

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 348-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 02 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600012102 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa EMGESA S.A.C. representada por el señor Miguel Montesinos Mansilla, contra la Resolución de Oficinas Regionales OSINERGMIN N° 1877-2016-OS/OR PUNO del 25 de junio de 2016, 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° 1877-2016-OS/OR PUNO de fecha 25 de junio de 2016, la Oficina Regional de Puno sancionó a la empresa EMGESA S.A.C., en adelante EMGESA, con una multa de 19.7 (diecinueve con siete décimas) UIT por incumplir el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 11° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM ¹ Se verificó que el combustible Diesel B5 S50 que comercializa en su establecimiento no cumple con las especificaciones técnicas de calidad relacionadas con el parámetro punto de inflamación ² .	Numeral 2.7 ³	19.7 T ⁴
TOTAL		19.7 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.

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. A través del Decreto Supremo N° 092-2009-EM, se dispuso que el punto de inflamación del combustible Diesel B5 es de 52°C como mínimo.

² De acuerdo al Informe de Ensayo N° 0165-2016 de fecha 10 de mayo de 2016, expedida por el laboratorio de ensayo acreditado Marconsult S.A.C. con Registro N° LE-075, obrante a fojas 51 del expediente, la muestra de Diesel B5 S50, tomada en el grifo operado por la empresa EMGESA S.A.C. arrojó como resultado un valor de 42.0°C en el parámetro punto de inflamación; incumpliendo el valor mínimo de 52°C aplicable a dicho parámetro.

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.

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° 285-2013-OS/GG de fecha 27 de diciembre de 2013, que para el presente caso es la pauta de sanción específica más favorable a la administrada.

Como antecedentes cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 27 de enero de 2016, se realizó la visita de supervisión al establecimiento, ubicado en [REDACTED] cuyo responsable es EMGESA, 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° 02-002526-CC-ACR-2015, en adelante Acta de Supervisión, obrante a fojas 2 del expediente, se procedió a la toma de muestra, entre otros, de Diesel B5 S50 para su análisis en laboratorio.

- b) Mediante escrito de registro N° 201600029513 de fecha 26 de febrero de 2016, el laboratorio Intertek Testing Services Perú S.A., acreditado por el Organismo Peruano de Acreditación INACAL – DA con Registro N° LE-016, en adelante INACAL, remitió el Informe de Ensayo N° 1028H/16 de fecha 19 de febrero de 2016, obrante de fojas 23 a 26 del expediente, con los resultados del análisis de la muestra tomada.

- c) Con Oficio N° 557-2016-OS/OR-PUNO notificado el 21 de marzo de 2016, se comunicó a EMGESA 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.

- d) Por escrito de fecha 5 de abril de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600012102, EMGESA solicitó ampliación del plazo para presentar sus descargos. Asimismo, con escrito de fecha 6 de abril de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600012102, EMGESA solicitó la realización del ensayo de dirimencia.

- e) Mediante Oficio N° 1103-OS/OR-PUNO, notificado a EMGESA el 12 de abril de 2016, la Oficina Regional Puno dio respuesta a los escritos del 5 y 6 de abril de 2016, señalando que en virtud del artículo 16° del Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas aprobado por Resolución N° 133-2014-OS/CD, en adelante el Procedimiento de Control de Calidad, si bien solicitó en forma expresa el ensayo de dirimencia, no adjuntó el original o copia del recibo de cancelación por el costo de dicho ensayo. En ese sentido, se le informó que la dirimencia se realizará en el laboratorio de la empresa Marine Consultants S.A.C. – Marconsult S.A.C., concediéndosele el plazo de dos (2) días hábiles, a partir de la notificación de dicho oficio, para que cumplan con la remisión en copia de la factura correspondiente al pago del ensayo respectivo, a fin que se coordine la fecha de su ejecución.

- f) A través del escrito de fecha 14 de abril de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600012102, EMGESA remitió la factura correspondiente al pago por el análisis del ensayo de dirimencia en el laboratorio Marine Consultants S.A.C. – Marconsult S.A.C.

- g) Mediante el Oficio N° 346-2016-OS/OR PUNO notificado a la recurrente el 9 de mayo de 2016,

se comunicó que el ensayo de dirimencia se efectuaría el 10 de mayo de 2016 a las 10:00 horas en la dirección del laboratorio de Marine Consultants S.A.C.

- 
- h) De acuerdo al Informe de Dirimencia N° 732-2017-OS/OR- LIMA SUR de fecha 26 de mayo de 2016, que obra de fojas 52 a 58 del expediente, el 10 de mayo de 2016 se llevó a cabo el ensayo de dirimencia antes citado, levantándose el Acta de Dirimencia para determinar la Calidad de Combustibles N° 06-2016-AD-DSR, en presencia de los representantes de OSINERGMIN y EMGESA. En dicho informe se analizó lo consignado en la mencionada acta, recomendándose continuar con el presente procedimiento administrativo sancionador.
- i) En el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 1644-2016-OS/OR PUNO se realizó el análisis de los actuados en el expediente y se sancionó mediante la citada Resolución N° 1877-2016-OS/OR PUNO.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 
2. Con escrito del 20 de julio de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600012102, EMGESA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1877-2016-OS/OR PUNO de fecha 25 de junio de 2016, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

Respecto a que no se cumplió el Procedimiento de Control de Calidad y el informe de ensayo de la muestra de dirimencia es incompleto lo cual vulnera el debido procedimiento

- a) EMGESA refiere que en el Oficio N° 577-2016-OS/OR-PUNO mediante el cual le comunicaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador se consignó la dirección de la página web en la que figurarían los laboratorios acreditados ante INDECOPI para la realización del ensayo de dirimencia. Asimismo, indicaron como nota en el referido oficio que el laboratorio acreditado ante INDECOPI para la determinación de número de octano y contenido de etanol es SGS del Perú S.A.C. – SGS, ubicado en [REDACTED]

Sin embargo, indica que, al remitirse al citado enlace, no obtuvo resultado alguno. Adjunta la impresión de pantalla a fin de acreditar su afirmación. Además, al contactarse con el laboratorio indicado en la nota del Oficio, le indicaron que no realizaban el análisis del punto de inflamación, sino la determinación del número de octano y contenido de etanol.

Por lo tanto, agrega que se le ha inducido a error al consignar un enlace web inoperativo y datos de un laboratorio que no corresponden al objeto de la prueba de dirimencia solicitada.

Sostiene que, dadas las indicaciones poco orientativas del referido oficio, procedió a solicitar el ensayo de dirimencia el 6 de abril de 2016, para lo cual mediante el Oficio N 1103-OS/OR-PUNO le solicitaron adjuntar el comprobante de pago a efectos de realizar dicho análisis, indicándole además, que el ensayo será realizado por el laboratorio de la empresa Marine Consultant S.A.C. – Marcoconsults S.A.C., acreditado por INACAL. En ese sentido, manifiesta que no se ha cumplido lo dispuesto en el numeral b) del artículo 16° del Procedimiento de Control de

Calidad, ya que fue la Oficina Regional Puno, quien designó de manera unilateral el laboratorio encargado de realizar la dirimencia solicitada por su empresa, cuando dicha facultad es un derecho reservado al solicitante.



b) De otro lado, refiere que el Informe de Ensayo emitido por Marconsult S.A.C. es incompleto, pues únicamente se limita a indicar el punto de inflamación del combustible en 42°C sin expresar hallazgos de sustancias o mezclas con otro producto que pudiera determinar el referido parámetro fuera del estándar, lo cual se hubiera podido obtener con un análisis de destilación.

c) Señala que en el Acta de Supervisión no existe una descripción de la toma de muestras, recipientes, medidas, precintos, forma de sellado y hermeticidad, tal como lo establece el numeral 12.3 del artículo 12° del Procedimiento de Control de Calidad, según el cual la toma debe realizarse con cierre hermético previo al uso del papel engomado a fin de evitar la alteración de la muestra.



d) Por otra parte, argumenta que en el transporte de los hidrocarburos a sus estaciones de servicios se verifican las especificaciones técnicas y de seguridad, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Seguridad para el Transporte de Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo N° 026-94-EM y demás normas y reglamentos aplicables.

