

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 243-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 20 de agosto de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201900031180 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la señora HORTENSIA MARTA SOLANO CHAVEZ contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1655-2019-OS/OR-JUNIN de fecha 26 de junio de 2019, mediante la cual se la sancionó con multa por no cumplir las especificaciones técnicas de calidad.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1655-2019-OS/OR-JUNIN de fecha 26 de junio de 2019, la Oficina Regional de Junín sancionó a la señora HORTENSIA MARTA SOLANO CHAVEZ, en adelante HORTENSIA SOLANO, con una multa de 11.38 (once con treinta y ocho centésimas) UIT por incumplir el Decreto Supremo N° 092-2009-EM y la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al Decreto Supremo N° 092-2009-EM y a la Resolución N° 165-2008-MEM/DM ¹ . Se verificó que el combustible Diésel B5 S50 del establecimiento de titularidad de Hortensia Solano no cumplía las especificaciones técnicas de calidad relacionadas al punto de inflamación. El resultado fue de <40°C, incumpliendo el valor mínimo establecido por la norma que es de 52°C.	2.7 ²	11.38 UIT
MULTA		11.38 UIT³

¹ Decreto Supremo N° 092-2009-EM.

Artículo 1.- Modificación del artículo 4 del Decreto Supremo N° 041-2005-EM

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

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

(...).

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

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

² Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

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

Multa: Hasta 2,000 UIT.

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

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de la sanción se aplicaron los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 25 de febrero de 2019, se realizó la visita de supervisión a la Estación de Servicios ubicada en el Jr. Arequipa esquina con Manuel Alonso N° 192, distrito de El Tambo, provincia de Huancayo y departamento de Junín, con Registro de Hidrocarburos N° 19913-050-070219, cuya responsable es la señora HORTENSIA SOLANO, con la finalidad de efectuar el control de calidad de los combustibles líquidos que se comercializan en el referido establecimiento⁴.



Conforme se desprende del "Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-003175-CC-GFS-2019" del 25 de febrero de 2019, en adelante Acta de Supervisión, obrante a fojas 6 del expediente, se ejecutó la prueba rápida a los combustibles Gasohol 90 Plus, Gasohol 95 Plus y Diésel B5 S50. Conforme a los resultados de la prueba rápida, se procedió a la toma de muestras de Diésel B5 S50 para su análisis en el laboratorio.

El citado documento fue suscrito por la señora [REDACTED], quien se identificó como apoyo administrativo del establecimiento y no consignó observaciones.

- b) A fojas 8 del expediente obra el Informe de Ensayo N° 0271-2019 del 8 de marzo de 2019, expedido por la empresa MARCONSULT S.A.C., el cual arrojó un valor <40°C en el parámetro de punto de inflamación de la muestra de Diésel B5 S50, con precinto N° 068402, tomada en el establecimiento fiscalizado.
- c) Por Oficio N° 1004-2019-OS/OR-JUNIN notificado con fecha 27 de marzo de 2019, se comunicó a HORTENSIA SOLANO el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntándosele el Informe de Instrucción N° 1276-2019-OS/OR-JUNIN del 25 de marzo de 2019, el Informe de Ensayo N° 0271-2019 de fecha 8 de marzo de 2019 y el Acta de Supervisión. Asimismo, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos y solicite el ensayo de dirimencia de considerarlo conveniente.
- d) Con escrito de registro N° 201900031180 de fecha 10 de abril de 2019, HORTENSIA SOLANO presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, reconociendo expresamente la infracción.
- e) Mediante el Oficio N° 775-2019-OS/OR JUNIN notificado a la señora HORTENSIA SOLANO el 21 de mayo de 2019⁵, se remitió el Informe Final de Instrucción N° 1142-2019-OS/OR JUNIN de fecha 16 de mayo de 2019, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- f) Vencido el plazo otorgado, la señora HORTENSIA SOLANO no presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 1142-2019-OS/OR JUNIN.
- g) A través de la Resolución de Oficinas Regionales N° 1655-2019-OS/OR-JUNIN de fecha 26 de



General N° 134-2014-OS/GG, y la Resolución de Gerencia General N° 352 y modificatorias, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 26 de agosto de 2011.

⁴ 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.

⁵ Notificado electrónicamente conforme consta en la constancia obrante a fojas 39 del expediente.

junio de 2019, notificada el mismo día⁶, se sancionó a la señora HORTENSIA SOLANO por la infracción consignada en el cuadro del numeral 1 de la presente resolución. Cabe indicar que a la multa se le aplicó el 50% de descuento por el reconocimiento de la infracción.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201900031180 de fecha 12 de julio de 2019, la señora HORTENSIA SOLANO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1655-2019-OS/OR-JUNIN de fecha 26 de junio de 2019, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:



Sobre la supuesta vulneración por el tipo de infracción

- a) Precisa que si bien la autoridad instructora dispuso que en su establecimiento se incumplió lo tipificado en el numeral 2.7 de la Tipificación de Escalas y Multas y Sanciones de Hidrocarburos contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, en la resolución impugnada no se le indicó cuál es el tipo de infracción en el presente caso, conforme lo establecido en el artículo 9° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS⁷.

Al respecto, en el mencionado artículo 9° se establecen tres tipos de infracciones, lo que resulta relevante para establecer la multa, ya que existe un tratamiento diferente para cada tipo de infracción, inclusive dependiendo de la infracción, la administración está sujeta a un plazo para determinar la procedencia o no de una sanción. Por lo que, al no señalarse el tipo de infracción se vulneró su derecho de defensa, toda vez que se ve imposibilitada a controlar los plazos o realizar acciones que sean atenuantes de la infracción.

Sobre la subsanación voluntaria de la infracción

- b) La señora HORTENSIA SOLANO manifiesta que, antes de la fecha de supervisión, realizó trabajos de limpieza dentro de sus instalaciones con la finalidad de mantener la calidad de los productos que comercializa, que si bien existieron errores al momento de ejecutar la mencionada actividad de limpieza y estos fueron los que generaron el incumplimiento, ella no se negó a reconocer la infracción imputada.
- c) Asimismo, considera que existió una subsanación voluntaria de la infracción conforme el artículo 15° del RSFS. Sobre el particular, se puede observar que el órgano sancionador no ha aplicado lo dispuesto en el numeral 15.2 del artículo 15° de la citada norma que prescribe que la subsanación debe ser considerada como un atenuante al momento de efectuarse la graduación de la sanción.



⁶ Documento notificado mediante Cédula de Notificación N° 1407-2019, obrante a fojas 96 del expediente.

⁷ RSFS:

Artículo 9.- Tipos de Infracción

9.1 Las infracciones pueden ser de tres tipos:

a) Infracciones Instantáneas.- Las que a su vez se subdividen en:

a.1) Infracciones instantáneas simples.- Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento c consume sin perdurar ésta ni sus efectos en el tiempo.

a.2) Infracciones instantáneas de efectos permanentes.- Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consume, permaneciendo sus efectos en el tiempo.

b) Infracciones Permanentes.- Son aquellas en que la conducta infractora subsiste en el tiempo.

c) Infracciones Continuadas.- Son aquellas que se realizan a través de más de una conducta infractora pero que se consideran como una única infracción.

En ese sentido, en aplicación del Principio de Verdad Material, la recurrente solicita que se efectúe una nueva inspección para que se pueda verificar la subsanación voluntaria realizada, conforme al numeral 15.2 del artículo 15° del RSFS.

Sobre el cálculo de multa

d) Respecto de la graduación de la multa, sostiene que se han dejado de lado aspectos regulados en el artículo 25° del RSFS que resultan aplicables al caso en concreto, como son los siguientes:

- Perjuicio económico; en el literal b) del artículo 25° del RSFS se establece que, a efectos de la determinación de la multa, se debe calcular el daño desde un punto de vista económico respecto del interés público y los bienes jurídicos protegidos; sin embargo, en la resolución impugnada no se ha realizado una cuantificación del daño o una valoración económica que justifique la multa impuesta;
- Reincidencia; si esta constituye un agravante en los términos establecidos en el literal c) del artículo 25° del RSFS a fin de determinar si se debe establecer la multa en su rango más alto, ¿Por qué a efectos de calcular la base de la multa en el presente caso se parte de la suma más alta? Es decir, dentro del rango de la multa, se fijó la más alta y sobre esa se calcularon los atenuantes del literal g) de la citada norma, sin valorar que no existió una conducta reincidente que justificara la imposición de la sanción más alta.
- Beneficio ilegalmente obtenido; en el presente caso, la ganancia generada como consecuencia de la infracción es casi nula, por lo que la multa es completamente desproporcionada.
- Capacidad económica del infractor; la recurrente considera que las rentas provenientes de sus actividades no permitirían el pago de la multa, por lo que, con la finalidad de cumplir con el marco legal y afrontar la responsabilidad, efectuó el reconocimiento de la infracción sin presentar descargos posteriores; pese a ello, se tomó el tope máximo de la multa y sobre ella se han generado algunos descuentos, dando como resultado una suma que resulta impagable, lo cual acarrearía el cierre su establecimiento. Esta situación resulta irracional y desproporcional.
Por otro lado, se debe tener en consideración que está inscrita en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (REMIPE). En ese sentido, pese a que al momento de imponer la multa se ha tomado como base un contenedor en su capacidad máxima de 6000 (seis) mil galones, se debe tomar en cuenta que jamás ha logrado comprar esa cantidad de galones de combustible para dicho tanque, lo que acredita con la consulta del Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa y las copias de las facturas de compra de combustible. En ese sentido, no cuenta con la capacidad económica para afrontar una multa tan alta como la impuesta.
- La Subsanación; el literal g.2 del artículo 25° de la norma citada señala que la subsanación voluntaria con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador constituye un atenuante. En ese sentido, al haberse subsanado el error que dio origen a la infracción, para determinar el monto de la multa se debió aplicar el atenuante.

De acuerdo a lo expuesto, refiere que en la resolución apelada no se han considerado los lineamientos legales establecidos en la normativa, a fin de efectuar una gradualidad de la sanción, ya que solo se ha basado en el informe de supervisión, por lo que carece de una adecuada motivación, al no existir una justificación de la gradualidad de la multa⁸.

⁸ En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el expediente N° 1939-2011/AA en el cual en el fundamento 26 señala que

Finalmente, indica que, al momento de resolver el TASTEM, debe tener en consideración que el artículo 27.7 del RSFS dispone que: "*La impugnación de la resolución que impone una sanción no puede generar la imposición de una sanción más gravosa para el Agente Supervisado.*" En tal sentido, se debe entender que en ningún caso podrá imponerse una multa mayor a la fijada.

Sobre la solicitud de uso de la palabra

e) HORTENSIA SOLANO solicita se le conceda el uso de la palabra, a efectos de exponer sus argumentos.

3. A través del Memorandum N° 87-2019-OS/OR JUNIN recibido por la Sala 2 del TASTEM con fecha 19 de julio de 2019, la Oficina Regional de Junín remitió el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la infracción por no cumplir las especificaciones técnicas de calidad

Cuestión previa

4. En relación a la apelación presentada, cabe señalar que en el literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, respecto a la graduación de multas ha previsto, como criterio de graduación, la circunstancia de la comisión de la infracción, de acuerdo a lo siguiente:

"g) Circunstancias de la comisión de la infracción.

Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

g.1) El reconocimiento del Agente Supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, teniendo en cuenta lo siguiente:

g.1.1) -50%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

g.1.2) -30%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, y hasta la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción.

g.1.3) -10%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción, y hasta antes de la emisión de la resolución de sanción.

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento.

El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción, por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a

existe motivación aparente cuando pese a existir razones o argumentos que puedan justificar la decisión, estos no resultan pertinentes, o son insuficientes faltos de idoneidad para que se adopte dicha decisión.



evaluar los descargos.” (Subrayado nuestro)

Adicionalmente, es importante precisar que en la sesión de Sala Plena del 11 de diciembre de 2018, el TASTEM revisó el criterio resolutivo: “Alcances del reconocimiento de infracciones en procedimientos sancionadores iniciados sin indicar el monto de la multa a ser impuesta, aprobado por Acuerdo de Sala Plena del 3 de octubre de 2017”, el cual forma parte del Compendio de Lineamientos Resolutivos del TASTEM publicado el 31 de diciembre de 2018, acordando actualizar dicho criterio resolutivo, conforme se indica:

- “Si a pesar de reconocer la comisión de la infracción, el administrado presenta descargos, corresponde al órgano sancionador su tramitación, al no habersele otorgado normativamente los efectos de un acto que pone fin al procedimiento administrativo. Sin embargo, mantendrá o perderá el beneficio del descuento del 50% de la multa por haber reconocido la infracción, en función de los siguientes supuestos:
 - (i) El administrado perderá el beneficio si al presentar sus descargos cuestiona la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción.
 - (ii) El administrado perderá el beneficio si cuestiona la multa impuesta pese a que esta se encontraba determinada o era determinable por el administrado, al haberse publicado metodologías o criterios específicos que permitían su cálculo en el caso concreto.
 - (iii) El administrado mantendrá el beneficio cuando al momento de efectuar el reconocimiento, la multa no había sido determinada ni era determinable, aunque posteriormente cuestione su importe al presentar sus descargos al informe final de instrucción.
 - (iv) El administrado mantendrá el beneficio cuando únicamente cuestione el incremento de la multa impuesta respecto de la determinada en el inicio del procedimiento sancionador o en el informe final de instrucción.”

Ahora bien, en este caso, mediante el escrito del 10 de abril de 2019, registrado por Osinergmin en el expediente N° 201900031180, la Primera Instancia consideró lo expuesto por HORTENSIA SOLANO como un reconocimiento de responsabilidad por la comisión de la infracción materia de análisis, otorgándole la reducción de la multa de dicha infracción en un 50%.

Sin embargo, pese a tener conocimiento de la multa, ya que la misma era determinable al haberse publicado la Resolución de Gerencia General N° 352⁹ que aprueba los Criterios Específicos de Sanción aplicables a las infracciones administrativas previstas en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, la recurrente presentó recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 1655-2019-OS-/OR-JUNIN, cuestionando la responsabilidad de la infracción y la determinación de la sanción.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponderá a este Tribunal la evaluación del recurso administrativo. Asimismo, al haberse presentado argumentos cuestionando la imposición del incumplimiento y la multa, el beneficio por reconocimiento de responsabilidad otorgado queda sin efecto, quedando determinada la sanción en 24.03 (veinticuatro con tres centésimas) UIT¹⁰.

⁹ Para la determinación de la sanción por el incumplimiento a las normas de calidad, se aplicó el criterio específico establecido por la Resolución de Gerencia General N° 352.

¹⁰ La multa conforme los criterios de graduación aprobados en la Resolución N° 352, está fijada en 25.3 UIT, a ello la Oficina Regional Junín le aplicó la

Sobre la supuesta vulneración por el tipo de infracción

5. Con relación a lo alegado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, sobre la inobservancia del Principio de Tipicidad¹¹, se advierte que, mediante Oficio N° 1004-2019-OS/OR-JUNÍN notificado el 27 de marzo de 2019, se adjuntó el Informe de Instrucción N° 1276-2019-OS/OR-JUNIN y se le comunicó a la recurrente que se le estaba iniciando procedimiento administrativo sancionador al haberse detectado que el combustible Diésel B5-S-50 que comercializaba no cumplía con la especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el punto de inflamación establecido en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, consignando en el mismo documento la infracción verificada, los medios probatorios, la base legal contravenida y la tipificación de la infracción en el numeral 2.7 de la Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos aprobada por Resolución N° 271-2012-OS/CD sobre el incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos y la sanción (multa) que corresponde a la infracción verificada.

Respecto a comunicarle el tipo de infracción conforme al artículo 9° del RSFS, se debe precisar que el mencionado Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 248° del T.U.O de la Ley N° 27444, no dispone como obligación el comunicar el tipo de infracción, sino la conducta tipificada, lo que se efectuó de acuerdo a lo indicado en el párrafo precedente. Por lo tanto, no existió falta de precisión en la imputación ni tampoco vulneración al Principio de Tipicidad.

Sin perjuicio de lo indicado, de la lectura del artículo 9° del RSFS¹² en concordancia con el artículo 31° del RSFS y el artículo 252° del T.U.O de la Ley N° 27444, normas que son de conocimiento general al haber sido publicadas en el diario oficial El Peruano, se establecen tres tipos de infracción: i) instantáneas o instantáneas de efectos permanentes, ii) infracciones permanentes y, iii) infracciones continuadas.

En el presente caso, este Tribunal considera que en los términos del T.U.O de la Ley N° 27444 y la Resolución N° 040-2017-OS/CD, estas infracciones son de naturaleza instantánea, conforme ya se ha señalado en casos anteriores, debido a que la situación ilícita se produjo en la fecha en que

reducción del 5% por medida correctiva, la misma que se mantiene y fue de 1.265. Por lo que la multa sería 24.035, en este caso conforme al RSFS, la multa debe ser expresada hasta en centésimas. Por lo que quedaría establecida en 24.03 UIT.

¹¹ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

¹² RSFS

Artículo 9.- Tipos de Infracción

9.1 Las infracciones pueden ser de tres tipos:

a) Infracciones instantáneas. - Las que a su vez se subdividen en:

a.1) Infracciones instantáneas simples. - Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consume sin perdurar ésta ni sus efectos en el tiempo.

a.2) Infracciones instantáneas de efectos permanentes. - Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consume, permaneciendo sus efectos en el tiempo.

b) Infracciones permanentes. - Son aquellas en que la conducta infractora subsiste en el tiempo.

c) Infracciones continuadas. - Son aquellas que se realizan a través de más de una conducta infractora pero que se consideran como una única infracción.

RESOLUCIÓN N° 243-2019-OS/TASTEM-S2

incumplió la obligación que fue el día de la fiscalización donde se tomó la prueba rápida y muestra del combustible Diésel B5 S50; razón por la cual el término inicial del plazo prescriptorio será aquel en el que se constató su comisión.

En atención a lo señalado, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la subsanación voluntaria de la infracción

6. Con relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, en concordancia con el artículo 89° de su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, la responsabilidad de los administrados en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin es objetiva, por lo que basta constatar el incumplimiento de la normativa correspondiente para que la recurrente sea responsable de la comisión de la infracción administrativa imputada.

En ese sentido, de conformidad con los hechos constatados por Osinergmin en el Acta de Supervisión, obrante en el expediente administrativo, se observa que la empresa Marconsult analizó el producto Diésel B5 S-50 de la muestra tomada en la visita de fecha 25 de febrero de 2019, dando como resultado 40°C en el punto de inflamación, tal como se desprende del Informe de Ensayo N° 0271-2019 y su Comentario Técnico del 6 de marzo de 2019, obrante a fojas 8 del expediente, con lo cual no cumplía con el mínimo de 52°C para esta especificación, infringiendo lo establecido en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

Asimismo, debe señalarse que, contrariamente a lo manifestado por la administrada, de la revisión del sub-numeral 3.9 de la resolución impugnada, se advierte que el órgano de Primera Instancia evaluó y emitió pronunciamiento por los argumentos y medios de prueba presentados por la señora HORTENSIA SOLANO, lo que garantiza una adecuada motivación.

En efecto, en dicho numeral se le indicó que la infracción imputada es insubsanable, según lo dispuesto en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS¹³, dado que el incumplimiento está relacionado con normas de control de calidad.

No obstante, el certificado de conformidad de la limpieza realizado al tanque del producto Diésel B5 S50 presentado por la recurrente, fue tomado en cuenta por la Oficina Regional como una acción correctiva para la aplicación del atenuante de responsabilidad de -5% en la multa, previsto en el sub literal g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS.

Cabe agregar que, HORTENSIA SOLANO, como titular de las actividades que se desarrollan en su Estación de Servicios, es responsable por la calidad del Diésel B5 S50 que comercializa. Asimismo, corresponde señalar que, en su condición de establecimiento de venta al público, cuenta con capacidad técnica y administrativa para conocer e interpretar correctamente las leyes, normas y

¹³ RSFS

Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (...)

La presente infracción origina que la cantidad de combustible despachado a los usuarios finales no sea la que corresponde no es posible revertir sus efectos.

procedimientos vigentes aplicables a su actividad, por lo que es su obligación adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento, lo cual no sucedió en el presente caso.

En consecuencia, se debe desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo de su recurso de apelación.



Sobre el cálculo de multa

7. Con relación a lo manifestado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 248° del T.U.O de la Ley N° 27444, 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, que deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.

Así, la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa, como ha ocurrido objetivamente en este caso.

Precisado lo anterior, es pertinente indicar que la sanción por incumplir las normas de calidad de combustibles, como el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, se encuentra establecida en el numeral 2.7 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS-CD, que prevé una multa de hasta 2000 (dos mil) UIT para dicha infracción.



A su vez, conforme se indica en la resolución impugnada, el cálculo de la multa impuesta por la infracción materia de análisis fue realizado de acuerdo a la Resolución de Gerencia General N° 352, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de agosto de 2011, que establece los criterios específicos de sanción que se deberán tomar en cuenta para la aplicación de sanciones, entre otros, por los incumplimientos previstos en el numeral 2.7 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N 271-2012-OS/CD, correspondiendo aplicar la multa de acuerdo al siguiente detalle:

N°	DESCRIPCIÓN Y BASE LEGAL DE LA CONDUCTA IMPUTADA COMO INFRACCIÓN	NUMERAL DE LA TIPIFICACIÓN DE HIDROCARBUROS	RESOLUCIÓN QUE APRUEBA CRITERIO ESPECÍFICO	CRITERIO ESPECÍFICO	MULTA APLICABLE (EN UIT)				
1	Incumplimientos a las normas de calidad Tipo de Combustible: Diésel B5 S-50 Decreto Supremo N° 045-2001-EM, D.S N° 021-2007-EM, Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.	2.7	Resolución de Gerencia General N° 285-2013-OS-GG	<p>Sanción por variación en el Punto de Inflamación Diésel B5 S-50 (en UIT)</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Gradualidad</th> <th>Capacidad Total de Almacenamiento de producto (Galones)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>De -10.1 °C a menos</td> <td><5,001 - 10,000> 25.3</td> </tr> </tbody> </table> <p>* Se ha constatado que ha existido una disminución del Punto de Inflamación de -12,0 °C</p> <p>Sanción: 25.3 UIT</p>	Gradualidad	Capacidad Total de Almacenamiento de producto (Galones)	De -10.1 °C a menos	<5,001 - 10,000> 25.3	25.3 UIT
Gradualidad	Capacidad Total de Almacenamiento de producto (Galones)								
De -10.1 °C a menos	<5,001 - 10,000> 25.3								

RESOLUCIÓN N° 243-2019-OS/TASTEM-S2

Cabe indicar que el citado criterio específico de sanción ha sido elaborado de acuerdo al Principio de Razonabilidad, esto es, incluyendo los criterios de graduación establecidos por el inciso 3 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, los cuales, de conformidad con el Principio de Predictibilidad, tienen por finalidad brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre el resultado final de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores que pueda iniciar Osinergmin por la comisión de la conducta infractora bajo análisis.

En este caso, habiéndose constatado la infracción de manera objetiva, la Primera Instancia determinó que la multa que correspondía imponer a la administrada era de 25.3 (veinticinco con tres décimas) UIT, que es la expresamente prevista por nuestro ordenamiento jurídico para casos como el presentado y que se encuentra por debajo del tope máximo de 2000 UIT.

Asimismo, contrariamente a lo indicado por la recurrente, la Oficina Regional Junín consideró como atenuante la acción correctiva realizada en la Estación de Servicios, por lo que de conformidad con el literal g.3 del inciso 25.1 del artículo 25° de la RSFS, se le aplicó el factor atenuante del -5% a la multa (-1.265).

Además, Primera Instancia aplicó el atenuante del 50% de la multa por el beneficio del reconocimiento de la infracción, el mismo que se ha dejado sin efecto, conforme a lo detallado en el numeral 4 de la presente resolución.

En ese sentido, se advierte que la multa de 24.03 (veinticuatro con tres centésimas) UIT es razonable y proporcional al incumplimiento calificado como infracción, por lo que es acorde al Principio de Razonabilidad normado en el acápite 1.4 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar y el inciso 3 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁴.

Debe tenerse presente que imponer a la recurrente una sanción distinta a la anteriormente indicada, en atención a su situación patrimonial, implicaría una vulneración al Principio de Imparcialidad previsto en el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444.

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

¹⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

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:

1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

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 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.

Sobre la solicitud de uso de la palabra

8. Respecto a lo manifestado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde precisar que, de acuerdo al artículo 33° del RSFS¹⁵, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.



Por su parte, el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, establece que corresponde a los Presidentes de las Salas del TASTEM disponer la realización de informes orales cuando lo consideren necesario para resolver el caso, o si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte.

Al respecto, de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen elementos suficientes para que esta Sala emita pronunciamiento sobre la materia que ha sido puesta a su conocimiento. Por tal motivo, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no es necesario acceder a la solicitud de informe oral formulada por la administrada.

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°.- DEJAR SIN EFECTO el beneficio por reconocimiento de responsabilidad previsto en el literal g.1.2) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el cual fue otorgado al momento de determinar la sanción mediante la Resolución de Oficinas Regionales N° 1655-2019-OS/OR-JUNIN de fecha 26 de junio de 2019, conforme a lo expuesto en el numeral 4 de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por HORTENSIA MARTA SOLANO CHAVEZ contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1655-2019-OS/OR-JUNIN de fecha 26 de junio de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 3°. - El monto total de la multa queda determinada en 24.03 (veinticuatro con tres centésimas) UIT, de acuerdo a lo resuelto en el artículo 1° de la presente resolución.

¹⁵ RSFS

Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.



Artículo 4°. - 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