

RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 422-2018-OS/OR TUMBES

Tumbes, 13 de febrero del
2018

VISTOS:

El expediente N° 201700141558, el Informe de Instrucción N° 1870-2017-IFIPAS/OR TUMBES y el escrito de registro N° 2017-141558 de fecha 26 de diciembre del 2017, sobre el incumplimiento a la normativa del subsector hidrocarburos en el establecimiento ubicado en Av. Panamericana Norte Km 1292, distrito Aguas Verdes, provincia Zarumilla y departamento de Tumbes de responsabilidad de la empresa **G & ES GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS S.A.C.**, identificado con Registro Único de Contribuyente (RUC) N° 20409441417.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante Decreto Supremo N° 010-2016-PCM se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de Osinergmin, el cual contiene la nueva estructura orgánica de este organismo.

Posteriormente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 10-2017-OS/CD¹, se determinaron las instancias competentes para el ejercicio de la función instructora y la función sancionadora en el sector energía, disponiéndose que el Especialista Regional de Hidrocarburos es el órgano competente para tramitar la etapa instructora de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de la normativa o de disposiciones emitidas por Osinergmin por parte de los agentes que operan las actividades de distribución y comercialización de hidrocarburos líquidos, siendo el Jefe Regional el encargado de la etapa sancionadora.

- 1.2. Con fecha 15 de setiembre de 2017, se realizó la visita de supervisión al establecimiento ubicado en Av. Panamericana Norte Km 1292, distrito Aguas Verdes, provincia Zarumilla y departamento de Tumbes con Registro de Hidrocarburos N° 6889-050-040717, operada por la empresa G & ES Grifos y Estaciones de Servicios S.A.C., con la finalidad de efectuar el Control de Calidad del Combustible Líquido que se comercializan en el referido establecimiento, procediendo a realizar la toma de muestra del combustible de Gasohol 84 y Diesel B5, 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° 02-002184-CC-ACF-2017, de la misma fecha.
- 1.3. Conforme consta en el Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR TUMBES de fecha 17 de octubre de 2017 se concluyó que la muestra del combustible de Diesel B5, tomada en el establecimiento fiscalizado no cumple con las especificaciones de calidad establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.
- 1.4. Con Oficio N° 2496-2017, notificado el 18 de octubre de 2017, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **G & ES Grifos y Estaciones de Servicios S.A.C.** por no cumplir el combustible de Diesel B5 con las especificaciones técnicas vigentes de calidad, respecto del Punto de Inflamación y FAME, conducta prevista como infracción administrativa en el numeral

¹ Que modifica la Resolución Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

2.7 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos contenida en la Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas y Sanciones de Osinergmin aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, otorgándole un plazo de (10) cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado, para que presente su descargo.

- 1.5. Mediante Carta S/n, presentado el día 31 de setiembre del 2017, la empresa fiscalizada solicita se le notifique el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° N° 02-002184-CC-ACF-2017.
- 1.6. Con Oficio N° 332-2017-OS/OR TUMBES, notificado el 18 de diciembre de 2017, se pone a conocimiento la empresa fiscalizada el Informe Final de Instrucción N° 1870-2017-IFPAS/OR TUMBES de fecha 11 de diciembre de 2017.
- 1.7. Mediante escrito con registro N° 2017-141558 presentado el 26 de diciembre de 2017, la empresa fiscalizada presente descargos contra el Informe Final de Instrucción N° 1870-2017-IFPAS/OR TUMBES.

2. SUSTENTACIÓN DE LOS DESCARGOS

2.1. La empresa fiscalizada sustenta sus descargos en base a los siguientes argumentos:

2.1.1. El instructor debió, previo a la visita de supervisión, identificar la capacidad de almacenamiento de combustible y la cantidad de combustible de Diesel B5 que había antes de la visita de supervisión, para ello muestra un detalle del Sistema de Control de Ordenes de Pedido del Osinergmin (SCOP) correspondientes al mes de setiembre de 2017, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

| Apartado | Fecha de Registro de Órdenes de Compra | Cantidad (gls) | Proveedor |
|-----------------|---|-----------------------|------------------|
| (a) | 13.09.2017 | 1000 gls | PETROPERU |
| (b) | 06.09.2017 | 1500 gls | PETROPERU |
| (c) | 06.09.2017 | 1000 gls | PETROPERU |
| (d) | 19.09.2017 | 500 gls | PETROPERU |
| (e) | 26.09.2017 | 1000 gls | PETROPERU |
| | TOTAL | 5000 gls | PETROPERU |

2.1.2. Refiere que ha adquirido el combustible Diesel B5 en la forma que es permitida por Osinergmin, sin embargo, al momento de adquirir el combustible de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 045-2001-EM, deviene en un resultado no previsto ni previsible, resultado que no podrá imputarse a la actividad de su representada.

