

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

**SALA 2**

**RESOLUCIÓN N° 069-2018-OS/TASTEM-S2**

Lima, 19 de marzo de 2018.



**VISTO:**

El Expediente N° 201200144950, la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1 y el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO TERMINALES, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 683-2016-OS/DSHL del 08 de marzo de 2016 a través de la cual se modificó el importe de la multa por el incumplimiento N° 2 sancionado en la Resolución de Gerencia General N° 910-2014.



**CONSIDERANDO:**

1. Mediante la Resolución de Gerencia General N° 910-2014 de fecha 16 de junio de 2014 se sancionó a la empresa CONSORCIO TERMINALES con una multa total de 578.84 (quinientos setenta y ocho con ochenta y cuatro centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos (en adelante, el Reglamento), aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM, conforme se detalla en el siguiente cuadro<sup>1</sup>:

Infracción	Tipificación <sup>2</sup>	Sanción
<b>Literal c) del artículo 39° del Reglamento</b>		
1. No subdividieron la zona 1: tanques 18 y 19, zona 2: tanques 7, 8, 9, 10, 11, 15, y 16 de las áreas estancas con canaletas u otros diques.	3.12.1	6.53
<b>Literal z) del artículo 42° del Reglamento</b>		
2. No instalaron por lo menos un medidor de nivel de líquido por cada tanque; asimismo, no entregaron el plan de implementación de cada tanque.	2.14.8	110.55
<b>Literal b) del artículo 39° del Reglamento<sup>3</sup></b>		
3. No impermeabilizaron el terreno aledaño a los tanques de almacenamiento, áreas estancas.	3.12.1	461.76
<b>Multa</b>		<b>578.84 UIT</b>

<sup>1</sup> Cabe precisar que en la misma Resolución N° 910-2014 se dispuso el archivo de una imputación (literal h) del Art. 24° del D.S. 046-93-EM correspondiente a la observación N° 3 mencionado en el numeral 1.3.3 de dicha resolución).

<sup>2</sup> Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos - Resolución N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias.

<sup>3</sup> La infracción N° 3, fue sancionada conforme al artículo 4° de la Resolución de Gerencia General N° 910-2014, la misma que se refiere a la observación N° 4 mencionada en el numeral 1.3.4 de la mencionada resolución, por no impermeabilizar el terreno aledaño a los tanques de almacenamiento.

2. A través de la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1 de fecha 13 de marzo de 2015, la Sala 1 del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería – TASTEM, sobre el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO TERMINALES<sup>4</sup> contra la Resolución de Gerencia General N° 910-2014, resolvió lo siguiente:

- **FUNDADO** el recurso de apelación formulado por CONSORCIO TERMINALES respecto a la sanción de la infracción N° 3 contenida en el expediente N° 106038, disponiéndose reducir el monto de la infracción de 461.76 (cuatrocientos sesenta y uno con setenta y seis centésimas) UIT a 50 (cincuenta) UIT (subrayado nuestro).
- **NULO** el extremo de la infracción N° 2, referido al cálculo de multa por el factor de beneficio ilícito obtenido, devolviendo los actuados a la Primera Instancia para que emita un nuevo pronunciamiento en dicho extremo.
- **INFUNDADO** el recurso de apelación en los demás extremos que contiene.
- **AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA** respecto a los extremos referidos a los artículos 1°, 2° y 4° de la mencionada resolución del TASTEM, es decir, se agotó la vía administrativa en lo no afectado con nulidad<sup>5</sup>, quedando sólo pendiente la emisión del pronunciamiento por la multa de la infracción N° 2.

3. Conforme a lo dispuesto en la mencionada Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1, la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos mediante Resolución N° 683-2016-OS/DSHL de fecha 08 de marzo de 2016, sustentada en el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 523-2016-OS-DSHL de fecha 22 de febrero de 2016, estableció el monto de la multa por el incumplimiento N° 2 en 32.58 (treinta y dos con cincuenta y ocho centésimas) UIT, notificándose a la empresa CONSORCIO TERMINALES el contenido de la resolución así como el Informe Final, según se detalla en el siguiente cuadro:

Nº	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN <sup>6</sup>	SANCIÓN
2	Al literal z) del artículo 42° del Decreto Supremo N° 052-93-EM No instalar un medido de nivel de líquido para cada tanque y no presentar el plan de implementación de cada tanque <sup>7</sup> .	2.14.8	32.58

#### ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Con escrito de registro N° 201200144950 de fecha 01 de abril de 2016, CONSORCIO TERMINALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución de División de Supervisión

<sup>4</sup> A través de los escritos de registro N° 201200144950 de fechas 01 de agosto de 2014 y 30 de enero de 2015, CONSORCIO TERMINALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General de Osinergmin N° 910-2014.

<sup>5</sup> Se agotó la vía administrativa en los extremos de la determinación de la responsabilidad de las infracciones N° 1, 2 y 3, las sanciones de las infracciones N° 1 y 3.

<sup>6</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias, que aprobó la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos.

<sup>7</sup> Conforme lo expuesto en las resoluciones del TASTEM y de Primera Instancia, y según el Informe Final, se realizó el cálculo de multa, por los medidores de nivel líquido, en los tanques N° 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 18 y 19.

de Hidrocarburos Líquidos N° 683-2016-OS/DSHL, y con escritos del 26 de julio de 2016<sup>8</sup>, 24 de octubre de 2016<sup>9</sup>, 01 de febrero de 2017, 21 de abril de 2017<sup>10</sup>, 28 de abril de 2017<sup>11</sup>, 03 de octubre de 2017<sup>12</sup> y 26 de octubre de 2017<sup>13</sup>, amplía sus argumentos, solicitando su nulidad y archivo, en atención a los siguientes argumentos:

### Sobre la multa

- a) Manifiesta que la resolución materia de impugnación adopta un criterio erróneo respecto al cálculo de multa debido a que vulnera el Principio de Razonabilidad y los criterios de graduación de las sanciones establecidas en el numeral 3) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y modificatorias pues no está respetando el orden de prelación (naturaleza y gravedad de la infracción, daño causado, circunstancias de la infracción, reincidencia) ; así como en el numeral 14.2 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 102-2004-OS/CD (normativa aplicable al presente caso) .

Asimismo, la resolución impugnada no detalla de qué manera la Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN logra obtener los valores correspondientes, al no consignar los presupuestos y las investigaciones, careciendo de motivación, requisito de validez del acto administrativo<sup>14</sup>.

- b) Alega que existe una sobrevaloración de la multa cuando en el Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 523-2016-OS-DSHL, se consigna la fecha de detección "marzo de 2003"<sup>15</sup> indicando en el pie de página que: "el inicio de la infracción es el mes siguiente de la publicación de la RCD 028-2003-OS/CD"; sin tener en cuenta que, de acuerdo al Oficio N° 7299-2004-OSINERG-GFH-L, la supuesta infracción fue verificada el 31 de marzo de 2004, es decir 12 meses posteriores a marzo de 2003.

De igual manera existe una sobrevaloración de la multa cuando consideran como fecha para su cálculo el mes en el cual se emite la Resolución de Gerencia de Fiscalización de

<sup>8</sup> Cabe indicar que con fecha 26 de julio de 2016 se presentó el escrito de registro N° 201200144950, adjuntando sentencia de la Corte Suprema de la República recaída en el expediente N° 1420-2016.

<sup>9</sup> Cabe indicar que con fecha 24 de octubre de 2016 se presentó el escrito de registro N° 201200144950, adjuntando sentencias de la Corte Superior de Justicia recaída en los expedientes N° 04492-2014 y N° 2085-2015.

<sup>10</sup> Hay dos escritos con dicha fecha en los que solicita la prescripción de las infracciones.

<sup>11</sup> Existen 3 escritos en el expediente del 28 de abril de 2017, dos en los que solicita el silencio administrativo positivo, y el otro, en el que indica, que se ha consignado dirección domiciliaria, y constancia de la solicitud de prescripción dirigidas al TASTEM.

<sup>12</sup> Se debe indicar que adjunta la Sentencia emitida por la Cuarta Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 2973- 2014 (Anexo 1), de fecha 26 de febrero de 2017, notificada a Consorcio Terminales el 12 de septiembre de 2017 a través de la casilla electrónica, y el 18 de septiembre al domicilio procesal indicado, mediante la cual se declara fundada la demanda interpuesta por Consorcio Terminales, y en consecuencia nulas las resoluciones de multa emitidas por Osinergmin, por el supuesto incumplimiento al Reglamento de Seguridad en el almacenamiento de hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 052-93-EM.

<sup>13</sup> Cabe indicar que con fecha 26 de octubre de 2017 se presentó el escrito de registro N° 201200144950, adjuntando la sentencia emitida por la Tercera Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior de Justicia recaída en el expediente N° 2995-2014 y copia simple del dictamen Fiscal Supremo N° 1732-2017-MP-FN-FSCA.

<sup>14</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.-  
Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

<sup>15</sup> La recurrente hace mención al mes de marzo 2013, por error, siendo la fecha marzo de 2003.

Hidrocarburos Líquidos de OSINERGMIN N° 4446-2014-OS-GFHL/UPPD<sup>16</sup> cuando lo correcto era considerar la fecha de recepción de las Actas de Recepción de la instalación de los respectivos medidores en los 09 tanques del terminal Supe, las mismas que se adjuntaron como medio probatorio al recurso de apelación de la Resolución de Gerencia General N° 9010-2014, y fueron valoradas por el TASTEM en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM/S1.

Indica que la formula aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 352-2011-OS/GG "Metodología General para la Determinación de Sanciones Administrativas que no cuentan con Criterios Específicos de Sanción" no ha sido publicada por lo que se ha vulnerado el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, así como el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS además de estar sustentadas en fórmulas que no han sido aprobadas en norma legal alguna, que no son de su conocimiento desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, vulnerándose la publicidad que es esencial en toda norma y el Principio de Predictibilidad<sup>17</sup>.

- c) Solicita al superior jerárquico sea consecuente con el criterio adoptado en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1, en concordancia con el numeral 202.2 del artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y declare de oficio la nulidad de las Resoluciones de primera instancia administrativa que impusieron sanciones en contra de CONSORCIO TERMINALES por este mismo incumplimiento, en el extremo referido al cálculo de la multa por el factor beneficio ilícito siendo que el cálculo deberá efectuarse respecto al costo postergado dado por la subsanación de las observaciones por la instalación de medidores y no como si se tratase de un costo evitado, como lo dispuso el Tribunal en las Resoluciones N° 070-2015-OS/TASTEM-S1 y N° 092-2015-OS/TASTEM-S1, mediante las cuales se reconocieron las inversiones realizadas en cuanto a la instalación de medidores en los terminales Supe y Pisco, respectivamente.

Por tanto son nulas las Resoluciones de primera instancia administrativa mediante las cuales se impusieron multas por el supuesto incumplimiento al literal z) del artículo 42° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM.

<sup>16</sup> A través de la Resolución de Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos de Osinergmin N° 4446-2014-OS-GFHL/UPPD se aprobó el cronograma con los plazos de implementación de las medidas necesarias para satisfacer los ordenamientos de seguridad indicados en el Decreto Supremo N° 017-2013-EM.

<sup>17</sup> La apelante menciona el numeral 3) del artículo 234°, y numeral 3) del artículo 235° de la Ley N° 27444.

Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 234°.- Caracteres del procedimiento sancionador. - Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. (...).

Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 235°.- Procedimiento sancionador. - Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3) del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación. (...).

Asimismo, menciona el Principio de Predictibilidad contemplado en el Artículo IV de la Ley N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

**Sobre la auditoría técnica y la exigibilidad del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM**

- d) De otro lado, reitera los argumentos expuestos en su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 910-2014 referido a los incumplimientos sustentados en el Decreto Supremo N° 052-93-EM, señalando que basta con considerar la teoría de los hechos cumplidos para determinar que dicho Reglamento no le resulta exigible, ni su incumplimiento es fiscalizable ni sancionable, toda vez que las disposiciones infringidas están contenidas en el Título IV de dicha norma, y están referidas a futuros proyectos o construcciones; en consecuencia no resultan exigibles a Plantas de Abastecimiento que ya se encontraban en operación.

De igual manera, refiere que el artículo 129° de dicha norma<sup>18</sup>, determina claramente que el Reglamento resulta aplicable solo a las nuevas instalaciones para almacenamiento o a la ampliación de las ya existentes.

- e) Indica que si bien el Reglamento no resulta aplicable a su caso, en las Disposiciones Transitorias del mismo se previó un mecanismo atípico y especial para las Plantas que ya estaban en proceso de operación<sup>19</sup>, siendo la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, DGH) quien debía realizar una auditoría técnica completa en las instalaciones de PETROPERÚ S.A. por haber sido el operador del Terminal Supe en el momento en el que se promulgó el Reglamento<sup>20</sup>.
- f) El mecanismo ideado para tal fin consistía según los artículos 131° al 133° del mencionado Reglamento, que la DGH realizaría la citada auditoría técnica completa, en un plazo de 6 meses, que se cumplió a mediados del año 1994, hace aproximadamente 22 años; como consecuencia de la auditoría se emitiría un reporte en que se debía mencionar y detallar las excepciones que se encuentren al Reglamento, así como el plazo que se otorgaría para la corrección o reparación de la excepción, el mismo que debería tomar en cuenta la gravedad de las situaciones de riesgos y que no podrían ser mayores a 360 días. Al vencimiento del plazo concedido, la empresa operadora de las instalaciones existentes tendría que solicitar una nueva auditoría a la DGH a efectos de acreditar el cumplimiento de las observaciones que se hubieran efectuado, sólo lo detectado en esta segunda auditoría sería sancionable.

Lo cierto, es que considera que ningún paso de dicho procedimiento atípico y extraordinario se cumplió, por lo que las empresas titulares de instalaciones existentes y en operación (en nuestro caso, PETROPERU en ese entonces) no fueron auditadas de conformidad con el procedimiento previsto ni en el plazo establecido en el Reglamento, ni informadas oportunamente de cuáles de las diversas obligaciones establecidas en el nuevo reglamento le resultarían exigibles legalmente, por tanto fiscalizables y pasibles de sanción.

<sup>18</sup> Decreto Supremo N° 052-93-EM, Artículo 129°.- Desde la promulgación del Reglamento, la construcción de nuevas instalaciones para almacenamiento de hidrocarburos, o la ampliación de instalaciones existentes, deberá obedecer los ordenamientos aquí contenidos.

<sup>19</sup> La apelante hace mención al artículo 130°.- En lo que se refiere a instalaciones que están ya en operación o en proceso de construcción, es propósito de este Reglamento, que esas instalaciones sean corregidas de forma que satisfagan los ordenamientos más importantes aquí contenidos, sobre todo en lo que se refiere a los criterios de seguridad y protección ambiental.

<sup>20</sup> La apelante refiere que Consorcio Terminales opera el Terminal de Supe desde la suscripción del Contrato de Operación para los Terminales, en el mes de febrero de 1998. Antes, dicho terminal se encontraba operado por PETROPERÚ.

Sobre el particular, la Resolución N° 910-2014 que impuso la sanción, realiza un análisis totalmente absurdo y erróneo del tema, indicando en el ítem 3.5.1 que *"De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 130° y 131° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM, si bien se estableció que la DGH debía realizar una auditoría técnica, esta no era factor condicionante para restringir la obligatoriedad y exigibilidad de las disposiciones de la referida norma, sino más bien fue contemplada como un medio para facilitar la corrección de los incumplimientos a lo dispuesto por aquel reglamento, el mismo que a su entrada en vigencia establecía nuevas disposiciones en materia de seguridad que no necesariamente eran consideradas de antemano por las empresas de almacenamiento"*; postura que adopta el TASTEM en el ítem 4 de la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1 cuando señala: *"(...) si bien se estableció que la DGH debía realizar una auditoría técnica dentro de los 6 meses posteriores a la publicación del Decreto Supremo N° 052-93-EM, es decir, antes del 18 de mayo de 1994, el propósito de la norma era que las instalaciones fueran corregidas al 13 de mayo de 1995, principalmente en lo que se refiere a seguridad y protección ambiental y no se condicionaba en modo alguno la obligatoriedad y exigibilidad de las disposiciones del Reglamento en aspectos de seguridad y protección ambiental a la realización de la aludida auditoría técnica (...)"*.

Dicha manifestación es completamente ilógica e ilegal, por lo que solicita al TASTEM reconsiderar, puesto que, sí se requería del cumplimiento escrupuloso y oportuno de este procedimiento, siendo necesaria la realización de las Auditorías Técnicas Completas por la DGH para determinar el nacimiento de obligaciones legales concretas y definidas para dichos agentes e instalaciones, de forma individual y considerando las particularidades de cada caso, a través de una "auditoría" completa y especial, que definiría un marco razonable, viable y previsible para la adecuación, toda vez que era evidente que la autoridad normativa (y también fiscalizadora y sancionadora en ese entonces), la DGH del MINEM, era consciente que era imposible que todas y cada una de sus disposiciones fueran directamente aplicables y exigibles a cada instalación existente y agente responsable de la misma.

Precisamente por ello, la excluyó de su ámbito de aplicación como explicamos anteriormente. En otras palabras, sin haberse seguido este procedimiento por la DGH no se generó obligación legal alguna exigible legalmente para las instalaciones existentes (como es el caso de nuestro Terminal Supe).

- g) Manifiesta que OSINERGMIN no es competente para realizar la auditoría técnica prevista en el Reglamento siendo únicamente encargado de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por el Ministerio de Energía y Minas, por lo que incurre en usurpación de funciones contraviniendo el Principio de Legalidad<sup>21</sup>. En ese sentido, OSINERGMIN no cuenta con la facultad de imponer o constituir obligaciones legales, no

<sup>21</sup> La apelante hace mención a lo señalado por el autor Juan Carlos Morón Urbina, en "Comentarios de la Ley del Procedimiento Administrativo General", Lima, Gaceta Jurídica 2006, Quinta Edición, página 628.

"De otro lado, el Principio de Legalidad sólo se entiende cumplido cuando los preceptos jurídicos sancionadores preexistentes en ley, permitan predecir con suficiente grado de responsabilidad y la eventual sanción. En consecuencia, la norma sancionadora no sólo debe ser previa, sino también cierta (...)."

Asimismo, sobre el particular, precisa que el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala que "El Ministerio de Energía y Minas es el encargado de elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del Sector, así como de dictar las demás normas pertinentes. El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERG son los encargados de velar por el cumplimiento de la presente Ley."; indicando, luego, en su artículo 5° que "El OSINERG es el organismo encargado de fiscalizar los aspectos legales y técnicos de las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional.". De lo anterior, se evidencia que es el Ministerio de Energía y Minas quien dicta la normativa que será luego fiscalizada por OSINERGMIN.

existiendo obligaciones exigibles al operador de las instalaciones pre existentes; lo contrario, vulneraría el Principio de Tipicidad.

h) Reitera lo indicado en su apelación, en el sentido, que ello se ve corroborado a través del Informe Técnico Legal N° 016-2012-MEM/DGH-PTC emitido por a DGH que se adjunta al Oficio N° 639-2012-MEM/DGH del 22 de mayo de 2012, donde se mencionó que no se cumplió con efectuar la auditoría técnica completa a su empresa, que corresponde a la DGH establecer el procedimiento adecuado que permita regularizar lo dispuesto en el artículo 131° y siguientes del Reglamento; finalmente que, la DGH viene elaborando la modificación normativa para dar solución al problema planteado, habiéndose publicado el Decreto Supremo N° 017-2013-EM, el cual establece el Procedimiento para la Adecuación de las Instalaciones para Almacenamiento de Hidrocarburos Preexistentes al Decreto Supremo N° 052-93-EM.



i) De lo expuesto en los párrafos precedentes, solicita se declare la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador toda vez que a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 017-2013-EM no tenía sanción alguna impuesta<sup>22</sup> entrando en vigencia el 02 de junio de 2013, disponiendo que las instalaciones para almacenamiento de Hidrocarburos de Refinerías y Plantas de Abastecimiento preexistentes a la entrada en vigencia del Reglamento como lo es la Planta de Supe serán objeto de una revisión técnica por parte de OSINERGMIN .



Sobre el particular indica que con el Decreto Supremo N° 017-2013-EM, se ha establecido un procedimiento de adecuación y regularización, disponiéndose la revisión técnica a cargo de OSINERGMIN, requiriendo que su Consejo Directivo apruebe el procedimiento; por lo que, mientras dure el plazo pertinente para la implementación de las medidas que deberán realizarse en las Refinerías y Plantas de Abastecimiento "preexistentes", como es su caso, no se le puede exigir el cumplimiento del Decreto Supremo N° 052-93-EM, ni sancionarse por su incumplimiento. En este punto es importante dejar en claro que, en ningún extremo de nuestros argumentos de defensa, nuestro consorcio ha pretendido o siquiera insinuado la aplicación retroactiva del DS N° 017- 2013-EM, sino que no se llevaron a cabo las auditorías.

Añade que la Resolución del TASTEM señala lo siguiente: "(...) mediante Resolución N° 235-2013-OS/CD, se establece que Osinergmin continuará ejerciendo sus funciones de supervisión y fiscalización de las disposiciones del Decreto Supremo N° 017-2013-EM, sobre la base del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades energéticas y mineras", lo que evidencia la grave contradicción incurrida, en su máxima instancia, al momento de pretender dar cumplimiento al D.S N° 017-2013- EM, pues no resulta legal que OSINERGMIN aplique al momento de realizar las revisiones técnicas, su propio Reglamento de Supervisión y Fiscalización de Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 171-2013-OS/CD, pues dichas revisiones técnicas no corresponden a las supervisiones regulares. En ese sentido, solicita se declare la nulidad de las multas impuestas y se proceda al archivo<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> La recurrente manifiesta que Osinergmin debió esperar la culminación del procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 017-2013-EM para la implementación de las medidas de adecuación para recién ejercer sus facultades de supervisión, fiscalización y de sanción.

<sup>23</sup> La recurrente hace mención al artículo 4° del Decreto Supremo N° 017-2013-EM, en el que se indica que no serán exigibles las medidas señaladas en el presente artículo durante sus respectivos plazos de implementación. Indica que con ese decreto se confirma lo que venían sosteniendo, pues no se efectuaron las auditorías.

Igualmente, en cuanto al Oficio N° 534-2013-OS-PRES que adjunta el Informe GL-60-2013, indica que el mismo incurre en graves inconsistencias, destacando que en el Informe Legal del Dr. Jorge Danós Ordóñez, adjunto en el expediente, se indica que mientras no se estableciera un régimen para instalaciones pre existentes, OSINERGMIN no tenía competencia, ni menos encontraba respaldo jurídico para exigir obligaciones exactas sobre un administrado concreto. Adicionalmente, no cabe tampoco entender que el OSINERGMIN podía asumir la posibilidad de extender o reducir normativamente ciertas obligaciones que considerara aplicables a un privado pues el ordenamiento no lo ha habilitado expresamente con ese tipo de potestad reglamentaria tan intensa (que es lo que finalmente ha hecho en el caso concreto, camuflando esta actuación tras la "supuesta" interpretación de normas vigentes); por el contrario, su papel es únicamente el de velar por el cumplimiento normativo (ver artículo 4 del TUO Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos).

Solo con la entrada en vigor del Decreto Supremo N° 017-2013-EM, se estableció expresamente la lista de obligaciones aplicables a las instalaciones pre-existentes, quedando fijadas, según el artículo 1 del Reglamento, a las contenidas en "los artículos 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 58 y 59" del Decreto Supremo N° 052-93-EM. En adición, en este dispositivo también se indicó y perfiló finalmente el instrumento de intervención denominado revisión técnica a cargo del OSINERGMIN (ver artículo 3), y, lo más importante, se planteó la necesidad de instaurar reglamentación adicional a cargo de este organismo regulador, para aprobar "los procedimientos operativos necesarios para la aplicación de las obligaciones"; en ese sentido, es recién con la norma del 2013, que se habilitó a OSINERGMIN, la posibilidad de gestionar la revisión técnica.

- j) Señala que la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 4446-2014-OS-GFHL/UPPD del 01 de abril de 2014, aprobó el cronograma con los plazos de implementación de las medidas necesarias para satisfacer los ordenamientos de seguridad indicados en el Decreto Supremo N° 017-2013-EM, de CONSORCIO TERMINALES, para la Planta de Abastecimiento Supe, que incluye los dispositivos sobre los cuales la Administración pretende sancionarla, siendo ilógico e ilegal que se mantenga una sanción por un supuesto incumplimiento que aún no había sido determinado como exigible. Sin embargo, el TASTEM, mediante Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1, indica que la mencionada resolución del año 2014, no lo exime de responsabilidad por las infracciones constatadas con fecha del 16 al 19 de enero de 2004, evidenciándose la contradicción en la que incurre OSINERGMIN al pretender sancionar a su consorcio por el

---

Se puede concluir que, si se ha visto necesario emitir el Decreto Supremo N° 017-2013-EM con la finalidad de establecer un procedimiento para determinar las medidas que las instalaciones preexistentes deberán realizar con el objeto de adecuarse al DS. 052-93-EM, quiere decir que dichas medidas no estaban determinadas ni eran exigibles a las instalaciones preexistentes; por lo que, Osinerqmin no podía exigirnos el cumplimiento de unas medidas que no habían sido previamente determinadas.

Hace alusión a lo mencionado en el informe de fecha 25 de octubre de 2013 suscrito por los señores Eduardo Guevara Dodds y Jorge Danós Ordóñez, presentado con escrito de registro N° 201200144950, el 29 de octubre, obrante a fojas 434 del expediente.

Aun habiéndose precisado mediante el Decreto Supremo N° 017-2013-EM la necesidad de realizar las revisiones técnicas como condición previa para la exigibilidad de las disposiciones del Decreto Supremo N° 052-93-EM, Osinerqmin persiste en la confusión entre su función supervisora de disposiciones legales exigibles y la revisión técnica, la cual busca establecer las condiciones para adecuar instalaciones pre-existentes al Reglamento de Seguridad y de esa forma hacer exigibles sus normas, las cuales posteriormente, cuando sean exigibles, podrán ser objeto de actividades de supervisión de Osinerqmin.

Agrega que en el Informe Legal de Danos además se identifican los errores de la resolución N° 22 del expediente Judicial 2504-2009, al indicar que Osinerqmin no puede supervisar el cumplimiento de obligaciones que no son exigibles.

supuesto incumplimiento al D.S N° 052-93-EM, y a la vez, aprobar el cronograma que contiene el supuesto incumplimiento al literal z) del artículo 42 del DS N° 052- 93-EM, de conformidad con el Decreto Supremo N° 017-2013-EM.

Agrega, que incluso antes de la aprobación del referido cronograma, procedió a la instalación de medidores de nivel en nueve tanques (N° 5, 8, 9, 11, 13, 15, 16, 18 y 19) en el Terminal Supe de manera previa a la aprobación del cronograma, tal como se verifica en las Actas de Recepción y Facturas que adjuntaron al recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General de OSINERGMIN N° 910-2014, hecho que no fue tomado en cuenta al momento de determinar la multa y no obstante al medio probatorio del referido cronograma, la fecha de aprobación del mismo, marzo de 2014, no debió ser considerada como fecha de cálculo de multa sino la fecha de recepción de cada uno de los 09 tanques de acuerdo a las Actas presentadas.



- k) Señala que OSINERGMIN debe tener en cuenta que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación pronunciándose en cuanto a la necesaria realización de las Auditorías Técnicas Completas a cargo de la DGH para la determinación de obligaciones exigidas del Decreto Supremo N° 052-93-EM a las instalaciones preexistentes a la mencionada norma; en efecto, los Jueces Supremos estuvieron de acuerdo en parte con el Dictamen Fiscal Supremo emitido, es decir que la conformidad de los Jueces alcanza el razonamiento que desarrolló el Fiscal Supremo en cuanto al aspecto sustancial de la casación.

Asimismo, en sus escritos de apelación, adjunta la opinión emitida por el Fiscal Supremo en lo Civil en el expediente N° 01420-2016 ante la Sala Civil Permanente Suprema, Dictamen N° 63-2016-MP-FN-FSC, con relación a la realización de las auditorías técnicas por la DGH, en el que se concluye, que OSINERGMIN no podía atribuir al demandante (CONSORCIO TERMINALES) la comisión de una falta ni menos subsumir la conducta del mismo en un tipo infractor sin tomar en cuenta el procedimiento establecido en los artículos 130° al 133° del Reglamento referido, puesto que si bien dicha entidad posee facultades para labores de fiscalización, no las tiene para determinar las obligaciones exigibles, en otros términos que los dispuestos en el Reglamento aprobado por el D. S N° 052-93-EM.

También adjunta las resoluciones favorables a CONSORCIO TERMINALES, como la Resolución N° 8 recaída en el expediente N° 4492-2014<sup>24</sup>, que confirma la sentencia N° 13, a través de la cual se declaró fundada la demanda, nula la Resolución N° 141-2014-OS/TASTEM y nula la Resolución de Gerencia General N° 007563, sustentándose en que la DGH debió realizar la auditoría técnica completa conforme al procedimiento establecido en el citado Reglamento, la Resolución N° 11 recaída en el expediente N° 2085-2015 del 02 de setiembre de 2016, de la Corte Superior de Justicia de Lima Décimo Sexto Juzgado, que declara fundada la demanda interpuesta por CONSORCIO TERMINALES contra OSINERGMIN y declara nula la Resolución N° 374-2014-OS/TASTEM de fecha 28 de noviembre de 2014 y nula la Resolución N° 18622 por el supuesto incumplimiento del

<sup>24</sup> Resolución N° 8, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, recaída en el expediente N° 04492-2014, en el que se indica en la sumilla: Importancia de la auditoría técnica completa efectuada por la DGH, para sancionar a la demandante, la administración debió realizar un auditoría técnica donde se detallen las excepciones al referido Reglamento, y señalar el plazo que se le está otorgando para las correcciones o reparaciones, teniendo en cuenta la gravedad, sin embargo, de la revisión de los actuados administrativos no se advierte que se la haya efectuado a la demandante la auditoría técnica completa realizada por la DGH como lo estableció la norma, es decir, no se ha seguido el procedimiento indicado en el D.S. N° 052-93-EM.

Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM, así como la sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República en el expediente N° 1420-2016 notificada el 05 de enero de 2017<sup>25</sup>, que también indica que se debió observar la auditoría técnica. Todas tienen la misma línea de la sentencia emitida en el expediente N° 4492-2014.

En el mismo sentido, adjunta la Sentencia N° 12 emitida por la Cuarta Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 2973-2014, de fecha 26 de febrero de 2017, y la Sentencia N° 6 de la Tercera Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 2995-2014 de fecha 10 de agosto de 2017, notificadas a CONSORCIO TERMINALES el 12 de setiembre de 2017 y el 09 de octubre de 2017, respectivamente, a través de la casilla electrónica, mediante las cuales se declara fundada la demanda interpuesta por CONSORCIO TERMINALES, y en consecuencia nulas las resoluciones de multa emitidas por OSINERGMIN<sup>26</sup>, por el supuesto incumplimiento al Reglamento de Seguridad en el almacenamiento de hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 052-93-EM, sustentándose en que conforme el D.S N° 017-2013-EM, las instalaciones del consorcio no fueron objeto de auditoría. Por ello, solicita se tomen en cuenta las mencionadas sentencias.

- l) Sostiene que debe tenerse en cuenta que pretender sancionar una infracción que, según el criterio de OSINERGMIN se inició desde la vigencia del Reglamento (cuando nuestra empresa no operaba la Planta), y "observada" desde el año 2000, amparándose en una norma de su propia autoría emitida recién el año 2003 (Tipificación y Escalas de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD); violenta los Principios del Procedimiento Sancionador que exigen que la sanción a imponerse debe estar prevista en el ordenamiento legal desde el inicio de la comisión de la infracción, y no posteriormente.
- m) Señala que las obligaciones que nos ocupan en el presente caso, serían, en todo caso, exigibles a PETROPERÚ, por haber sido el operador del Terminal Supe en el momento en que se promulgó el Reglamento, en el año 1993. Su empresa, entonces, no sería pasible de sanción alguna, pues la promulgación del Reglamento se dio en el año 1993 y ellos recién en el año 1998 asumieron la operación del Terminal Supe, siendo que los

<sup>25</sup> La recurrente indica que la sentencia del expediente N° 1420-2016 concluye en el Séptimo considerando lo siguiente: "el presente fallo se emite teniendo en cuenta la sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente, fundamentalmente lo indicado en su considerando décimo", lo señalado en el artículo 1.1 del Título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece que las autoridades administrativas debe actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho y, la vulneración de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 052-93-EM. Siendo ello así ha incurrido en nulidad administrativa y el fallo de la Sala Superior debe ser confirmado al vulnerarse los principios de tipicidad, legalidad y debido procedimiento' corroborando de este modo nuestros principales argumentos desarrollados a lo largo del procedimiento con relación a la necesaria realización de la Auditoría Técnica Completa por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, mediante la cual se determinarían que obligaciones del DS N° 052-93-EM serían exigibles en el terminal Supe, que venía siendo operado por Consorcio Terminales, Sin perjuicio de lo expuesto dejamos constancia de que discrepamos con la referida sentencia en cuanto señala que Osinergmin es el representante de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, al no tratarse dicha Auditoría Técnica Completa de una acción de fiscalización, sino de determinación de obligaciones, la misma que no ha sido transferida por norma alguna al Osinergmin, y menos de rango legal.

<sup>26</sup> Fundada la nulidad de las resoluciones N° 495-2013-OS/TASTEM y N° 015-2014-OS/TASTEM y Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 18131, respectivamente.

En esa misma línea, adjunta a su escrito del 26 de octubre de 2017, el Dictamen Fiscal N° 1732-2017-MP-FN-FSCA de fecha 09 de octubre de 2017, notificado a Consorcio Terminales vía electrónica el 17 de octubre de 2017, mediante el cual opina se declare infundado el recurso de casación interpuesto por Osinergmin en el expediente N°1173-2017, y en consecuencia no casar la sentencia de vista que confirma la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda, y por tanto nulas las resoluciones de multa emitidas por Osinergmin, por el supuesto incumplimiento al Reglamento de Seguridad en el almacenamiento de hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 052-93-EM, como se da en el presente caso. En ese sentido, solicita al Tribunal lo tenga en cuenta.

terminales son de titularidad de Petroperú S.A., responsable de cualquier modificación de las instalaciones, que no previó en el PAMA ni en los compromisos de inversión la ejecución de obras en las instalaciones, por lo que no puede asumir las obligaciones que no sean de operación de la Planta.

Asimismo, en cuanto a la responsabilidad objetiva que se le atribuye, agrega que no se le puede imputar responsabilidad por los incumplimientos en que incurren terceros. En este caso, Petroperú S.A. es titular de los terminales, por lo que dicha empresa es responsable de cualquier modificación de las instalaciones. Por lo tanto, CONSORCIO TERMINALES, en calidad de operador de los terminales, requiere autorización para realizar modificaciones. Alega que no puede asumir las obligaciones que no sean de operación de las mismas. Ello, considerando que de acuerdo con el artículo 1972° del Código Civil, *"no existe responsabilidad ni obligación a la reparación del daño, cuando éste fue a consecuencia de un hecho determinante por un tercero o la imprudencia de quien padece un daño"*<sup>27</sup>. Por lo que OSINERGMIN estaría transgrediendo el Principio de Causalidad, por lo que solicita al TASTEM verificar sus criterios.

- n) De otro lado, manifiesta que no se ha cumplido con el procedimiento de supervisión debido que no se han levantado actas de supervisión tal como se establece en la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>28</sup>, y esto no permite determinar con exactitud la situación existente al momento de la supervisión, los alcances y la viabilidad de la adecuación a exigirse, habiéndose únicamente emitido informes unilaterales, lo que vulnera el Principio del Debido Procedimiento infringiendo además lo dispuesto en el artículo 156° de la Ley N° 27444<sup>29</sup> y el Principio de Presunción de Licitud<sup>30</sup>. Señala que en concordancia con los Lineamientos Resolutivos de la Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería, se ha dispuesto, para el sector minero, declarar la nulidad de los procedimientos administrativos sancionadores cuando se verifique que las Actas de Supervisión no contienen hechos constatados y

<sup>27</sup> Igualmente referencia el artículo 1316° del Código Civil, sobre responsabilidad contractual, que establece que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

<sup>28</sup> Precisamente la finalidad de documentar en un acta las inspecciones es de acreditar con certeza la ocurrencia del hecho imputado, no siendo suficiente la emisión de informes posteriores y unilaterales, como pretende ilegalmente justificar Osinergmin en el numeral 1.1 del informe final del procedimiento administrativo N° 523-2016-OS/DSHL: "Mediante Oficio N° 7299-2004- OSINERG-GFH-L, notificado el 09 de setiembre de 2004, se comunica a la empresa Consorcio Terminales el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por las observaciones consignadas en el informe Técnico N° 106038 de fecha 25 de junio de 2004, respecto a presuntos incumplimientos a la normativa técnica y de seguridad que se habrían advertido en la visita de fiscalización efectuada del 16 al 19 de enero de 2004", ello debido a que la emisión de dichos informes en nada suple la obligación legal de documentar en actas y con exactitud la situación existente al momento de la visita de fiscalización. En tal sentido, al haberse omitido documentar en un acta las supuestas fiscalizaciones realizadas en nuestras instalaciones no se puede acreditar las dimensiones reales de los hechos imputados a nuestra empresa, vulnerándose además el Principio de Presunción de Licitud previsto en el Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, que establece que "las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario". En efecto, si no existe un acta que acredite la actuación de OSINERGMIN y pruebe los hechos imputados en sus reales dimensiones al momento de la fiscalización, no se puede válidamente imponer una sanción, circunstancia que debe ser evaluada por el superior jerárquico. Sobre el particular Juan Carlos Morón<sup>3</sup> considera que la no existencia de una prueba necesaria "para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, obliga a la absolución del administrado".

<sup>29</sup> La administrada hace referencia al artículo 27° del Reglamento de Supervisión y Fiscalización aprobado por Resolución N° 171-2013-OS/CD. Asimismo, señala que mediante resolución N° 001-2013-OS-STOR-TASTEM, publicada el 28 de noviembre de 2013, se aprobó los Lineamientos Resolutivos de la Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería, relativo al sector minero, el cual establece:

*"Se declarará la nulidad de los procedimientos administrativos sancionadores en los que se verifique que en las Actas de Supervisión o documentos similares, elaborados con ocasión de constatar el recrecimiento sin autorización de presas no se señale la cota recrecida y el instrumento o quipa utilizado para su medición debidamente certificado."*

<sup>30</sup> La apelante hace referencia a lo indicado por el autor Juan Carlos Morón Urbina en su libro "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Editorial Gaceta Jurídica. 2006. Quinta Edición, página 635.

específicos que permitan determinar con exactitud la situación existente al momento de la fiscalización o supervisión, por lo que de no aplicarse al presente caso del subsector hidrocarburos, constituiría una vulneración al Principio de No Discriminación del Reglamento General de OSINERGMIN<sup>31</sup>, así como al Principio de Imparcialidad y Principio de Uniformidad de la Ley N° 27444.



- o) De otra parte, se debe considerar que se ha vulnerado lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 235° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444; así como, el artículo 22° inciso 3 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, ello debido a que no se ha señalado cuál sería la sanción que podría corresponder, lo que implica señalar un monto expreso o criterios objetivos que permitan una cuantificación predecible de la multa que correspondería imponerse en caso se acreditara la sanción imputada, no siendo suficiente indicar únicamente los topes máximos de las posibles multas; y no sólo hacer mención que de corroborarse la infracción se le sancionaría con una multa de acuerdo con lo establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, procurando con ello justificar su ilegal proceder; infringiendo de esta manera lo establecido en el artículo 234° de la mencionada Ley, que dispone que se debe notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. Cabe señalar que esta omisión vulnera además el Principio de Predictibilidad previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, carece de toda lógica, legalidad y transparencia que ante su denuncia por la vulneración de los principios del procedimiento administrativo y de la potestad sancionadora administrativa como son el de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, causalidad, presunción de licitud, en contra de su empresa, la institución se limite a señalar en el numeral 2.3 del Informe Final del procedimiento Sancionador que es parte de la resolución materia de impugnación "que en el trámite del presente procedimiento administrativo, han sido plenamente observados los principios contenidos en el Título Preliminar y en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en concordancia con lo señalado en el artículo 2 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD", más aún frente a la intransigencia de parte de OSINERGMIN de mantener la sanción impuesta, a pesar de la evidente ilegalidad en el ejercicio de su potestad sancionadora.

#### **Sobre la prescripción de la infracción**

- p) Señala que la facultad de OSINERGMIN para determinar la existencia de la infracción ha prescrito de conformidad con lo establecido en el artículo 233° de la Ley 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272 en concordancia con el Principio de Irretroactividad contenido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444. Asimismo, la Primera Disposición Transitoria del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, dispone que los procedimientos administrativos sancionadores continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones

<sup>31</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

reconozcan derechos o facultades a los administrados, en lo referido a la sanción y a sus plazos de prescripción.

Manifiesta que el Decreto Legislativo N° 1272 ha reconocido expresamente a las infracciones instantáneas de efectos permanentes como un tipo más de infracciones (además de las contempladas que eran las instantáneas y las continuadas) que son parte del presente procedimiento administrativo sancionador, toda vez que han sido materializadas en un solo momento, más allá que las consecuencias de esta materialización permanecieran posteriormente, materialización que, para las referidas infracciones imputadas a CONSORCIO TERMINALES implican un “no hacer” dentro de un plazo específico de adecuación ; es decir, no instalar, no construir, no reemplazar, entre otros aspectos propios de la infraestructura preexistente de los Terminales operados por Consorcio Terminales.

- q) En ese sentido, no pueden ser consideradas como infracciones continuadas ya que estas requieren de varias acciones que constituyan la misma infracción conforme lo prescribe la literalidad de la norma y que se den de manera continuada, lo que no se cumple en las infracciones imputadas en el presente procedimiento.

En la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1 el Tribunal considera que el momento de la comisión de las infracciones imputadas se da cuando venció el supuesto plazo máximo de adecuación de las instalaciones preexistentes, es decir el 13 de mayo de 1995<sup>32</sup>, por lo que a partir de dicha fecha se inicia el cómputo del plazo prescriptorio de 5 años de manera que el 13 de mayo de 2000 prescribió la facultad de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones en el presente procedimiento.

- r) Asimismo, de acuerdo a la propia interpretación realizada por el Tribunal de OSINERGMIN respecto a que el Decreto Supremo N° 052-93-EM sería aplicable desde el día siguiente de la publicación, es decir desde el 19 de noviembre de 1993, casi 5 años antes que CONSORCIO TERMINALES opere el Terminal Pisco, el Reglamento ya era exigible en su totalidad a las instalaciones preexistentes, como lo eran los Terminales operados por CONSORCIO TERMINALES desde 1998 y que eran operados por Petroperú S.A., entonces la fecha de prescripción habría sido el 19 de noviembre de 1998, tal como detalla el apelante a continuación:

Observación que se sanciona en este caso:  
**Literal z) de artículo 42 del DS 052-93-EM**  
Fecha de Fiscalización: Abril 2000  
Oficio N° 24024-2000-OSINERG-GH/TT-O (mediante el cual se tiene conocimiento que la fiscalización en la que se detectó la observación fue en abril de 2000) del 22.11.00 notificado el 27.11.00 + 5 años = 27.11.05 (Ya prescribió respecto al 19.11.1998).

- s) En el mismo sentido, manifiesta que tomando en cuenta la fecha de comisión de la infracción en el momento en que se detectó por primera vez, es decir en el que se dio la

<sup>32</sup> La empresa recurrente indica que teniendo en cuenta la fecha de publicación del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM así como lo establecido en el artículo 131 de la mencionada norma legal que señala: “Conforme al espíritu de los artículos anteriores, todas las instalaciones para Almacenamiento de Hidrocarburos, serán objeto de una auditoría técnica completa a realizar por la DGH o su representante. La auditoría se realizará en un plazo de 6 meses a partir de la población del Reglamento”, en el entendido de que la misma que tendría que haber sido realizada por la DGH del MINEM a más tardar el 18 de mayo de 1994 y considerando incluso el plazo establecido en el artículo 132 del Reglamento, sería el 13 de mayo de 1995 el día en que venció el plazo para que las instalaciones preexistentes, como lo es el Terminal Pisco operado en ese entonces por Petroperú y desde 1998 por Consorcio Terminales se adecuen al Reglamento.

primera fiscalización por parte de OSINERGMIN al Terminal Eten, el plazo prescriptorio ya se cumplió incluso antes que se notificara a CONSORCIO TERMINALES el inicio del procedimiento administrativo sancionador respecto de la infracción que consistió en no instalar medidores de nivel, tal como se describe a continuación:

Inicio de PAS en el 2004 mediante Oficio N° 7299-2004-OSINERG, notificado el 09.09.04

Observación que se sanciona:

Literal z) del artículo 42: no instalar medidores de nivel

Fecha de fiscalización : julio 2000 + 5 años – 1 año y 8 meses = noviembre de 2003 (ya prescribió respecto al inicio del PAS notificado el 09.09.04)

- t) Los mismos argumentos los utiliza en su escrito de fecha 21 de abril de 2017, solicitando la prescripción por el incumplimiento N° 3, por no impermeabilizar el terreno adyacente a los tanques de almacenamiento, áreas estancas, pues esta infracción corresponde a una instantánea con efectos permanentes, puesto que han sido materializadas en un solo momento, iniciándose el plazo prescriptorio desde el momento de la comisión de la infracción que sería el 13 de mayo de 1995, fecha en que venció el plazo de adecuación, 4 o 5 años después este habría vencido, estableciéndose la prescripción el 13 de mayo del año 2000. Reitera que, incluso tomando la fecha de la comisión de las infracciones desde el momento que se detectaron por primera vez, en la primera fiscalización en el Terminal Supe, usurpando las funciones de la DGH, el plazo prescriptorio, se cumplió incluso antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

#### Sobre el Silencio Administrativo Positivo

- u) La empresa recurrente a través de los escritos de registro N° 201200144950 de fecha 28 de abril de 2017<sup>33</sup> y del 03 de octubre de 2017, solicita la aplicación del silencio administrativo positivo a la solicitud de declaratoria de prescripción de la facultad de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones de conformidad con lo dispuesto en el literal 33.1.1. del artículo 33° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

En efecto, atendiendo a la naturaleza de la solicitud de prescripción presentada ante el Tribunal y a lo dispuesto en el numeral 233.3 del artículo 233° de la referida Ley, que señala: "La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantearla prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos", nuestra solicitud se configura como una de mero trámite, por lo que bastaba constatar los plazos de prescripción para que vuestra entidad resuelva la solicitud en el plazo de 3 días de presentada.

<sup>33</sup> Escritos de registro N° 201200144950 presentados el 28 de abril de 2017 a horas 1.18 p.m y 1.21 p.m

En su escrito del 03 de octubre deja constancia de que, en virtud de las modificaciones introducidas a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, realizadas a través del Decreto Legislativo N° 1272, Consorcio Terminales, con fecha 21 de abril de 2017, solicitó ante vuestro Tribunal, la prescripción de la facultad de Osinergmin para determinar la existencia de las infracciones que le fueron imputadas por el supuesto incumplimiento de obligaciones establecidas en el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 052-93-EM (Anexo 8), tal y como se da en el presente caso; habiendo operado, al 28 de abril de 2017, el silencio positivo respecto de la referida solicitud de prescripción (Anexo 9).

Por tanto, habiendo vencido el plazo legal de 3 días para que vuestra institución resuelva nuestra solicitud de declaratoria de prescripción de la facultad de vuestra institución para determinar la existencia de las infracciones que fueron imputadas a Consorcio Terminales por el supuesto incumplimiento de obligaciones establecidas en el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 052-93-EM, ha operado el silencio positivo, y en consecuencia, nuestra solicitud se considera aprobada de acuerdo a Ley<sup>34</sup>.



#### **Sobre el uso de la palabra**

v) Solicita se le otorgue el uso de la palabra a fin de exponer sus argumentos referidos al presente procedimiento.

5. Por Memorandum N° DSHL-305-2016, recibido el 13 de abril de 2016, la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.



#### **CUESTIONES PREVIAS**

6. Corresponde precisar que a través del Oficio N° 6-2018-OS-TASTEM-S2 de fecha 26 de febrero, notificado el 27 de febrero de 2018, se informó a CONSORCIO TERMINALES, que se le otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 05 de marzo de 2018 por espacio de 10 minutos. Asimismo, con fecha 02 de marzo de 2018 vía telefónica comunicó quien sería el representante que asistiría al informe oral.

Cabe indicar que la audiencia de informe oral se llevó a cabo en el día y hora señalada anteriormente, con la presencia de los representantes del TASTEM y CONSORCIO TERMINALES, tal como consta en el soporte magnético obrante a fojas 1038 del expediente, durante la cual la administrada sustentó los argumentos indicados en el numeral 6 de la presente resolución, los cuales serán evaluados en los siguientes párrafos.

#### **ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

##### **Sobre la auditoría técnica y la exigibilidad del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM**

7. En cuanto a lo alegado en los literales d) al o) del numeral 4) de la presente resolución, cabe indicar que a través de la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1, sí se emitió pronunciamiento respecto de lo alegado en su recurso de apelación con escrito de registro N° 201200144950 del 01 de agosto de 2014 complementado el 30 de enero de 2015 y reiterado en el presente recurso de apelación, respecto a las infracciones de los artículos 39° y 42° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-2013-EM, con lo que en el presente procedimiento no se ha atentado contra el derecho de defensa de la recurrente.

<sup>34</sup> La recurrente indica que en mérito de lo dispuesto en el numeral 33-B.1 del artículo 33-B de la Ley del Procedimiento Administrativo General, presentamos Declaración Jurada ante vuestra institución, de que habiendo operado el silencio positivo respecto de nuestra solicitud de prescripción de la facultad de vuestra institución para determinar la existencia de las infracciones que fueron imputadas y sancionadas Consorcio Terminales por el supuesto incumplimiento de obligaciones establecidas en el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 052-93-EIV, se considera aprobada de acuerdo a Ley, constituyendo el cargo de recepción de este documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de nuestra solicitud.

De otro lado, se advierte que CONSORCIO TERMINALES está cuestionando lo ya resuelto por el TASTEM en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1. Al respecto, debe tenerse presente que de acuerdo con el artículo 218° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, los actos administrativos que agotan la vía administrativa sólo son impugnables ante el Poder Judicial<sup>35</sup>.

Se debe agregar que de acuerdo al artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias, el TASTEM es un Tribunal Administrativo que tiene competencia nacional para conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa. Es decir, no es posible impugnar en sede administrativa los pronunciamientos emitidos por este Órgano Colegiado, procediendo únicamente a su impugnación ante la autoridad judicial, en caso el administrado lo estime pertinente.

En efecto, ya en la Resolución del TASTEM, se emitió una decisión expresa en segunda instancia administrativa sobre la responsabilidad de CONSORCIO TERMINALES por la comisión de las infracciones N° 1, 2 y 3 mencionadas en el numeral 1) de la presente resolución, precisándose en los numerales 4), 5) y 6) de la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1, en la que se le indicó lo siguiente:

*“Que por Decreto Supremo N° 052-93-EM, publicado el 18 de noviembre de 1993 en el Diario Oficial El Peruano, se aprobó el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos. Cabe señalar que el artículo 2° de este Reglamento definió su ámbito de aplicación, estableciendo que esta normativa sería obligatoria para cualquier persona cuya actividad se encuentra sujeta a la jurisdicción nacional y tenga a su cargo, el proyecto, construcción, operación o mantenimiento de instalaciones para almacenamiento de hidrocarburos<sup>36</sup>.*

*Asimismo, los artículos 10° y 11° del Reglamento<sup>37</sup>, enumeran taxativamente aquellas instalaciones a las que no les resulta aplicable dicha norma, entre las cuales no se ha*

<sup>35</sup> Ley N° 27444

Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa

- 218.1. Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148° de la Constitución Política del Estado.
- 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:
  - a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa (...)

<sup>36</sup> Decreto Supremo N° 052-93-EM, Artículo 2°.- El Reglamento es de aplicación obligatoria, para las personas u otras entidades, sea cual fuere su naturaleza jurídica, cuya actividad se encuentra sujeta a jurisdicción nacional y tenga a su cargo el proyecto, construcción, operación o mantenimiento de instalaciones para almacenamiento de hidrocarburos líquidos y/o de gases licuados de petróleo (GLP) y/o líquidos criogénicos, incluyendo el gas natural (...)

<sup>37</sup> “Artículo 10°.- El Reglamento no se aplica a:

- a) Instalaciones de transporte de líquidos inflamables o combustibles.
- b) Almacenamiento y manejo de tanques con líquidos que estén conectados a equipos con quemadores o conectados a equipos de despacho a usuarios.
- c) Almacenamiento de instalaciones industriales que utilicen líquidos, sea para la producción de calor, procesos físicos o químicos de transformación o procesamiento.
- d) Líquidos sin punto de inflamación, pero que pueden ser inflamables bajo circunstancias especiales, como hidrocarburos halogenados.
- e) Tanques cuya capacidad no exceda los 10.0 metros cúbicos.
- f) Estaciones de servicio y grifos de combustibles, que se norman en el Reglamento de Comercialización de los Combustibles Líquidos.

Artículo 11°.- Este Reglamento no se aplica a las siguientes instalaciones de GLP:

- a) Almacenamiento bajo el nivel del suelo como tanques enterrados o tapados, almacenamiento en cavernas o pozos.
- b) Almacenamiento simple de GLP con capacidad de agua menor a 7 metros cúbicos.
- c) Almacenamiento en tanques que no sean fijos.”

comprendido a las plantas de abastecimiento que ya se encontraban operando. Al tratarse de artículos que establecen excepciones, su interpretación debe ser restrictiva, estando prohibida su aplicación a otros supuestos distintos a los expresamente previstos en dicho dispositivo<sup>38</sup>.

De conformidad con lo establecido en los artículos antes mencionados, las disposiciones del Reglamento son exigibles tanto a las plantas de abastecimiento en proyecto o construcción, así como a las que ya se encontraban en operación. (...)

(...) si bien se estableció que la DGH debía realizar una auditoría técnica dentro de los seis (6) meses posteriores a la publicación del Decreto Supremo N° 052-93-EM, es decir, antes del 18 de mayo de 1994, el propósito de esta norma era que las instalaciones fueran corregidas al 13 de mayo de 1995<sup>39</sup>, principalmente en lo que se refiere a seguridad y protección ambiental, y no se condicionaba en modo alguno la obligatoriedad y exigibilidad de las disposiciones del Reglamento en aspectos de seguridad y protección ambiental a la realización de la aludida auditoría técnica.

De esta manera, la recurrente, con capacidad técnica, económica y administrativa, como operadora de la Planta de Abastecimiento de Supe, se encontraba y se encuentra obligada a cumplir las disposiciones del Reglamento antes mencionado, caso contrario sería sancionada por este Organismo Regulador en ejercicio de las funciones fiscalizadora y sancionadora que le han sido encomendadas<sup>40</sup>.

(...), este Tribunal considera que OSINERGMIN ha actuado en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y sancionadoras, respetando el marco normativo vigente, esto es asumiendo la fiscalización de los aspectos legales y técnicos de las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, por lo que la opinión expresada en el Informe contenido en el Oficio emitido por la DGH no resulta vinculante dado que, como hemos señalado, la fiscalización se realizó en ejercicio de las funciones previstas en Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley N° 27332<sup>41</sup>.

Asimismo, de conformidad con el artículo 103° de la Constitución Política, la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. De esta manera, el Decreto Supremo N° 017-2013-EM<sup>42</sup>, establece un procedimiento para la realización de una revisión técnica a cargo de OSINERGMIN a las instalaciones para

<sup>38</sup> CÓDIGO CIVIL

"Título Preliminar

(...)

Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."

<sup>39</sup> Según Oficio N° 6024-2012-OS-GFHL/DPD de la GFHL de OSINERGMIN, se indica que el artículo 131° del señalado Reglamento, la referida auditoría técnica debió realizarse luego de seis meses de su publicación, es decir, ésta debió haber culminado el 18 de mayo de 1994. A su vez, de acuerdo con el artículo 132° de dicha norma, una vez identificadas aquellas instalaciones que requerían corrección o reparación, debían otorgarse plazos no mayores a 360 días para su adecuación, luego de lo cual, en caso de persistir el incumplimiento se sancionaría a la "Empresa Almacenadora". De esta manera, según el propio Reglamento, al 13 de mayo de 1995 sus disposiciones deberían haber sido cumplidas por todas las "Empresas Almacenadoras".

<sup>40</sup> Por Ley N° 26221, Ley Orgánica que Norma las Actividades de Hidrocarburos en el Territorio Nacional, modificada por Ley N° 26734, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 31 de diciembre de 1996, OSINERGMIN asumió la fiscalización de los aspectos legales y técnicos de las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, entre ellos, los establecidos en Decreto Supremo N° 052-93-EM.

<sup>41</sup> Mediante Ley Marco de los Organismos Reguladores - Ley N° 27332, se otorgó a OSINERGMIN, entre otras, las funciones normativa, fiscalizadora y sancionadora.

<sup>42</sup> Decreto Supremo N° 017-2013-EM publicado el 1 de junio de 2013.

*almacenamiento de hidrocarburos de Refinerías y Plantas de Abastecimiento preexistentes a la entrada en vigencia del Reglamento, el mismo que no se aplica retroactivamente. Es por ello, que en base a dicho Decreto Supremo N° 017-2013-EM, mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 4446-2014-OS-GFHL/UPPD del 1 de abril de 2014, se aprobó un cronograma para la revisión de la Planta de Supe, que no exime de responsabilidad por las infracciones constatadas con fecha 16 al 19 de enero de 2004. Debe precisarse que OSINERGMIN sigue siendo la autoridad competente para conocer cualquier procedimiento relacionado a la fiscalización del almacenamiento de hidrocarburos.*

*(...) correspondía a la recurrente como titular de la Planta<sup>43</sup>, en la realización de la operación, verificar si se venía cumpliendo a cabalidad la normativa aplicable, en particular el Reglamento.*

De otro lado, se debe indicar que, así como adjunta sentencias a su favor, algunas de las cuales no han concluido en su proceso judicial; asimismo, mediante Resolución de fecha 10 de abril de 2013, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República confirmó la Resolución N° 7 de fecha 29 de octubre de 2010 de la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, que declaró infundada la demanda tramitada en el expediente N° 1181-2009 interpuesta por CONSORCIO TERMINALES. En la mencionada Resolución de la Corte Suprema se indicó ante la solicitud de CONSORCIO TERMINALES que no se aplique el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM, que como Operador de la Planta debía cumplir con dicho Reglamento como responsable de los procesos efectuados en sus instalaciones. Contra la Sentencia de la Corte Suprema, CONSORCIO TERMINALES interpuso recurso de casación alegando infracción normativa, entre otros, por la inadecuada aplicación del Decreto Supremo N° 052-93-EM, ante ello la Sala Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Auto Calificadorio CAS N° 112197.2013 notificado el 17 de octubre de 2014 a OSINERGMIN, declaró improcedente el recurso de casación, por no haber satisfecho las exigencias de fondo establecidas en el Código Procesal Civil, concluyéndose el proceso a favor de OSINERGMIN.

En el presente caso, como ya se resolvió en el expediente, se acreditó que la recurrente no realizó la subdivisión de la zona de tanques, no instaló por lo menos un medidor de nivel líquidos para cada tanque, y no impermeabilizó el terreno aledaño a los tanques de almacenamiento, áreas estancas, conforme las visitas de supervisión de OSINERGMIN, infracciones N° 1, 2 y 3 que fueron verificadas en las fiscalizaciones de OSINERGMIN, lo cual constituía incumplimiento a los artículos 39° literales c y b) y literal z) del artículo 42°, del Decreto Supremo N° 052-93- EM.

Antes de proceder al análisis de los argumentos de fondo expuestos por la empresa recurrente por el cálculo de la multa y la prescripción de la infracción N° 2, debemos reiterar que respecto a los argumentos de CONSORCIO TERMINALES de la presente Resolución, estos ya fueron materia de pronunciamiento a través de la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1 de fecha 13 de marzo de 2015, habiéndose declarado FUNDADO el recurso de apelación formulado por CONSORCIO TERMINALES respecto a la infracción N° 3, disponiendo reducir el monto de la infracción de 461.76 (cuatrocientos sesenta y uno con setenta y seis centésimas) UIT a 50 (cincuenta) UIT, asimismo disponiendo la NULIDAD de la infracción N° 2 en el extremo referido al cálculo de multa por el factor de beneficio ilícito obteniendo,

<sup>43</sup> Titular de la Planta de Abastecimiento, según Registro de Hidrocarburos.

devolviendo los actuados a la primera instancia para que emita un nuevo pronunciamiento en dicho extremo y finalmente declarándose INFUNDADO el recurso de apelación en los demás extremos que contiene. En ese sentido, se garantiza la debida motivación de la resolución recurrida, la misma que fue emitida en estricto cumplimiento de las garantías al debido procedimiento que le asisten a la administrada.

Por tanto, dicho pronunciamiento del TASTEM agotó la vía administrativa, por lo que no corresponde a esta Sala emitir un nuevo pronunciamiento sobre dichos extremos<sup>44</sup>.

Al respecto, el artículo 427º del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria al presente caso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, dispone entre otras causales de improcedencia:

*“Artículo 427º.- Improcedencia de la demanda. - El Juez declarará improcedente la demanda cuando:*

*(...)*

*6. cuando el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible*

*(...)”.*

Sobre este particular, resulta jurídicamente imposible que esta Sala vuelva a pronunciarse sobre el fondo del asunto, en cuanto a la determinación de responsabilidad administrativa, toda vez que ya lo hizo con ocasión del recurso de apelación interpuesto oportunamente, deviniendo este extremo, por tanto, improcedente.

Debe tenerse presente que de conformidad con lo establecido por el artículo 192º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 en concordancia con el artículo 201º del Texto Único Ordenado, TUO de la Ley N° 27444,<sup>45</sup> los actos administrativos tienen carácter ejecutorio, salvo disposición expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

En idéntico sentido, el artículo 25º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>46</sup>, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, señala que la admisión de la demanda contencioso administrativa no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

<sup>44</sup> Juan Carlos Morón Urbina, en Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Página 590 y 591. Indica: *Los actos que agotan la vía administrativa. Se trata de actos que cancelan el debate en la sede administrativa, y por ende, lo dejan expeditos para su ingreso al ámbito jurisdiccional. Siendo de tal modo, resultaría contradictorio que la autoridad volviera sobre estos actos para revocarlos y con ello volver a agotar la vía o reponer el tema en sede administrativa.*

<sup>45</sup> Ley N° 27444:

Artículo 192º.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tienen carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

TUO de la Ley 27444.

Artículo 201.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

<sup>46</sup> “Artículo 25º.- Efecto de la Admisión de la demanda

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.”

Sin embargo, en el presente caso, de acuerdo a lo informado por la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSINERGMIN<sup>47</sup>, el Organismo Regulador no ha sido notificado de alguna medida cautelar concedida judicialmente a la empresa fiscalizada a fin de suspender el trámite del presente procedimiento administrativo sancionador, ni la ejecución de la Resolución N° 910-2014, Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1, ni la Resolución N° 683-2016-OS/DSHL.

En virtud de lo expuesto, en estos extremos debe estarse a lo resuelto en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1.

### Sobre la prescripción de la potestad sancionadora del OSINERGMIN

8. Con relación a los literales p) al t) del numeral 4) de la presente resolución, se debe indicar que la infracción N° 2 que es el incumplimiento que quedaba con la sanción pendiente hasta la emisión de la Resolución N° 683-2016-OS/DSHL, corresponde indicar que por disposición del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, 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<sup>48</sup>.

A su vez, el Principio de Debido Procedimiento<sup>49</sup> regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, señala que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden de modo enunciativo, mas no limitativo, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente.

De otro lado, cabe anotar que el artículo 103° de la Constitución Política de 1993, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por ella, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por esta última<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Comunicación mediante correo electrónico del viernes 23 de febrero de 2018.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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

1.2. 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.

<sup>50</sup> Constitución Política de 1993.

Por su parte, el Principio de Irretroactividad contenido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, prescribe que las Entidades deben aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables<sup>51</sup>.

Junto a lo anterior, el Principio bajo comentario precisa que su ámbito de aplicación comprende aquellas disposiciones con incidencia directa en la tipificación de ilícitos administrativos, la previsión de sanciones y los plazos de prescripción; las cuales producirán efecto retroactivo incluso respecto a las sanciones en ejecución al momento de entrar en vigor la nueva disposición sancionadora.

Es así que de acuerdo al artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el Órgano Sancionador o el Órgano Revisor puede declarar de oficio la prescripción<sup>52</sup>.

De acuerdo al numeral 233.1 del artículo 233° de la Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el numeral 31.1 del artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, la facultad de las entidades para determinar la existencia de infracciones e imponer sanciones, prescribe a los cuatro (04) años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al agente supervisado, en el caso de infracciones instantáneas simples o instantáneas con efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción o desde el día en que cesó en caso de infracciones permanentes<sup>53</sup>.

---

Artículo 103º.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

Decreto Legislativo N° 295.

Código Civil.

Título Preliminar

1 Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

<sup>51</sup> Ley N° 27444.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

5.- Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

Actualmente, la función sancionadora de OSINERGMIN se encuentra regulada en el 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, publicada con fecha 18 de marzo de 2017. Sin embargo, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Transitoria de este Reglamento, los procedimientos administrativos sancionadores en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones de este Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente reglamento. (Subrayado nuestro)

<sup>52</sup> Resolución N° 040-2017-OS/CD

31.3 El órgano sancionador o el órgano revisor declara de oficio la prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponda.

<sup>53</sup> Ley N° 27444.

Artículo 233. Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de 232 infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes. (...)



A su vez, el numeral 233.2 del artículo 233° de la Ley N° 27444 establece que el cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de los hechos constitutivos de la infracción que les sean imputados; reanudándose dicho cómputo si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

En este contexto, cabe indicar que en el presente procedimiento sancionador se le imputó a CONSORCIO TERMINALES, entre otras, la siguiente infracción:

INFRACCIÓN	FECHA DE VISITA DE FISCALIZACIÓN
2.No instalaron por lo menos un medidor de nivel de líquido por cada tanque, asimismo, no entregaron el plan de implementación de cada tanque. (Literal z) del artículo 42° del Reglamento).	16 al 19 de enero de 2004

Tomando en cuenta ello, es importante determinar la naturaleza de las mismas, por lo que debe tenerse presente que en el literal a.2) del sub numeral 9.1 de su artículo 9° del Reglamento aprobado por la Resolución N° 040-2017-OS/CD<sup>54</sup>, define a las infracciones instantáneas de efectos permanentes como aquellas en las cuales la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consuma, permaneciendo sus efectos en el tiempo.

Asimismo, el literal b) del numeral 9.1 de su artículo 9° de la mencionada Resolución N° 040-2017-OS/CD, define a las infracciones permanentes como aquellas en que la conducta infractora subsiste en el tiempo.

Cabe indicar que efectivamente estás infracciones eran llamadas continuadas, como mencionada la apelante, antes de la entrada en vigencia de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

En ese sentido, este Tribunal considera que en los términos de la Ley N° 27444 y la Resolución N° 040-2017-OS/CD, éstas infracciones son de naturaleza permanente, debido a que la situación ilícita se mantuvo y se prolongó en el tiempo, pues es una infracción que

Resolución N° 040-2017-OS/CD  
Artículo 31.- Prescripción y Caducidad  
(...)

Asimismo, el inicio del plazo de prescripción considera lo siguiente:

- En infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó.
- En infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.
- En infracciones continuadas, el plazo de prescripción se inicia desde la realización de la última acción constitutiva de la infracción.
- Tratándose de infracciones al cumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del período supervisado.

<sup>54</sup> Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 9.- Tipos de Infracción

9.1 Las infracciones pueden ser de tres tipos: (...)

a) Infracciones Instantáneas.- Las que a su vez se subdividen en:

a.1) Infracciones instantáneas simples.- Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consuma sin perdurar ésta ni sus efectos en el tiempo.

a.2) Infracciones instantáneas de efectos permanentes.- Son aquellas en que la conducta infractora se produce en un momento determinado y en ese mismo momento se consuma, permaneciendo sus efectos en el tiempo.

b) Infracciones Permanentes.- Son aquellas en que la conducta infractora subsiste en el tiempo. (...)

continúa, que permanece hasta la fecha en que se produce su cese, es decir hasta que se actúa cumpliendo la obligación, razón por la cual el plazo prescriptorio empezará a computarse desde el momento en que se constató su subsanación (subrayado nuestro).

De acuerdo con el indicado marco normativo, y conforme este Tribunal ya ha resuelto en casos similares al presente, para el cómputo del plazo de prescripción en este tipo de infracciones se debe considerar la fecha a partir de la cual cesó la infracción, y no la fecha en la que ésta se cometió, como alega la recurrente<sup>55</sup>.

Así tenemos que de acuerdo al Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 523-2016-OS/DSHL, obrante a fojas 784 a 787 del expediente, la subsanación de la infracción que sustenta la resolución impugnada se dio según lo siguiente:

La infracción N° 2 materia del presente procedimiento administrativo sancionador, por no instalar medidores de nivel se encontraba vencida como observación desde agosto de 2001, y fue detectada en diferentes visitas, así como durante la visita de fiscalización efectuada del 16 al 19 de enero de 2004. La administrada no acreditó la subsanación antes del inicio del procedimiento.

Ahora bien, de acuerdo al cargo de notificación del Oficio N° 7299-2004-OSINERG-GFH-L, el presente procedimiento administrativo sancionador se inició con fecha 09 de setiembre de 2004.

La subsanación de la infracción se dio en julio de 2012, por el tanque N° 5 y 7, en octubre de 2012 por el tanque N° 8, en diciembre de 2012, por los tanques 9, 11, 13, 15, 16, 18 y 19, quedando pendiente de subsanación el tanque N° 10.

Así, con Resolución de Gerencia General de OSINERGMIN N° 910-2014 del 16 de junio de 2014, se sancionó a la recurrente, no habiendo transcurrido ni 2 años desde la fecha de subsanación de la infracción N° 2, por los tanques descritos en el párrafo anterior.

Sin embargo, mediante Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S-1, se declaró nulo el extremo de la imposición de la sanción, la multa, respecto a la infracción N° 2, al no haberse evaluado que en varios de los tanques materia de la infracción N° 2, se habían colocado los medidores de nivel.

Por ello, mediante Resolución N° 683-2016-OS/DSHL de fecha 08 de marzo de 2016, debidamente notificada a la administrada, el 10 de marzo de 2016, se modifica el importe de la multa, conforme a lo ordenado por este Tribunal en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1.

En atención a ello, el plazo prescriptorio de cuatro (4) años no se cumplió, lo que significa que este Organismo ejerció oportuna y válidamente su potestad sancionadora en el presente caso, toda vez que la resolución de primera instancia se emitió y se notificó en el mes de

<sup>55</sup> A ello, se debe agregar que en el numeral 9 de la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1, en el sentido, que las infracciones como son las imputadas en el presente procedimiento, constituyen infracciones continuadas. Al respecto, debe tenerse presente que las infracciones son de acción continuada cuando con posterioridad al vencimiento del plazo otorgado para subsanar una observación, la administrada persiste en la conducta de mantener una situación ilícita al no subsanar los incumplimientos de las normas técnicas y de seguridad del subsector hidrocarburos.

marzo de 2016, habiendo transcurrido 3 años con 9 meses, desde la subsanación de los tanques N° 5 y 7, que se dio en julio de 2012.

En consecuencia, se advierte que entre la fecha de subsanación de los otros tanques y la imposición de la sanción transcurrieron menos de 04 años<sup>56</sup>; razón por la cual tampoco operó la prescripción respecto de dichos ilícitos administrativos.

En ese sentido, se mantiene la responsabilidad administrativa de CONSORCIO TERMINALES, por las infracciones detectadas durante la visita de fiscalización realizada del 16 al 19 de enero de 2004 a las instalaciones de la Planta de Abastecimiento de CONSORCIO TERMINALES ubicada en Jr. Callao N° 445-460, distrito de Supe Puerto, provincia de Barranca y departamento de Lima.

De acuerdo con el desarrollo realizado, este Tribunal determina que se desestima este extremo de la apelación para la infracción N° 2.

Sin perjuicio de lo mencionado, en concordancia con las normas citadas en los párrafos precedentes, debe señalarse que la prescripción puede ser aplicada por la Administración en la etapa impugnativa siempre y cuando se verifique que, al momento de imponerse la sanción, esto es, de determinarse la existencia de infracción, ya había transcurrido el plazo de prescripción establecido en la norma vigente a dicha fecha.

No obstante, cabe indicar que en el presente caso el incumplimiento N° 3, la potestad sancionadora se ejerció con la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 910-2014 del 16 de junio de 2014 y fue confirmada mediante la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1.

Sin embargo, le precisamos que, de acuerdo con el indicado marco normativo, y conforme este Tribunal ya ha señalado en casos similares al presente, para el cómputo del plazo de prescripción en infracciones permanentes (antes llamadas en nuestros procedimientos administrativos como continuadas) se debe considerar la fecha en la cual cesó la infracción.

#### Incumplimiento N° 3, no subsanado.

- Por su parte, si bien en los casos expuestos anteriormente por la infracción N° 2, se verificaron subsanaciones al incumplimiento y por tanto el cese de la infracción, también se verifica con relación al incumplimiento N° 3 que se tuvo por no subsanado conforme se aprecia de los actuados en el expediente y de la Resolución de Gerencia General N° 910-2014 de fecha 16 de junio de 2014, mediante la cual se determinó la responsabilidad de la infracción y se sancionó con una multa de 461.76 UIT, siendo que con la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1, la infracción que fue confirmada, y la multa fue modificada a 50 UIT que era el tope de multa que correspondía conforme la Tipificación que correspondía aplicar, toda vez que la misma apelante reconoció que no había cumplido con dicha infracción.

En ese sentido, respecto a esta infracción, si bien el incumplimiento N° 3 fue constatado en visitas anteriores, la supervisión de fecha 16 al 19 de enero de 2004, fue la visita por la cual se inició el procedimiento administrativo sancionador; lo cierto es que, debido a su naturaleza continua, es decir de carácter permanente, el cómputo del plazo prescriptorio de la potestad sancionadora del OSINERGMIN respecto a dicho ilícito no se inició en tal

<sup>56</sup> Contabilizado desde el cese de las observaciones de la infracción N° 2.

oportunidad, ni en algún momento posterior, en la medida que no se verificó su subsanación. Como se ha explicado en los párrafos precedentes, desde esa fecha hasta la determinación de la sanción tampoco habría transcurrido el plazo de prescripción solicitado.

Asimismo, no obra en el expediente administrativo medios probatorios que acrediten la condición de subsanación o cese de dicho incumplimiento, por lo que no ha transcurrido ni opera plazo prescriptorio alguno.

En consecuencia, considerando que a la fecha de la emisión de la Resolución N° 910-2014 subsistía el incumplimiento N° 3, y que no existe evidencia posterior que demuestre el cese de dicha infracción, manteniéndose la condición antijurídica que supone la omisión de cumplimiento por parte de CONSORCIO TERMINALES; mal puede tal administrada alegar la configuración del supuesto de prescripción de la potestad sancionadora del OSINERGMIN, correspondiendo desestimar lo alegado al respecto.

En este orden de ideas, se concluye que, al expedir la resolución impugnada, la facultad de la administración para determinar infracciones administrativas de los incumplimientos N° 2 y 3 aún no habían prescrito.

Por lo tanto, se verifica que la primera instancia al emitir la resolución de sanción no trasgredió los Principios de Verdad Material y Legalidad, ni incurrió en causal de nulidad alguna, procediéndose a desestimar el recurso de apelación, en estos extremos

#### Sobre el Silencio Administrativo Positivo

9. En relación a lo alegado en el literal u) del numeral 4) de la presente resolución, respecto a la solicitud de la aplicación del silencio administrativo positivo en la etapa que corresponde a su recurso de apelación interpuesto, corresponde señalar que la aplicación de la institución jurídica del silencio administrativo en el ámbito de los procedimientos sancionadores se encuentra regulado en el numeral 197.6 del artículo 197° del TUO de la Ley N° 27444<sup>57</sup>, según el cual los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas. (Subrayado nuestro).

De dicho supuesto normativo se desprende que el silencio administrativo se restringe a la fase recursiva del procedimiento sancionador y opera, como regla general, en la forma de silencio negativo. Asimismo, en el supuesto en que el administrativo decida solicitar el silencio negativo respecto del primer medio impugnatorio interpuesto, procederá la aplicación del silencio positivo respecto del segundo medio impugnatorio.

De ello, se advierte que sólo procederá la aplicación del silencio positivo respecto del recurso de apelación, en aquellos casos en que el administrado sancionado se haya acogido

<sup>57</sup> TUO de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS  
Artículo 197.- Efectos del silencio administrativo  
(...)

197.6. En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas.

previamente al silencio negativo respecto a su recurso de reconsideración; lo que no se ha verificado en el presente caso.

En efecto, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente administrativo se advierte que CONSORCIO TERMINALES no interpuso su recurso de reconsideración contra la resolución de sanción, Resolución N° 910-2014, ni contra la Resolución N° 683-2016-OS/DSHL en la que se sanciona con multa la infracción N° 2, y durante esa etapa recursiva no ejerció su derecho a solicitar la aplicación del silencio administrativo negativo<sup>58</sup>; razón por la cual, no se configuró el silencio negativo previo que le habilita a solicitar el silencio administrativo positivo en esta instancia, por lo que debe desestimarse lo solicitado sobre el particular.

Atendiendo a lo señalado, este Órgano Colegiado considera que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

### Sobre la aplicación de la multa

10. Con relación a lo manifestado en el literales a) al c) del numeral 4), cabe señalar que al momento de detectarse la infracción<sup>59</sup> y a la fecha de imposición de la sanción, se encontraba vigente la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, la cual establecía una multa pecuniaria de hasta 300 UIT y como sanciones no pecuniarias, el cierre de instalaciones, la suspensión temporal o definitiva de actividades, para las infracciones tipificadas en el numeral 2.16.10<sup>60</sup>, como es el incumplimiento del artículo 42° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 052-93-EM.

En el presente caso, de acuerdo al Informe Final de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 523-2016-OS/DSHL, en la aplicación de la metodología empleada para el cálculo de multa, se han considerado los criterios de graduación contenidos en el numeral 13.2 del artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN<sup>61</sup>, así como los Criterios Resolutivos aprobados por Resolución N° 352-2011-

<sup>58</sup> En cuanto al silencio administrativo negativo, MORON ÚRBINA señala que "en el modelo nacional, el silencio administrativo negativo deriva en dotar al ciudadano de una facultad procesal de obviar a la autoridad a cargo de la resolución de su expediente y desplazar el caso a la siguiente. Afirmamos que es una facultad y no una obligación porque, como se verá puede también optar por esperar una resolución tardía o extemporánea de la autoridad, si así le resultara más conveniente a sus intereses. Por ello es que cuando vence el plazo para resolver, y en tanto el administrado no se acopia al silencio, no se pueden entender iniciados ningún plazo de impugnación".

MORON ÚRBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 11° edición, 2015, pág. 575.

<sup>59</sup> La infracción N° 2, se encontraba vencida como observación desde el año 2001, la misma que se verificó que seguía pendiente, en sendas visitas de supervisión, siendo que, en la visita del año 2004, se constató que seguía pendiente de subsanación, por lo cual es verificable que no subsanó hasta el año 2012, dicha infracción.

<sup>60</sup> Tipificación que continúa en la Escala actual aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 271-2012-OS/CD, en el numeral 2.14.8 de la citada tipificación. Siendo que al momento de detectado el incumplimiento correspondía la aplicación del numeral 2.16.10. Ambos numerales contienen como sanción una multa, y siendo que la actual multa es de 32.58 UIT, se encuentra muy por debajo del tope máximo del rango establecido para ambos numerales.

<sup>61</sup> Aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, anteriormente aprobado por RCD N° 233-2009-OS/CD que contenía los mismos criterios.

Artículo 13°. - Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción.

(...).

13.2. En los casos que corresponda graduar la sanción por haberse establecido un rango en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones, se considerará los siguientes criterios:

13.2.1. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.

13.2.2. El perjuicio económico causado.

13.2.3. La reincidencia y/o continuidad en la comisión de la infracción, de acuerdo a los artículos 6° y 7° del presente Reglamento.

13.2.4. Las circunstancias de la comisión de la infracción.

13.2.5. El beneficio ilegalmente obtenido.

13.2.6. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

OS/GG, norma publicada en el Diario Oficial "El Peruano"<sup>62</sup>, que se encuentran dentro del marco de lo dispuesto en la Resolución N° 028-2003-OS/CD, estableciendo una sanción menor al tope máximo aplicable, lo que resultó favorable a la administrada. Incluso es menor a la multa anterior impuesta mediante Resolución N° 910-2014, en la que se le sancionó con 110.55 UIT.

De la revisión del informe que sustenta la resolución impugnada se aprecia que, para determinar la multa impuesta, se utilizó la siguiente fórmula aprobada y publicada en el Diario Oficial El Peruano, habiéndose recogido el cálculo realizado en el Informe Técnico mencionado en el párrafo precedente, elaborado por la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos:

$$\text{Multa} = (B + \alpha D) / P * (FA)$$

Donde B es el Beneficio Ilícito derivado de la infracción (costo evitado o postergado), D es el valor del perjuicio o daño provocado por la infracción, P es el factor de Probabilidad de detección y el Factor A viene a ser el factor agravante o atenuante aplicable de la sanción.

Al respecto, de la revisión del mencionado Informe Final que sustenta la resolución impugnada, se advierte que la División de Supervisión Hidrocarburos Líquidos (órgano competente), a efectos de graduar la sanción a ser impuesta a la administrada, consideró el criterio del beneficio ilícito como costo evitado o postergado, conforme corresponda, esto es, aquella inversión que debió haberse realizado para cumplir la normativa vigente, y que efectivamente se realizó al subsanarse la infracción.

Cabe indicar que, a efectos del cálculo de los costos evitados o postergados, se tomaron en cuenta como costos realmente incurridos aquellas inversiones o costos directamente vinculados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente, que constan en documentos en los cuales se puede verificar la efectiva ejecución de los mismos.

Debe indicarse que el costo postergado determinado en el presente caso, supone una estimación de aquellos costos en los que cualquier empresa tendría que incurrir para dar cumplimiento a la obligación, inversiones que debieron realizarse para cumplir con la normativa vigente en un determinado momento, que fueron efectivamente realizadas con posterioridad.

En efecto sobre el factor Beneficio Ilícito se consideró el costo por la adquisición del equipo y la instalación del medidor de nivel (incluye mano de obra, equipos y materiales), que es lo requerido para dar el cumplimiento de la obligación materia de análisis. Dichos costos están directamente relacionados con la naturaleza de la infracción<sup>63</sup>.

(...).

13.4. La Gerencia General podrá aprobar criterios específicos a ser tomados en cuenta por el órgano sancionador para la aplicación de la Escala de Multas y Sanciones, los cuales serán publicados en el diario oficial El Peruano.

<sup>62</sup> Artículo 4° de la Resolución de Gerencia General N° 352- Metodología general para la determinación de sanciones por infracciones administrativas que no cuentan con criterios específicos de sanción.

<sup>63</sup> Los costos de equipos e instalación para el tipo de actividad requerida y conforme la aplicación a otros casos similares, fuente obtenida del presupuesto MyC Pariñas, que incluso es un costo menor que el de CONSORCIO TERMINALES.

Asimismo, cabe indicar que, de la revisión de expediente, se advierte que existen dos fuentes válidas y objetivas como son, el Manual de Richardson y el presupuesto directo del mercado de hidrocarburos. En el presente caso, en el Informe Final N° 523-2016-OS/DSHL se tomaron en consideración los costos de las cotizaciones del mercado de hidrocarburos<sup>64</sup> siendo el monto del presupuesto por cada uno de los medidores de nivel líquido para tanque US\$3660.22, lo que es más favorable a CONSORCIO TERMINALES, toda vez que el anterior presupuesto solo para la adquisición del equipo tenía un valor aproximado de US\$ 7800.00 según el Manual de Richardson (2004).

Además, se tomaron en cuenta las fechas de subsanación en el cálculo de multa a efectos de determinar el beneficio económico, así como el beneficio ilícito asociado a la actualización del costo, los mismos que guardan relación con la infracción sancionada en la resolución impugnada, obteniéndose por los once tanques a los que les faltaba el medidor de nivel de líquidos, el factor B ascendente a US\$ 44 296.83 (cuarenta y cuatro mil doscientos noventa y seis con 83/100 Dólares Americanos). Por lo que, para el cálculo se tomó en cuenta el valor desde el mes de marzo de 2003 fecha de la infracción, y no desde la fecha en que debió cumplir, hasta abril de 2014<sup>65</sup>, lo que es más favorable a la administrada.

Al respecto, cabe reiterar lo indicado en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM S1, en el sentido, como resultado de la visitas de fiscalización realizada el 16 al 19 de enero de 2004 a la Planta de Abastecimiento de Supe, notificada mediante Oficio N° 3000-2004-GFH, se verificaron que las tres infracciones imputadas a la recurrente continuaban pendientes de subsanación<sup>66</sup>.

A ello se debe agregar que con la publicación de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones Hidrocarburos Líquidos aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, vigente desde marzo 2003, se incluyeron aquellas obligaciones exigibles a los administrados en el marco del desarrollo de sus actividades de hidrocarburos, las cuales incluían las disposiciones del Reglamento, inclusión que es válida teniendo en cuenta las facultades otorgadas a OSINERGMIN.

En ese sentido, se advierte que, desde diciembre de 2001, fecha en que venció el plazo para subsanar la observación, existía el incumplimiento al Reglamento, y a partir de marzo de 2003, al no subsanarse la observación, resultaba en una infracción debidamente tipificada y sancionable. Por lo que, conforme se ha indicado, las instalaciones de la recurrente debían cumplir las exigencias de seguridad establecidas en dicho Reglamento, desde su entrada en vigencia, lo que no ocurrió en el presente caso, como lo indica la misma recurrente a lo largo de lo tramitado en el presente procedimiento administrativo sancionador, siendo que la infracción se subsanó recién el año 2012.

Factor del Valor del Daño, Factor ( $\alpha$ VD): Se ha calculado a partir del valor del daño provocado, siendo el resultado del Factor ( $\alpha$ VD) Cero, según el Informe Final.

<sup>64</sup> Como es la cotización proporcionada por empresas que desarrollan sus actividades en el sector de hidrocarburos, como era MYC PARIÑAS que es una fuente válida y objetiva, que además es una empresa que realiza trabajos para CONSORCIO TERMINALES. (Subrayado agregado)

<sup>65</sup> La Primera Instancia ha considerado como fecha de cálculo de multa el mes en el cual se emite la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos N° 4446-2014-OS-GFHL/UPPD que aprueba el cronograma de implementación de acuerdo al Decreto Supremo N° 017-2013-EM, para la Planta de Abastecimiento Supe, lo que resulta más favorable a la administrada.

<sup>66</sup> Cabe indicar que la infracción por no subdividir estancas (art. 39° literal c) del Reglamento), estaba vencida con fecha 31 de diciembre de 2003, y en la visita de 2004 seguía pendiente. Asimismo, la observación por no instalar medidores de nivel líquido por cada tanque (art. 42° literal z) del Reglamento) se encontraba vencida desde el 31 de agosto de 2001.

Asimismo, la Probabilidad de Detección (P), para el presente caso se encontraba asociado a una probabilidad de detección de 100%.

Respecto al Factor A, no se consideraron ni agravantes ni atenuantes para el presente caso, por lo que dicho factor de acuerdo a la fórmula, fue igual a uno (1).

Debe precisarse que estos criterios guardan relación y no se contraponen con aquellos contemplados por el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3) del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444<sup>67</sup>.

En tal sentido, se advierte que la sanción impuesta para la infracción N° 2, ascendente a 32.58 (treinta y dos con cincuenta y ocho centésimas) UIT, constituye la sanción expresamente prevista por nuestro ordenamiento para casos como el presentado en este procedimiento administrativo sancionador.

Atendiendo a lo expuesto, se verifica que en el presente procedimiento sancionador la autoridad administrativa ha actuado dentro del marco normativo vigente y ha respetado el Principio del Debido Procedimiento, por lo que este Órgano Colegiado considera que se debe desestimar la alegación formulada en estos extremos.



#### Sobre el uso de la palabra

11. Respecto a lo solicitado en el literal v) del numeral 4) de la presente resolución, se debe precisar que mediante Oficio N° 6-2018-OS/TASTEM-S2, se comunicó que se había programado el informe oral, diligencia que se llevó a cabo con fecha 05 de marzo de 2018, durante la cual el representante de CONSORCIO TERMINALES, encargado de la exposición, reiteró los argumentos indicados en el recurso de apelación a través de los diferentes escritos que han sido analizados, los mismos que han quedado desvirtuados mediante los considerandos expuestos en los párrafos precedentes.

Cabe señalar que, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante no ha presentado escritos posteriores al informe oral.



De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias y; toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

<sup>67</sup> Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444: Artículo 230°.

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido;
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por la empresa CONSORCIO TERMINALES contra la Resolución de División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 683-2016-OS/DSHL de fecha 08 de marzo de 2016, en el extremo referido a la determinación de responsabilidad administrativa por las infracciones N° 1, 2 y 3, y **ESTÉSE** a lo resuelto en la Resolución N° 070-2015-OS/TASTEM-S1 que agotó la vía administrativa en dichos extremos.

**Artículo 2°.-** Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la empresa CONSORCIO TERMINALES contra la Resolución de Gerencia de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos N° 683-2016-OS/DSHL de fecha 08 de marzo de 2016, en los extremos referidos a prescripción; silencio administrativo positivo y sobre la aplicación de la multa respecto de la infracción N° 2, conforme la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 3°.-** Declarar agotada la vía administrativa.

*Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.*



JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO  
PRESIDENTE

