

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 157-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 14 de mayo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800097241 que contiene el recurso de apelación interpuesto por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C., representada por la señora Lucy Yanet Olaya Moreno, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 451-2019-OS/OR TUMBES de fecha 22 de febrero de 2019, mediante la cual se le sancionó con multa por no cumplir las especificaciones técnicas de calidad establecidas en el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM y concordancias.



CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 451-2019-OS/OR TUMBES, la Oficina Regional de Tumbes sancionó a la empresa G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C., en adelante G & ES, con una multa de 2.6 (dos con seis décimas) UIT por incumplir lo señalado en el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM y sus modificatorias, en concordancia con el Decreto Supremo N° 092-2008-EM y sus modificatorias y la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM; conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al artículo 11° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM y concordancias ¹ Se verificó que el combustible Diésel B5 que comercializaba en el	2.7 ³	2.60 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.

Decreto Supremo N° 041-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM

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

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

ESPECIFICACIONES DE CALIDAD DEL DIESEL B2 (*) (DB2 S-50)					
CARACTERÍSTICAS	ESPECIFICACIONES		MÉTODOS DE ENSAYO		
	Mínimo	Máximo	ASTM	ISO	UNE EN
BIODIESEL 100 (B100)	2 (***)		D7371		14078
Contenido, % Vol.					

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

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

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

RESOLUCIÓN N° 157-2019-OS/TASTEM-S2

establecimiento fiscalizado no cumplía con las especificaciones técnicas de calidad relacionadas con el contenido de FAME. Según el resultado de la prueba realizada arrojó un resultado de <1.0% Vol. en el contenido FAME. ² .		
MULTA		2.60 UIT⁴

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 11 de junio de 2018, se realizó la visita de supervisión al establecimiento ubicado en Avenida Panamericana Norte Km. 1292, distrito de Aguas Verdes, provincia Zarumilla y departamento de Tumbes, operado por la empresa G & ES, con Registro de Hidrocarburos N° 6889-050-121117, con el propósito de realizar el control de calidad de los combustibles que se comercializa en dicho establecimiento, tal como se verifica 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° 02-003675-CC-APZ-2018, en adelante el Acta de Supervisión, obrante a fojas 2 del expediente, la cual fue suscita por el señor [REDACTED] quien se identificó como grifero del establecimiento fiscalizado y no consignó observaciones.

Según el citado procedimiento, se procedió a ejecutar la prueba rápida a los combustibles, Gasohol 84 Plus y Diésel B5 y, conforme a los resultados de la misma, se verificó la existencia de indicios de que el producto Diésel B5 no cumplía con las especificaciones técnicas respecto al contenido FAME. En ese sentido, se levantó el Acta de Ejecución de Medida Cautelar N° 02-EMC-001076-CC-APZ-2018 de fecha 11 de junio del 2018 para inmovilizar el producto Diésel B5 del establecimiento, al existir indicios de que este no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad.

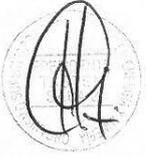
Asimismo, se procedió a tomar muestras del combustible Diésel B5 para su análisis en el laboratorio, dejándose constancia de ello en el Acta de Supervisión.

- b) A través del Oficio N° 1765-2018-OS/OR TUMBES, notificado por medio electrónico el 20 de junio de 2018, se comunicó a la empresa G & ES el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntándose copias del Informe de Instrucción N° 1847-2018-IIPAS/OR TUMBES y el Informe de Ensayo N° 0713-2018 emitido por la empresa Marconsult S.A.C. con fecha 15 de junio de 2018 con su respectivo comentario técnico; otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que la administrada presente sus descargos y solicite el ensayo de dirimencia de considerarlo conveniente.
- c) Mediante escrito de registro N° 201800097241 de fecha 26 de junio de 2018, la empresa G & ES formuló sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- d) A través del Oficio N° 621-2018-OS/OR-TUMBES, notificado por medio electrónico el 10 de diciembre de 2018, se puso en conocimiento de la empresa G & ES el Informe Final de Instrucción N° 2646-2018-IFIPAS/OR TUMBES, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos. Vencido el citado plazo, la empresa G & ES no presentó sus descargos.

