

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 231-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 14 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600099730 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOLGAS S.A.¹, representada por el señor Samuel Arturo Meza Aguirre, contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 2586-2017-OS/DSHL de fecha 20 de diciembre del 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir normas técnicas y de seguridad del sub sector de hidrocarburos.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 2586-2017-OS/DSHL de fecha 20 de diciembre del 2017, la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos, en adelante la DSHL, sancionó a SOLGAS S.A., en adelante SOLGAS con una multa de 31.76 (treinta y uno con setenta y seis centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM y el Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos y modifican diversas disposiciones, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2007-EM, según se detalla en el siguiente cuadro:



Nro.	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 52° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM² Se han identificado cinco (05) cajas de pase tipo condulet en la zona de bombas y áreas estanca de las esferas de GLP que no son para uso en áreas clasificadas.	2.4 ³	0.81 UIT

¹ Antes REPSOL GAS DEL PERU S.A. con RUC 20100176450

² Decreto Supremo N° 052-93-EM Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos
Artículo 52.- El equipo eléctrico deberá cumplir con el Reglamento y haber sido construido de acuerdo a normas nacionales o extranjeras reconocidas. Los equipos e instalaciones eléctricas deberán ser del tipo a prueba de explosión, en lugares donde se almacenen o manejen líquidos y dentro de aquellas zonas o áreas donde puedan existir vapores inflamables.

³ Resolución N° 271-2012-OS/CD.
Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos
Rubro 2. Técnicas y/o Seguridad
2.4 Incumplimiento de las normas sobre instalaciones y/o sistemas eléctricos.
Base legal: Artículo 52° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM.
Multa: Hasta 350 UIT.

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

RESOLUCIÓN N° 231-2018-OS/TASTEM-S2

2	Infracción al inciso f del artículo 206° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 043-2007-EM⁴ Las escaleras de las esferas N° 1 y N° 2 de la Planta de Abastecimiento de GLP, no se encuentran en buen estado de conservación, verificándose que las mismas, están corroídas y con varios peldaños incompletos, resultando intransitables ⁵ .	2.12.5 ⁶	11.95 UIT
3	Infracción al literal b) del artículo 95° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM⁷, en concordancia con el numeral 81.1 del artículo 81° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 043-2007-EM⁸, numeral 11.1.1 de la NFPA 15:2012⁹ y con el numeral 10.2.1 de la NFPA 25:2011¹⁰	2.13.8 ¹¹	13.67 UIT

⁴ Decreto Supremo N° 043-2007-EM Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos Artículo 206.- Medidas de Seguridad para tanques de almacenamiento

Los tanques de almacenamiento además deberán cumplir las siguientes medidas de Seguridad:

(...)

f. Mantener los pisos, peldaños y pasamanos de las escaleras en buen estado de conservación.

⁵ La empresa fiscalizada ha implementado inclusive una línea de vida y el uso de arneses de protección contra caídas, en tanto que dichas escaleras no garantizan la seguridad estructural, y su uso cotidiano podría provocar accidentes a las personas.

⁶ Resolución N° 271-2012-OS/CD.

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

Rubro 2. Técnicas y/o Seguridad

2.12 Incumplimiento de las normas sobre pruebas, inspección, mantenimiento, reparación y/o destrucción, Estudio de Riesgos, Análisis de Seguridad y Sistema de Integridad de Ductos

2.12.5 En Planta de Abastecimiento, Planta de Abastecimiento en Aeropuerto, Terminales y Otros Sistemas de Despacho de Combustible de Aviación.

Base legal: Artículo 206° inciso f. del Reglamento aprobado por D.S. N° 043-2007-EM.

Multa: Hasta 300 UIT.

⁷ Decreto Supremo N° 052-93-EM Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos

Artículo 95.- En las instalaciones para Almacenamiento de Hidrocarburos, se observarán obligatoriamente las siguientes disposiciones:

(...)

b) Todo el material destinado a la lucha contra incendio deberá estar siempre en buen estado de funcionamiento y será inspeccionado frecuentemente. Todos los aparatos extintores, monitores, hidrantes, mangueras, etc., deberán estar señalados e identificados de manera bien visible, mediante pintura de color rojo, carteles, etc., debiendo estar siempre libre el acceso a todos los aparatos y material antes referido.

⁸ Decreto Supremo N° 043-2007-EM Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos

Artículo 81.- Requisitos mínimos para extinción de incendios

81.1 Para la extinción de incendios en instalaciones de Hidrocarburos deben considerarse como elementos o equipos mínimos, además del agua para enfriamiento, los agentes extintores de espuma, polvos químicos secos y otros como dióxido de carbono y líquidos vaporizantes que no afecten a la capa de ozono, siempre y cuando se encuentren de acuerdo a las NTPs 350.043-1 y 350.043-2, para el caso de extintores portátiles; a las normas NFPA 11 y 16, para el caso de los sistemas y agentes de espuma; y, a las normas NFPA 13, 14, 15, 20, 22, 24 y 25, para los sistemas de agua contra incendio en los casos que no exista NTP aplicable.

⁹ NFPA 15:2012

11.1 General

11.1.1 Un sistema de agua pulverizada instalado de acuerdo con esta norma debe mantenerse apropiadamente en concordancia con NFPA 25, Estándar for Inspection, Testing and Maintenance of Water – Based Fire Protection System (Norma para la Inspección Prueba y Mantenimiento de Sistemas para la Protección para Incendios Base - Agua).

¹⁰ NFPA 25:2011

10.2 Procedimientos de Inspección y Mantenimiento

10.2.1 Los componentes descritos en esta sección se deben inspeccionar y mantener con la frecuencia especificada en la Tabla 10.1 y de acuerdo con esta norma y las instrucciones del fabricante

Tabla 10.1 (extracto):

Sistemas de pulverización – Mantenimiento Anual – Referencia 10.2.1.4 Cap. 12 (Se permiten otros intervalos de mantenimiento dependiendo de los resultados de la inspección visual y pruebas de operación).

¹¹ Resolución N° 271-2012-OS/CD.

Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos

Rubro 2. Técnicas y/o Seguridad

2.13 Incumplimiento de las normas sobre instalación y operación de Sistemas Contra incendio (Hidrantes, Sistema de Enfriamiento, Reservas de Agua, Extintores y/o demás)

2.13.8 En Planta de Abastecimiento, Planta de Abastecimiento en Aeropuerto, Terminales y Otros Sistemas de Despacho de Combustible de Aviación.

Base legal: Artículo 95° inciso b) del Reglamento aprobado por D.S. N° 052-93-EM, artículos 80° y 81° del Reglamento aprobado por D.S. N° 043-2007-EM

Multa: Hasta 300 UIT.

	Las estructuras de soporte del sistema de enfriamiento en la esfera N° 1 y en el tanque horizontal T-3 se encuentran debilitadas por corrosión, lo cual evidencia la falta de inspección y mantenimiento.		
4	<p>Infracción al numeral 80.3 del artículo 80° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 043-2007-EM¹², en concordancia con el literal c) del artículo 134° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM¹³, numerales 6.27.6.1 y 6.27.6.2 de la NFPA 58:2014¹⁴ y con el numeral 3.3.19.1 de la NFPA 15:2012¹⁵</p> <p>El sistema de enfriamiento no cuenta con el sistema de activación automática mediante dispositivos de detección de fuego, lo cual incluye, entre otros equipos indicados por las normas NFPA 58 y NFPA 15, la instalación de válvulas de inundación (deluge valves)¹⁶</p>	2.13.8 ¹⁷	5.33 UIT
MULTA			31.76 UIT¹⁸

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fechas 3 y 18 de agosto de 2016, se efectuó una visita de supervisión a las instalaciones de la planta de abastecimiento de GLP, ubicada en Autopista Ventanilla Km 24.5, distrito de Ventanilla de la Provincia Constitucional del Callao, operado por la empresa SOLGAS.

¹² Decreto Supremo N° 043-2007-EM Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos
Artículo 80.- Sistemas de prevención y extinción de incendios

(...)

80.3 A falta de normas nacionales, los sistemas contra incendio, agua para enfriamiento, sistemas mecánicos de aplicación de espumas, anhídrido carbónico, halón o sustituto que no afecte el ambiente, se regirán por las normas NFPA 1, 10, 11, 11A, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 17A, 18, 20, 22, 24, 25, 30, 58, 59, 59 A, 70, 72 u otras comprobadamente equivalentes y aceptadas por el OSINERGMIN.

¹³ Decreto Supremo N° 052-93-EM Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos

Artículo 134.- Las normas que se indican a continuación son de aplicación en el planeamiento, proyecto, construcción, mantenimiento y operación de Instalaciones de Almacenamiento de Hidrocarburos:

(...)

c) Tanques a presión y tanques refrigerados

(...)

"Standard for the Storage and Handling of Liquefied Petroleum Gases" NFPA-58.

¹⁴ NFPA 58:2014

6.27.6.1 Si se utilizan sistemas fijos para pulverización de agua y monitores, estos deberán cumplir con la norma NFPA 15, Norma para sistemas fijo de pulverización de agua para protección contra incendios.

6.27.6.2 Donde se utilicen sistemas fijos para pulverización de agua y monitores, estos deben accionarse automáticamente a través de dispositivos sensibles al fuego y deben también poder ser activados manualmente.

¹⁵ NFPA 15:2012

3.3.19.1 Válvula de Inundación (Deluge Valve). Tipo de válvula de actuación del sistema que se abre por la operación de un sistema de detección instalado en la misma área con las boquillas aspersoras o pulverizadoras o por operación manual remota que suministra agua a todas las boquillas de aspersión.

¹⁶ La definición del numeral 3.3.19.1 de la norma NFPA15:2012 corresponde a la válvula de inundación (deluge valve), que es el dispositivo contemplado en esta normativa capaz de cubrir el requerimiento del numeral 6.27.6.2 de la norma NFPA 58:2014, es decir que pueda accionarse automáticamente y manualmente, y que las instalaciones de la empresa supervisada no tienen.

¹⁷ Ver pie de página 11.

¹⁸ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción se observó lo señalado en el Informe de Determinación de Sanción N° 42-2017-OS-DSHL de fecha 12 de enero de 2017, elaborado por la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos.

De acuerdo al referido Informe, se consideró la Metodología General para la Determinación de Sanciones por Infracciones Administrativas que no cuentan con criterios específicos de sanción, aprobada Resolución de Gerencia General N° 352-2011-OS/GG de fecha 19 de agosto de 2011, así como aquellos previstos en el Reglamento del Procedimiento Administrativo sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, vigente al momento de iniciado el presente procedimiento administrativo sancionador.

- b) Mediante Oficio N° 1822-2016-OS-DSHL notificado el 5 de octubre de 2016, obrante a fojas 105 del expediente, la DSHL comunicó a SOLGAS el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador¹⁹, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado el oficio para presentar sus descargos
- c) A través del escrito de registro N° 201600099730 de fecha 12 de octubre de 2016, SOLGAS presentó sus descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- d) Mediante el Informe Técnico Final de Fiscalización N° 017-2016-RCL/PTA de fecha 4 de noviembre de 2016, se efectuó el análisis de lo actuado en el presente procedimiento.
- e) Así también, a través del Informe de Determinación de Sanción N° 42-2017-OS-DSHL del 12 de enero de 2017, se determinó la sanción a aplicarse a SOLGAS por los incumplimientos imputados en el presente procedimiento administrativo sancionador.
- f) Mediante Oficio N° 114-2017-OS/DSHL notificado el 17 de enero de 2017, se trasladaron a la recurrente los Informes referidos en los literales que preceden, concediéndole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de los descargos que estimara pertinentes.
- g) Con escrito de registro N° 201600099730 del 24 de enero de 2017, SOLGAS solicitó una ampliación de plazo para presentar sus descargos al Oficio citado en el párrafo anterior.
- h) Por Oficio N° 295-2017-OS/DSHL notificado con fecha 22 de febrero de 2017, se otorgó a SOLGAS, un plazo adicional de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- i) Mediante Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 2586-2017-OS/DSHL²⁰ del 20 de diciembre del 2017, notificada el 21 de diciembre de 2017, se sancionó a SOLGAS con una multa ascendente a treinta y un con setenta y seis centésimas (31.76) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Por escrito de registro N° 201600099730 del 16 de enero de 2018, SOLGAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 2586-2017-OS/DSHL, solicitando se declare su nulidad y el archivo del procedimiento, en atención a los siguientes fundamentos:

Respecto al incumplimiento N° 1

- a) La recurrente indicó que la DSHL consideró que la subsanación del incumplimiento N° 1 se efectuó con posterioridad al inicio del presente procedimiento, ya que las fotos que presentó en su escrito de descargos, no tenían registro de fecha. En ese sentido, la DSHL sin ningún sustento legal, ni técnico, consideró como fecha de subsanación el 12 de octubre de 2016 (día en el cual presentó sus descargos).

¹⁹ Cabe indicar que, al referido oficio, se adjuntó el Informe Técnico de Inicio de Fiscalización N° 009-2016-RCL/PTA del 20 de setiembre de 2016 obrante a fojas cien (100) ya ciento cuatro (104).

²⁰ Corresponde señalar que conjuntamente con la referida Resolución se notificó a la recurrente el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° DSHL-1409-2017 de fecha 15 de diciembre de 2017 que forma parte integrante de la misma.

Señala que la DSHL ha obviado el Principio de Verdad Material recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, pues no verificó los hechos que sirvieron de motivo para su decisión, ni tampoco adoptó todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley. Además, en relación a dicho principio, la DSHL debió realizar nuevas inspecciones inopinadas sobre las instalaciones de la planta de abastecimiento y no presumir la fecha de su implementación sin sustento.

Asimismo, indicó que en virtud del Principio de Presunción de Veracidad establecido en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, todos sus argumentos y afirmaciones se consideran ciertas, respondiendo a la verdad de los hechos, en tanto la DSHL no haya demostrado fehacientemente lo contrario.

Sostiene que, debido a tales omisiones y arbitrariedades, la primera instancia ha vulnerado el Principio de Impulso de Oficio recogido en el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444.

La recurrente manifestó que la resolución impugnada vulnera a su vez el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, ya que este principio no solo exige que las entidades deben presumir que los administrados hayan actuado de acuerdo a ley, sino que además requiere probar la existencia de infracciones administrativas antes de imputar responsabilidad administrativa y desacreditar las pruebas que presenten los administrados para alegar eximentes de responsabilidad, tal como indica la doctrina:

“(...) la presunción de inocencia conlleva que la incertidumbre debe favorecer al inculpado cuando afecte a una causa que justifique la antijuridicidad de la conducta, que excluya la culpabilidad o que extinga la responsabilidad sancionadora. La duda sobre un eximente o sobre un hecho extintivo hacen a la prueba de cargo insuficiente y, con ello incapaz de destruir la presunción de inocencia”²¹

Así en el presente caso, la DSHL no ha desacreditado de manera documental y fehaciente las fotografías presentadas, omitiendo aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, pues ésta se efectuó con anterioridad al inicio del presente procedimiento.

Respecto al Incumplimiento N° 2

- b) SOLGAS señala que de acuerdo a lo consignado en el numeral 4.2 del Informe Final del Procedimiento Administrativo Sancionador, la DSHL reconoció que la recurrente acreditó la implementación de un cronograma de reemplazo de estructuras; sin embargo, también indicó que ello no desvirtúa el fundamento del incumplimiento imputado.

Al respecto, manifiesta que la DSHL debió valorar la subsanación voluntaria alegada y probada y aceptar que se realizó con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador. Por ello, debió aplicar el eximente de responsabilidad.

²¹ ALARCÓN SOTOMYOR, Lucía. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, Navarra: Aranzandi, 2007, p. 399

Además, indica que la implementación de un cronograma de reemplazo de estructuras, con anterioridad a la detección de la presunta infracción que se le imputa de manera ilegal, constituye una conducta diligente en el marco del cumplimiento del Decreto Supremo N° 043-2007-EM y el Decreto Supremo N° 052-93-EM, por lo que debió ser considerada por la DSHL. Agrega que el cronograma tenía el siguiente rango de fechas: desde febrero de 2015 a junio de 2017, lo que no quiere decir que la estructura observada recién haya sido implementada en junio de 2017 tal como se señaló en el Informe Final.

Para acreditar el cumplimiento de la implementación del referido cronograma, presentó las órdenes de ejecución de servicio N° 4500078660 y 4500082214, plano N° RGP24615MPL002h01-0 de Distribución General y los términos de referencia N° RGP-246-15-A-TR-001-0, referidas a la ejecución de las obras de montaje de las nuevas estructuras de acceso al tope de las esferas. Tales pruebas debieron ser desvirtuadas por primera instancia antes de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador.

En ese sentido, para el caso del incumplimiento N° 2, la DSHL también ha vulnerado los Principios de Presunción de Licitud, Verdad Material e Impulso de Oficio.

Respecto al Incumplimiento N° 3

- c) Conforme a lo señalado en el numeral 4.4 del Informe Final del Procedimiento Administrativo Sancionador, DSHL afirmó que su empresa no cuestionó la existencia del eximente de responsabilidad, afirmación que carece de sustento legal y fáctico, toda vez que sí acreditó la implementación de la ejecución de obras de mantenimiento del sistema de recubrimiento de las esferas y de su sistema de enfriamiento, servicio que incluye el mantenimiento del sistema de pintura del soporte de tuberías, tal como se aprecia del literal c) de su escrito de descargos presentado el 12 de octubre de 2016.

Para acreditar la implementación de la ejecución de obras de mantenimiento del sistema de recubrimiento de las esferas y de su sistema de enfriamiento, presentó las órdenes de trabajo N° 8000011131, 80000133313 y 8000013314, con las que demuestra que subsanó de manera voluntaria la presunta infracción que se le imputa con anterioridad al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, refirió que la subsanación anterior al inicio del procedimiento también se comprueba con el cronograma de reemplazo de las escaleras a tope de tanques horizontales y soporte de redes presentado en su escrito de descargos de fecha 12 de octubre de 2016, según el cual la implementación se inició en diciembre de 2015, es decir con anterioridad al inicio del presente procedimiento.

La implementación referida constituye una conducta diligente en el marco del cumplimiento del Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos y el Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos, debiendo primera instancia aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

Respecto al Incumplimiento N° 4

d) La recurrente manifiesta que en el numeral 4.5 del Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador, se afirma que su empresa no desvirtuó el incumplimiento imputado pues no demostró contar con el sistema de activación automática mediante dispositivos de fuego. Sin embargo, señala que sí acreditó la subsanación con anterioridad al inicio del presente procedimiento a través del Anexo VIII del Estudio de Riesgos: Plan de Adecuación del Sistema contra incendios, el cual fue entregado a OSINERGMIN en la visita operativa de fecha 18 de agosto de 2016.

En este sentido, asegura que ha cumplido con acreditar que el plan de adecuación del sistema contra incendio fue implementado desde diciembre de 2015, es decir 11 meses antes del inicio del presente procedimiento, por lo que debió aplicarse el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

La recurrente refiere que en el supuesto negado que no se considere la existencia del eximente, debe tenerse en cuenta que la resolución impugnada vulnera el Principio de Culpabilidad, en tanto que su empresa ha cumplido con las disposiciones contenidas en el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos y en el Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos, demostrando que su Plan de Adecuación del Sistema Contra Incendio fue implementado antes del inicio del presente procedimiento.

Respecto a la falta de motivación de la Resolución impugnada

e) La recurrente indicó que la resolución vulnera el Principio del Debido Procedimiento por el cual las autoridades tienen la obligación de emitir resoluciones motivadas y fundadas en derecho; situación que no ha ocurrido en este caso, toda vez que como se ha señalado previamente, la Primera Instancia no ha cumplido con desvirtuar los argumentos y los medios probatorios presentados por su empresa respecto a la subsanación efectuada. Asimismo, la DSHL ha omitido indicar las razones por las cuales considera que su subsanación voluntaria no debe ser considerada como eximente de responsabilidad.

Uso de la palabra

- f) La recurrente solicitó se conceda el uso de la palabra con la finalidad pueda ejercer su derecho de defensa.
3. A través del Memorándum N° DSHL-82-2018, recibido el 11 de abril de 2018, la DSHL remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
 4. Mediante Oficio N° 67-2018-OS-TASTEM-S2 notificado el 31 de julio del 2018, se informó a SOLGAS la fecha para llevar a cabo la diligencia de uso de la palabra solicitada, la cual se programó para el día 7 de agosto de 2018.
 5. La diligencia de uso de la palabra, se llevó a cabo en la fecha señalada en el numeral anterior, en la que tuvo participación el señor Néstor Shimabukuro Tokashiri, en representación de la empresa fiscalizada; en la cual argumentó lo siguiente:

- a) Que presentará un escrito a través del cual acreditará que a la fecha sí cumple con las infracciones detalladas en el numeral 1 de la presente Resolución.
- b) A su vez, reiteró los argumentos expuestos en su escrito de apelación.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

6. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales a), b), c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar previamente que el presente procedimiento se inició el 05 de octubre de 2016. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiendo en el literal f) del numeral 1 de su artículo 236°-A y en el artículo 255°²² del Texto Único Ordenado de la mencionada Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la LPAG, que constituye una condición eximente de responsabilidad, la subsanación voluntaria de la infracción con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del mencionado T.U.O.

Asimismo, la condición eximente de responsabilidad antes referida fue recogida en el numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD²³, en adelante RSFS, publicado el 18 de marzo de 2017.

A su vez, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del RSFS dispone que el eximente de responsabilidad a que se refiere el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A, resultará aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite, en tanto resulte más favorable al administrado.

Por lo tanto, considerando que durante la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador se estableció una condición de eximente de responsabilidad administrativa que resulta más favorable a la empresa fiscalizada, corresponde evaluar los hechos materia del presente procedimiento en virtud de dicha condición.

Respecto al incumplimiento N° 1.

7. La empresa fiscalizada en cuanto al incumplimiento N° 1, presentó seis registros fotográficos sin fecha, a través de los cuales refirió acreditar la subsanación de dicha infracción con anterioridad al inicio del presente procedimiento. Dichas fotografías fueron adjuntadas a su vez a su escrito de descargos de fecha 12 de octubre de 2016. Dicha subsanación debe tomarse por cierta conforme el Principio de Presunción de Veracidad en tanto no se ha demostrado lo contrario.

²² T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

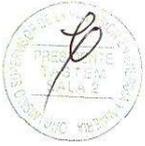
f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

²³ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

Al respecto, se debe señalar que el numeral 4 del inciso 252.1 del artículo 252 del TUO de la LPAG dispone como una característica del procedimiento sancionador, el *“Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 171.2 del artículo 171 (...)”*



Asimismo, el numeral 171.2 del artículo 171° del TUO de la LPAG²⁴, referido a la carga de la prueba establece que corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos y otros medios que estime pertinentes.



De ahí que, en virtud de las normas jurídicas antes señaladas, con la finalidad de aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción, la empresa SOLGAS se encontraba obligada a probar que realizó la subsanación del incumplimiento imputado con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, la empresa fiscalizada con los registros fotográficos referidos, acreditó la subsanación del incumplimiento imputado²⁵; sin embargo, dichos medios probatorios no acreditan la fecha en la cual la subsanación ha sido efectuada. Consecuentemente, no se puede verificar que el incumplimiento haya sido subsanado con anterioridad al inicio del presente procedimiento.

De otro lado, respecto a los registros fotográficos, es pertinente añadir que el artículo 245° del Código Procesal Civil²⁶, aplicable de manera supletoria a los procedimientos administrativos sancionadores, indica que un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso, entre otros supuestos, desde la presentación del documento ante un funcionario público; por lo que es correcta la posición de primera instancia al considerar como fecha de subsanación el 12 de octubre de 2016, fecha en la cual fueron presentados dichos registros fotográficos ante este organismo.

²⁴ TUO de la LPAG

Artículo 171.- Carga de la prueba

(...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

²⁵ Conforme se desprende del numeral 4.2 del Informe Final del Procedimiento Administrativo Sancionador N° DSHL-1409-2017 que forma parte integrante de la Resolución impugnada.

²⁶ Código Procesal Civil

Fecha cierta. -

Artículo 245.- Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. La muerte del otorgante;
2. La presentación del documento ante funcionario público;
3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
5. Otros casos análogos.

Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

8. A su vez la empresa fiscalizada refirió que se han vulnerado los Principios de Verdad Material²⁷, Impulso de Oficio²⁸ y Principio de Licitud²⁹, pues OSINERGMIN no verificó los hechos que sirvieron de motivo para su decisión, ni adoptó las medidas probatorias necesarias (como realizar nuevas inspecciones) para verificar la fecha de la subsanación del incumplimiento imputado.

Al respecto se debe señalar que conforme los medios probatorios recabados durante la instrucción preliminar del presente procedimiento y que obran en el expediente materia de análisis³⁰, se acreditó el incumplimiento al artículo 52° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM, y la empresa fiscalizada no ha cuestionado tal imputación. Por el contrario, la Administrada presentó medios probatorios con los que demostraría la subsanación de la infracción, los cuales han sido debidamente valorados por la primera instancia.

Así se desprende que conforme el numeral 4.2 del Informe Final del Procedimiento Administrativo Sancionador N° DSHL-1409-2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, la Primera Instancia efectuó la valoración de los medios probatorios presentados, por los cuales determinó que, por la subsanación del incumplimiento, correspondía aplicar un atenuante y no el eximente de responsabilidad³¹.

Asimismo, en cuanto a las nuevas inspecciones propuestas por la empresa fiscalizada, debe precisarse que con su realización solo se hubiera constatado la subsanación del incumplimiento con posterioridad al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador. Además, como se ha expuesto en el párrafo precedente, se aplicó el atenuante correspondiente.

Estando a lo expuesto, debe indicarse que la resolución impugnada, ha sido emitida conforme los principios referidos en el presente numeral.

²⁷ TUO de la LPAG

IV. Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

²⁸ TUO de la LPAG

IV. Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.3. Principio de impulso de oficio. - Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

²⁹ TUO de la LPAG

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

³⁰ Medios probatorios consistentes en las Cartas de Visita Nros. 0140704 y 0140705 de fechas 03 y 18 de agosto de 2016 respectivamente y el Informe de Supervisión de fecha 31 de agosto de 2016 con sus anexos, documentos obrantes en el expediente materia de análisis de fojas uno (01) a noventa y ocho (98).

³¹ " 4.2. Con relación al Incumplimiento N° 1 (...) sin embargo, se advierte que dichas fotografías no están fechadas a fin de determinar que se realizaron con fecha anterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, se debe considerar como fecha de subsanación, a la fecha de presentación del descargo, que data del 12 de octubre de 2016, lo cual debe ser considerado como atenuante, por haber sido subsanado con fecha posterior al inicio del procedimiento (...)"

Respecto a los incumplimientos Nros. 2, 3 y 4.

9. En cuanto a los argumentos detallados en los literales b), c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, referidos a los incumplimientos Nros. 2, 3 y 4, la empresa SOLGAS presentó dos cronogramas de reemplazo de estructuras de las escaleras de acceso a tope de tanques esféricos y de tanques horizontales y soporte de redes. Asimismo, presentó un estudio de riesgos en el cual obra su plan de adecuación del sistema contra incendios, el cual vendría implementando desde el año 2015. En ese sentido, SOLGAS consideró haber subsanado tales infracciones toda vez que su implementación se produjo con anterioridad al presente procedimiento administrativo sancionador.



Al respecto se debe señalar que con la documentación presentada la recurrente está demostrando contar con un programa de acciones con el cual dará cumplimiento a las normas contravenidas, mas no acredita haber cumplido con las mismas. Consecuentemente, SOLGAS no ha demostrado la subsanación de los incumplimientos verificados.



Tal es así que, a pesar de contar con tales documentos desde el año 2015, en las visitas de supervisión de fechas 03 y 18 de agosto de 2016, los incumplimientos fueron verificados. En este sentido, cabe señalar que la programación de acciones e inclusive su inicio, no constituyen conductas que eximan de responsabilidad a SOLGAS como refiere en su escrito de apelación.

Es pertinente señalar en cuanto a los cronogramas presentados, que la ejecución de éstos fue programada para el año 2017 (marzo y junio); sin embargo, SOLGAS no ha presentado documento alguno que demuestre que sus instalaciones se encuentran conforme a la normativa vulnerada. Por tanto no corresponde la aplicación de atenuante por subsanación voluntaria de estas infracciones con posterioridad al inicio del presente procedimiento.

Cabe precisar además que con los documentos referidos en el escrito de apelación como son: i) las órdenes de ejecución de servicio N° 4500078660 y 4500082214, ii) plano de Distribución General N° RGP24615MPL002h01-0, iii) los términos de referencia N° RGP-246-15-A-TR-001-0 y iv) las órdenes de trabajo N° 8000011131, 80000133313 y 8000013314³², la empresa fiscalizada acredita las acciones que estaría tomando para la implementación del cronograma y el plan de adecuación referidos previamente, mas no la subsanación de los incumplimientos en análisis.

Asimismo, en cuanto a los incumplimientos referidos, SOLGAS indicó que la resolución impugnada vulnera los Principios de Licitud, Verdad Material e Impulso de Oficio, toda vez que la primera instancia no habría cumplido con desvirtuar los medios probatorios que ésta presentó con los cuales, estaría demostrando la subsanación de los incumplimientos verificados.

Al respecto conforme a lo consignado en los párrafos que preceden, los medios probatorios presentados por la empresa fiscalizada solo acreditan la programación de acciones conducentes a la subsanación de los incumplimientos, mas no la subsanación misma de éstos conforme lo alegó la recurrente en su escrito de apelación. Por lo tanto, resulta irrelevante que la empresa cuente con dicho cronograma a fin de establecer la responsabilidad o la subsanación de los incumplimientos imputados. En este sentido, se debe concluir que la resolución impugnada no ha vulnerado los principios aludidos por la empresa fiscalizada.

³² Obrantes a fojas ciento treinta y seis (136) a ciento cincuenta y nueve (159)

10. De otro lado, SOLGAS señaló que la resolución impugnada vulneró el Principio de Culpabilidad³³, toda vez que esta acreditó con su Plan de Adecuación del Sistema contra incendios implementado antes del inicio del presente procedimiento, cumplir con las disposiciones en el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos y en el Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos.

Al respecto la empresa fiscalizada con el medio probatorio referido no acreditó el cumplimiento de las normas que se han vulnerado sino, y como se ha referido previamente, solo demostró contar con un Plan de Adecuación para el cumplimiento de las normas señaladas;

En resumen, conforme los numerales 4.3, 4.4 y 4.5 del Informe Final del Procedimiento Administrativo Sancionador N° DSHL-1409-2017 de fecha 15 de diciembre de 2017³⁴, en el presente procedimiento se ha determinado la responsabilidad de la recurrente sin que ello haya sido desvirtuado por SOLGAS. Por consiguiente, no se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad antes referido.

Respecto a la falta de motivación de la resolución impugnada

11. La empresa SOLGAS consideró que la resolución impugnada no ha cumplido con desvirtuar los argumentos y los medios probatorios presentados respecto a la subsanación alegadas, omitiendo exponer las razones por las cuales su subsanación no se consideró como eximente. Por ello, se habría vulnerado el Principio del Debido Procedimiento en tanto la referida Resolución no se encuentra debidamente motivada y fundamentada.

Al respecto, se debe indicar que conforme consta en el Informe Final del Procedimiento Administrativo Sancionador N° DSHL-1409-2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, que forma parte integrante de la Resolución impugnada, y conforme se ha detallado en los numerales anteriores, la Primera Instancia efectuó el análisis del escrito de descargo presentado por la recurrente de fecha 12 de octubre de 2016 y sobre los medios probatorios adjuntados en éste.

En este sentido al encontrarse debidamente motivada y fundamentada la resolución, no se ha vulnerado el debido procedimiento alegado por SOLGAS.

³³ TUO de la LPAG

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

³⁴ "4.3. En lo que respecta al **Incumplimiento N° 2** (...) la empresa señala que viene implementado el reemplazo de las estructuras de las escaleras de acceso al tope de los tanques esféricos T-1 y T-2, lo cual culminaría recién en el mes de junio de 2017, no obstante dicho argumento no desvirtúa el fundamento del presente Incumplimiento ni acredita su subsanación, (...)

Cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinermin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, (...) la responsabilidad por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás obligaciones es objetiva; por lo que no corresponde valorar los argumentos de la empresa fiscalizada sobre el avance en el reemplazo de las estructuras (...), puesto que no se ha ejecutado modificación a las condiciones que configuran el incumplimiento."

"4.4. En cuanto al **Incumplimiento N° 3**, (...) la empresa fiscalizada no cuestiona su fundamentación ni tampoco indica que se haya efectuado su subsanación, no siendo posible valorar los argumentos relacionados al avance en la ejecución de obras de mantenimiento, en tanto no se verifica la ejecución de modificación a las condiciones que configuran el incumplimiento. (...)"

"4.5. En lo referente al **Incumplimiento N° 4**, (...) los descargos presentados no desvirtúan el fundamento del citado incumplimiento ni acreditan su subsanación, pues no demuestran contar con el sistema de activación automática mediante dispositivos de fuego, lo cual incluye, entre otros equipos indicados por las normas NFPA 58 y NFPA 15, la instalación de válvulas de inundación (deluge valves), (...)"

Sobre la solicitud de uso de la palabra

12. En cuanto a los argumentos expuestos en la diligencia de uso de la palabra referidos en literal a) del numeral 5 de la presente resolución, se debe señalar que a la fecha la empresa fiscalizada no ha presentado el documento referido en la diligencia.

En cuanto al literal b) del numeral 5, la recurrente reiteró los argumentos de su recurso de apelación los cuales han sido debidamente evaluados, en la presente resolución.

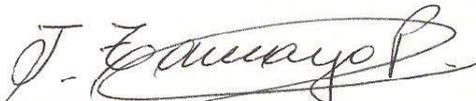
De conformidad con el numeral 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD y; toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa SOLGAS S.A., contra la Resolución de División de Supervisión Regional N° 2586-2017-OS/DSHL de fecha 20 de diciembre del 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

