

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 357-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 10 de diciembre de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201700183414 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SERVICIOS GENERALES VARNASA S.R.L., representada por el señor Estuardo Enrique Valverde Vargas, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1127-2019-OS/OR-LA LIBERTAD de fecha 26 de abril de 2019, mediante la cual se la sancionó con multa por incumplir el Decreto Supremo N° 092-2009-EM y modificatoria, concordado con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1127-2019-OS/OR-LA LIBERTAD, la Oficina Regional de La Libertad sancionó a la empresa SERVICIOS GENERALES VARNASA S.R.L., en adelante SERVICIOS GENERALES VARNASA, con una multa de 8.40 (ocho con cuarenta centésimas) UIT por incumplir las especificaciones técnicas de calidad establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM y modificatorias, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, conforme con el siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al Decreto Supremo N° 092-2009-EM y modificatoria, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-OS/CD ¹ El combustible Diésel B5 no cumplía con las especificaciones técnicas de	2.7 ³	8.40 UIT

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	

(...)"

³ Resolución N° 271-2012-OS/CD

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

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

Base legal: Art. 6º, 36º y 42º del Reglamento aprobado por D.S. N° 01-94-EM, Arts. 87º, 109º, 113º y 117º del Reglamento aprobado por D.S. N° 019-97-EM, Arts. 70º, 86º incisos g) y e), y 7ma. Disposición Complementaria del Reglamento aprobado por D.S. N° 030-98-EM, Art. 1º del D.S. N° 019-98-MTC, Arts. 51º, 53º y 55º del Reglamento aprobado por D.S. N° 045-2001-EM, Decreto Supremo N° 025-2005-EM, R.C.D. N° 400-2006-OS/CD, Arts. 5º, 6º inciso b), 7º, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, R.C.D. N° 382-2008-OS/CD, R.C.D. N° 206-2009-OS/CD, Arts. 2º, 4º y 5º de la Ley N° 28694.

Multa: Hasta 2,000 UIT.

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

calidad vigentes relacionadas con el punto de inflamación ² , conforme a lo siguiente:					
Combustible	Informe de Ensayo	Ensayo	Resultado		
Diesel B5	1314-2017 y Comentario Técnico	Punto de inflamación	31°C		
El valor mínimo debe ser 52°C.					
MULTA TOTAL					8.40 UIT⁴



Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 17 de noviembre de 2017, se realizó la visita de supervisión al establecimiento ubicado en la Carretera Panamericana Norte UC 2474 Y 2475, Mz. 6, Lt. 6 y 7, Pueblo Joven Sector Jorge Chávez, distrito de Paijan, provincia de Ascope, departamento de La Libertad, operado por SERVICIOS GENERALES VARNASA, con Registro de Hidrocarburos N° 83033-050-070417, con el propósito de realizar el control de calidad de los combustibles que se comercializa en dicho establecimiento, conforme consta en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus Mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-002773-CC-JMA-2017 de la misma fecha, obrante a foja 2 del expediente, debidamente suscrita por el encargado del establecimiento, quien no consignó observaciones.



En la citada Acta se dejó constancia de la realización de pruebas rápidas respecto al parámetro contenido de FAME del producto Diesel B5. Asimismo, se procedió a la toma de muestras de Diésel B5 para su análisis en el laboratorio.

- b) A través del Oficio N° 532-2018-OS/OR-LA LIBERTAD, notificado con fecha 26 de julio de 2018, se comunicó a SERVICIOS GENERALES VARNASA el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntándose el Informe de Instrucción N° 547-2018-OS/OR LA LIBERTAD, el Informe de Ensayo N° 1314-2017 y su respectivo comentario técnico, así como el Acta de Supervisión, 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) Con escrito de registro N° 201700183414, remitido con fecha 26 de julio de 2018, la administrada presentó sus descargos al inicio del procedimiento.
- d) A través del Oficio N° 100-2019-OS/OR LA LIBERTAD, notificado con fecha 4 de abril de 2019, se remitió a SERVICIOS GENERALES VARNASA el Informe Final de Instrucción N° 248-2019-OS/OR-LA LIBERTAD del 7 de febrero de 2019, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para que presente sus descargos.

² De acuerdo a los resultados del Informe de Ensayo N° 1314-2017 emitido por el laboratorio de Marconsult.

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.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201700183414, presentado con fecha 24 de mayo de 2019, SERVICIOS GENERALES VARNASA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 1127-2019-OS/OR-LA LIBERTAD del 26 de abril de 2019, en atención a los siguientes fundamentos:

- a) En su escrito de descargos precisó el procedimiento que realizó para obtener el combustible hallado en su establecimiento al momento de la inspección, afirmando que no tuvo la intención de eludir su responsabilidad o cuestionar los resultados de laboratorio, sino más bien aclarar que no actuó con dolo, pues durante el proceso de abastecimiento de combustible contaba con una certificación del proveedor, asumiendo que la calidad del combustible se mantiene al ser almacenado en su establecimiento. Por lo tanto, correspondía la aplicación de un atenuante.

Afirma que no existe norma legal que exija que los establecimientos realicen nuevamente las certificaciones, por lo que utiliza procedimientos básicos a efectos de garantizar la cantidad y calidad de combustibles, tales como la prueba de agua, niveles de flechas, verificación de precintos de seguridad, entre otros, para los cuales sólo se realiza una constatación ocular.

- b) Alega que no hubo incremento alguno de volumen para la comercialización de Diesel B5 respecto al volumen que adquirió del distribuidor mayorista Energy Perú S.A.C.

- c) SERVICENTRO GENERALES VARNASA indica que a la fecha no ha tenido ningún reclamo o queja respecto de la calidad de combustible que comercializa, lo que evidencia que no es su práctica expender combustible de mala calidad o adulterado.

- d) Deben evaluarse los hechos concretos del caso para graduar la multa impuesta, para lo cual deberá considerarse la capacidad económica⁵ y las utilidades netas de la empresa. Al respecto, indica que la multa supera sus utilidades, por lo que asumirla constituiría una pérdida grave para su representada, que pone en riesgo incluso su continuidad.

3. A través del Memorandum N° 57-2019-OS/OR LA LIBERTAD, recibido con fecha 7 de noviembre de 2019, la Oficina Regional de La Libertad remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Con relación a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2) de la presente resolución, corresponde señalar que, de conformidad con el Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1. del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, vigente a la fecha de la supervisión y al inicio del procedimiento, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho⁶.

⁵ Adjunta las Declaraciones Juradas Anuales de Impuestos (2017 y 2018) presentadas ante la SUNAT.

⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

Título Preliminar

“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:

Ahora bien, el inciso 4 del numeral 239.2 del artículo 239° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que las autoridades competentes, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, tienen el deber de entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado⁷.



Asimismo, el numeral 242.1 del artículo 242° de la mencionada ley dispone que el Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente⁸.

En el presente caso, con fecha 17 de noviembre de 2017, se realizó una visita de supervisión a las instalaciones de SERVICIOS GENERALES VARNASA, conforme consta en el Acta de Supervisión de Control de Combustibles Líquidos y/o sus Mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-002773-CC-JMA-2017 de la misma fecha, obrante a fojas 2 del expediente, debidamente suscrita por el encargado del establecimiento, señor [REDACTED], identificado con D.N.I. N° [REDACTED].

Posteriormente, mediante el Oficio N° 532-2018-OS/OR-LA LIBERTAD, notificado el 26 de julio de 2018, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador contra SERVICIOS GENERALES VARNASA por incumplir las especificaciones técnicas de calidad en el parámetro punto de inflamación del combustible Diesel B5.



Al respecto, cabe señalar que, en el Acta de Supervisión, notificada a la administrada con fecha 17 de noviembre de 2017, no consta el hecho verificado referido a que el Diesel B5 se encuentra fuera de especificación en el parámetro punto de inflamación. Asimismo, de la revisión de los actuados en el presente expediente, se observa que, previamente al inicio del procedimiento administrativo sancionador, ningún otro documento conteniendo el hecho constatado fue trasladado por el órgano instructor a SERVICIOS GENERALES VARNASA luego de finalizada la diligencia de supervisión, conforme lo establece el inciso 4 del numeral 239.2 del artículo 239° y el numeral 242.1 del artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444⁹.

De lo expuesto, el numeral 1 del artículo 10° del T.U.O de la Ley N° 27444¹⁰ dispone, como causal de nulidad del acto administrativo, la contravención a la ley.

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".

⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 239.- Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización

(...)

239.2. Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:

(...)

4. Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.

(...)"

⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 242.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

242.1. El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente (...)"

⁹ Artículos vigentes al momento de la supervisión y el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

¹⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 10.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

RESOLUCIÓN N° 357-2019-OS/TASTEM-S2

Por tanto, se verifica que el presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado en contravención del Principio de Legalidad, al no haberse cumplido previamente con lo dispuesto en el inciso 4 del numeral 239.2 del artículo 239° y el numeral 242.1 del artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444.



En ese sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹¹, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, vigente a la fecha, corresponde declarar la nulidad de oficio del presente procedimiento por haberse incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada norma, y, en consecuencia, disponer su archivo.

Sin perjuicio de ello, de conformidad con los numerales 13.1 y 13.3 del artículo 13° del T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde establecer que la nulidad declarada no afecta en modo alguno la supervisión realizada a SERVICIOS GENERALES VARNASA¹². En consecuencia, el órgano de primera instancia podrá utilizar los resultados de aquella y disponer las acciones que estime pertinentes de acuerdo a sus facultades y en observancia de la normativa vigente.

4. En virtud a lo concluido en el numeral precedente, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a lo indicado en los literales a) al d) del numeral 2 de la presente resolución.

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 **DE OFICIO LA NULIDAD** del presente procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201700183414 y, en consecuencia, disponer su **ARCHIVO**, de conformidad con los fundamentos expuestos en el numeral 3 de la presente resolución.

Artículo 2°. - Poner en conocimiento del Gerente de Supervisión de Energía la nulidad declarada en el artículo 1° de la presente resolución, de conformidad con numeral 11.3 del artículo 11° del T.U.O. de la Ley N° 27444, a fin de que actúe de acuerdo a sus facultades.

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...)"

¹¹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales".

¹² T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1. La nulidad de un acto solo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él. (...)

13.2. Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio. (...)"



Artículo 3°.- 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