2.1.3. Señala que su representada ha cumplido con los grados de diligencia debida, pues ha cumplido con presentar el Procedimiento de Declaración Jurada (PDJ), cuyo contenido es la presentación anual de las obligaciones técnicas y de seguridad, información que está disponible para Osinergmin y en el que se acredita un nivel adicional de diligencia en las actividades de comercialización de hidrocarburos líquidos de su representada.

2.1.4. Indica que luego de evaluar y analizar la capacidad que tenía su representada a través de su establecimiento y perfilar su actitud para el cumplimiento con la normativa vigente del sector hidrocarburos ocupa detallar la actuación de Osinergmin, al respecto señala que en el Informe de Instrucción se presentan inconsistencias, pues no se sigue el contenido material de los principios

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

de la potestad sancionadora prevista en el artículo 230° de la Ley N° 27444. Señala además que el citado informe expone que la imputación de la infracción es objetiva de conformidad con la norma reglamentaria Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, dicha norma afecta los derechos de su representado, específicamente las sentencias del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC y 2192-2004-AA/TC del 16 de abril de 2003 y 11 de octubre de 2004, lo cuales sustentan que el carácter de la infracción tiene aspectos subjetivos, como falta de niveles de diligencia entre otros aspectos. Es decir, la infracción prevista por el legislador es bidimensional, una dimensión objetiva y otra subjetiva. Osinergmin ha centrado su imputación solo a la dimensión objetiva dejando de analizar y evaluar los presupuestos de la dimensión subjetiva.

- 2.1.5. Menciona que la muestra del Diesel B5 y el resultado científico obtenido de 40.5°C, debiendo obtener como mínimo 52°C de conformidad con las exigencias de calidad vigentes según el Decreto Supremo N' 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial 165-2008-MEM/DM, no puede ser el fundamento determinante para acreditar un resultado jurídico. Señala que la línea que separa los hechos científicos y los hechos jurídicos que dan lugar a una valoración por parte del derecho exige otros presupuestos de acuerdo a los términos previstos en determinada infracción jurídica administrativa.
- 2.1.6. Asimismo, respecto del resultado científico en el que se ha recogido que la diferencia sobre el Punto de inflamación es 11.5° esto no significa que se ha configurado la infracción prevista en el numeral 2.7 de la RCD 271-2012-OS/CD. Precisa que además de la fase externa y objetiva, existe el lado subjetivo, la cual se refiere a la falta de diligencia o imprudencia que es el campo de las infracciones administrativas.
- 2.1.7. En el Informe de Instrucción también se reserva un apartado al análisis del Contenido Fame del Diesel B5 y su resultado también científico de 0.5% Vol. siendo el parámetro exigible el de 5.0% según la normativa de calidad vigente. Al respecto también se hace una equivalencia entre el resultado científico y el resultado jurídico previsto en una norma que tipifica una infracción. Ciertamente dentro de la infracción se prevé como uno de los presupuestos un resultado objetivo, no obstante, además de éste también existen otros presupuestos exigibles para acreditar la responsabilidad de los administrados como la imputación subjetiva y la culpabilidad de quienes dirigen a su representada. Refiere que el análisis realizado por el instructor es incompleto puesto que no se analizan las categorías de la infracción administrativa, limitándose a indicar que el resultado científico es igual a la configuración de la infracción.
- 2.1.8. Con respecto a la multa aplicable de 1.10 UIT señala que el instructor no ha realizado un análisis exhaustivo de cada categoría de la infracción solo se limita a concluir que el resultado científico como uno de los presupuestos de la infracción imputada es suficiente para fundar su responsabilidad administrativa en los términos que importan el derecho administrativo sancionador. Al respecto concluye que dicha deficiencia conlleva el archivo del presente procedimiento administrativo. Menciona que la configuración de la infracción está compuesta por imputación objetiva, imputación subjetiva y culpabilidad. En definitiva, la revisión de estas categorías deberá ponerse en el presente, a fin de vulnerar su defensa y acreditar que no habido configuración de infracción y por tanto la consecuencia inevitable es su correspondiente archivo.
- 2.1.9. La infracción administrativa está compuesta por tres niveles de exigencias, el primero es el de la imputación objetiva es decir el aspecto externo de la conducta el cual se acredita con un análisis de la conducta o actividad del administrado y el resultado previsto en la norma como infracción. Solo después de haberse acreditado ésta dimensión, es conforme avanzar con el análisis de imputación

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

subjetiva compuesto e integrado por el dolo o la imprudencia, en el terreno de las infracciones administrativas, el aspecto subjetivo está compuesto usualmente por la imprudencia. Finalmente, solo después de acreditar dichas dimensiones. Se realiza el análisis de la culpabilidad, es decir, si el administrado pudo actuar de un modo diferente a lo que la norma indicaba actuar en el caso concreto.

- 2.1.10. En el presente caso, la infracción materia del presente procedimiento está prevista en el numeral 2.2 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos contenida en la Tipificación de Infracciones y escalas de Multas y Sanciones de Osinergmin aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD. Ello en concordancia con el artículo 11 del Decreto Supremo N° 021-2007-EM. Siendo su supuesto infractor imputado a las actividades de su representada es por incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos u otros productos derivados de los Hidrocarburos y calidad de Biocombustibles y sus mezclas.
- 2.1.11. En razón de la dimensión material del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del Artículo 230 de la LPAG y en conformidad con el artículo 2 del Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del Osinergmin aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD se puede observar que la norma con rango reglamentario establece un comportamiento positivo y también un tipo de infracción de mera actividad es decir la infracción se agota en la ejecución de la conducta así prevista.
- 2.1.12. Al mismo tiempo es un concepto de remisión relacionado con la calidad de hidrocarburos y otros productos derivados de hidrocarburos. La remisión podrá encontrarse en normas con rango reglamentario o normas con rango legal a fin de entenderse que se entiende por calidad de hidrocarburos. El criterio del Osinergmin estipulado en la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, en sus artículos 1 y 2 es decir, bajo una norma con rango reglamentario integra la norma que necesita para informar sobre la especificación que necesita el DIESEL B5. Indica que según la Ley 26734 para iniciar un procedimiento administrativo sancionador es condición sine qua non que identifique la vertiente subjetiva en el desarrollo de la actividad del administrado que pretende sancionar.
- 2.1.13. De la misma forma que el investigado penalmente entra al proceso con una garantía esencial que es la presunción de inocencia, para los procedimientos administrativos sancionadores los administrados gozan de una garantía llamada la presunción de licitud cual está prevista en el numeral 9 del artículo 230 LPAG. Según ésta garantía esencial el Órgano Sancionador después de haber instruido el Órgano Instructor deberán presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no encuentren evidencias que signifiquen lo contrario.
- 2.1.14. Su defensa sostiene que la infracción imputada no se ha configurado del resultado del Informe de ensayo (un elemento), al respecto es necesario preguntarnos si la acción o la actividad del administrado ha generado o creado el riesgo jurídicamente desaprobado y que el resultado de calidad sea realización de éste. Al parecer éste aspecto no ha sido revisado por Osinergmin, siendo su atención exclusivamente el resultado de calidad.
- 2.1.15. Su defensa también afirma que no se ha configurado la infracción de acuerdo a las actividades de su representada en tanto el análisis del Informe de instrucción es incompleto al no acreditar que el administrado en el caso concreto, es decir en el período de compra de combustible que han acreditado con las ordenes SCOP no cuidó sus deberes de cuidado y por ende se produjo la infracción a la norma administrativa. Para hacerlo el Instructor debía encontrar en que parte de los

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

niveles de diligencia estaba el defecto de organización que dio lugar a que la calidad del combustible formalmente adquirido. Esa identificación le corresponde al órgano instructor quien tiene la carga de probar que hubo imprudencia y, por tanto, imputación subjetiva.

- 2.1.16. Afirma que no se ha configurado la infracción a las actividades de su representada, por cuanto se ha acreditado que el combustible que se tuvo almacenado antes de la supervisión y de ser el caso después fue abastecido por la planta de ventas de **PETROPERU**. Es decir, el nivel de diligencia está acreditado con la capacidad de combustible el tanque DIESEL B5, su mantenimiento y las cantidades de combustible que fueron adquiridos a través del Sistema SCOP.
- 2.1.17. Indica que se ha llevado los deberes de cuidado exigibles, se ha comercializado dentro de lo estipulado legalmente, se cuenta con la maquinaria de despacho y sus componentes accesorios, bombas, dispone de equipos de emergencia en casos de incendio el personal necesario capacitado para atender las contingencias, programa de mantenimiento de tanques se lleva un control del flujo de ventas. Y como fue señalado anteriormente, el PDJ correspondiente cual se configura como un modelo de prevención para nuestra empresa y sus actividades de comercialización de hidrocarburos.
- 2.1.18. Ahora bien, el derecho regulador puede exigir conductas o actividades de posible realización, es precisamente el fundamento de su previsibilidad en tanto los administrados para cumplir con la normativa vigente deberán estar en condiciones —materiales- para cumplir con la regulación. En el procedimiento administrativo sancionador actual, se ha hecho todo lo posible razonablemente y dentro del estado de la técnica para conservar el combustible con la temperatura adecuada obviamente, si existe un resultado adverso no podrá ser imputable a las actividades de su representado cuanto no se ha superado el análisis de la dimensión subjetiva.
- 2.1.19. Osinergmin como administración pública no puede conculcar su derecho al debido proceso en los supuestos de defectos del sistema normativo. Ciertamente no en vano el artículo 230.2 LPAG establece la imposibilidad de imponer sanciones sin que se hayan respetado las garantías del debido procedimiento.
- 2.1.20. Asimismo, el hecho que exista un defecto normativo como el previsto en el enunciado de la responsabilidad objetiva con rango reglamentario Resolución de Consejo Directivo N° 272- 2012-OS/CD acompañada del Artículo 50-b del Decreto Supremo N° 045-2201-EM, no puede significar que éstas disposiciones están por encima de las bases principales de nuestro derecho vigente. No puede estar por encima lo dispuesto por la Constitución según lo ha previsto el artículo VI de la Ley 28237 Código Procesal Constitucional en los supuestos de incompatibilidad de una norma constitucional y otra de inferior jerarquía el juez deberá preferir la primera. Tampoco dichas disposiciones puedan estar por encima de la culpabilidad exigible en el numeral 10 de la LPAG por cuanto éstas disposiciones prevén marcos generales cuales solo pueden ser concretados y especificados, pero nunca contradichos como sucede en esta regulación del Osinergmin.
- 2.1.21. En el caso concreto el Órgano Instructor deberá agenciarse contar con los documentos que acrediten la falta de diligencia o la falta a su plan de cumplimiento (PDJ) en el caso del Osinergmin para poder imputar una infracción y sancionarlo en su debida oportunidad. Pero éste camino no puede avanzar sino se reparan los defectos que se mencionan y más aún no puede hacerse acosta de sancionar administrados que cumplen con la normativa vigente y que además de ello han demostrado la debida diligencia necesaria para comercializar combustible como titular de un establecimiento.

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 422-2018-OS/OR TUMBES**

2.1.22. Señala que solicita se declare el archivo del presente procedimiento iniciado contra su representada por la presunta comisión de la infracción sobre normas de calidad de los hidrocarburos tipificado por contravenir con los Principios de Legalidad y del Debido procedimiento, directrices de los Procesos Administrativos Sancionadores, del cual el Procedimiento Administrativo Sancionador del Osinergmin es parte.

3. ANÁLISIS

CUESTION PREVIA

Mediante el escrito de registro N° 2017-141558, de fecha 31 de octubre del 2017, la empresa fiscalizada señala domicilio y casilla electrónica de Osinergmin SNE-GESGESAC a fin de que se le haga llegar las notificaciones que recaigan en el presente procedimiento, acogiéndose de esta manera a la notificación electrónica de Osinergmin. Asimismo, solicita se vuelva a notificar el Oficio N° 2496-2017 porque no se le adjunto el Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR Tumbes de fecha 17 de octubre de 2017, lo que hace imposible presentar sus descargos, transgrediendo el debido proceso y el derecho de defensa.

Al respecto es importante precisar en relación a lo solicitado, que se ha verificado que de la revisión del cargo de notificación del Oficio N° 2496-2017, que obra en el expediente, que la señorita Diana Puell Luna, en calidad de trabajadora de la empresa fiscalizada, recibió el referido Oficio, con sus respectivos anexos, con fecha 18 de octubre de 2017, firmando el cargo respectivo en señal de conformidad; no habiéndose consignado ninguna observación a la notificación o dejado constancia de alguna omisión realizada en la misma; mucho menos de la falta del Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR Tumbes, el cual se detalla como adjunto en el mismo Oficio; por lo que, lo alegado por la empresa fiscalizada, en razón de la no recepción del Informe, no se encuentra debidamente acreditado; por cuanto, conforme a los actuados, se tiene por válidamente notificada a la empresa fiscalizada con el Oficio N° 2496-2017 y sus respectivos anexos (Acta N° 02-002184-CC-ACF-2017, Informe de Ensayo de Laboratorio N° 6758H/17 e Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR TUMBES), mediante el cual se da inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, contra la empresa fiscalizada, desde el 18 de octubre de 2017, fecha de su notificación, pudiendo hacer valer su derecho de defensa desde la referida fecha, en ese sentido, corresponde declarar improcedente la solicitud de volver a notificar el Oficio N° 2496-2017 por faltar el Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR Tumbes.

En este orden de ideas, estando al estado del procedimiento; corresponde expedir la Resolución pertinente.

- 3.1. Es materia de análisis del presente procedimiento el determinar si la muestra del combustible Diesel B5, tomada en el establecimiento fiscalizado, cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad respecto con el Punto de Inflamación y Contenido FAME establecida en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.
- 3.2. Conforme lo indica el Informe de Ensayo N° 6758H/17 y sus respectivos Comentarios Técnicos, ha quedado acreditado que el combustible Diesel B5, que se comercializaba en el establecimiento fiscalizado, no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

Punto de Inflamación y Contenido FAME; de acuerdo a lo señalado en el Informe de Instrucción N° 1646-2017-OS/OR TUMBES de fecha 17 de octubre de 2017.

- 3.3. En relación a lo expuesto en los numerales 2.1.1, 2.1.2, 2.1.16 y 2.1.17, del presente informe, en cuanto a que ha adquirido el combustible a través del Sistema de Control de Ordenes de Pedido del Osinergmin (SCOP), siendo su como único proveedor en el mes de setiembre de 2017 la empresa PETROPERÚ, debe señalarse que ello no desvirtúa la comisión de la infracción, toda vez que según consta en los resultados de los análisis del laboratorio, ha quedado acreditado que la fiscalizada comercializaba combustible Diesel B5 sin cumplir con las especificaciones técnicas vigentes de calidad respecto con el Punto de Inflamación y Contenido FAME establecida en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

Asimismo, cabe indicar que dicho argumento no exime a la empresa fiscalizada de la responsabilidad administrativa por los incumplimientos bajo análisis, toda vez, que la adquisición de combustible es de plena responsabilidad de titular del registro, por cuanto la responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas y las dictadas por Osinergmin recae en la empresa fiscalizada, en su calidad de titular del Registro N° 6889-050-040717.

- 3.4. En relación a lo expuesto en los numerales 2.1.3, 2.1.4., 2.1.5., 2.1.6, 2.1.7, 2.1.8, 2.1.9 y 2.1.18 cabe citar al autor Juan Carlos Morón Urbina quien al referirse a los procedimientos especiales regulados en el Título IV de la Ley N° 27444², como es el caso del procedimiento administrativo sancionador, señala lo siguiente: "*(...) estos procedimientos quedan sujetos al siguiente esquema de normas: en primer término, las normas especiales que para cada entidad se hayan dictado (Ejem. las normas con carácter legal de la potestad sancionadora de un organismo regulador), luego, las normas especiales de este Título que contienen la unificación de todo procedimiento sancionador del Estado, y, finalmente, el régimen ordinario de todo procedimiento administrativo que esta misma Ley contiene.*"

En este sentido, se debe indicar que la responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas y las dictadas por el Osinergmin recae en la recurrente, en su calidad de titular del Registro, artículo 23° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD³ en concordancia con el artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM⁴, ambos normas especiales aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por Osinergmin, los cuales establecen que la responsabilidad administrativa por incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás normas bajo el ámbito de competencia de Osinergmin es objetiva, norma especial que regula las funciones otorgadas a esta entidad, entre las cuales se encuentran la función normativa y la sancionadora.

En este sentido, mediante Memorandum N° GL-469-2012 de fecha 17 de setiembre de 2012, la Gerencia Legal de Osinergmin, señaló que las normas especiales de la entidad prevalecen respecto

² MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima, 2007. Octava Edición, Primera reimpresión, 2009. Pág. 658

³ **Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 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. (...)

⁴ **Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM**

Artículo 89.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva.

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 422-2018-OS/OR TUMBES**

de aquellas normas contenidas en la 27444 que regulan tanto los procedimientos ordinarios como los procedimientos especiales, los cuales solo se aplicarán de manera supletoria en los casos no previstos y en aquellos que no sean tratados de forma distintas.

En consecuencia, de conformidad con los criterios expuestos, la responsabilidad objetiva en los procedimientos administrativos sancionadores de Osinergmin ha sido contemplada en el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, norma especial aplicable al presente caso y emitida conforme a los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa regulada en el TUO de la Ley 27444. Asimismo, la responsabilidad objetiva se encuentra prevista en la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin; por cuanto, se observa que el marco normativo especial que regula estos procedimientos sancionadores ha establecido de forma expresa el criterio de responsabilidad objetiva.

Asimismo, el artículo 50-b del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM, modificado por el artículo 5º del Decreto Supremo N° 012-2007-EM, establece que para acciones de supervisión y fiscalización, entre otras, los establecimientos de venta al público de combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad de los combustibles comercializados, dentro de las actividades que les corresponda en la cadena de comercialización, esta también es una norma especial aplicable al presente caso y emitida conforme a los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa regulada en la Ley N° 27444.

Respecto de las sentencias recaídas en los expedientes 2050-2002-AA/TC y 2192-2004-AA/TC del 16 de abril de 2003 y 11 de octubre de 2004, se debe tener en cuenta que dichas sentencias, son referidas a temas diferentes, no haciéndose alusión a la normativa especial que se ha detallado en los párrafos precedentes, no constituyendo precedente alguno, respecto de la materia bajo análisis; por cuanto, su invocación no merece ser amparado.

Por lo tanto, la aplicación de la responsabilidad objetiva en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin no contraviene el marco legal vigente, ni vulnera ningún principio del debido procedimiento, toda vez que se encuentra regulada en una normativa especial, a la que se encuentra sujeto este tipo de procedimientos; en este orden de ideas, lo argumentado por la empresa fiscalizada, no corresponde ser amparado.

- 3.5. En relación a lo expuesto en los numerales 2.1.10, 2.1.11 y 2.1.12 al ser argumentos meramente declarativos, realizado por la empresa fiscalizada, no ameritan mayor análisis.
- 3.6. En relación a lo expuesto en el numeral 2.1.13 cabe señalar que el principio de presunción de licitud regulado en el numeral 9 del artículo 246º del TUO de la Ley N° 27444⁵ admite prueba en contrario, y en el presente caso, al haberse constatado que la empresa **G & ES Grifos y Estaciones de Servicios S.A.C.**, la cual opera el establecimiento ubicado en Av. Panamericana Norte Km 1292, distrito Aguas Verdes, provincia Zarumilla y departamento de Tumbes, con Registro de Hidrocarburos N° 6889-050-040717, comercializaba combustible Diesel B5 sin cumplir con las especificaciones técnicas vigentes de calidad respecto con el Punto de Inflamación y Contenido

⁵ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 422-2018-OS/OR TUMBES**

FAME establecida en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM; ha quedado acreditada la responsabilidad de la empresa fiscalizada por la infracción administrativa y por tanto desvirtuada la presunción de veracidad, por lo que no corresponde amparar lo argumentado.