e) Asimismo, indica que se debe considerar lo resuelto en la Resolución N° 373-2009-OS/TASTEM, que declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por INVERSIONES A & V S.A., contra la Resolución N° 5631-2006-OS/GG, y en consecuencia la nulidad de dicho acto administrativo por vulneración del Principio del Debido Procedimiento, disponiendo el archivo definitivo del expediente vinculado al procedimiento administrativo sancionador.

f) En consecuencia, sostiene que se han vulnerado los Principios de Debido Procedimiento y Verdad Material, así como su derecho a decidir la entidad que realizaría el ensayo dirimente e inducirlo a error, lo que configura causales de nulidad, conforme a lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que se debe disponer el archivo del presente procedimiento.

3. A través del Memorándum N° 64-2016-OS/OR PUNO, recibido con fecha 31 de agosto de 2016, la Oficina Regional de Puno remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la inobservancia del Procedimiento de Control de Calidad y el informe de ensayo de la muestra de dirimencia es incompleto lo cual vulnera el debido procedimiento

4. En cuanto a lo sostenido en los literales a) y f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el T.U.O. de la citada Ley, establece que 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 conferidas⁵.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el T.U.O. de la citada Ley, los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.⁶

Ahora bien, en su recurso de apelación EMGESA manifiesta lo siguiente:

- i) Se ha incumplido lo dispuesto en el literal b) del artículo 16° del Procedimiento de Control de Calidad ya que no se le dio la opción para elegir el laboratorio donde se efectuaría el ensayo de dirimencia.
- ii) Se le ha brindado información errada en el Oficio N° 577-2016-OS/OR-PUNO, mediante el cual le comunicaron el inicio del procedimiento administrativo sancionado, toda vez que el enlace web consignado en este documento no arrojó ningún resultado respecto al listado de los laboratorios acreditados ante INDECOPI para efectuar el ensayo de dirimencia y, además, le indicaron datos de un laboratorio que no corresponden al objeto de la prueba de dirimencia solicitada

Respecto al ítem i), cabe indicar que el literal b) del artículo 16° del Anexo 1 del Procedimiento de Control de Calidad dispuso que:

"b) El ensayo de Dirimencia se realizará por una Entidad Acreditada distinta a la que efectuó el primer ensayo y seleccionada por la Unidad Operativa Supervisada de una lista de Entidades Acreditadas propuesta por OSINERGMIN; listado que se adjuntará al oficio mediante el cual se comunica los resultados de la primera Muestra analizada por el laboratorio. En caso no exista otro laboratorio que ejecute el ensayo de Dirimencia, o si existiese, pero éste se negase o se

⁵ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-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:

1.1. 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.

⁶ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-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: (...)

1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)"

abstuviera de ejecutar la Dirimencia, ésta se realizará en el laboratorio que analizó la Muestra inicial aplicando la Reproducibilidad del método de ensayo.” (Subrayado agregado)



De la lectura de la norma antes citada tenemos que el agente supervisado tiene el derecho de elegir la entidad acreditada donde se realizará el ensayo de dirimencia.

En este caso, se advierte que en el Oficio N° 1103-OS/OR-PUNO a través del cual solicitaron a EMGESA que presente el recibo de cancelación del ensayo de la dirimencia solicitada, le comunicaron directamente que el ensayo se realizaría en el laboratorio de la empresa Marine Consultant S.A.C. – Marcoconsults S.A.C. Sin embargo, de la búsqueda efectuada en el portal web institucional del Instituto Nacional de la Calidad – INACAL, se puede advertir que existen tres (3) laboratorios que efectúan el ensayo de punto de inflamación para Biodiesel: Intertek Testing (entidad donde se efectuó el primer ensayo de la muestra tomada durante la visita de supervisión), SGS del Perú y Marine Consultant S.A.C. – Marcoconsults S.A.C.



En ese sentido, a efectos que la recurrente pudiese elegir adecuadamente el laboratorio de su elección, la primera instancia debió detallar cuáles eran los laboratorios acreditados ante el INACAL para la realización del ensayo de dirimencia referido al punto de inflamación o, de ser el caso, sustentar cuál de estos reunía las condiciones técnicas para su realización; sin embargo, esto no sucedió, restringiendo la posibilidad que EMGESA cuente con todos los elementos de juicio y ejerza debidamente su derecho de defensa.

Respecto al ítem ii), es importante precisar que el literal b) del artículo 16° del Anexo 1 del Procedimiento de Control de Calidad también establece como obligación de la primera instancia informar el listado de las entidades acreditadas para efectuar el ensayo de dirimencia o, de ser el caso, comunicar si para dicha prueba sólo se encuentra acreditada la entidad que realizó el primer análisis.

Sobre el particular, en el Oficio N° 557-2016-OS/OR-PUNO mediante el cual se comunicó a EMGESA el inicio del procedimiento administrativo sancionador y su derecho a solicitar, de considerarlo necesario, el ensayo de dirimencia, se consignó textualmente la siguiente anotación:

“Nota

El laboratorio acreditado ante INDECOPI, para la determinación del Número de Octano y Contenido de Etanol, se indica a continuación:

*· **SGS del Perú S.A.C. – SGS***

[REDACTED] (Negritas agregadas)

Como se puede observar el citado documento contiene información errada, ya que se debió comunicar el o los laboratorios acreditados para la realización del ensayo de punto de inflamación, que es el parámetro de calidad por el cual le iniciaron el presente procedimiento administrativo sancionador. (Subrayado agregado)

Asimismo, en el Oficio N° 557-2016-OS/OR-PUNO se informó a EMGESA sobre un enlace web (<http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/servicios/normalizacion/LabDeEnsayo.pdf>) en el

cual se podría observar los laboratorios acreditados. Cabe señalar que se ha podido verificar que dicho enlace no está operativo, por lo que la administrada no pudo acceder a la información relacionada a los laboratorios acreditados.



Adicionalmente, se debe indicar que la recurrente en su apelación adjuntó una captura de pantalla de la búsqueda que realizó al enlace web proporcionado por la primera instancia, de la cual se observa que no pudo obtener resultado alguno.

Además, desde la fecha de realización del primer ensayo de la muestra de Diesel B5 S50 tomada durante la visita de supervisión, la entidad encargada de acreditar los laboratorios de las empresas era INACAL y no INDECOPI, tal como se observa del Informe de Ensayo N° 1028H/16 de fecha 19 de febrero de 2016, obrante de fojas 23 a 26 del expediente, emitido por Intertek Testing Services Perú S.A., en el que se consignó que se encontraba acreditado por INACAL – DA con Registro N° LE-016. Por lo tanto, la información que se le debió brindar a la administrada debió estar vinculada a aquella proporcionada por el INACAL, lo cual no ocurrió.



En ese orden de ideas, se constata que la información contenida en los Oficios N° 557-2016-OS/OR-PUNO y N° 1103-OS/OR-PUNO no cumple con las condiciones exigidas por el literal b) del artículo 16° del Anexo 1 del Procedimiento de Control de Calidad, lo cual vulnera los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, así como el derecho de defensa de la administrada.

Por lo anterior, dada la vulneración a los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, la nulidad de la Resolución de Oficinas Regionales N° 1877-2016-OS/OR PUNO de fecha 25 de junio de 2016, así como el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, por haber incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 y modificatorias⁷.

5. En atención a lo expuesto en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre los argumentos expuestos en los literales b) al e) del numeral 2 de la presente resolución.

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°. - Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación presentado por la empresa EMGESA S.A.C. contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1877-2016-OS/OR PUNO del 25 de junio de 2016; y, en consecuencia, la **NULIDAD** del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201600012102, disponiéndose su **ARCHIVO** por las razones expuestas en la parte considerativa de

⁷ Ley N° 27444

Artículo 10.- Causales de nulidad

"Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

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

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 348-2018-OS/TASTEM-SZ

la presente resolución.



Artículo 2°.- Poner en conocimiento al Jefe de Oficinas Regionales, 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.

Artículo 3°.- 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