su correspondiente análisis, a fin de verificar el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Calidad y establecer la responsabilidad del caso.

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

Al respecto, se debe indicar que la visita de supervisión del 15 de setiembre de 2017, en la que se efectuó el procedimiento de toma de muestras, se realizó en presencia del señor Roger García del Rosario, quien se identificó como trabajador del establecimiento fiscalizado, no consignando observación alguna al procedimiento antes citado.

Además, tal como se observa en las fotografías que obran de fojas 7 a 10 del expediente, las muestras del combustible fueron almacenadas en envases rotulados y etiquetados, indicando la fecha, hora, tipo de producto, nombre del representante de Osinergmin, la identificación de dónde procede la muestra a través de un código asignado y con precintos legibles; cumpliendo de esta manera lo establecido en el artículo 12° del Procedimiento de Control de Calidad.

Ahora bien, tal como 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, en las vistas fotográficas y en los Informes de Ensayo N° 6759H/17 y N° 6760H/17, durante la visita de supervisión del 15 de setiembre de 2017 se tomaron dos (2) muestras de Gasohol 90 Plus y dos (2) muestras de Gasohol 95 Plus, las cuales fueron llevadas al Laboratorio Intertek Testing Services Perú S.A. tal como se observa en los citados Informes de Ensayo obrantes a fojas 12 a 14 del expediente, y las segundas muestra de Gasohol Plus 90 y de Gasohol 95 Plus fueron dejadas para efectos de la dirimencia.

Adicionalmente, es importante señalar que el tiempo transcurrido entre la toma de las muestras y su análisis en el laboratorio no conlleva a una alteración de las mismas, toda vez que éstas se mantienen en condiciones ambientales apropiadas en el periodo de transporte y de almacenamiento en el laboratorio acreditado, asegurándose de esta manera la conservación de sus características iniciales.

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

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

- a) Una Muestra será enviada al laboratorio que designe Osinergmin para su correspondiente análisis, a fin de verificar el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas y establecer las responsabilidades del caso.
- b) La otra Muestra se mantendrá bajo custodia de dicho laboratorio, en caso tenga que efectuarse una Dirimencia.

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

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



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

Sobre la presunta vulneración al Principio de Causalidad

6. Respecto a los argumentos contenidos en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, sobre que los productos Gasohol 90 Plus y Gasohol 95 Plus son proveídos por la empresa [REDACTED] según las facturas que presenta, 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 la empresa [REDACTED] no es parte del presente procedimiento administrativo sancionador, el cual fue iniciado contra la señora MERCY GALLEGOS.

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° 27444¹⁵, 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 a la administrada los plazos correspondientes para la presentación de sus descargos, así como se evaluaron los medios probatorios obrantes en el expediente, acreditándose finalmente que las muestras de Gasohol 90 Plus y Gasohol 95 Plus tomadas en la visita de supervisión del 15 de setiembre de 2017 se encontraban fuera de especificación respecto del contenido de etanol.

Ello, de acuerdo a los Informes de Ensayo N° 6759H/17 y N° 6760H/17, emitidos por INTERTEK Testing Service Perú S.A., por lo que la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada.

En consecuencia y considerando que la recurrente no ha remitido medio probatorio alguno que desvirtúe la infracción debidamente acreditada por esta entidad, esta Sala considera que la sanción impuesta mediante Resolución de Oficinas Regionales N° 1693-2018-OS/OR TUMBES (la

¹⁵ 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".



cual fue confirmada por la Resolución N° 2139-2018-OS/OR TUMBES) a la señora MERCY GALLEGOS no ha vulnerado el Principio de Causalidad dispuesto en el numeral 8 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobada por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo 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 la señora MERCY YOLANDA GALLEGOS ORDOÑEZ DE ROMERO contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 2139-2018-OS/OR TUMBES de fecha 27 de agosto 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: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE