

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 298-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 18 de setiembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700170167 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa GRIFO SAN JUAN S.R.L., representada por el señor Javier Ramírez Díaz, contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 1284-2018-OS/OR-LORETO del 17 de mayo de 2018, a través de la cual se la sancionó por incumplir las especificaciones técnicas de calidad vigentes aplicables a los combustibles líquidos.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1284-2018-OS/OR-LORETO de fecha 17 de mayo de 2018, la Oficina Regional Loreto sancionó a la empresa GRIFO SAN JUAN S.R.L., en adelante GRIFO SAN JUAN, con una multa de 4.2 (cuatro con dos décimas) UIT por incumplir el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, y el Reglamento de Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM y sus modificatorias, conforme al siguiente detalle:



INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM y artículo 51° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM ¹	2.7 ³	4.2 UIT

¹ Decreto Supremo N° 021-2007-EM.

Artículo 11.- Calidad del Alcohol Carburante, Biodiesel B100, Gasohol y Diesel BX.

Las características técnicas o especificaciones de calidad del Alcohol Carburante y del Biodiesel B100 se establecen en el artículo 5 del presente Reglamento. La calidad de estos productos debe ser garantizada por el productor mediante un certificado de calidad.

Las características técnicas o especificaciones de calidad que deben cumplir el Gasohol y el Diesel BX serán establecidas por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial.

Decreto Supremo N° 045-2001-EM

Artículo 51. - Calidad de los Combustibles

La clasificación, características o especificaciones y estándares de calidad de los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, de origen nacional o importado deberán cumplir con la última versión de las normas NTP respectivas, y para aquello no previsto en las normas citadas, deberán cumplir con la Norma ASTM respectiva.

En el caso de normas NTP aprobadas con posterioridad a la vigencia del presente Reglamento, el MEM establecerá la fecha en que serán aplicadas.

Mediante la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM, publicada el 10 de abril de 2008 se aprobaron las especificaciones relativas a la calidad y métodos de ensayo para medir las propiedades de los combustibles Diesel B2, Diesel B5 y Diesel B20. De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, que modificó el artículo 4° del Decreto Supremo N° 041-2005-EM, que a su vez modificó el Decreto Supremo N° 025-2005-EM, el punto de inflamación Pinsky Martens del Diésel B5 (antes Diésel B2), es como mínimo de 52°C.

³ 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.

Base Legal: Decreto Supremo N° 025-2005-EM. D.S 045-2001-EM. Arts. 5°, 6° Inciso b), 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12° y 13° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM y modificatorias. Resolución N° 133-2014-OS/CD, entre otras.

Sanción: Hasta 2,000 UIT

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

Se verificó que el combustible Diesel B5 que comercializa en su establecimiento no cumple con las especificaciones técnicas de calidad relacionadas con el parámetro punto de inflamación ² .		
TOTAL		4.2 UIT¹



Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 21 de octubre de 2017 se realizó la visita de supervisión al establecimiento operado por la empresa GRIFO SAN JUAN S.R.L., ubicado en [REDACTED], con el propósito de realizar el control de calidad de los combustibles líquidos que comercializan en dicho establecimiento.

En tal sentido, conforme se desprende del Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos y/o sus Mezclas con Biocombustibles en Grifos y Estaciones de Servicios N° 02-001922-CC-RPB-2017, en adelante Acta de Supervisión, obrante a fojas 9 del expediente, se procedió a la toma de muestra, entre otros, de Diesel B5 para su análisis en laboratorio.



- b) A través del Oficio N° 504-2018-OS/OR-LORETO notificado el 19 de febrero de 2018, se comunicó a GRIFO SAN JUAN el inicio del procedimiento administrativo sancionador, otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos y solicite, de considerarlo necesario, el ensayo de dirimencia. A dicho Oficio se adjuntó el Informe de Instrucción N° 338-2018-OS/OR LORETO y el Informe de Ensayo N° 1145-2017 y su Comentario Técnico emitido por la empresa Marcoconsult S.A.C.
- c) Por escrito presentado el 20 de febrero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700170167, GRIFO SAN JUAN presentó un escrito de reconocimiento por la infracción imputada.
- d) Mediante Oficio N° 1671-2018-OS/OR-LORETO notificado con fecha 20 de marzo de 2018, se trasladó a la administrada el Informe Final de Instrucción N° 615-2018-OS/OR-LORETO del 9 de marzo de 2018, y se le otorga el plazo de cinco (5) días hábiles para remitir sus descargos.
- e) Con escrito del 27 de marzo de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700170167, GRIFO SAN JUAN presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- f) Mediante la Resolución N° 1284-2018-OS/OR-LORETO⁵ se concluyó que la sanción económica a aplicar a la recurrente, considerando el factor atenuante consistente en la reducción del 50% en la determinación de la sanción, era de 4.2 (cuatro con dos décimas) UIT.

² De acuerdo al Informe de Ensayo N° 1145-2017 de fecha 2 de octubre de 2015, expedida por el laboratorio de la empresa Marcoconsult S.A.C. con Registro N° LE-075, obrante a fojas 15 y 16 del expediente, la muestra de Diesel B5 tomada en el grifo operado por la empresa GRIFO SAN JUAN arrojó como resultado un valor de <40°C en el parámetro punto de inflamación; incumpliendo el valor mínimo de 52°C aplicable a dicho parámetro.

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 de fecha 19 de agosto de 2011, modificada por la Resolución de Gerencia General N° 285 de fecha 27 de diciembre de 2013. Asimismo, se consideró lo dispuesto en la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

⁵ En la Resolución N° 1284-2018-OS/OR-LORETO se determinó nuevamente el monto de la sanción a imponer a GRIFO SAN JUAN considerando la normatividad correcta.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito del 11 de junio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700170167, la empresa GRIFO SAN JUAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1284-2018-OS/OR-LORETO de fecha 17 de mayo de 2018, en atención a los siguientes fundamentos:

Respecto a la supuesta infracción imputada

- a) Señala que la responsabilidad debió ser atribuida a [REDACTED] quien es la encargada de abastecer combustible a su empresa, por lo que debería garantizar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de calidad del producto.
- b) Asimismo, indica que no tuvo la intención de transgredir la norma, de obtener un beneficio adicional por el producto o de efectuar alguna maniobra malintencionada que alterara los estándares de calidad del combustible que distribuir a sus clientes.
- c) Además, agrega que la sanción impuesta es excesiva y le genera un grave perjuicio económico que podría repercutir en la estabilidad financiera de su familia y empresa.
3. A través del Memorándum DSR-914-2018-OS/OR-LORETO, recibido con fecha 6 de julio de 2018, la Oficina Regional Loreto remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

4. Sobre el particular, cabe señalar que en el literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del 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 evaluar los descargos.” (Subrayado nuestro)

Adicionalmente, es importante precisar que en la sesión plena realizada el 3 de octubre de 2017, los vocales del TASTEM debatieron en torno a la aplicación del beneficio de reducción de la sanción por reconocimiento de la comisión de la infracción, acordando por unanimidad los siguientes criterios resolutivos:

-
- Si a pesar de reconocer la comisión de la infracción, el administrado apela la resolución sancionadora, el recurso de apelación corresponde ser evaluado por el TASTEM, al no habersele otorgado normativamente los efectos de un acto que pone fin al procedimiento administrativo.
 - La determinación de si el administrado mantendrá o perderá el beneficio del 50% de descuento en la multa por haber reconocido la infracción, se realizará en función de los siguientes supuestos:
 - (i) Perderá el beneficio si al apelar cuestiona la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción.
 - (ii) Perderá el beneficio si solo cuestiona el importe de la multa pero tenía conocimiento de la multa a ser impuesta cuando reconoció la infracción (por tratarse de una multa tasada, habersele indicado en la imputación de cargos o haberse publicado criterios específicos sobre su graduación).
 - (iii) Mantendrá el beneficio si al apelar solo cuestiona el importe de la multa impuesta que no conocía al efectuar el reconocimiento, pues recién sería graduada en el informe final de instrucción y lo perderá en caso que al conocerlo, lo apele. (Subrayado nuestro)

