

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 358-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 15 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700011183 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MAPLE GAS CORPORATION DEL PERÚ S.R.L., representada por el señor Juan Diego Bonilla Acosta, contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1612-2017-OS/OR-UCAYALI de fecha 02 de octubre de 2017, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM y la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1612-2017-OS/OR-UCAYALI, la Oficina Regional de Ucayali sancionó a la empresa MAPLE GAS CORPORATION DEL PERÚ S.R.L., en adelante MAPLE GAS, con una multa de 10.42 (diez con cuarenta y dos centésimas) UIT por incumplir el Decreto Supremo N° 092-2009-EM en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM y la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al Decreto Supremo N° 092-2009-EM ¹ , en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM ² y la Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD ³ .	2.7 ⁴	10.42 UIT

¹ Decreto Supremo N° 092-2009-EM

Artículo 1.- Modificación del artículo 4 del 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	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 (...)"

² Resolución Ministerial N° 165-2008-EM

Artículo 1.- Establecer que la calidad de los combustibles Diesel B2, Diesel B5 y Diesel B20, debe cumplir la especificación del Diesel N° 2 aprobada mediante Decreto Supremo N° 025-2005-EM y sus modificatorias. El organismo competente realizará auditorías a fin de verificar el balance volumétrico entre el Biodiesel B100 adquirido o vendido y las mezclas de Diesel BX adquiridas o vendidas.

Artículo 2.- Establecer que los métodos de ensayo a ser usados para medir las propiedades de los combustibles Diesel B2, Diesel B5 y Diesel B20, sean aquellos aplicables al Diesel N° 2 que aprueba el Decreto Supremo N° 025-2005-EM y sus modificatorias.

De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, que modificó el artículo 4º del Decreto Supremo N° 041-2005-EM, que a su vez modificó el Decreto Supremo N° 025-2005-EM, el punto de inflamación Pensky Martens del Diésel B5 (antes Diésel B2), es como mínimo de 52º C. y el parámetro de azufre máximo permitido es 50 ppm.

³ Resolución de Consejo Directivo N° 133-2014-OS/CD

Procedimiento de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas

"Artículo 16.- Procedimiento de Dirimencia

RESOLUCIÓN N° 358-2018-OS/TASTEM-S2

El combustible Diésel B5 no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionadas con el contenido de FAME.		
MULTA TOTAL		10.42 UIT ⁵

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 24 de enero de 2017 se realizó la visita de supervisión al establecimiento ubicado en Comandante Barrera N° 201, distrito de Callería, provincia Coronel Portillo y departamento de Ucayali, cuyo responsable es la empresa MAPLE GAS, con el propósito de realizar el control de calidad del combustible que se comercializa en dicho establecimiento.

Al respecto, conforme consta en el Acta de Supervisión de Control de Calidad de Combustibles Líquidos, Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, Biocombustibles y sus Mezclas en Refinerías, Plantas de Abastecimiento Terminales, Transportistas, Distribuidores Minoristas y demás Unidades Operativas en los que producen, almacenan despachan, transportan y comercializan dichos productos N° 01-000035-CC-LFM-2017 de la misma fecha, en adelante el Acta de Supervisión, obrante a fojas 2 del expediente, se procedió a realizar la toma de la muestra respectiva del combustible Gasolina 84, Petróleo Industrial N° 6 y Diésel B5 para su respectivo análisis.

- b) Con fecha 03 de febrero de 2017, el laboratorio de ensayo Intertek Testing Services Perú S.A. (en adelante Intertek), acreditado por el Servicio Nacional de Acreditación del INDECOPI con Registro N° LE-016, emitió el Informe de Ensayo N° 0841H/17, obrante a fojas 6 del expediente, con los resultados del análisis de la muestra tomada.

En caso el Supervisado se encuentre conforme con los resultados obtenidos de la muestra analizada por el laboratorio, podrá proceder de la siguiente manera:

- a) Solicitar por escrito y de forma expresa e indubitable el ensayo de Dirimencia ante Osinergmin, dentro del plazo perentorio e improrrogable de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de los resultados del análisis de la Muestra efectuado por el laboratorio, asumiendo los costos del ensayo, y de ser caso, el traslado de la Muestra. En dicha solicitud, el Supervisado deberá adjuntar copia del comprobante de pago de cancelación del costo del ensayo de Dirimencia emitido por el laboratorio.

(....)

- d) Una vez presentada la solicitud por parte del Supervisado, acreditando el cumplimiento de lo expuesto en el literal a), la Muestra Dirimente será trasladada por un representante de Osinergmin y un representante del Supervisado, en caso así lo requiera este último, al laboratorio seleccionado para efectuar la Dirimencia, a fin que puedan presenciarse. El resultado que arroje este ensayo es definitivo y será considerado por Osinergmin a efectos de iniciar o continuar las acciones legales a que hubiere lugar. Si el resultado cumple con las Especificaciones Técnicas, el Supervisado podrá solicitar a Osinergmin el reconocimiento del gasto realizado por el ensayo de Dirimencia; dicho gasto deberá referirse de acuerdo a los parámetros establecidos para rendición de gastos de funcionarios públicos del Decreto Supremo N° 007-2013-EF o norma que lo sustituya. (...).

- 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.

Base legal:

Art. 6º, 36º y 42º del Reglamento aprobado por D.S. N° 01-94-EM

Arts. 87º, 109º, 113º y 117º del Reglamento aprobado por D.S. N° 019-97-EM

Arts. 70º, 86º incisos g) y e), y 7ma. Disposición Complementaria del Reglamento aprobado por D.S. N° 030-98-EM

Art. 1º del D.S. N° 019-98-MTC

Arts. 51º, 53º y 55º del Reglamento aprobado por D.S. N° 045-2001-EM

Decreto Supremo N° 025-2005-EM

R.C.D. N° 400-2006-OS/CD

Arts. 5º, 6º inciso b), 7º, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-EM y modificatorias

R.C.D. N° 382-2008-OS/CD

R.C.D. N° 206-2009-OS/CD

Arts. 2º, 4º y 5º de la Ley N° 28694

Multa: Hasta 2,000 UIT.

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

⁵ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción se aplicó el criterio específico de sanción establecido en la Resolución de Gerencia General N° 352-2011 de fecha 19 de agosto de 2011 y modificatorias.

RESOLUCIÓN N° 358-2018-OS/TASTEM-S2

- c) En el Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 192-2017-OS/OR-UCAYALI de fecha 28 de febrero de 2017, se concluyó que el combustible Diesel B5 no cumplía con las especificaciones técnicas vigentes de calidad relacionada con el Contenido de FAME establecidas en el Decreto Supremo N° 092-2009-EM, en concordancia con la Resolución Ministerial N° 165-2008-MEM/DM.
- d) A través del Oficio N° 336-2017-OS/OR UCAYALI, notificado con fecha 03 de marzo de 2017, se comunicó a MAPLE GAS el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntándose el Acta N° 01-000035-CC-LFM-2017, el Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 192-2017-OS/OR UCAYALI y el Informe de Ensayo N° 0841H/17 emitido por el laboratorio de Intertek Testing Services Perú S.A. con su respectivo Comentario Técnico, otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos y/o solicite el ensayo de dirimencia de considerarlo conveniente.
- e) Mediante escrito de registro N° 201700011183 de fecha 14 de marzo de 2017, la administrada solicitó la realización del ensayo de dirimencia.
- f) Por escrito de registro N° 201700011183 de fecha 17 de marzo de 2017, la administrada presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- g) Con fecha 06 de abril de 2017 se realizó el ensayo de dirimencia en las instalaciones del laboratorio de Intertek Testing Services Perú S.A. con la presencia de los representantes de OSINERGMIN y MAPLE GAS según consta en el Acta de Dirimencia para determinar la Calidad de Combustibles, obrante a fojas 136 del expediente.
- h) Con Oficio N° 301-2017-OS/OR UCAYALI notificado el 21 de julio de 2017, se trasladó el Informe Final de Instrucción N° 675-2017-OS/OR-UCAYALI, otorgándose al administrado un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado el referido informe para que presente sus descargos.
- i) Mediante escrito de registro N° 201700011183 de fecha 01 de agosto de 2017, la administrada presentó sus descargos al citado Informe Final de Instrucción.
- j) Por Resolución de Oficinas Regionales N° 1612-2017-OS/OR UCAYALI de fecha 02 de octubre de 2017, notificada el 04 de octubre de 2017, se sancionó a MAPLE GAS con una multa de 10.42 (diez con cuarenta y dos centésimas) UIT.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201700011183 de fecha 25 de octubre de 2017, MAPLE GAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1612-2017-OS/OR-UCAYALI de fecha 02 de octubre de 2017, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre el incumplimiento a las normas de calidad de combustibles

- a) La administrada indica que la primera instancia no se ha pronunciado respecto de todos los argumentos presentados en su escrito de descargos al Informe Final de instrucción N° 675-2017-OS/OR-UCAYALI.