² De acuerdo al Informe de Ensayo N° 0713-2018 de fecha 15 de junio de 2018, expedida por el laboratorio acreditado Marconsult S.A.C. con Registro N° LE-075, obrante a fojas 16 y 17 del expediente, la muestra de Diésel B5 tomada en el establecimiento operado por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. arrojó un resultado de <1.0% Vol. en el contenido de FAME (ésteres metílicos de los ácidos grasos, también llamado biodiesel), incumpliendo el valor mínimo de 5.0 % Vol., según lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

⁴ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción se aplicó el criterio específico de sanción establecido en la Resolución de Gerencia General N° 352-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, modificada por la Resolución de Gerencia General N° 285-2013 de fecha 27 de diciembre de 2013.

- e) Finalmente, a través de la Resolución de Oficinas Regionales N° 451-2019-OS/OR TUMBES de fecha 22 de febrero de 2019, notificada por medio electrónico el 26 de febrero de 2019, se sancionó a la empresa G & ES con una multa de 2.6 (dos con seis décimas) UIT.



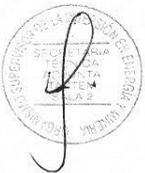
ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201800097241 de fecha 14 de marzo de 2019, la empresa G & ES interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 451-2019-OS/OR TUMBES de fecha 22 de febrero de 2019, solicitando que se revoque y deje sin efecto, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la responsabilidad subjetiva y la culpabilidad

- a) La administrada indica que toda infracción contra la normativa vigente consta de tres aspectos, el primero es el objetivo (dimensión externa), el segundo es el subjetivo (dimensión interna) y el tercer aspecto es la vinculación entre éstas y la vigencia de la norma, construido como culpabilidad. Dicha separación es la base para un correcto ejercicio del derecho al debido proceso previsto en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú; sin embargo, la primera instancia no la analizó ni interpretó con claridad.

Señala que el Principio de Culpabilidad previsto en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General⁵ recoge como contenido de la potestad sancionadora a la vertiente subjetiva de toda infracción administrativa; es decir, no distingue que esta dimensión subjetiva solo sea para algunas infracciones administrativas que existen en el ordenamiento jurídico.



- b) Asimismo, manifiesta que Osinergmin ha desconocido el alcance supra normativo de los principios de la potestad sancionadora, argumentando que existen normas especiales del sector hidrocarburos, como son el artículo 23° de su Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción y el artículo 89° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM⁶. La recurrente agrega que estas normas tienen rango reglamentario, por lo que se ha incurrido en un error de interpretación normativa en el orden de su aplicación.

Agrega que los comentarios del jurista Morón Urbina respecto a la existencia de un orden de aplicación de las normas especiales por encima de las generales en un determinado sector, lo cual ha sido recogido por Osinergmin, no es erróneo en cuanto no se olvide que la jerarquía normativa establece que la Constitución Política está por encima de las leyes y éstas a su vez de los reglamentos.

En ese sentido, serán de aplicación las disposiciones como el artículo 23° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el artículo 89° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y el artículo 50-b del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, en cuanto desarrollan lo dispuesto en el artículo 230° y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

⁵ El Principio de Culpabilidad está recogido en el numeral 10 del artículo 248° del actual T.U.O. de la Ley N° 27444.

⁶ La recurrente hace referencia al artículo 89° de la Resolución N° 054-2001-PCM, lo cual constituye un error material, toda vez que el dispositivo legal sería el Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

La recurrente cita, de otro lado, las Sentencias del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC⁷ y N° 2192-2004-AA/TC⁸, a fin de sustentar la dimensión subjetiva de las infracciones administrativas.



Con relación al lado subjetivo de la infracción imputada

- c) Adicionalmente, señala que debe tenerse en cuenta que la dimensión subjetiva se encuentra compuesta por el grado de diligencia de sus representantes legales. Además, refiere que una infracción en nuestro ordenamiento jurídico debe reunir los elementos de esta dimensión, constituidos por el dolo y la culpa o imprudencia.