- 3.7. En relación a lo expuesto en los numerales 2.1.14, 2.1.15, 2.1.19, 2.1.20 y 2.1.21, cabe señalar que si bien el TUO de la Ley N° 27444 regula el principio de culpabilidad⁶, sin embargo se debe indicar tal como señala Morón Urbina, anteriormente señalado, que el procedimiento administrativo sancionador es un procedimiento especial es decir que se rige por su normativa especial, la cual es emitida conforme a los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa regulada en la Ley N° 27444 y las garantías que se le otorgan al administrado, con el fin de tener una decisión fundada en derecho.

Por lo tanto, la aplicación de la responsabilidad objetiva en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de Osinergmin no contraviene el marco legal vigente ni las garantías al debido procedimiento, toda vez que se encuentra regulada en una normativa especial a la que se encuentra sujeto este tipo de procedimientos tal como se desarrolló en el numeral 3.4 del presente.

- 3.8. Respecto a lo alegado en el numeral 2.1.22, cabe precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se ha tramitado respetando las garantías del debido procedimiento, las cuales implican el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer pruebas y a recibir una decisión motivada y fundada en derecho.

De acuerdo a lo expuesto, la empresa fiscalizada ha podido ejercer válidamente su derecho de defensa, presentando sus descargos al inicio del presente procedimiento y ofreciendo los medios probatorios que consideró pertinentes; por lo que la recurrente ha podido desplegar plenamente todas las facultades que el debido procedimiento le otorga, por lo que la solicitud respecto al archivo del presente procedimiento resulta improcedente.

- 3.9. En ese sentido, habiendo quedado acreditada la responsabilidad de la empresa fiscalizada respecto a la comisión de la infracción administrativa que es materia del presente procedimiento, corresponde determinar la sanción correspondiente.

4. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PROPUESTA

4.1. Determinación de la sanción del Combustible Diesel B5 – Punto de Inflamación

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 aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, disponen las sanciones que podrán aplicarse por las infracciones administrativas verificadas en el presente procedimiento sancionador, conforme se detalla a continuación:

⁶ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 422-2018-OS/OR TUMBES**

Respecto al ensayo del Punto de Inflamación, la muestra del combustible Diesel B5, arrojó un resultado 40.5°C, conforme a la muestra obtenida del establecimiento fiscalizado y evaluada en el laboratorio respectivo; debiendo tener un mínimo de 52.0°C, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

A través de la Resolución de Gerencia General N° 352 y modificatorias, se aprobaron los Criterios Específicos de Sanción que se tomarán en cuenta para la aplicación, entre otros, del 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, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD y modificatorias, estableciendo como Escala de Sanciones para incumplimientos por comercializar Diesel B5 con menor punto de inflamación que su valor nominal, corresponde aplicar de acuerdo a los referidos criterios la siguiente multa por la infracción verificada en el presente procedimiento administrativo sancionador, conforme al siguiente detalle:

Sanción por variación en el Punto de Inflamación Diesel B5 (en UIT)

| Gradualidad | Capacidad Total de Almacenamiento del producto (Galones) | | |
|---------------------------|--|------------------|---------|
| | <0 - 5,000> | <5,001 – 10,000> | >10,000 |
| De -3.8°C a -5.0°C | 3.4 | 10.1 | 13.5 |
| De -5.1 °C a 7.0 °C | 4.6 | 13.9 | 18.6 |
| De -7.1 °C Vol. a -10.0°C | 6.6 | 19.7 | 26.2 |
| De -10.1° a menos | 8.4 | 25.3 | 33.8 |

En el presente caso se ha constatado que ha existido una disminución del Punto de Inflamación de -11.5°C, respecto del Punto de Inflamación que según especificación es de 52.0°C, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM. En ese sentido, tomando en consideración lo indicado en los párrafos precedentes y habiéndose verificado que la capacidad de almacenamiento del Tanque N° 1, que contiene el Diesel B5 es de 500 galones⁷, correspondería aplicar a la empresa fiscalizada como sanción una multa de ocho con cuatro décimas (8.4) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago.