RESOLUCIÓN N° 358-2018-OS/TASTEM-S2

- b) Señala que el incumplimiento detectado corresponde a un hecho aislado, prueba de ello es que en los últimos años no han sido sancionados por OSINERGMIN por el mismo incumplimiento.

Sustenta dicha afirmación mediante los ensayos realizados a combustibles diésel proveniente del control de calidad efectuado en refinerías y plantas correspondientes a los años 2014 y 2015.

- c) Señala como posible causa del incumplimiento que la calidad del Diésel B5 se debió al Biodiesel B100 de baja calidad, constituyendo un hecho aislado y fortuito.

Sobre el particular, sostiene que la empresa está comprometida con garantizar la calidad de sus productos, por lo que procederá a realizar exámenes bimensuales a sus productos a fin de determinar y comprobar la calidad de los mismos a fin de que cumplan con los estándares establecidos.

- d) Alega que OSINERGMIN no ha considerado las medidas correctivas que ha adoptado con la finalidad de que su combustible cumpla con todos los estándares de calidad.

Por lo tanto, indica que esta entidad debe considerar como un atenuante las medidas correctivas que ha ejecutado para evitar situaciones similares.

Sobre el cálculo de la multa

- e) Señala que en el cálculo de la multa debió considerarse el volumen vendido en el mes en el cual se realizó la supervisión, es decir, en enero de 2017, en vista que OSINERGMIN no tiene medios probatorios para afirmar que se vendió un combustible por debajo de los estándares de calidad en los meses anteriores a la supervisión.

En consecuencia, no corresponde considerar los meses anteriores para el cálculo del valor económico del daño; caso contrario, ello implicaría una vulneración al Principio del Debido Procedimiento.

Al respecto, en la resolución impugnada la primera instancia se limita a realizar el cálculo de la multa considerando el volumen correspondiente al mes de enero de 2017, concluyendo que con la ganancia ilícita resultaría una multa de 18.54 (dieciocho con cincuenta y cuatro centésimas) UIT que, de aplicarse, sería menos favorable para la recurrente que la efectivamente impuesta en este caso.

De otro lado, señala que se omitió aplicar el 5% del daño total al momento de realizar el cálculo del valor económico del citado factor. En ese sentido, de aplicarse el 5% del daño, se obtendría una multa de 0.927 UIT.

3. A través del Memorándum N° DSR-1633-2017, recibido con fecha 17 de noviembre de 2017, la Oficina Regional de Ucayali remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el incumplimiento a las normas de calidad de combustibles

4. Respecto a lo señalado en los literales a), b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que de acuerdo a lo establecido en 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, 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.



De conformidad con la norma citada, MAPLE GAS es responsable por la calidad de los combustibles comercializados dentro de la actividad que realiza en la cadena de comercialización: Planta de Abastecimiento, con independencia de los factores que hubiesen determinado los resultados de la muestra fuera de especificación, que según alega sería un Biodiesel B100 de baja calidad. (Subrayado nuestro)

Asimismo, sobre lo alegado por la administrada respecto a que los resultados obtenidos de la muestra de Diesel B5 fueron consecuencia de una situación fortuita, cabe indicar que MAPLE GAS no ha remitido medio probatorio alguno que acredite que el incumplimiento a las normas calidad vigentes se deba a una situación de caso fortuito o fuerza mayor.



Por lo expuesto y, toda vez que del ensayo de dirimencia realizado con fecha 06 de abril de 2017 se verificó que la muestra de Diesel B5 tomada del establecimiento operado por MAPLE GAS dio como resultado 2.36% Vol. en el Contenido de FAME, encontrándose fuera de especificación para el Método de Ensayo UNE-EN 14078:14 (5% Vol.), se ha acreditado que la administrada incurrió en infracción al numeral 2.7 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD.

En consecuencia y, considerando que MAPLE GAS no ha remitido medio probatorio alguno que desvirtúe la infracción debidamente acreditada por esta entidad, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación interpuesto.

5. Respecto lo indicado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de conformidad con el literal g.3) 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 de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, para los casos de incumplimientos insubsanables (como las infracciones a las normas de control de calidad)⁶, se otorgará el factor atenuante del -5% por la realización de acciones correctivas debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado para cumplir con la obligación

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD
Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN
"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

(...)

15.3. No son pasibles de subsanación:

(...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como normas de control de calidad, control metrológico, peso dentro de cilindros de GLP, (...)" (Subrayado agregado)

RESOLUCIÓN N° 358-2018-OS/TASTEM-S2

infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador⁷.

Sobre el particular, en el presente caso, la administrada no ha adjuntado medio probatorio alguno a su recurso de apelación que acredite la realización de las acciones correctivas alegadas hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento.

Asimismo, cabe mencionar que de la revisión de los actuados del Expediente N° 201700011183, se verifica que MAPLE GAS no ha remitido prueba alguna relacionada a la ejecución de dichas acciones correctivas.

De lo expuesto, no corresponde en el presente caso la aplicación del factor atenuante de -5% por la realización de acciones correctivas, regulado en el literal g.3) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por MAPLE GAS.

Sobre el cálculo de la multa

6. Respecto lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución sobre el cálculo del valor económico del daño, cabe señalar que los criterios específicos de sanción establecidos en la Resolución de Gerencia General N° 352 de fecha 19 de agosto de 2011 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" y modificatorias, al encontrarse la presente infracción asociada a un daño ocasionado a los consumidores, la multa impuesta en la resolución impugnada consideró que el daño consiste en la afectación que se produce en el resto de la cadena de comercialización, teniéndose en cuenta que si en Planta se despacha un combustible que no cumple con las especificaciones de calidad, dicho combustible será comercializado luego en similares condiciones por el resto de agentes de la cadena de comercialización, perjudicando al consumidor final.

La valoración económica del daño asociada a esta infracción se determinó teniéndose en cuenta lo siguiente:

- Que el volumen promedio de la planta para un periodo determinado atendiendo a las últimas visitas de supervisión, es decir la del 26 de mayo del 2016 y la del 24 de enero de 2017. Sin embargo, si dicho período supera un semestre (como en el presente caso), se considerará solamente el volumen de un semestre por ser más favorable para el administrado.

⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"Artículo 25.- Graduación de multas

25.1. En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

(...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

(...)

g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%".

RESOLUCIÓN N° 358-2018-OS/TASTEM-S2

- En la medida que la Planta no vacíe por completo el tanque, siempre existe la posibilidad de que algún remanente sea de baja calidad, por lo que, al volver a llenarse el tanque existe el riesgo de que el nuevo producto se contamine y mantenga una baja calidad.
- De otro lado, si el cálculo de la multa se realizaba siguiendo un enfoque de ganancia ilícita, tomando en consideración las ganancias del mes de enero de 2018, la multa calculada sería de 18.54 (dieciocho con cincuenta y cuatro centésimas) UIT, siendo mayor que la multa impuesta en la resolución impugnada.

En tal sentido, se advierte que la multa impuesta para la presente infracción se obtuvo aplicando la metodología establecida por la Resolución N° 352 para los casos en que no se cuente con criterio específico de sanción.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que imponer a la recurrente una sanción distinta al marco normativo vigente implicaría una vulneración al Principio de Imparcialidad previsto en el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por lo tanto, en atención a lo señalado y, toda vez que se ha cumplido con el debido procedimiento administrativo, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

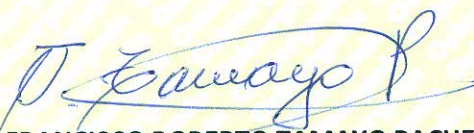
De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y, toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento,

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **MAPLE GAS CORPORATION DEL PERÚ S.R.L.** contra la Resolución de Oficinas Regionales N° 1612-2017-OS/OR-UCAYALI de fecha 02 de octubre de 2017 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

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