En ese sentido, para hallar los citados elementos en la infracción que se le imputa se deben identificar los deberes de diligencia que se han quebrantado como agente de la cadena de comercialización de hidrocarburos. Sin embargo, en el presente caso, la Primera Instancia imputó la infracción y resolvió el presente procedimiento considerando únicamente el comentario técnico contenido en el informe de ensayo de laboratorio de la empresa Marconsult, el cual puede ser un indicio del incumplimiento en cuanto a la calidad de Diésel, pero no puede determinar automáticamente una infracción administrativa.

Asimismo, sostiene que debió considerarse el conjunto de obligaciones formales de diligencia que había cumplido al momento de la visita de supervisión. En efecto, indica que la información que se debió evaluar para determinar si cumplió con la normativa estaba plasmada en su Declaración Jurada (PDJ) presentada a Osinergmin, en la que se acredita de manera objetiva la situación concreta de su establecimiento, en aspectos como su capacidad de almacenamiento, el mantenimiento periódico de los tanques de almacenamiento, los programas de contingencias y el correcto despacho y suministro de combustible. En ese sentido, señala que su empresa viene cumpliendo en forma exhaustiva con lo dispuesto en su PDJ.



- d) Manifiesta que el segundo componente para acreditar la debida diligencia es su acreditación como agente de la cadena de comercialización de hidrocarburos. Al respecto, refiere que el combustible comercializado al momento de la visita de supervisión fue adquirido de PETROPERÚ, registrando la compra de 1500 galones de Diésel B5 en el Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP) el 17 de mayo de 2018.
- e) Asimismo, precisa que otro deber de diligencia que venía cumpliendo es el seguimiento, observancia y declaración de compras a través del SCOP, las cuales se efectuaron en el mes de mayo de 2018 y permiten acreditar la obligación de los agentes de utilizar las facturas de compra, órdenes de compra del SCOP, entre otros.

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC, de fecha 16 de abril de 2003, en el segundo párrafo del numeral 8 de sus Fundamentos señala que: "Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo (...)". Asimismo, el cuarto párrafo del numeral 25 de la referida sentencia señala que: "Esto significa que los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional, y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción (...)".

⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2192-2004-AA/TC, de fecha 11 de octubre de 2004, en el segundo párrafo del numeral 4 de sus Fundamentos señala que: "A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, este Tribunal también ha establecido en el Expediente N° 2050-AA/TC, que: "(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)".

Respecto a la indebida determinación de la sanción

- f) Indica que no se puede pretender que los Criterios Específicos de Sanción aprobados por Resolución de Gerencia General N° 352 sean aplicables a todos los casos, ya que dicho proceder es arbitrario, irrazonable y carece de sentido legal; siendo lo correcto aplicarlos en forma armónica junto con los criterios de la potestad sancionadora previstos en el artículo 230° de la Ley N° 27444.

Señala que debe revocarse la sanción impuesta, toda vez que, según los criterios previstos en la Resolución de Gerencia General y de acuerdo a la capacidad de almacenamiento de su tanque, le correspondía el rango de 0-5000 gls de Diésel- Asimismo, se encontraba en el intervalo de -1.0%Vol. a -2,0%Vol., referido a la variación del porcentaje de % Fame/Diésel B5, Diésel B5-S50; por lo tanto, la sanción debió ser de 0.6 UIT.

Sin embargo, la Primera Instancia determinó una sanción de 2.6 UIT, como si se tratara de un porcentaje de -3.1%Vol. a menos, lo cual le causa un gran perjuicio.

3. A través del Memorándum N° 27-2019-OS/OR PIURA, recibido con fecha 12 de abril de 2019, la Oficina Regional de Piura remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el aspecto subjetivo de la infracción imputada

4. En cuanto a lo señalado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, incorporó el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa⁹, por el cual “la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

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

Asimismo, la citada ley señala que “(...) el Consejo Directivo (...) se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo (...)”.

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

⁹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

elementos de tipo subjetivo.

Adicionalmente a ello, cabe resaltar que a través del artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM¹⁰, del artículo 9° del derogado Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD¹¹ y del artículo 23° del RSFS¹², se precisó que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa de las disposiciones emitidas por Osinergmin es objetiva.