Ahora bien, en este caso, mediante el escrito del 20 de febrero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700170167, la empresa GRIFO SAN JUAN presentó su reconocimiento de responsabilidad a fin de acogerse al beneficio del 50%. No obstante, a través del escrito del 11 de junio de 2018 presentó recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1284-2018-OS/OR-LORETO, cuestionando su responsabilidad en la comisión de la infracción.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponderá a este Tribunal la evaluación del recurso administrativo. Asimismo, al haber presentado argumentos relacionados con la responsabilidad en la comisión de la infracción, el beneficio por reconocimiento de responsabilidad otorgado queda sin efecto.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la supuesta infracción imputada

5. En cuanto a lo señalado en los literales a) al c) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que de acuerdo a lo previsto en el numeral 4.1 del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 045-2001-EM, y modificatorias, la cadena de comercialización comprende al productor, distribuidor mayorista, distribuidor minorista y

establecimiento de venta al público de combustibles.⁶ (Subrayado agregado)

Por su parte, el numeral 4.7 del artículo 4° del mismo Reglamento, establece que los Establecimientos de Venta al Público de Combustibles comprende a las Estaciones de Servicios, Grifos, Grifos Flotantes, Grifos en Vía Pública, Puestos de Venta Rural, Grifos de kerosene y Puestos de Venta Rural de Kerosene (Subrayado agregado).

Además, conforme al artículo 50-b del citado Reglamento, para los efectos de las acciones de supervisión y fiscalización, los Productores, Importadores en Tránsito, Operadores de Plantas de Abastecimiento, Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto y Terminales, Distribuidores Mayoristas, Comercializadores de Combustible para Embarcaciones, Comercializadores de Combustible de Aviación, Distribuidores Minoristas, Transportistas y Establecimientos de Venta al Público de Combustibles asumen plena responsabilidad por la calidad y cantidad de los combustibles comercializados, dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización⁷ (Subrayado agregado).

En virtud de ello, aun cuando la empresa [REDACTED] sea quien abastece de combustibles al establecimiento de la recurrente, ello no lo exonera de responsabilidad por el ilícito imputado toda vez que de acuerdo al Reglamento citado, cada uno de los agentes de la cadena de comercialización de hidrocarburos responde por la calidad de los productos que comercializa dentro de la actividad que les corresponde en dicha cadena; por lo tanto, es responsable por la calidad del Diesel B5 que comercializa.

En efecto, al acreditarse que el Diesel B5 comercializado por la administrada incumplía las especificaciones técnicas vigentes de calidad conforme consta en el Informe de Ensayo N° 1145-2017, emitido por el laboratorio Marcoconsult S.A.C. que dio como resultado para la muestra de Diesel B5 tomada en la visita de supervisión del 21 de octubre de 2017 un punto de inflamación de <40.0°C, quedó evidenciada la responsabilidad objetiva de GRIFO SAN JUAN en la comisión de la infracción al artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM y al artículo 51° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 045-2001-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM.

Por otro lado, se debe indicar que los proveedores de combustibles también son responsables por la calidad de los combustibles que abastecen a sus clientes en el marco de la actividad de hidrocarburos que realizan. Por ello, en el ejercicio de sus facultades OSINERGMIN realiza visitas de supervisión de forma aleatoria e inopinada en los diferentes niveles de la cadena de comercialización para verificar el cumplimiento de las normas de calidad de combustibles, de conformidad al artículo 80° de su Reglamento General aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM que establece las facultades de investigación para el desarrollo de sus funciones, entre ellas, la facultad de realizar inspecciones en los locales de las empresas bajo su ámbito y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos entre otros, en concordancia con el artículo 5° de la Ley N° 27332 y la Ley N° 26734 que disponen las facultades fiscalizadoras y sancionadoras de este Organismo Regulador.

⁶ Conforme a la Consulta del Registro de Hidrocarburos que obra a fojas 14 del expediente.

⁷ Decreto Supremo N° 045-2001-EM y modificatorias

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



Respecto a que la multa es excesiva se debe precisar que la infracción administrativa determinada resulta sancionable de acuerdo al numeral 2.7 del Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobado por Resolución N° 271-2012-OS/CD, el cual tipifica la infracción por el incumplimiento de las normas de calidad de hidrocarburos u otros productos derivados de los hidrocarburos y de calidad de Biocombustibles y sus mezclas, disponiendo como sanciones una multa de hasta 2000 (dos mil) UIT, así como el cierre del establecimiento, la suspensión temporal de actividades, la suspensión definitiva de actividades, el retiro de instalaciones y/o equipos, el comiso de bienes o el internamiento temporal de vehículos. (Subrayado agregado).



De igual manera, resultan aplicables al caso concreto los criterios específicos de sanción establecidos en la Resolución de Gerencia General N° 352, publicada el 26 de agosto de 2011 en el Diario Oficial "El Peruano", modificada por la Resolución de Gerencia General N° 285, publicada el 5 de enero de 2014, la cual establece criterios de gradualidad en virtud del resultado de desviación del parámetro especificado de calidad y la capacidad total de almacenamiento del producto analizado (galones). Debe precisarse que dichos criterios son concordantes con aquellos contemplados en el Principio de Razonabilidad, previstos en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

En el presente caso, tal como se indicó en la resolución apelada, la Resolución de Gerencia General N° 352 modificada por la Resolución N° 285, ha previsto lo siguiente: Ante un establecimiento con capacidad de almacenamiento del producto cuestionado entre 0 a 5000 galones, cuando el punto de inflamación⁸ disminuya de -10.1°C a menos, la multa es de 8.4 (ocho con cuatro décimas) UIT.

En tal sentido, se advierte que la sanción de 8.4 (ocho con cuatro décimas) UIT para la presente infracción es la expresamente prevista por nuestro ordenamiento para casos como el presentado en este procedimiento administrativo sancionador; por lo que prever sanciones distintas a las señaladas por la norma, en virtud a la capacidad económica del administrado, 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, en mérito del cual la autoridad administrativa se encuentra obligada a otorgar el mismo trato a todos los administrados sin incurrir en ningún tipo de discriminación.

Con relación a que no tuvo intención de incumplir la norma o de obtener algún beneficio adicional, se debe precisar que cualquier acto que implique incumplimiento a las normas de competencia de OSINERGMIN, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable determinable de manera objetiva. En ese sentido, basta la verificación de la

⁸ La multa se determinó de la siguiente manera:

D. Escala de Sanciones para incumplimientos por comercializar un Diesel BX con menor punto de inflamación que un valor nominal, sin presentar disminución en el contenido de Azufre.

Sanción por variación en el Punto de Inflamación/Diesel B5, Diesel B5 S-50 (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 a -10,0°C	6.6	19.7	26.2
De -10,1°C a menos	8.4	25.3	33.8

De acuerdo la consulta en línea en la web institucional de OSINERGMIN, GRIFO SAN JUAN con Registro de Hidrocarburos 108749-050-051014 cuenta con una capacidad de almacenamiento de 2300 galones para el producto Diesel B5.

RESOLUCIÓN N° 298-2018-OS/TASTEM-S2

infracción tipificada como tal, para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, sin que se requiera evaluar elementos de tipo subjetivo como la intencionalidad.

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

Además, es importante señalar que, de acuerdo al Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos aprobado por el Decreto Supremo N° 045-2001-EM y modificatorias, los Grifos asumen plena responsabilidad por la calidad de los combustibles comercializados dentro de la actividad que les corresponda en la cadena de comercialización. En ese sentido, el combustible que comercializa la recurrente en su calidad de Grifo inscrito en el Registro de Hidrocarburos de OSINERGMIN, se encuentra sujeto a la observancia de la normativa del subsector hidrocarburos que establece las especificaciones técnicas de calidad relacionadas con el punto de inflamación.

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

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.1.1) 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° 1284-2018-OS/OR-LORETO de fecha 17 de mayo de 2018.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa GRIFO SAN JUAN S.R.L. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1284-2018-OS/OR-LORETO de fecha 17 de mayo de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 3°.- El monto de la multa queda determinada en 8.4 (ocho con cuatro décimas) UIT, de acuerdo a lo resuelto en el artículo 1° de la presente resolución.

Artículo 4°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.



JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