4.2. Determinación de la sanción del Combustible DIESEL B5 – Contenido FAME

En el presente caso se ha constatado que el ensayo del contenido FAME, respecto del combustible Diesel B5 arrojó un resultado de 0.05% Vol. en el Contenido Fame, conforme al resultado de la muestra, tomada en el establecimiento fiscalizado, evaluada en el laboratorio respectivo, debiendo tener un mínimo de 5.0% Vol., de acuerdo a lo establecido en las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el Contenido Fame establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.

A través de la Resolución de Gerencia General N° 352⁸ y modificatorias, se aprobaron los Criterios Específicos de Sanción que se tomarán en cuenta para la aplicación, entre otros, del 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, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD y modificatorias, que incluye aquellos que serán aplicables para determinar la sanción por no cumplir con las especificaciones técnicas vigentes de calidad

⁷ Conforme lo indicado en el Registro de Hidrocarburos N° 6889-050-040717.

⁸ Verificándose entre otras la realizada por la Gerencia General N° 134-2014-OS/GG de fecha 29 de setiembre de 2014.

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

relacionadas con el Contenido Fame establecidos en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, conforme al siguiente detalle:

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 |

En ese sentido, tomando en consideración los párrafos precedentes y habiéndose verificado que la capacidad de almacenamiento del Tanque N° 1, que contiene el Diesel B5 es de 5000 galones, corresponde aplicar a la empresa fiscalizada como sanción una multa de dos con seis décimas (2.6) Unidades Impositivas Tributarias (UITs) vigente a la fecha de pago.

MULTA APLICABLE: Del análisis anteriormente descrito, se concluye que las sanciones económicas a aplicar a la empresa **G & ES Grifos y Estaciones de Servicios S.A.C.** es la siguiente:

| Combustible evaluado | Ensayo | Resultado | Multa en UIT |
|-----------------------|--------------------------|-----------|--------------|
| Diesel B5 | Punto de Inflamación, °C | 40.0°C | 8.4 |
| Diesel B5 | Contenido de Fame | 0.05% | 2.6 |
| Total de Multa | | | 11.0 |

De conformidad con lo establecido en el artículo 13° literal c) de la Ley de Creación de Osinergmin, Ley N° 26734, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y modificatorias, la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, el 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, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS y la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar improcedente la solicitud de la empresa fiscalizada, referida a la solicitud de archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, en merito a los argumentos esgrimidos en el presente informe.

Artículo 2°. - **SANCIONAR** a la empresa **G & ES Grifos y Estaciones de Servicios S.A.C.** con una multa de ocho con cuatro décimas (**8.4**) Unidad Impositiva Tributaria vigente a la fecha de pago, por no cumplir el combustible de Diesel B5 con las especificaciones técnicas vigentes de calidad, respecto del Punto de Inflamación. Asimismo, la imposición de la presente sanción no exime a la administrada del cumplimiento de la obligación que ha sido objeto del presente procedimiento.

Código de pago de infracción: 17-00141558-01

Artículo 3°. - **SANCIONAR** a la empresa **G & ES Grifos y Estaciones de Servicios S.A.C.** con una multa de dos con seis décimas (**2.6**) Unidades Impositivas Tributarias vigente a la fecha de pago, por no cumplir el combustible de Diesel B5 con las especificaciones técnicas vigentes de calidad, respecto del Contenido

**RESOLUCIÓN DE OFICINAS REGIONALES
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 422-2018-OS/OR TUMBES**

FAME. Asimismo, la imposición de la presente sanción no exime a la administrada del cumplimiento de la obligación que ha sido objeto del presente procedimiento.

Código de pago de infracción: 17-00141558-02

Artículo 4º.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 193-1510302-0-75 del Banco del Crédito del Perú, o en la cuenta recaudadora N° 000-3967417 del Banco Scotiabank S.A.A., importe que deberá cancelarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al Osinergmin del pago realizado.

Artículo 5º.- De conformidad con el numeral 26.3 del artículo 26° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, la multa establecida en la presente Resolución se reducirán en un 10% si se cancela el monto de la misma dentro del plazo fijado en el artículo anterior y la sancionada se abstiene del derecho de impugnar administrativa y judicialmente la presente Resolución.

Artículo 6º.- NOTIFICAR a la empresa fiscalizada el contenido de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese,

«image:osifirma»

**JEFE DE OFICINA REGIONAL TUMBES
OSINERGMIN**