Con relación a los procedimientos sancionadores, Morón Urbina ha señalado que *“estos procedimientos quedan sujetos al siguiente esquema de normas: en primer término, las normas especiales que para cada entidad se hayan dictado (por ejemplo, las normas con carácter legal de la potestad sancionadora de un organismo regulador), luego las normas especiales de este Título IV que contienen la unificación de todo procedimiento sancionador del Estado, y, finalmente, el régimen ordinario de todo procedimiento administrativo que la misma LPAG contiene”*¹³.

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

Respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional a las que hace referencia la recurrente, cabe indicar que estas no constituyen precedentes de observancia obligatoria del Tribunal Constitucional, por lo que sus efectos o contenido no resultan vinculantes a los pronunciamientos que pueda emitir este organismo regulador. Asimismo, las mismas fueron emitidas en el marco de procedimientos que son de naturaleza distinta al procedimiento administrativo sancionador, al referirse a procesos disciplinarios seguidos contra un miembro de la Policía Nacional del Perú y trabajadores de la Municipalidad Provincial de Tumbes, por lo que no constituyen referentes para el presente caso¹⁴.

Al respecto, resulta de utilidad citar al autor Juan Carlos Cassagne, quien al referirse a las sanciones disciplinarias señala lo siguiente¹⁵:

¹⁰ Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

“Artículo 89.- Responsabilidad del infractor

(...) La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva.”

¹¹ Resolución N° 272-2012-OS/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin

“Artículo 9.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas, procedimientos y/o disposiciones bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. (...)”

¹² Resolución N° 040-2017-OS/CD

“Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.1 La responsabilidad administrativa 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.”

¹³ Comentarios de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Décimo Segunda Edición: Octubre 2017, Tomo II, pág. 260.

¹⁴ En efecto, la sentencia de fecha 16 de abril de 2003, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA, corresponde a la acción de amparo para disponer la reincorporación del accionante al servicio activo de la Policía Nacional del Perú con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como para que se le abone por el tiempo de su permanencia en situación de retiro hasta la efectivización de su reposición. Dicha acción se derivó de un proceso disciplinario seguido contra el accionante por el Ministerio del Interior, por incurrir en graves faltas contra el servicio, el honor, el decoro y los deberes policiales.

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

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Sexta Edición Actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Página 438. Copia privada de la Biblioteca Jurídica Argentina BJA disponible en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>



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

En ese sentido, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido emitidos en el marco de procedimientos de distinta naturaleza legal al de un procedimiento administrativo sancionador con regulación especial, por lo que no modifican o dejan sin efecto en modo alguno las disposiciones que prevén la responsabilidad objetiva contenidas en el Reglamento de Supervisión, Sanción y Fiscalización a cargo de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, en adelante RSFS, en su Reglamento General aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, ni en la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, corresponde desestimar este extremo de la apelación.

Con relación al lado subjetivo de la infracción imputada

- 
5. En cuanto ,a lo señalado en los literales c), d) y e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo con lo previsto en los numerales 4.1 y 4.7 del artículo 4° del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y otros productos derivados de los Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 045-2001-EM, la cadena de comercialización comprende al productor, distribuidor mayorista, distribuidor minorista y establecimientos de venta al público de combustibles; categoría esta última que comprende, entre otros, a los grifos¹⁶.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 50-b del Reglamento antes citado, los titulares de los establecimientos de venta al público de combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización¹⁷.

Por su parte, el artículo 51° del mismo Reglamento establece que la clasificación, características o especificaciones y estándares de calidad de los combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos, de origen nacional o importado, deben cumplir con la última

¹⁶ Decreto Supremo N° 045-2001-EM

“Artículo 4.- Definiciones

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

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

4.1 CADENA DE COMERCIALIZACION

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

4.7 ESTABLECIMIENTOS DE VENTA AL PUBLICO DE COMBUSTIBLES

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

¹⁷ 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.”

RESOLUCIÓN N° 157-2019-OS/TASTEM-S2

versión de las normas NTP respectivas y para aquello no previsto en estas normas, deberán cumplir con la norma ASTM respectiva¹⁸.

