

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°259-2013-OEFA/TFA

Lima, 29 NOV. 2013

VISTOS:

El Recurso de Apelación interpuesto por CONSORCIO TERMINALES contra la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 12 de marzo de 2013, en el Expediente N° 109854; y el Informe N° 269-2013-OEFA/TFA/ST del 10 de octubre de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión de operaciones llevada a cabo el 17 de mayo de 2004 en las instalaciones de la Planta de Abastecimiento de Eten, ubicada en el distrito de Puerto Eten, provincia de Chiclayo y departamento de Lambayeque, la cual viene siendo operada por la empresa CONSORCIO TERMINALES¹; en la cual se detectó infracciones a la normativa de protección ambiental para las actividades de hidrocarburos. Como producto de dichas supervisiones, se elaboró el Informe Técnico Sancionador N° 109854².

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20382631294.

² Foja 4.

2. Mediante Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI de fecha 12 de marzo de 2013³, notificada el 15 de marzo de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, DFSAI) impuso a CONSORCIO TERMINALES una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
No haber impermeabilizado las zonas aledañas a los tanques de almacenamiento	Literal b) del Artículo 24° del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM ⁴ .	Numeral 3.6 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, modificado por Resolución N° 358-2008-OS/CD ⁵	50 UIT
MULTA TOTAL			50 UIT

³ Fojas 206 a 210.

⁴ Decreto Supremo N° 046-93-EM - Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de noviembre de 1993.-
"Artículo 24°.- Para el manejo y almacenamiento de hidrocarburos el operador cumplirá con los siguientes requisitos:

(...)

b) Cada tanque o grupo de tanques deberá estar rodeado por un dique debidamente impermeabilizado que almacene un volumen por lo menos igual al 110% del tanque de mayor volumen.

(...)"

⁵ Resolución N° 028-2003-OS/CD, Modificada por Resolución N° 358-2008-OS/CD. Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2003.-

Rubro 3	Accidentes y/o protección del medio ambiente			
	Tipificación de la infracción	Referencia Legal	Sanción	Otras Sanciones
	3.6. Incumplir las normas sobre área estanca.	_ Art. 24° inciso b), c) y d) del Reglamento aprobado por D.S. N° 046-93-EM. _ Art. 37° del Reglamento aprobado por D.S. N° 051-93-EM. _ Arts. 39° del Reglamento aprobado por D.S. N° 052-93-EM.	Hasta 50 UIT.	CI, STA
CI: Cierre de Instalaciones STA: Suspensión Temporal de Actividades				

3. Mediante los escritos de registros Nos. 011796, 013651, 016702, 019788, 020204 presentados el 5 y 17 de abril, 13 de mayo y 18 y 21 de junio de 2013, respectivamente, CONSORCIO TERMINALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI del 12 de marzo de 2013, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la prescripción de la potestad sancionadora

- a) Debe declararse la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora en virtud al criterio adoptado por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 182-2013-OEFA/DFSAI, la cual declaró la prescripción del procedimiento administrativo sancionador respecto a la impermeabilización y se efectuó el archivo del mismo.

En cuanto al incumplimiento del Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM

- b) Conforme a lo establecido en el Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM, se establece específicamente la obligatoriedad de la "impermeabilización del dique".

Sin embargo, la observación detectada en la visita de supervisión se encuentra referida a la "impermeabilización del terreno alledaño" a los tanques de almacenamiento, específicamente al suelo, pero no a los diques, encontrándose estas estructuras instaladas sobre el suelo, sin formar parte del terreno.

En consecuencia, el hecho detectado en la observación no se condice con el descrito en la obligación establecida en la norma.

- c) El único sustento legal que motiva el presente procedimiento administrativo sancionador es el Literal b) del Artículo 39° del Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM. En consecuencia, el OEFA no es competente para sancionar por dicha infracción, habiéndose vulnerado el Numeral 1 del Artículo 75° de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, así como un requisito de validez del acto administrativo al haber emitido la resolución recurrida.

Respecto a la aplicación del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM

- d) No les es exigible el Literal b) del Artículo 24° del Decreto Supremo N° 046-93-EM, toda vez que ha sido derogado tácitamente por el Literal b) del Artículo 39° del Decreto Supremo N° 052-93-EM. Asimismo, esta última norma tampoco es aplicable, toda vez que el terminal Eten es una instalación preexistente al

mencionado Reglamento y al no haberse realizado la Auditoria Técnica Completa para determinar las obligaciones a las que el terminal debía adecuarse.

- e) Asimismo, anexó copia del Decreto Supremo N° 017-2013-EM, que establece el Procedimiento para la Adecuación de las Instalaciones para Almacenamiento de Hidrocarburos Preexistentes al Decreto Supremo N° 052-93-EM.
- f) En calidad de operador, requiere obligatoriamente la aprobación de PETROPERU para cualquier modificación de las instalaciones, no siendo responsable por eventuales incumplimientos en temas que no sean de operación de las mismas.

Respecto de la supervisión efectuada

- g) Durante las supuestas fiscalizaciones no se levantaron actas que permitieran determinar con exactitud la situación existente, sólo se ha emitido informes unilaterales con fecha posterior, vulnerándose el principio de presunción de licitud.

Sobre la sanción impuesta

- h) Al inicio del procedimiento sancionador no se ha establecido cuál sería la sanción a imponerse, lo que implica señalar un monto expreso o criterios objetivos que permitan una cuantificación predecible de la multa que correspondería imponerse, vulnerándose el principio de predictibilidad.
- i) OSINERGMIN señaló que la observación fue detectada desde el año 1999, siendo que se ha sancionado dicha infracción con escala de multas aprobada recién en el año 2003; vulnerándose el principio de irretroactividad de las normas. Lo correcto hubiera sido tomar en cuenta la anterior escala aprobada por Resolución Ministerial N° 176-9-EM/SG, la misma que no establecía sanción por el incumplimiento imputado.
- j) La multa impuesta vulnera el principio de razonabilidad, toda vez que se ha obviado observar los criterios de graduación de sanciones en el orden de prelación en el que establece el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444. Adicionalmente, la fórmula empleada no ha sido aprobada en dispositivo legal alguno y no ha sido debidamente motivada.
- k) Se ha asignado el valor de 0,5 como probabilidad de detección de la infracción, sin tener en cuenta que la Administración Pública estaba y está facultada para tener visitas de inspección en cualquier momento, con o sin previa notificación a las entidades supervisadas.

En cuanto al non bis in ídem

- l) Mediante la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 18622, cuya copia adjunta, se les sancionó por el mismo tema objeto de la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI, por lo cual se estaría vulnerando el principio de *non bis in ídem*.
4. Cabe agregar que CONSORCIO TERMINALES solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el cual fue concedido mediante Carta N° 067-2013-OEFA/TFA/ST notificada el 12 de junio de 2013; programándose dicha diligencia para el 18 de junio de 2013, la cual se realizó con la asistencia del administrado, conforme consta en el Acta respectiva⁶.

II. Competencia

5. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente⁷, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
6. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁸, el OEFA es un

⁶ Foja 264.

⁷ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.-

"1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde."

⁸ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009, modificada por Ley N° 30011, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.-

"Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM, y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

*c) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia*

organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

7. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁹.
8. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución del Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD, publicada el 3 de marzo de 2011, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad del OSINERGMIN al OEFA, el 4 de marzo de 2011.
9. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁰, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹¹, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal

con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.
(...)"

⁹ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.-

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades."

¹⁰ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento, y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a Ley."

¹¹ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.-

"Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. (...)

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:


- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD¹², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma Procedimental Aplicable

10. Previamente al análisis de los argumentos formulados por CONSORCIO TERMINALES, este Órgano Colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹³, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
11. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 102-2004-OS/CD; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁴.

-
- b) *Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.*
 - c) *Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley."*

 ¹² Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.-

"Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental


El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defectos de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia."

 ¹³ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- *Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo."*

 ¹⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.-

"Artículo 3°.- *Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren."*

IV. Análisis

IV.1. Protección constitucional al ambiente

12. De acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁵, toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
13. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

“En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”¹⁶.

14. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”¹⁷, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

*“Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”¹⁸. (Resaltado agregado)*

¹⁵ Constitución Política del Perú.-

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

22. *A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.*

(...)”

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 4.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

*"(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. **La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural.** De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán"*¹⁹
(Resaltado agregado)

15. Del mismo modo, Sen advierte que: *"un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones"*²⁰.

16. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*"(...) el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)"*²¹.

17. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²², prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

¹⁹ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²⁰ SEN, Amartya: *"Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns"*. Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico 27.

²² Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.- "Artículo 2°.- Del ámbito (...)

2.3 *Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al "ambiente" o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros."*

18. En tal contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
19. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2. Sobre la supuesta prescripción de la potestad sancionadora

20. En cuanto a lo argumentado en el Literal a) del Considerando 3 de la presente resolución, Hinostroza²³ señala sobre la prescripción en el procedimiento sancionador lo siguiente:

"La facultad de la autoridad (administrativa) 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 derivan 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 (...). Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad deberá resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos (...)"

21. Sobre el particular, de conformidad con el Numeral 233.1 del Artículo 233º de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1029, la facultad de las entidades para determinar la existencia de infracciones e imponer sanciones, prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o **desde que cesó la misma, si fuese continuada**²⁴.
22. A su vez, dicho dispositivo legal prevé 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 sean imputados; reanudándose dicho cómputo si el trámite del procedimiento se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

²³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Proceso Contencioso Administrativo*. Grijley. Lima, 2010, p. 235 y 236.

²⁴ **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-**
"Artículo 233º.- 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."

23. En este contexto, a efectos de determinar si se produjo la prescripción de la potestad sancionadora corresponde a este Órgano Colegiado determinar la naturaleza de la infracción materia de autos, toda vez que ello permitirá establecer el cómputo del plazo prescriptorio.
24. Al respecto, el autor Daniel Maljar define a las infracciones continuadas como *“el mantenimiento de una situación ilícita en tanto no sea alterada mediante una conducta contraria por parte del autor de la infracción (...)”*²⁵.
25. En el presente caso, la observación formulada a CONSORCIO TERMINALES se encuentra referida al incumplimiento de la normativa ambiental, en el caso específico al Literal b) del Artículo 24° del Decreto Supremo N° 046-93-EM, referido a no impermeabilizar las zonas aledañas a los tanques de almacenamiento (áreas estancas), siendo dicha conducta de naturaleza continuada, toda vez que la situación de incumplimiento se mantiene hasta la realización por parte del administrado de la impermeabilización exigida por la norma antes citada.
26. En este sentido, para el caso de infracciones de acción continuada, es indispensable acreditar el cese de la comisión de las mismas para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, tal como dispone el Numeral 233.1 del Artículo 233° de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1029.
27. Al respecto, teniendo en cuenta que CONSORCIO TERMINALES no ha acreditado el cese de la conducta referida al incumplimiento de la obligación fiscalizable establecida en el Literal b) del Artículo 24° del Decreto Supremo N° 046-93-EM, tal como se observa de los actuados que obran en el expediente, este Órgano Colegiado considera que no se ha iniciado el cómputo del plazo de prescripción, por lo cual lo alegado por la citada empresa en este extremo debe desestimarse.
- IV.3. En cuanto al incumplimiento del Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM
28. Conforme lo señalado en el Literal b) del Considerando 3 de la presente resolución, la apelante alegó que la observación detectada está referida a la impermeabilización del terreno aledaño a los tanques; mientras que la obligación sustantiva imputada se encuentra relacionada a los diques, los cuales no forman parte del terreno, por lo cual la observación no se condice con la obligación establecida en la norma.
29. Sobre el particular, cabe precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se originó como consecuencia de la visita de supervisión efectuada el 17 de mayo de 2004²⁶, en la cual se registró la siguiente observación:

²⁵ MALJAR, Daniel. *El Derecho Administrativo Sancionador*. Ad Hoc. Buenos Aires, 2004, p.215.

"1.- No impermeabilizaron las zonas aledañas a los tanques de almacenamiento, incumpliendo el literal b) del artículo 39° del Reglamento aprobado por DS 052-93-EM y el literal b) del artículo 24° del Reglamento aprobado por DS 046-93-EM, lo cual constituye infracción sancionable de acuerdo al ítem 3.6 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERG, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD".
(Resaltado agregado)

30. Ahora bien, el Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM establece lo siguiente:

"Artículo 24°.- Para el manejo y almacenamiento de hidrocarburos el operador cumplirá con los siguientes requisitos:

(...)

b) Cada tanque o grupo de tanques deberá estar rodeado por un dique debidamente impermeabilizado que almacene un volumen por lo menos igual al 110% del tanque de mayor volumen". (Resaltado agregado)

31. De acuerdo al principio de tipicidad, regulado en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444²⁷, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

32. Al respecto, Morón Urbina²⁸ ha precisado que el mandato de tipificación derivado del principio referido en el Considerando anterior, no sólo se impone al legislador cuando redacta la infracción, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento administrativo sancionador y, en dicho contexto, realiza la subsunción de una conducta en el tipo legal de la infracción.

33. Es por ello que recae sobre la Administración el deber de acreditar la concurrencia de cada uno de los elementos que configuran el tipo legal de la infracción imputada al administrado, de modo tal que deberá rechazarse como medios probatorios aquellos que no ofrezcan certeza sobre la ocurrencia de los mismos, los cuales

²⁶ Foja 4.

²⁷ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

(...)."

²⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, Pp. 709 – 710.

carecerán de idoneidad para desvirtuar la presunción de licitud reconocida a favor del administrado.

34. En este contexto, cabe indicar que en el marco del Numeral 3 de los Artículos 234° y 235° de la Ley N° 27444, mediante Oficio N° 10009-2005-OSINERG-GFH-L, notificado el 9 de setiembre de 2005²⁹ se remitió el Informe Técnico N° 109854 que sustenta el inicio del presente procedimiento sancionador imputando a la apelante, entre otras, la siguiente infracción:

"No impermeabilizaron las zonas aledañas a los tanques de almacenamiento, incumpliendo el literal b) del artículo 39° del Reglamento aprobado por DS 052-93-EM, y el literal b del artículo 24° del Reglamento aprobado por DS 046-93-EM, lo cual constituye una infracción sancionable de acuerdo al ítem 3.6 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERG, aprobado por Resolución de Consejo Directivo - OSINERG N° 028-2003-OS/CD (...)" (Resaltado agregado)

35. En adición a lo expuesto, conviene indicar que en reiterados pronunciamientos, a efectos de explicar el sustento normativo de las imputaciones realizadas al inicio de los procedimientos sancionadores en el sector que es objeto de análisis, este Tribunal Administrativo ha realizado un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, señalando que la primera de éstas contiene la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; mientras que la segunda, califica dicho incumplimiento como infracción, constituyéndose en el tipo infractor imputado.
36. Sobre el particular, el Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM (norma sustantiva), contiene la obligación ambiental fiscalizable consistente en que cada tanque o grupo de tanques esté rodeado por un dique³⁰ debidamente impermeabilizado que almacene un volumen por lo menos igual al 110% del tanque de mayor volumen.
37. Por su parte, el Numeral 3.6 del Punto 3 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD (norma tipificadora) califica de manera expresa el incumplimiento de las normas sobre área estanca.
38. En este contexto normativo, y en concordancia con el principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 2 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, corresponde determinar si la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, realizó una correcta aplicación del principio de tipicidad, en lo relativo a

²⁹ Fojas 5.

³⁰ Elemento de altura apropiada destinada a contener derrames de líquidos, construido de concreto, tierra o cualquier otro material impermeable. Definición recogida en el Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 052-93-EM.

la adecuada subsunción de los hechos materiales imputados a CONSORCIO TERMINALES y la obligación ambiental fiscalizable contenida en el Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM.

39. En tal sentido, cabe indicar que en Numeral 11 de la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAL de fecha 12 de marzo de 2013, el órgano resolutorio de primera instancia identificó el incumplimiento a la normativa ambiental en los siguientes términos:

*"11. En virtud a la obligación señalada, el 17 de mayo de 2004 personal de OSINERGMIN realizó una visita de supervisión a las instalaciones de la empresa Consorcio Terminales donde constató el siguiente hecho:
'Deberán impermeabilizar el terreno aledaño a los tanques de almacenamiento (Vencida el 31 de marzo de 1999)". (Resaltado agregado)*

40. Además de ello, en el Numeral 16 de la citada Resolución, al sustentar la configuración de la infracción, DFSAL señaló lo siguiente:




"16. Del análisis de todo lo actuado en el expediente, al no haberse desvirtuado la imputación, se puede concluir que la empresa Consorcio Terminales incumplió con lo dispuesto en el literal b) del artículo 24° del RPAAH en concordancia con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, al no haber impermeabilizado las zonas aledañas a los tanques de almacenamiento, lo cual es pasible de sanción de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.6 de la RCD N° 028-2003-OS/CD."
(Resaltado agregado)

41. Ahora bien, del análisis de la imputación realizada a través del Oficio N° 10009-2005-OSINERG-GFH-L, por el incumplimiento a la normativa ambiental derivado de lo constatado durante la supervisión realizada el 17 de mayo de 2004, así como de la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAL, se desprende que los hechos imputados están relacionados a la falta de impermeabilización del terreno aledaño.

42. Tal como se ha mencionado en los considerandos precedentes de la presente Resolución, el Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM contiene la obligación ambiental fiscalizable consistente en que cada tanque o grupo de tanques esté rodeado por un **dique debidamente impermeabilizado** que almacene un volumen por lo menos igual al 110% del tanque de mayor volumen.

43. En tal sentido, del citado artículo se desprende que la obligación se encuentra referida al mandato de que los diques que rodeen los tanques de almacenamiento se encuentren impermeabilizados, no haciendo referencia alguna respecto del terreno aledaño a los tanques.

44. Por tanto, se tiene que la observación realizada en la supervisión de fecha 17 de mayo de 2004, a la Planta de Abastecimiento de Eten operada por CONSORCIO TERMINALES, es decir, la no impermeabilización de la zona aledaña a los tanques de almacenamiento no se adecúa a la obligación ambiental fiscalizable contenida en el Literal b) del Artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM (norma sustantiva) y, por tanto, no se encontraría bajo el supuesto establecido en el Numeral 3.6 del punto 3 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD (norma tipificadora).
45. Siguiendo este orden de ideas, resulta oportuno especificar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidos en la Ley N° 27444.
46. En virtud de lo expuesto, se constata que la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI de fecha 12 de marzo de 2013 se emitió vulnerando el principio de tipicidad previsto en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, al no haberse realizado una adecuada subsunción de hechos a la norma sustantiva y a la norma tipificadora, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el Numeral 1 del Artículo 10° de la citada norma legal³¹.
47. Por tal motivo, en aplicación de los Numerales 202.1 y 202.2 del Artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI de fecha 12 de marzo de 2013, y, en consecuencia, disponer que se reponga el presente procedimiento administrativo sancionador al momento en que se realice la imputación de cargos³².
48. En atención a la declaración de nulidad contenida en el Considerando anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por CONSORCIO TERMINALES en los demás argumentos recogidos en los Literales d) a l) del Considerando 3 de la presente Resolución.




³¹ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 10°.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)"

³² Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 202°.- Nulidad de oficio
202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.
202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.
Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo."

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- Declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 121-2013-OEFA/DFSAI del 12 de marzo de 2013, **RETROTRAER** el procedimiento administrativo hasta el momento en que se produjo el vicio y **DEVOLVER** los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que proceda de acuerdo a sus atribuciones; por los fundamentos expuestos en los Considerandos 28 al 47 de la presente Resolución la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo segundo.- NOTIFICAR la presente Resolución a CONSORCIO TERMINALES y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.


.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental