

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 349-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 02 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201300006569¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por PETRÓLEOS DEL PERÚ-PETROPERÚ S.A., representada por el señor Ricardo Rodríguez Mendoza, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 6181 de fecha 17 de mayo de 2011, que declaró fundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 010573 de fecha 10 de marzo de 2011, mediante la cual se le sancionó con multa por no cumplir las especificaciones técnicas de calidad establecidas en el Decreto Supremo N° 041-2005-EM modificado por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con el artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 010573 de fecha 10 de marzo de 2011, la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos sancionó a la empresa PETROLEOS DEL PERÚ S.A.-PETROPERÚ S.A., en adelante PETROPERÚ, con una multa de 79.31 (setenta y nueve con treinta y un centésimas) UIT, por incumplir el artículo 4° del Decreto Supremo N° 041-2005-EM modificado por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con el artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM; conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al artículo 4° del Decreto Supremo N° 041-2005-EM modificado por	2.7 ⁴	79.31 UIT

¹ Cabe indicar que el presente procedimiento se inició con el Expediente N° 182258. Posteriormente, algunos documentos del presente expediente han sido ingresados con los Registros N° 201000033310, 201100000631, 201100045663 y 201100091048, los cuales están relacionados al SIGED N° 201300006569.

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

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

Multa: Hasta 2,000 UIT.

Decreto Supremo N° 092-2009-EM ² , en concordancia con artículo 11° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM ³ .		
Se detectó que el combustible Diésel B2 S-50 que comercializaba en su establecimiento no cumplía las especificaciones técnicas de calidad vigentes, arrojando en la prueba. Contenido de Ésteres Metílicos de Ácidos Grasos (FAME) < 0.05 % Vol.		
MULTA TOTAL		79.31 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- Según consta en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Biocombustibles y/o del Volumen en sus Mezclas N° 325-CCBIO-GFHL-2010, en la visita de supervisión realizada el 27 de setiembre de 2010 al establecimiento ubicado en [REDACTED] operado por PETROPERÚ, se procedió a realizar la toma de muestras respectivas de los combustibles Diésel B2 y Diésel B2 S-50.
- En el Informe Técnico de Sanción N° 182258 se concluye que la muestra del combustible Diésel B2 S-50 no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM que modifica el Decreto Supremo N° 041-2005-EM.
- Mediante Oficio N° 13203-2010-OS-GFHL/UOE de fecha 22 de noviembre de 2010, notificado el 31 de noviembre de 2010, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador a PETROPERÚ otorgándole un plazo de diez (10) días útiles contados a partir del día siguiente de notificada para que presente sus descargos.
- A través del escrito de registro N° 201000033310 de fecha 09 de diciembre de 2010, la recurrente formuló sus descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- Con Oficio N° 14626-2010-OS-GFHL7UOE de fecha 13 de diciembre de 2010, recibido el 30

² Decreto Supremo N° 041-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 092-2009-EM y la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.
Decreto Supremo N° 041-2005-EM.

"Artículo 4.- De la puesta en vigencia de especificaciones técnicas
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	

(...)"

ESPECIFICACIONES DE CALIDAD DEL DIESEL B2 (*) (DB2 S-50)					
CARACTERÍSTICAS	ESPECIFICACIONES		MÉTODOS DE ENSAYO		
	Mínimo	Máximo	ASTM	ISO	UNE EN
Contenido, % Vol.	2 (***)		D7371		14078

(***) A partir del 01 de enero de 2011, el contenido de B100 será 5 % en volumen

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

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

³ Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Artículo 11.- Calidad del Alcohol Carburante, Biodiesel B100, Gasohol y Diésel 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 Diésel BX serán establecidas por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial.

de diciembre de 2010, se otorgó a la empresa fiscalizada el plazo de dos (2) días hábiles a fin de que cumpla con acreditar la representación del funcionario que firmó el escrito indicado en el numeral precedente.



- f) Mediante escrito de registro N° 201100000631 de fecha 04 de enero de 2011, la empresa fiscalizada cumple con acreditar la representación requerida.
- g) A través de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 010573 de fecha 10 de marzo de 2011, notificada el 21 de marzo de 2011, se sancionó a PETROPERÚ con una multa de setenta y nueve con treinta y un centésimas (79.31) UIT.
- h) Con el escrito de registro N° 201100045663 de fecha 8 de abril de 2011, la administrada interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización e Hidrocarburos Líquidos N° 010573.
- i) Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 6181 de fecha 17 de mayo de 2011, notificada el 24 de junio de 2011, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto.
- j) A través del Oficio N° 2565-2012-OS-GFHL/UOE notificado el 28 de marzo de 2012, se solicitó a la administrada remita el registro de movimientos de productos correspondiente al producto Diésel 2 S-50 en el período comprendido entre el mes de enero de 2010 hasta el mes de julio de 2011 y los correspondientes Reportes de Análisis de Laboratorio del referido producto donde se verifique la fecha de análisis y el número de tanque respectivo suscrita y validada por el funcionario responsable del área correspondiente, otorgándole un plazo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada para que presente la documentación solicitada.
- k) Con el escrito de registro N° 201200047448 de fecha 30 de marzo de 2012, la administrada presentó sus descargos a lo solicitado mediante Oficio N° 2565-2012-OS-GFHL/UOE.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201100091048 de fecha 15 de julio de 2011, PETROPERU interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 6181 de fecha 17 de mayo de 2011, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre el supuesto incumplimiento por parte de OSINERGMIN de las normas de hidrocarburos en el procedimiento de supervisión y fiscalización.

- a) Indica que la toma de muestras para efectuar el análisis del combustible debió efectuarse en la cisterna, toda vez que es el punto donde la gasolina se encuentra lista para despacho y por consiguiente la única ubicación donde se puede conseguir el combustible Biodiesel B5 S-50.

Al respecto, manifiesta que lo señalado en el numeral 3.9 de la resolución impugnada no se ajusta a la verdad, al haberse demostrado que OSINERGMIN no cumplió con establecido en el Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, por lo cual, la

sanción impuesta deviene en ineficaz, adolece de nulidad y carece de efecto jurídico alguno.



- b) Asimismo, señala que la Planta de Ventas Conchán despacha segregadamente dos tipos de Biodiesel (alto y bajo azufre), entre ellos el Diésel B5 S-50, con un contenido de azufre de 50 ppm, según consta en los tickets de medición que obran en el expediente.

El despacho de Diésel B5 S-50 se realiza desde el Tanque N° 54, el cual almacena Diésel S-50 puro y el Tanque N° 53 que almacena biodiesel B-100, produciéndose la mezcla de ambos productos en línea, mediante el controlador de despacho Accuolad III, el cual setea la inyección de 5% de Biodiesel B 100; cumpliendo con los estándares de calidad que señala la norma.

Respecto al método de mezcla en línea, el cual está contemplado en el artículo 13° del Decreto Supremo N° 021-2007-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 046-2008-EM, se realiza en la terminal de almacenamiento, en el brazo de carga del camión cisterna mediante el método denominado "mezcla splash" y que dicho método es empleado en vista que en la Planta de Ventas Conchán no es posible inyectar Biodiesel B 100 al Tanque N° 54, ya que no cuenta con un sistema de tuberías para inyectar el Biodiesel, ni tampoco cuenta con un sistema de mezcla que permita una mezcla homogénea en el propio tanque; por tanto, operativamente es imposible que el Tanque N° 54 contenga la cuota de Biodiesel B-100 requerida por la norma vigente.



- c) Señala que si el ensayo del laboratorio se hubiera efectuado de una muestra del producto que se encontraba en la cisterna, por ser el único punto donde se puede conseguir el combustible Biodiesel B5 S-50 apto para el despacho luego de efectuada la mezcla en línea, se hubiera acreditado que el combustible que expende el establecimiento cumple con los requerimientos de calidad.

Sobre la no indicación de observaciones en el Acta de Supervisión del 27 de octubre de 2010

- d) Señala que no obstante que en el Acta de Supervisión N° 325-CCBIO-GFHL-2010 del 27 de setiembre de 2010 no se consignó la observación efectuada por el supervisor de PETROPERU, respecto a que el Biodiesel se adiciona en línea; sin embargo, ello no implica que el combustible almacenado en el Tanque N° 54 esté listo para el despacho.

Por consiguiente, no corresponde sancionar a PETROPERU por una infracción que nunca se produjo ya que se originó debido a una omisión involuntaria por parte del supervisor de turno de la administrada al no consignar por escrito que la mezcla se realiza en línea.

Sobre el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles, Plantas, Terminales y Refinerías N° 02-014-CC-GFHL-2011.

- e) Indica que lo señalado en el numeral 3.3 de la resolución impugnada, respecto a que se comercializaba combustible Diésel B2 S-50 desde el Tanque N° 54 es inexacto, toda vez que en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles, Plantas, Terminales y Refinerías N° 02-014-CC-GFHL-2011 del 15 de marzo de 2011 se consignó que el combustible almacenado en dicho tanque aún no contaba con la cuota de B100, la cual se

le adiciona en línea, para proceder posteriormente a despachar el producto. Refiere que realizó esa observación en el acta de esta supervisión.



- f) Manifiesta que, no obstante haber presentado como medio probatorio el Acta indicada en el párrafo anterior; sin embargo, ésta no ha sido tomada en cuenta como medio probatorio que desvirtúe la imputación efectuada y sin motivar debidamente su decisión se resolvió otorgándole absoluta validez al Acta de Supervisión N° 325-CCBIO-GFHL-2010, al amparo de lo dispuesto en el numeral 22.5 del artículo 22° de la Resolución de Consejo Directivo N° 233-2009-OS-CD, aun cuando dicho medio probatorio admitía prueba en contrario.

Sobre la vulneración del Principio de Verdad Material

- g) Señala que las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad.

En ese sentido, la administrada considera que no se le debió sancionar sobre la base de presunciones recaídas en Actas de Supervisión cuyo valor probatorio es relativo y que han sido desvirtuadas a lo largo del procedimiento, por lo cual en su escrito impugnativo demuestra fehacientemente que PETROPERÚ reiteradamente ha manifestado que el combustible almacenado en el Tanque N° 54 no es apto para el despacho, por tratarse de uno de los depósitos desde los cuales se dispensan combustibles para la mezcla en línea previa a despacho.

Al respecto, señala haber solicitado se lleve a cabo un nuevo muestreo del producto apto para su venta, una vez efectuada la mezcla en línea correspondiente, a fin de demostrar que el combustible expedido cumple con los requerimientos de calidad.

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Tipicidad.

- h) Manifiesta que se le atribuye la comisión de una infracción referida a la comercialización de combustibles que no cumplen con las condiciones de calidad requeridas; sin embargo, en ningún momento OSINERGMIN ha demostrado que el Tanque N° 54 contenía combustible cuyo destino era el despacho.

Por el contrario, en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles, Plantas, Terminales y Refinerías N° 02-014-CC-GFHL-2011 hace constar que el combustible almacenado en el Tanque N° 54 iba a ser mezclado con B100 para efectos de su posterior comercialización; por lo cual, los numerales 3.3 y siguientes de la resolución impugnada constituyen un despropósito mayor al pretender imputarle a PETROPERÚ hechos que no tienen asidero en la realidad y que carecen de tipicidad.

En ese sentido, al no producirse la hipótesis de incidencia descrita en la norma, no se ha configurado la tipicidad de la infracción, por lo tanto, no se ha cometido la falta administrativa, con correspondiendo ser pasible de sanción o multa.



- 
3. A través del Memorándum N° GFHL/DOP-2095-2011, recibido con fecha 02 de agosto de 2011, la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
 4. Mediante el Memorándum N° STOR-507-2011, de fecha 10 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos devolvió el Expediente materia de análisis a la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos, a fin de que remita opinión técnica.
 5. A través del Memorándum N° DSR-1683-2016, recibido con fecha 05 de enero de 2017, la División de Supervisión Regional remitió al TASTEM el expediente materia de análisis

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el supuesto incumplimiento por parte de OSINERGMIN de las normas de hidrocarburos en el procedimiento de supervisión y fiscalización

- 
6. Respecto de lo alegado en los literales a), b), c), d), e), f), g) y h) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que el Principio de Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 (en adelante LPAG), norma vigente al momento de la emisión de la resolución de sanción, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho .

De allí, que el derecho de defensa garantice al administrado la posibilidad de contradecir y formular argumentos de descargo en defensa de sus derechos e intereses legítimos, acompañando el respectivo sustento probatorio, dentro del procedimiento administrativo sancionador, siendo que dicho derecho se verá afectado cuando el administrado se vea imposibilitado de ejercer plenamente los medios de defensa que le franquea la ley.

Aunado a ello, en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores constituye deber de la autoridad realizar todas las actuaciones probatorias que resulten necesarias para acreditar la ocurrencia de los hechos imputados a título de infracción. (Subrayado nuestro)

Adicionalmente, es conveniente mencionar que el Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la LPAG, en concordancia con el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencias en contrario. Dicha presunción garantiza al administrado la absolución de responsabilidad en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable, esto es, si de la evidencia actuada en el procedimiento administrativo sancionador no se llega a formar convicción sobre la ilicitud del accionar y la culpabilidad del administrativo, lo cual ha ocurrido en el presente caso.

Por ello, corresponde determinar si los medios probatorios actuados en el presente procedimiento permiten acreditar plenamente que el combustible Diésel B2 S-50 que comercializaba la empresa PETROPERÚ en la Planta de Ventas Conchán incumplía con las especificaciones técnicas de calidad vigentes de manera objetiva y que se actuó conforme al debido procedimiento.



En ese sentido, de acuerdo a lo señalado en el literal b) del artículo 6° del Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM⁵, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 064-2008-EM, la fiscalización de la calidad de los biocombustibles será realizada por el OSINERGMIN en el punto donde las empresas productoras de biocombustibles entregan sus productos.

Al respecto, se debe precisar que de la revisión del Acta de Supervisión de Control de Calidad de Biocombustibles y/o del Volumen en sus Mezclas N° 325-CCBIO-GFHL-2010 de fecha 27 de setiembre de 2010, el supervisor consignó que la muestra de B2 S-50 fue tomada del Tanque N° 54; es decir, no se tomaron las muestras en el punto de despacho de la Planta de Ventas, por lo cual dicho combustible no se encontraba listo para la comercialización conforme se describe en el literal b) del artículo 6° del Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM, lo que es determinante para la imputación de la infracción, pues la verificación de la calidad del Diésel B2 S-50 en el punto de despacho de dicho combustible es la única forma de conocer si estaba listo para la comercialización.



Cabe señalar que el 14 de octubre de 2010 se realizó una nueva supervisión de control de calidad a la Planta de Ventas Conchán, emitiéndose el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Biocombustibles y/o del Volumen en sus Mezclas N° 332-CCBIO-GFHL-2010, donde se aprecia que igualmente se tomaron muestras de combustible Diésel B2 S-50 del Tanque N° 54.

Asimismo, se debe precisar que en el Informe Técnico de Sanción N° 182258 de fecha 19 de noviembre de 2010, obrante de fojas 18 a 19 del expediente, no se indica que las muestras de Diésel B2 S-50 fueron tomadas del punto de despacho de la Planta de Ventas Conchán. Solamente se menciona que las muestras fueron tomadas del Tanque N° 54 en presencia del señor [REDACTED]. Tampoco existen medios probatorios que demuestren que el Tanque N° 54 era el punto de despacho del combustible Diésel B2 S-50, lo cual era necesario acreditar antes de tomar las muestras de Biodiesel B2 S-50.

Es importante señalar que en relación a lo argumentado por PETROPERÚ respecto al sistema de mezcla en línea utilizado por la planta para conseguir el combustible Biodiesel B2 S-50, dicho argumento no ha sido desvirtuado por el órgano de primera instancia, limitándose a señalar en el numeral 3.4 de la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 6181 que *"el día de la visita de fiscalización al establecimiento de la empresa recurrente, OSINERGMIN siguió a cabalidad las labores de supervisión de control de calidad, debiéndose resaltar que al momento de la visita se constató que el Tanque N° 54 comercializaba combustible Diésel B2 S-50, lo cual fue corroborado al levantarse el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Biocombustibles y/o del Volumen en sus Mezclas N° 325-CCBIO-GFHL-2010, la misma que fue firmada en señal de conformidad por el supervisor de*

⁵ Decreto Supremo N° 021-2007-EM

Artículo 6.- Ámbito de aplicación, alcances y órganos competentes

(...)

"b) El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), es el organismo público encargado de la supervisión y fiscalización del cumplimiento del presente Reglamento, en lo que respecta a la comercialización y a la calidad de los Biocombustibles (Alcohol Carburante y Biodiesel B100) y de sus mezclas con gasolinas y Diesel N° 2; así como de la emisión del Informe Técnico Favorable (ITF) correspondiente a las modificaciones y/o ampliaciones de las instalaciones que sean necesarias efectuar para la comercialización de estos productos. La competencia del OSINERGMIN empieza en las Refinerías y en las Plantas de Abastecimiento, lugares donde se realizarán las mezclas.

La fiscalización de la calidad de los biocombustibles será realizada por el OSINERGMIN en el punto donde las empresas productoras de biocombustibles entregan sus productos."

guardia del establecimiento, señor [REDACTED] sin que el mismo hubiera realizado ninguna observación respecto al producto almacenado en el referido tanque”.

En tal sentido, en el presente caso se ha verificado que no se ha cumplido con el procedimiento de fiscalización de la calidad de los biocombustibles señalado en el literal b) del artículo 6° del Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-EM, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 064-2008-EM para determinar la comisión de la infracción, por lo que se debe estimar lo alegado por la administrada, correspondiendo declarar fundado el recurso de apelación y en consecuencia disponer el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador.



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 **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por PETRÓLEOS DEL PERÚ – PETROPERÚ S.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 6181 de fecha 17 de mayo de 2011 que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 010573 de fecha 10 de marzo de 2011, en consecuencia, disponer el **ARCHIVO** del procedimiento administrativo sancionador, conforme a las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo 2°.- 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