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

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

En efecto, de acuerdo al Informe Instrucción de fecha 19 de junio de 2018, que detalla los resultados del Informe de Ensayo N° 0713-2018 de fecha 15 de junio del mismo año y el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 003675-CC-APZ-2018, suscrita por el representante del establecimiento y en la que se describe el procedimiento seguido por el supervisor el 11 de junio de 2018, para la toma de la muestra, se consignó que los resultados obtenidos fueron los siguientes:

COMBUSTIBLE	INFORME DE ENSAYO Y COMENTARIO TÉCNICO N°	ENSAYO	RESULTADO	ESPECIFICACIÓN
Diesel B5	0713-2018	Contenido FAME	<1.0% Vol.	5.0% Vol. (*)

(*) El Decreto supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución N° 165-2008-MEM/DM, establece las especificaciones de calidad para el Diésel.

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

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por G & ES, su responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad aplicables al Diésel B5 que comercializa en su establecimiento se encuentra debidamente acreditada en función a los resultados del Informe de Ensayo N° 0713-2018 y el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-003675-CC-APZ-2018, los cuales constituyen medios de prueba dentro del presente procedimiento de conformidad con el numeral 18.3 del artículo 18° del RSFS.¹⁹

Además, este Colegiado considera oportuno reiterar que, de acuerdo al artículo 18° del Reglamento de la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2008-PCM, vigente a la fecha en que se efectuó el muestreo y se

¹⁸ 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."

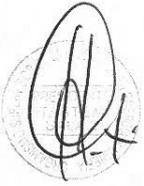
¹⁹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

"Artículo 18.- Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

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

RESOLUCIÓN N° 157-2019-OS/TASTEM-52

expidieron los resultados de laboratorio, los informes emitidos por un organismo acreditado son prueba suficiente del cumplimiento de cualesquiera de los requisitos técnicos exigidos en las normas legales²⁰.



Por tal motivo, teniendo en cuenta que el laboratorio Marconsult S.A.C. se encuentra debidamente acreditado ante el Organismo Peruano de Acreditación – Inacal con Registro N° LE-016, se concluye que el Informe de Ensayo N° 0713-2018 de fecha 15 de junio de 2018 constituye medio de prueba válido para acreditar la comisión de la infracción imputada dentro del presente procedimiento, correspondiendo desestimar lo argumentado por la recurrente sobre el particular.

En cuanto al cumplimiento de obligaciones relacionadas al Reglamento de Declaraciones Juradas (PDJ), cabe indicar que la información presentada en sus declaraciones juradas no desvirtúa el ilícito imputado, ya que no acredita que la calidad del combustible Diésel B5 encontrado durante la supervisión efectuada el 11 de junio de 2018 cumplía con el parámetro de contenido de FAME dispuesto en la norma.

Además, se debe indicar que en el presente procedimiento administrativo sancionador no se sancionó a la recurrente por el incumplimiento de otras normas técnicas y de seguridad (cuya información está contenida en las declaraciones juradas), sino por haberse detectado en su establecimiento que el producto Diésel B5 que mantenía en sus instalaciones para su comercialización no cumplía las normas técnicas de calidad.

En relación a las compras continuas efectuadas a un proveedor autorizado, debe señalarse que, de acuerdo al artículo 50-b del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, para los efectos de las acciones de supervisión y fiscalización, los Productores, Importadores en Tránsito, Operadores de Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto y Terminales, Distribuidores Mayoristas, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Comercializadores de Combustible de Aviación, Distribuidores Minoristas, Transportistas y Establecimientos de Venta al Público de Combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización²¹.



Ahora bien, respecto a que el producto Diésel B5 fue adquirido de PETROPERÚ, se debe indicar que la obligación de mantener el contenido de FAME no sólo obliga a las refinerías, sino también a las estaciones de servicios, quienes son responsables por los productos que expenden a los terceros.

De ahí que, independientemente de las acciones de supervisión que la primera instancia considere efectuar a las refinerías, las estaciones de servicios no están exoneradas de los controles de

²⁰ Decreto Supremo N° 081-2008-PCM.

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

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

²¹ Decreto Supremo N° 045-2001-EM.

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

RESOLUCIÓN N° 157-2019-OS/TASTEM-S2

calidad realizados por Osinergmin; en ese sentido, deberán garantizar que los productos que comercialicen cumplan las normas técnicas de calidad respecto del contenido de FAME.²²

En cuanto a la emisión de las órdenes de pedido del SCOP, cabe precisar que éstas no enervan la responsabilidad de G & ES por incumplir las especificaciones técnicas vigentes de calidad del Diésel B5 que comercializa dentro de su Estación de Servicio; toda vez que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50-b del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, es responsable por la calidad de los combustibles que expende.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la indebida determinación de la sanción

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

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

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

En el presente caso, se verifica que en el Informe Final de Instrucción N° 2646-2018-IFIPAS/OR-TUMBES del 3 de diciembre de 2018, que forma parte de la resolución impugnada, la sanción fue impuesta siguiendo los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General N° 352 y sus modificatorias, las cuales establecen criterios de gradualidad en virtud del resultado de desviación del parámetro especificado de calidad y la capacidad total de almacenamiento del producto analizado (galones).

Es importante agregar que la información relacionada con la capacidad de almacenamiento de los tanques de combustibles fue tomada del Registro de Hidrocarburos de la recurrente. En ese

²² Decreto Supremo N° 045-2001-EM

Artículo 4.- Definiciones

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

Asimismo, se contemplan las definiciones siguientes:

4.1 CADENA DE COMERCIALIZACION

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

sentido, la multa impuesta en el presente procedimiento se determinó en cumplimiento del marco legal vigente.



Por lo tanto, los criterios específicos antes descritos constituyen una graduación a la multa establecida en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, siendo proporcionales en virtud de cada supuesto de incumplimiento a las normas de calidad detectadas por Osinergmin. Además, no se contraponen al Principio de Razonabilidad contenido en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la Ley N° 27444, concordado con el numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS²³.

En cuanto al supuesto error en la graduación de la sanción alegada por G & ES, cabe señalar que de la revisión del numeral 4 del Informe Final de Instrucción N° 2646-2018-IFIPAS/OR TUMBES, se advierte que se aplicó correctamente la graduación de la multa según lo establecido en los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General N° 352 y sus modificatorias, la cual establece lo siguiente:

F. Escala de sanciones para incumplimientos por comercializar un Diesel B5 o DB5 S-50 con porcentaje de Biodiesel (B100) menor al 5%, sin presentar variación en el punto de inflamación ni en el contenido de azufre

Sanción por variación en el porcentaje % de FAME / Diesel B5, Diesel B5- S50 (en UIT)

Gradualidad	Capacidad total de Almacenamiento del Producto (Galones)		
	<0 – 5,000>	<5,001 – 10,000>	>10,000
De -1,0 % Vol. a -2,0% Vol.	0.6	1.1	2.1
De -2,1 % Vol. a -3,0 % Vol.	1.9	3.2	6.4
De -3,1 % Vol. a menos	2.6	4.3	8.6



²³ TUO de la Ley N° 27444, aprobado por D.S. N° 004-2019-JUS

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (...)"

Resolución N° 040-2017-OS/CD

"Artículo 25°.- Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción.

(...)

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

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

RESOLUCIÓN N° 157-2019-OS/TASTEM-S2

Al respecto, de acuerdo al Informe de Ensayo N° 0713-2018 emitido por la empresa Marconsult S.A.C., el contenido de FAME verificado para el combustible Diesel B5 que comercializaba G Y ES fue de <1.0% Vol., debiendo tener un mínimo de 5.0% Vol. de acuerdo a las especificaciones técnicas vigentes de calidad establecidas en la normativa. En ese sentido, habiéndose verificado que la capacidad de almacenamiento del tanque N° 1 que contiene Diesel B5 es de 5,000 galones, correspondía graduar la multa según lo indicado en la tercera fila del cuadro antes citado, aplicando la multa de 2.6 UIT, como sucedió en este caso.

En atención a lo indicado en los párrafos precedentes, este extremo del recurso de apelación deviene en infundado.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 451-2019-OS/OR-TUMBES de fecha 22 de febrero de 2019 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 Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE