



EXPEDIENTE N° : 028-2013-OEFA/DFSAI/PAS
ADMINISTRADO : DUKE ENERGY EGENOR SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES¹
UNIDAD PRODUCTIVA : CENTRAL HIDROELÉCTRICA CAÑÓN DEL PATO
UBICACIÓN : DISTRITO DE HUALLANCA, PROVINCIA DE HUAYLAS, DEPARTAMENTO DE ANCASH
SECTOR : ELECTRICIDAD
MATERIAS : ARCHIVO

SUMILLA: *Se archiva el presente procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones por los considerandos de la presente Resolución.*

Lima, 30 de junio del 2016.

I. ANTECEDENTES

1. La empresa Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones (en adelante, **Duke Energy**) opera la Central Hidroeléctrica Cañón del Pato ubicada en el distrito de Huallanca, provincia de Huaylas y departamento de Ancash, la misma que cuenta con una potencia instalada de 256.55MW (en adelante, **CH Cañón del Pato**).
2. Mediante Resolución Directoral N° 424-2001-EM/DGAA del 28 de diciembre del 2001, la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas - **DGAA** aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Ampliación de la CH Cañón del Pato (en adelante, **EIA de la CH Cañón del Pato**).
3. Del 20 al 21 de setiembre del 2012, la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – **OEFA** (en adelante, **Dirección de Supervisión**) realizó una visita de supervisión regular a las instalaciones de la CH Cañón del Pato a fin de verificar el cumplimiento de la normativa ambiental vigente y de los compromisos asumidos en sus instrumentos de gestión ambiental (en adelante, **Supervisión Regular 2012**).
4. Los hechos verificados durante la Supervisión Regular 2012 se recogieron en el Acta de Supervisión s/n suscrita el 21 de setiembre del 2012² y fueron analizados en el Informe N° 1485-2012-OEFA/DS³ (en adelante, **Informe de Supervisión**) y el Informe Técnico Acusatorio N° 04-2013-OEFA/DS⁴ (en adelante, **Informe Técnico Acusatorio**), el cual contiene los supuestos incumplimientos a las obligaciones ambientales fiscalizables cometidos por Duke Energy.



¹ Empresa con Registro Único del contribuyente N° 20338646802.
² Folios 17 y 18 del Expediente.
³ Folios del 15 al 30 del Expediente.
 Folios del 1 al 14 del Expediente.





5. Mediante Resolución Subdirectorial N° 267-2013-OEFA-DFSAI/SDI emitida el 17 de abril del 2013⁵, la Subdirección de Instrucción e Investigación de esta Dirección inició el presente procedimiento administrativo sancionador contra Duke Energy. Posteriormente, con Resolución Subdirectorial N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI del 29 de abril del 2014⁶, la Subdirección varió las imputaciones materia del procedimiento, atribuyéndole la supuesta comisión de las conductas infractoras que se detallan a continuación:

N°	Supuesta conducta infractora	Norma que tipifica la supuesta infracción administrativa	Norma que establece la eventual sanción	Eventual sanción
1	El efluente líquido (descarga de agua turbinada) de la CH Cañón del Pato habría excedido los niveles máximos permisibles para sólidos suspendidos totales durante 5 meses del año 2011 y durante 6 meses del año 2012.	Artículo 2° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, norma que establece los Niveles Máximos Permisibles para Efluentes Líquidos Producto de las Actividades de Generación, Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica.	Numeral 3.11 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.	De 1 hasta 1000 UIT
2	Duke Energy habría incumplido una disposición emitida por el Ministerio de Energía y Minas (EIA Ampliación CH Cañón del Pato), en tanto el flujo remanente (caudal ecológico) del río Santa en la toma de la CH Cañón del Pato habría sido menor al autorizado durante el año 2011.	Literal p) del Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM.	Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.	De 1 hasta 1000 UIT



6. Con escritos del 16 de mayo del 2013, 13 de setiembre del 2013 y 26 de mayo del 2014⁷, Duke Energy presentó sus descargos alegando lo siguiente:

Hecho imputado N° 1: El efluente líquido (descarga de agua turbinada) de la CH Cañón del Pato habría excedido los niveles máximos permisibles para sólidos suspendidos totales

- (i) El agua captada por Duke Energy excede ostensiblemente el límite de sólidos suspendidos totales – SST y sigue una tendencia similar de concentración de sólidos en su descarga.
- (ii) No existe relación de causalidad entre el hecho imputado con las operaciones de la empresa, toda vez que las características físicas del recurso hídrico que se toma durante el proceso de generación se devuelve en las mismas condiciones en que fue captado.

⁵ Folios 36 al 38 del Expediente. Notificada el 19 de abril del 2013 según la Cédula de Notificación N° 271-2013 del folio 39 del Expediente.

⁶ Folios 214 al 216 del Expediente. Notificada el 5 de mayo del 2014, según la Cédula de Notificación N° 1033-2014 del folio 217 del Expediente.

⁷ Folios del 42 al 195 y del 218 al 228 del Expediente, respectivamente.





- (iii) Las variaciones en la cantidad de sólidos suspendidos se deben a las condiciones naturales del propio río Santa que genera naturalmente sedimentos en cantidades elevadas, siendo mayor su concentración en épocas de precipitación pluvial. En ese sentido, la concentración elevada de sólidos en el río Santa se debe a fenómenos naturales ajenos a la actividad de la empresa.

Hecho imputado N° 2: El flujo remanente (caudal ecológico) del río Santa en la toma de la CH Cañón del Pato habría sido menor al autorizado

- (iv) El Osinergmin emitió un acto administrativo que evaluó la conducta imputada, declarando que era legítimo que Duke Energy no cumpla con el valor del caudal ecológico aprobado en el EIA de la CH Cañón del Pato, por encontrarse sujeto a un procedimiento de modificación que a dicha fecha continuaba en trámite. Por lo tanto, existe ruptura del nexo causal por hecho determinante de tercero, toda vez que Osinergmin emitió un acto administrativo que consideró que Duke Energy no incurría en infracción administrativa por los valores de caudal ecológico reportados.
- (v) El desconocimiento del acto emitido por Osinergmin que tiene calidad de cosa decidida supone una vulneración a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y debido proceso.
- (vi) La imputación de cargos vulnera el principio de tipicidad toda vez que la norma tipificadora no calza con la conducta infractora, por lo que la Resolución Subdirectoral N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI es nula.

7.

El 4 de setiembre del 2013 se llevó a cabo la audiencia de informe oral⁸ solicitada por Duke Energy en las instalaciones del OEFA⁹, donde la empresa reiteró los argumentos presentados en su escrito de descargos y señaló lo siguiente:

Hecho imputado N° 1:

- (i) La metodología empleada para los monitoreos se realizó de manera aislada a través de diferentes puntos de monitoreo, por lo que no arrojan una muestra representativa de la concentración de SST en el río Santa.
- (ii) El punto de monitoreo "Bocatoma" se encuentra muy alejada del punto de ingreso del agua a las instalaciones de la Central, por lo que no reflejan el valor real de la calidad de agua que ingresa a la CH Cañón del Pato; prueba de ello es que en la estación E-2 (ubicada en el punto de ingreso) se reportan un mayor valor del parámetro SST que en la estación E-1 (ubicada en la bocatoma).
- (iii) El valor de SST del agua turbinada será el mismo o menor a aquel con el que ingresó, toda vez que el desarenador del proyecto retiene las arenas que se arrastran con el río, mas no los limos y arcillas.

8

Al respecto, cabe precisar que el nuevo Director ha tomado en cuenta los alegatos mencionados en el informe oral efectuado por la empresa, en la medida que en el Expediente obra la grabación del mismo. Además, cuenta con toda la información necesaria para evaluar los descargos y argumentos expuestos y proceder de esta forma, a emitir un pronunciamiento motivado.

Folios 199 y 200 del Expediente.





8. Cabe señalar que la audiencia de informe oral fue registrada en un vídeo¹⁰, el cual se tendrá presente durante el análisis del presente procedimiento administrativo sancionador.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

9. Las cuestiones en discusión en el presente procedimiento administrativo sancionador son las siguientes:

- (i) Cuestión procesal: Determinar la presunta nulidad de la Resolución Subdirectoral N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI.
- (ii) Primera cuestión en discusión: Determinar si el efluente líquido de la CH Cañón del Pato excedió los niveles máximos permisibles para sólidos suspendidos totales y si, de ser el caso, corresponde ordenar medidas correctivas.
- (iii) Segunda cuestión en discusión: Determinar si el flujo remanente (caudal ecológico) del río Santa en la toma de la CH Cañón del Pato habría sido menor al autorizado y si, de ser el caso, corresponde ordenar medidas correctivas.

III. CUESTIONES PREVIAS

III.1. Normas procedimentales aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Aplicación de la Ley N° 30230, Ley para la promoción de la inversión, la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD y la Resolución del Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD

10. Mediante la Ley N° 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país (en adelante, Ley N° 30230), publicada el 12 de julio del 2014, se ha dispuesto que durante un plazo de tres (3) años, contado a partir de su publicación, el OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.
11. El Artículo 19° de la Ley N° 30230¹¹ estableció que durante dicho periodo el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales, esto es, si se

¹⁰ Folio 198 del Expediente.

¹¹ Ley N° 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país

"Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras"

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

a) *Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.*





verifica la existencia de una infracción, únicamente dictará una medida correctiva destinada a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, salvo las excepciones establecidas por la referida norma, respecto a aquellas que generen un daño real y muy grave a la vida y a la salud de las personas, actividades que se realicen sin contar con instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.

12. En consecuencia, en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD (en adelante, TUO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador) se dispuso que, durante la vigencia del Artículo 19° de la Ley N° 30230, en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador se aplicarán las siguientes reglas:

- (i) Si se verifica la existencia de infracción administrativa en los supuestos establecidos en los Literales a), b) y c) del tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230 se impondrá la multa que corresponda, sin reducción del 50% (cincuenta por ciento) a que se refiere la primera oración del tercer párrafo de dicho artículo y sin perjuicio de que se ordenen las medidas correctivas a que hubiere lugar.
- (ii) Si se verifica la existencia de infracción administrativa distinta a los supuestos establecidos en los Literales a), b) y c) del tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230, en la resolución final, se dictará la medida correctiva respectiva y se suspenderá el procedimiento sancionador. De verificarse el cumplimiento de la medida correctiva, la Autoridad Decisora emitirá una resolución declarando concluido el procedimiento sancionador. De lo contrario, lo reanudará quedando habilitada para imponer sanción administrativa¹².
- (iii) En caso se acredite la existencia de infracción administrativa pero el administrado ha revertido, remediado o compensado todos los impactos negativos generados por dicha conducta y, adicionalmente, no resulta pertinente el dictado de una medida correctiva, la Autoridad Decisora se limitará a declarar en la resolución respectiva la existencia de responsabilidad administrativa.

13. Asimismo, de acuerdo al Artículo 6° de las Normas Reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el Artículo 19° de la Ley N° 30230 aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD (en adelante, **Normas Reglamentarias**), lo establecido en el Artículo 19° de la Ley N° 30230 no afecta la potestad del OEFA de imponer multas coercitivas frente al incumplimiento de medidas cautelares y medidas correctivas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 199° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, en los Artículos 21° y 22° de la Ley N° 29325 – Ley del

- b) *Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.*
- c) *Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción”.*

¹² Dicha sanción administrativa será equivalente al 50% (cincuenta por ciento) de la multa que corresponda, en caso esta haya sido calculada en base a la "Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones", aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD o norma que la sustituya.





Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **Ley del SINEFA**) y en los Artículos 40° y 41° del TUO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador.

14. En caso las conductas presuntamente infractoras sean distintas a los supuestos indicados en los Literales a), b) o c) del tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230, en concordancia con el Artículo 2° de las Normas Reglamentarias, corresponderá que la Autoridad Decisora emitir:
- (i) Una primera resolución que determine la responsabilidad administrativa y ordene la correspondiente medida correctiva, de ser el caso.
 - (ii) En caso de incumplir la medida correctiva, una segunda resolución que sancione la infracción administrativa.
15. Cabe resaltar que en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 19° de la Ley N° 30230, la primera resolución suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el cual solo concluirá si la autoridad verifica el cumplimiento de la medida correctiva, de lo contrario se reanudará quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.
16. En tal sentido, en el presente procedimiento administrativo sancionador corresponde aplicar las disposiciones contenidas en la Ley N° 30230, en las Normas Reglamentarias aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD y en el TUO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador.

III.2. Cuestión procesal: Determinar la presunta nulidad de la Resolución Subdirectoral N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI

17. Duke Energy alega la presunta nulidad de la Resolución Subdirectoral N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI en tanto la norma tipificadora no correspondería con la conducta detectada.
18. Al respecto, el Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹³ establece como una de las causales de nulidad del acto administrativo la inobservancia de las leyes, así como la omisión o defecto de sus requisitos de validez contemplados en el Artículo 3° del mismo cuerpo legal¹⁴.

¹³ 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.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...)"

¹⁴ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos"

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. **Competencia.-** Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado (...).
2. **Objeto o contenido.-** Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (...).
3. **Finalidad Pública.-** Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor (...).
4. **Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. **Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación".





19. Asimismo, el Artículo 11° de la citada ley¹⁵ dispone que la nulidad de los actos administrativos se plantea a través de los recursos impugnativos previstos en su Artículo 207°, entiéndase, reconsideración, apelación o revisión, según corresponda. El Numeral 206.2 del Artículo 206° de la LPGA¹⁶ señala que **sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión.**
20. En ese sentido, considerando las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General citadas precedentemente, se verifica lo siguiente:
- (i) La Resolución Subdirectorial N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI que varía el presente procedimiento administrativo sancionador **no constituye un acto definitivo que ponga fin a la primera instancia administrativa ni ha impedido continuar con el procedimiento.**
 - (ii) La referida resolución cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 12° del TUO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA correspondientes a informar: (i) los actos que pudieran constituir infracción administrativa; (ii) las normas que los tipifican; (iii) las sanciones que correspondería imponer de ser el caso; y, (iv) el plazo para la presentación de descargos. Por tanto, no ha generado la imputación de cargos se realizó de conformidad con lo señalado en el ordenamiento jurídico y en estricto respeto de sus derechos al debido procedimiento y de defensa.
 - (iii) La pretensión de nulidad presentada por Duke Energy está contemplada en su escrito de descargos del 26 de mayo del 2014 y no en un recurso impugnativo propiamente dicho.
21. En ese orden de ideas, en atención a lo previsto en el Artículo 11° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde desestimar la pretensión de nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador planteada por Duke Energy y, en consecuencia, declararla improcedente.
22. Sin perjuicio de lo señalado, esta Dirección analizará si la Resolución Subdirectorial N° 797-2014-OEFA/DFSAI/SDI vulnera el principio de tipicidad



¹⁵ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General
"Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad
11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.
11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.
(...)"

¹⁶ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General
"Artículo 206°.- Facultad de contradicción
206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.
206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.
(...)"





establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General en la parte correspondiente al análisis del hecho imputado variado.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

23. Antes de proceder con el análisis de las cuestiones en discusión, es preciso indicar que las conductas imputadas materia del presente procedimiento administrativo sancionador fueron detectadas durante el desarrollo de las acciones de supervisión del OEFA.
24. El Artículo 16° del TUO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA¹⁷ señala que los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos – salvo prueba en contrario - se presume cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman¹⁸.
25. Por consiguiente, los hechos constatados por los funcionarios públicos, quienes tienen la condición de autoridad, y que se precisen en un documento público observando lo establecido en las normas legales pertinentes, adquirirán valor probatorio dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los administrados en virtud de su derecho de defensa.
26. Por lo expuesto, se concluye que el Acta de Supervisión, el Informe de Supervisión y el Informe Técnico Acusatorio correspondientes a la Supervisión Regular 2012 a las instalaciones de la CH Cañón del Pato constituyen medios probatorios fehacientes, al presumirse cierta la información contenida en los mismos, sin perjuicio del derecho del administrado de presentar los medios probatorios que acrediten lo contrario.



¹⁷ Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD

"Artículo 16°.- Documentos públicos

La información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario".

¹⁸ En este contexto, Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez señalan lo siguiente:

*«(...) la llamada "presunción de veracidad de los actos administrativos" no encierra sino una suerte de prueba documental privilegiada, en tanto se otorga legalmente al contenido de determinados documentos la virtualidad de fundamentar por sí solos una resolución administrativa sancionadora, siempre que dicho contenido no sea desvirtuado por otros resultados probatorios de signo contrario, cuya proposición y práctica, como ya se dijo, viene a constituirse en una "carga" del presunto responsable que nace cuando la Administración cumple la suya en orden a la demostración de los hechos infractores y de la participación del inculpaado en los mismos». (GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Volumen I. Quinta edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 403).*

En similar sentido, se sostiene que *"La presunción de veracidad de los hechos constatados por los funcionarios públicos es suficiente para destruir la presunción de inocencia, quedando a salvo al presunto responsable la aportación de otros medios de prueba (...)". ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Tomo I. Segunda edición. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 480.*





IV.1. Primera cuestión en discusión: Determinar si el efluente líquido de la CH Cañón del Pato excedió los niveles máximos permisibles para sólidos suspendidos totales y si, de ser el caso, corresponde ordenar medidas correctivas

a) Marco normativo aplicable

27. El Literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas¹⁹ (en adelante, **LCE**) dispone que tanto los titulares de concesiones como de autorizaciones están obligados a cumplir con las normas de conservación del ambiente.
28. Por su parte, el Artículo 2° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, norma que establece los Niveles Máximos Permisibles para Efluentes Líquidos Producto de las Actividades de Generación, Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica²⁰ (en adelante, **Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA**), dispone que los límites máximos permisibles serán aquellos valores establecidos en el Anexo I de la referida Resolución, los mismos que se detallan en el siguiente cuadro:

PARÁMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	PROMEDIO MOMENTO ANUAL
pH	Mayor que 6 y menor que 9	Mayor que 6 y menor que 9
Aceites y Grasas (mg/l)	20	10
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25

b) Análisis de la conducta detectada

29. Durante la Supervisión Regular 2012 se observó que Duke Energy habría excedido los límites máximos permisibles correspondientes al parámetro SST en las fechas que se detallan en el siguiente cuadro²¹:

Cuadro N° 1: Exceso del parámetro SST

Periodo del monitoreado	Parámetro SST (mg/l)	
	Valor del efluente del CH Cañón del Pato	Valor excedente
12/04/2011	279.33	+249.33
10/05/2011	71.33	+21.33
13/09/2011	80.00	+30.00
15/11/2011	890.00	+840.00
15/12/2011	229.00	+179.00

¹⁹ Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas
 "Artículo 31°.- Tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización, están obligados a:
 (...)
 h) Cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación."

²⁰ Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, norma que establece los Niveles Máximos Permisibles para Efluentes Líquidos Producto de las Actividades de Generación, Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica
 "Artículo 2°.- Los Niveles Máximos Permisibles a los cuales se sujetarán las actividades mencionadas en el artículo anterior, están señalados en el Anexo 1 que se adjunta a la presente Resolución Directoral y forma parte de la misma."

Folio 25 del Expediente.





05/01/2012	92.67	+42.67
21/02/2012	134.67	+84.67
27/03/2012	505.00	+455.00
30/04/2012	250.67	+200.67
17/05/2012	80.83	+30.83
19/06/2012	212.77	+162.77

30. La conducta detectada se sustenta en los reportes efectuados por el administrado al Sistema Extranet del OEFA respecto de la Calidad de Efluentes Líquidos correspondientes a los periodos 2011 – 2012 de la CH Cañón del Pato²².

(i) Uso del recurso hídrico en centrales hidroeléctricas

31. Duke Energy alega que durante el proceso de generación eléctrica, las características físicas del recurso hídrico que se utiliza no cambian pues son devueltas en las mismas condiciones en las que fueron captadas, en tanto solo se hace un uso consuntivo del agua; por lo tanto, sus operaciones no aportarían sólidos suspendidos al río Santa.

32. Asimismo, señala que debido al desarenador del proyecto que retiene las arenas que arrastra el río el valor de SST del agua turbinada sería menor o el mismo a aquel con el que ingresó.

33. Sobre el particular, es pertinente señalar que si bien las aguas turbinadas no son sometidas a tratamientos químicos previos a su descarga, **éstas pueden sufrir alteraciones en sus características físico - químicas debido a que durante su paso por las turbinas se altera el nivel de temperatura y existe el riesgo de contaminación del agua con los aceites y grasas de las turbinas, pudiendo alterar de esta forma la calidad del recurso hídrico.**

34. Asimismo, las aguas turbinadas se mezclan con los sedimentos depositados en el desarenador y al remover dichos sedimentos incrementan la presencia de partículas en el agua que se mantienen en suspensión en las corrientes de agua superficial y/o residual²³, las cuales pueden disminuir el paso de la luz a través del agua evitando la actividad fotosintética necesaria en los procesos físico - químicos de las plantas, algas y bacterias presentes en el medio acuático.

35. A razón de ello, la norma establece la obligación de realizar monitoreos ambientales de los efluentes con un carácter preventivo, pues brinda información al administrado para la adopción de acciones necesarias que eviten que sus operaciones generen impactos sobre la calidad ambiental del cuerpo hídrico.

36. Por lo expuesto, si bien solo se hace uso de la energía hidráulica del recurso hídrico en el proceso de generación eléctrica, las características de dicho

²² Folio 5 del Expediente.

²³ Gobierno de Colombia. Ministerio del Ambiente. Instituto de hidrología, meteorología y estudios ambientales. Hoja metodológica – Sólidos suspendidos totales. Colombia, 2008
 Disponible en:
<http://institucional.ideam.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile814&downloadname=Total%20s%20C3%B3lidos%20suspensi%C3%B3n.zip>
 [Última revisión: 22/02/16]





recurso pueden resultar alteradas en un menor o mayor grado. En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por el administrado en este extremo.

(ii) Método de monitoreo utilizado

37. Duke Energy alega que la metodología empleada para los monitoreos se realizó de manera aislada a través de diferentes puntos de muestreo, por lo que no arrojan una muestra representativa de la concentración de SST en el río Santa.
38. Al respecto, el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua aprobado por Resolución Jefatural N° 182-2011-ANA señala que las monitoreos se basan en la **toma de muestras puntuales que representan la composición natural del cuerpo de agua para un lugar, tiempo y circunstancia específico.**
39. En consecuencia, el monitoreo puntual efectuado al efluente de la CH Cañón del Pato, en el punto de control ubicado a la salida de las aguas turbinadas brinda la información puntual respecto de la calidad ambiental del agua en dicho lugar, momento y en función de una circunstancia específica.
40. Esa misma línea sigue la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA al establecer que los límites máximos permisibles de los efluentes líquidos en las actividades eléctricas, entre ellos el parámetro SST, deben cumplirse en cualquier momento.
41. Por lo tanto, la toma de muestra del monitoreo de calidad de agua sí constituye una muestra representativa a valorar respecto al cumplimiento de los límites máximos permisibles del efluente de la CH Cañón del Pato, por lo que corresponde desestimar lo alegado por el administrado en el presente extremo.

(iii) Relación de causalidad

42. Duke Energy alega que el punto de monitoreo "Bocatoma"²⁴ (ubicada a 150m aguas arriba de la bocatoma) se encuentra muy alejada del punto de ingreso del agua a las instalaciones de la Central, por lo que no reflejan el valor real de la calidad de agua que ingresa a la CH del Cañón del Pato. Por ello, durante los monitoreos del año 2013 se realizaron los muestreos en las estaciones E-1 (ubicada en el punto de monitoreo "Bocatoma" del 2011 y 2012) y E-2 (ubicada en el punto de ingreso del agua a la central) la cual reporta un mayor valor para el parámetro SST que en la primera estación.
43. Sobre el particular, cabe advertir que la imputación materia de cargos refiere al supuesto exceso de los límites máximos permisibles del efluente de la CH Cañón del Pato respecto del parámetro SST. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, el efluente de las actividades eléctricas debe ser monitoreado en el punto de emisión, es decir, en el lugar de descarga del efluente sobre el cuerpo receptor.
44. En ese sentido, los monitoreos realizados en los puntos de monitoreo "Bocatoma" (años 2011 y 2012) y en las Estaciones E-1 y E-2 (año 2013) **únicamente muestran el estado de la calidad del agua del río Santa antes de su paso por el proceso de generación eléctrica; lo cual no desvirtúa la**

²⁴ Punto de control durante los años 2011 y 2012 ubicado en las coordenadas 188605E – 9018490N. Se le otorgó el Código MSCP-A.



presunta conducta infractora de Duke Energy respecto del exceso del límite máximo permisible del parámetro SST.

45. De otra parte, Duke Energy alega que no existe relación de causalidad entre el hecho imputado y sus operaciones en la CH Cañón del Pato pues, según indica, el agua captada (antes de tomar contacto con las operaciones) excede ostensiblemente el límite máximo permisible del parámetro SST y sigue una tendencia similar de concentración en la descarga; dicha variación del parámetro SST se debe a las condiciones naturales del propio río Santa que genera naturalmente sedimentos en cantidades elevadas, siendo mayor su concentración en épocas de precipitación pluvial; por lo tanto, la concentración elevada del parámetro SST se debería a fenómenos naturales ajenos a la actividad de la empresa.
46. Al respecto, cabe precisar que el Artículo 18° de la Ley del SINEFA²⁵ indica que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones del OEFA.
47. Ello es concordante con el Numeral 4.2 del Artículo 4° del TULO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, el cual señala que la **responsabilidad administrativa del infractor es objetiva** y en aplicación de la misma, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado podrá eximirse de la responsabilidad **sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal**, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero²⁶.
48. Por lo tanto, si bien se ha detectado la superación del límite máximo permisible del parámetro STS, corresponde determinar si existe alguna causal eximente de responsabilidad por parte de la empresa Duke Energy.
49. Al respecto, la línea base del EIA de la CH Cañón del Pato describe la estructura y funcionamiento de los ecosistemas comprometidos con el Proyecto, las condiciones existentes y las capacidades y/o limitaciones del medio, a fin de comprender los efectos ambientales positivos y negativos que pueden producirse en el área del proyecto durante las etapas de construcción y operación.
50. De la revisión **efectuada a dicha línea base, se advierte que la presencia de SST en el río Santa es elevada**, siendo el transporte de éstos uno de los principales problemas de la CH Cañón del Pato por lo que merece especial atención de parte de Duke Energy a fin de lograr el incremento de la eficiencia de operación y generación eléctrica, objetivo principal del Proyecto.

²⁵ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental
"Artículo 18°.- Responsabilidad Objetiva

Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA."

²⁶ Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/CD
"Artículo 4°.- Responsabilidad administrativa del infractor

(...)
4.2 El tipo de responsabilidad administrativa aplicable al procedimiento administrativo sancionador regulado en el presente Reglamento es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18° de la Ley N° 29325 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

4.3 En aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero".





51. En efecto, los resultados de los monitoreos ambientales realizados al río Santa que se encuentran en la línea base, advierten que el valor del parámetro SST de la muestra de agua tomada en el punto de efluente "Salida de Turbinas" supera el límite máximo permisible establecido en la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA para dicho parámetro, tal como se detalla en el Cuadro 4.11 del instrumento de gestión ambiental²⁷ que se muestra a continuación:

Cuadro 4.11
Análisis Físico-Químico de muestras de agua del Río Santa
Fecha: 21/03/97

Parámetro	Punto de Muestreo			LMP
	Bocatoma	Salida Turbinas	Cuerpo Receptor	
Ph	7,78	7,67	7,9	>6 y <9
Turbidez	115	140	160	
SST (mg/l)	156,0	167,5	136,0	50 ¹⁾
Dureza Total (mg/l CaCO ₃)	81,25	81,25	81,25	
Aceites y Grasas (mg/l)	0,4	0,9	3,6	20 ¹⁾
Plomo (mg/l)	0,03	0,06	0,09	0,1 ²⁾
Hierro (mg/l)	3,75	4,98	4,11	1 ²⁾
Zinc (mg/l)	0,04	0,09	0,09	25 ²⁾
Arsénico (mg/l)	0,02	0,02	0,02	0,2 ²⁾
Coliforme Total (NMP/100 ml)	1,6x10 ³	1,5x10 ³	1,1x10 ³	5000 ²⁾
Coliforme Fecal (NMP/100 ml)	80	110	90	1 000 ²⁾

Fuente: Programa de Adecuación de Manejo Ambiental
¹⁾ Según R.D. N° 008-97-EM/DGAA (Valores en cualquier momento).
²⁾ Según Ley General de Aguas (Clase III)-D.S. N° 007-83-S.A.

52. Asimismo, se advierte que en dos (2) de los puntos de monitoreo efectuados en el cuerpo hídrico las condiciones ambientales del río Santa reportan valores elevados del parámetro SST²⁸. Adicionalmente a ello, se observa que el valor reportado en el punto de monitoreo posterior es menor al valor reportado en el punto denominado "bocatoma" (punto inicial). Cabe indicar que de acuerdo a la línea base, marzo se constituye como el mes del año donde se generan mayores precipitaciones.
53. En ese sentido, considerando dicha condición el EIA de la CH Cañón del Pato estableció dos (2) puntos de monitoreo en el río Santa, ubicándolas a 300m aguas arriba de la toma de agua (bocatoma) del río y 300m aguas abajo de las descargas de las aguas turbinadas y del sistema de refrigeración²⁹ a fin de evaluar la calidad ambiental del agua del río Santa antes y después de su paso por el Proyecto.
54. Adicionalmente a ello y con la finalidad de disminuir el alto contenido de sedimentos en las aguas del río Santa, Duke Energy se comprometió a elaborar un plan de manejo de residuos sólidos y canteras de manera coordinada con las municipalidades distritales ubicadas en el tramo comprendido entre Recuay y Caraz, según se desprende del siguiente extracto del EIA de la CH Cañón del Pato³⁰:

²⁷ Capítulo IV - Pág. 29 del EIA de la CH Cañón del Pato.

²⁸ El Decreto Supremo N° 002-2008-MINAM que aprueba los Estándares de Calidad Ambiental del Agua, establece para los ríos de la sierra el valor del parámetro SST entre <25 y 100 mg/l.

²⁹ Capítulo VI - Pág. 11 del EIA de la CH Cañón del Pato.

Capítulo VI - Pág. 9 del EIA de la CH Cañón del Pato.





d. Deterioro del Sistema de Turbinas por efecto de abrasión.

- A fin de disminuir el alto contenido de sedimentos en suspensión de las aguas del río Santa, EGENOR S.A. deberá coordinar con las municipalidades de los distritos que se encuentran en el tramo comprendido entre Recuay y Canáz, a fin de elaborar un plan de Manejo de desechos sólidos (desmontes, residuos domésticos, etc.) y un plan de manejo de Canteras, ubicadas dentro de los cauces fluviales del río Santa.

55. De igual manera, la empresa Duke Energy estableció como medidas de prevención para la alteración de la calidad del agua del río Santa, la evacuación de los sólidos retenidos en el desarenador y los sólidos sedimentados a lo largo del túnel de conducción y su disposición posterior en los botaderos respectivos, según se desprende del siguiente extracto del instrumento de gestión ambiental³¹:

f. Posibilidad de alteración de la calidad de las aguas del río Santa.

- A fin de no alterar la calidad de las aguas del río Santa, los sólidos retenidos en el desarenador y los sólidos sedimentados a lo largo del túnel de conducción, deberán ser evacuados y depositados en los botaderos, que serán adecuadamente escogidos y cuyos efectos negativos medioambientales sean mínimos.
- Estos Botaderos, deberán cumplir con lo señalado en el ítem b, donde se recomienda la ubicación y el procedimiento de disposición de estos desechos sólidos.
- Al respecto, se recomienda como botadero, de estos desechos sólidos, la zona explotada de la cantera Yungaypampa.

56. De lo expuesto, esta Dirección concluye que las condiciones naturales del río Santa sin la intervención del proyecto superan los límites máximos permisibles del parámetro STS y que Duke Energy se ha comprometido a realizar actividades para reducir dicha condición.



57. En efecto, si bien el exceso del límite máximo permisible del parámetro SST se debe a una condición natural del río Santa, de acuerdo al instrumento de gestión ambiental aprobado para el CH Cañón del Pato, **Duke Energy debe adoptar medidas de prevención y mitigación con el objetivo de disminuir la presencia de dicho parámetro en el río Santa, de modo que no altere la calidad del agua ni reduzca la potencialidad de las operaciones en la CH Cañón del Pato.**

(iv) Conclusiones

58. Por lo antes expuesto, se concluye que Duke Energy se encuentra obligado a cumplir con los límites máximos permisibles establecidos en la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA. No obstante, esta Dirección observó que la línea base del EIA de la CH Cañón del Pato advirtió que los valores del parámetro SST en los tres (3) puntos de monitoreo superan los límites máximos permisibles establecidos en la referida norma.
59. En ese sentido, Duke Energy en aplicación del EIA de la CH Cañón del Pato debe implementar las medidas de prevención y mitigación allí descritas con la finalidad de reducir los sedimentos en las aguas que ingresan en el proceso de generación de energía eléctrica.





60. Cabe indicar además, que la disminución de los sedimentos tiene como finalidad evitar posibles impactos ambientales y pérdidas de índole económicas al propio administrado pues los sedimentos generan erosión sobre las turbinas, haciendo que éstas necesiten de trabajos de mantenimiento en periodos de tiempo más corto, así como reduce su periodo de vida útil.
61. En este punto, vale recordar que de acuerdo al principio de razonabilidad³², la autoridad administrativa debe emitir sus actos manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que tutela.
62. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que adoptar una decisión razonable y proporcional por la comisión de una falta, la autoridad administrativa debe realizar una apreciación razonable de los hechos en cada caso en concreto, sus antecedentes y las circunstancias que llevaron a los administrados a cometer dicha acción, tal como se lee a continuación³³:

"Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional."

63. En atención a ello, esta Dirección considera que basándose en el principio de razonabilidad no es imputable a Duke Energy el exceso de los límites máximos permisibles del parámetro SST del efluente líquido (descarga de agua turbinada) de la CH Cañón del Pato pues el reporte de dichos valores durante los meses de abril, mayo, setiembre, noviembre y diciembre del 2011 y de enero a junio del 2012 se debe a condiciones naturales.
64. Por lo expuesto, corresponde archivar la presente imputación. Es preciso señalar que los efectos del pronunciamiento sobre este extremo se limita estrictamente a los hechos materia de análisis en la presente Resolución, **por lo que no se extienden a hechos similares posteriores que se pudieran detectar en la misma unidad fiscalizable, en una unidad distinta o a los efectuados por otros administrados**, los cuales deberán ser analizados detalladamente para verificar si cumplen con la normativa ambiental o con los compromisos ambientales asumidos por los administrados.
65. Finalmente, cabe precisar que Duke Energy sí se encuentra obligada a cumplir con los compromisos ambientales asumidos mediante sus instrumentos de gestión ambiental, por lo que en futuras supervisiones se evaluará si la empresa ha cumplido con ejecutar las medidas de prevención y mitigación del exceso de sedimentos en el cauce del río Santa.



32

Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General

"1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."

Fundamento 13 de la STC del EXP. N.º 00535-2009-PA/TC.





IV.2. Segunda cuestión en discusión: Determinar si el flujo remanente (caudal ecológico) del río Santa en la toma de la CH Cañón del Pato habría sido menor al autorizado y si, de ser el caso, corresponde ordenar medidas correctivas

a) Compromiso ambiental asumido por Duke Energy

66. El EIA de la CH La Joya señala el valor del caudal ecológico del río Santa, conforme se detalla a continuación:

"Se ha establecido que el Caudal Ecológico del Río Santa es de 8.83 m3/seg para la determinación de este caudal, se ha considerado, que las aguas turbinadas serán descargadas en el mismo río Santa, aproximadamente a 9.5 Km de la bocatoma existente, y que en este tramo existe escasa vegetación silvestre."

(El subrayado es nuestro)

67. En ese sentido, Duke Energy se comprometió a mantener el caudal ecológico del río Santa en un valor de 8.83 m3/seg.

b) Análisis de la conducta detectada

68. Durante la Supervisión Regular 2012, la Dirección de Supervisión del OEFA advirtió que Duke Energy no habría cumplido con mantener el valor del caudal ecológico comprometido en el EIA de la CH Cañón del Pato, tal como se detalla a continuación³⁴:

"Durante la supervisión realizada el 21.09.2012 a la central hidroeléctrica de Cañón del Pato se verificó, a través de los reportes de monitoreo del Sistema Extranet por parte del Administrado, que el flujo remanente (caudal ecológico) del río Santa en la toma de la central es menor al comprometido por el Administrado en la R.D. Nro 424-2001-EMDGAA aprobación del EIA del Proyecto de Ampliación de la Central Hidroeléctrica Cañón del Pato. Según el EIA, el caudal ecológico es de 8,83 m³/s, el cual es el caudal mínimo que debe ser descargado en el río Santa en la Toma de la central (...).

Asimismo, a través del Sistema Extranet se ha verificado que durante el 2011 el Administrado no ha descargado el caudal ecológico en el río Santa durante 196 días."

(El subrayado es nuestro)

(i) Presunta ruptura de nexo causal

69. Duke Energy alega que existiría un supuesto de ruptura de nexo causal por hecho determinante de tercero, toda vez que Osinergmin emitió un acto administrativo que lo indujo a error.
70. Según manifiesta la empresa, el Osinergmin evaluó una conducta similar declarando que Duke Energy no incurría en infracción administrativa por incumplimiento del valor del caudal ecológico aprobado en el EIA de la CH Cañón del Pato, por encontrarse éste valor sujeto a un procedimiento de modificación que a dicha fecha continuaba en trámite.
71. Tal como se mencionó previamente, existe un régimen de responsabilidad objetiva en el marco del procedimiento administrativo sancionador del OEFA, del cual el administrado podrá eximirse de responsabilidad **sólo si logra acreditar**





de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

72. Al respecto, cabe precisar que los compromisos ambientales asumidos a través de los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas desde el momento de su aprobación por la Autoridad Competente, no pudiendo ser obviadas o modificadas sin que medie una nueva aprobación de la referida Autoridad³⁵; por lo tanto, ninguna modificación puede ejecutarse hasta la nueva aprobación por el Ministerio de Energía y Minas (autoridad competente en el caso en concreto).
73. En este sentido, la sola presentación de la solicitud de modificación del compromiso ambiental no supone su aprobación automática, pues la nueva propuesta debe ser evaluada por la autoridad competente, quien en caso determine que la modificación trae mejores medidas de prevención o mitigación de los posibles impactos ambientales, otorgará su conformidad y la aprobación respectiva.
74. En ese sentido, el compromiso inicial continuará siendo exigible hasta que exista una nueva disposición de la autoridad competente que modifica o suprime el compromiso ambiental inicial, por lo que lo alegado por el administrado en este extremo queda desvirtuado.
75. Por otro lado, cabe precisar que los informes técnicos emitidos por el Osinergmin no se enmarcan dentro de un procedimiento administrativo sancionador ni concluyen un procedimiento, por lo que no puede calificarse al Informe Técnico como un acto administrativo firme o que agote la vía administrativa. En consecuencia, el presente procedimiento administrativo sancionador no vulnera el principio de cosa decidida y, por consiguiente, ni de seguridad jurídica, confianza legítima ni al debido proceso.
76. Al respecto, cabe recordar que el OEFA asumió las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad provenientes de Osinergmin a partir del 4 de marzo del 2011, de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 y la Resolución N° 001-2011-OEFA/CD. En ese sentido, a partir del 4 de marzo del 2011 el OEFA puede fiscalizar y determinar responsabilidad administrativa por la comisión de conductas infractoras en el sector electricidad, independientemente de los pronunciamientos anteriores emitidos por otras entidades; por ello, el pronunciamiento de una entidad no la obliga a adoptar el mismo criterio en casos posteriores.
77. Asimismo, el OEFA en el marco de sus funciones de supervisión recopila los medios probatorios que evidencien las posibles conductas infractoras que se detecten durante cada visita de supervisión en particular, para que a partir de ellas se evalúe si dicho hallazgo amerita el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y, por consiguiente, la declaración de responsabilidad administrativa y las posibles medidas correctivas y/o sanciones que amerite.
78. Es preciso mencionar que el acto administrativo emitido es pasible de ser verificado a nivel del poder judicial mediante un proceso contencioso



³⁵

ORDAYA PANDO, Rolando Enrique. "Obligaciones, compromisos y responsabilidades ambientales en las actividades del sector eléctrico". En: Círculo de Derecho Administrativo. Revista de Derecho Administrativo. N° 15, Lima, 2015. Pg. 229.





administrativo, en tanto se agote la vía administrativa. Por lo tanto, los actos emanados por la autoridad administrativa no adquieren la calificación de cosa juzgada o decidida.

79. Sin perjuicio de lo antes señalado, esta Dirección considera pertinente analizar si el contenido del Informe Técnico N° GFE-USMA-962-2010 del 16 de diciembre del 2010 emitido por el Osinergmin (en adelante, **Informe Técnico**) pudo influenciar en que Duke Energy mantenga la conducta infractora.
80. Al respecto, la Observación 4 del Informe Técnico de Osinergmin detalla una conducta distinta a la imputada en el presente caso, referida a la detección del río Santa con un cauce seco, conforme se detalla a continuación:

OBSERVACIÓN 4

Gaucé seco del río Santa desde la bocatoma, impidiendo la migración de la fauna acuática y deteriorando el ecosistema.

Fecha de detección: 06/08/2005

Norma incumplida: D.S 29-94-EM, Art. 33º y 42º d)

Disposición: Elaborar el Plan de Manejo Ambiental, PMA para la operación de la Central Hidroeléctrica, CH Cañón del Pato, dispuesto por la DGAAE mediante Oficio N° 1590-2006-MEM/AEE.

Plazo de Disposición: 15/06/2009.

Análisis del descargo: La Entidad manifiesta que ha venido realizando las gestiones requeridas con el fin de cumplir con el plazo establecido por OSINERGMIN, que fueron expuestas en sus cartas O-166-2008/FQ y O-013-2009/LHB. Asimismo, informan que mediante carta O-074-2009/MG de fecha 12.06.2009, han cumplido con elaborar y presentar a la DGAAE la modificación del Plan de Manejo Ambiental del EIA de la ampliación de la CH Cañón del Pato. A la fecha este expediente se encuentra en evaluación a cargo de las autoridades competentes.

Mediante comunicación O-74-2009/MG del 12 de junio del 2009, la entidad presentó el Estudio de estimación del caudal ecológico en el tramo comprendido entre la bocatoma y la descarga de aguas turbinadas Central Hidroeléctrica Cañón del Pato, Río Santa, el cual tiene por finalidad mejorar el Plan de Manejo Ambiental de la ampliación de la Central Hidroeléctrica Cañón del Pato aprobado mediante la Resolución Directoral N° 424-2001-EM-DGAA y modifica únicamente el numeral a) de la sección Etapa de operación, posibilidad de alteración excesiva del caudal estacional circulante del río Santa.

Se revisó la información contenida en los anexos, encontrándose evidencia que EGENOR presentó la Modificación del Plan de Manejo Ambiental del EIA de la ampliación de la CH Cañón del Pato, a la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), en respuesta al oficio N° 1590-2006-MEM-AAE. (Ver Anexo II – Documentación Sustentatoria 2, pag. 20).

Resultado de la evaluación: Observación levantada

81. Conforme se observa en la vista anterior, el Informe Técnico de Osinergmin hace referencia a que de acuerdo a la conducta detectada, Duke Energy debió presentar un Plan de Manejo Ambiental para las operaciones en la CH Cañón del Pato para modificar el caudal ecológico dispuesto en su instrumento de gestión ambiental, sin embargo no establece que la conducta no sea imputable a la empresa ni la exonera de responsabilidad por incumplir con los compromisos ambientales dispuestos en el EIA de la CH Cañón del Pato.
82. Por lo tanto, en el presente caso no existe ruptura de nexo causal por hecho determinante de tercero, toda vez que el contenido del Informe Técnico de Osinergmin no avala el incumplimiento del mantenimiento del caudal ecológico del río Santa.



(ii) Tipificación de la conducta detectada

83. Mediante la Resolución N° 053-2015-OEFA/TFA-SEE el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA consideró que los incumplimientos de los compromisos asumidos en el Estudio de Impacto Ambiental no pueden ser subsumidos en el Literal p) del Artículo 201° del Decreto Supremo N° 009-93-EM.
84. Sin perjuicio de lo anterior, el referido Tribunal indicó que el Artículo 13^{o36} del Reglamento de Protección Ambiental de las Actividades Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 29-94-EM (en adelante, **RPAAE**), concordado con el Artículo 5° del citado Reglamento y el Artículo 55^{o37} del Reglamento de la Ley Nacional del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (en adelante, **Reglamento de la Ley del SEIA**), recogen la obligación de los titulares de concesiones eléctricas de cumplir con los compromisos establecidos en el EIA³⁸.
85. En ese sentido, siendo que la autoridad administrativa en segunda instancia determinó cuales son las normas infringidas en caso se detecte el incumplimiento de los compromisos ambientales establecidos en el EIA, se advierte que en el presente caso no existe una adecuada subsunción de la conducta imputada a la norma sustantiva ni a la norma tipificadora.
86. Sobre el particular, cabe precisar que si bien el Artículo 14° del TULO del RPAS³⁹, prevé que la potestad de la Autoridad Instructora de variar la imputación de cargos, de la revisión del Expediente se advierte que no se cuentan con los medios probatorios necesarios que permitan crear convicción de la comisión de una infracción administrativa; por lo que no deviene en pertinente.

³⁶ Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 29-94-EM

"Artículo 13°.- En la solicitud de una Concesión definitiva, el solicitante presentará ante la DGE del Ministerio, un EIA de conformidad con el inciso h) del Artículo 25 de la Ley y con las normas que emita la DGAA, sin perjuicio de lo dispuesto en el cumplimiento del Artículo 19.

³⁷ Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM

"Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos y otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su incumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental".

³⁸ Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 29-94-EM

"Artículo 5°.- Durante el ejercicio de las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución, los Titulares de los titulares de concesiones y autorizaciones, a que se refieren los Artículos 3 y 4 de la Ley tendrán la responsabilidad del control y protección de medio ambiente en lo que dichas actividades concierne".

³⁹ Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD

"Artículo 14°.- Variación de la imputación de cargos

14.1 Si la Autoridad Instructora considera que corresponde variar la imputación de cargos, deberá otorgar al administrado investigado la oportunidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa aplicando el plazo para presentar descargos mencionado en el Numeral 13.1 del Artículo precedente.

14.2 Si la variación de la imputación de cargos comprende una valoración distinta de los hechos imputados o una interpretación diferente de la norma aplicable, podrá continuarse la tramitación del procedimiento administrativo sancionador con el mismo número de expediente."





87. Por lo expuesto, **corresponde archivar la presente imputación**. No obstante, cabe advertir que los efectos del pronunciamiento sobre este extremo se limita estrictamente a los hechos materia de análisis en la presente Resolución, **por lo que no se extienden a hechos similares posteriores que se pudieran detectar en la misma unidad fiscalizable, en una unidad distinta o a los efectuados por otros administrados**, los cuales deberán ser analizados detalladamente para verificar si cumplen con la normativa ambiental o con los compromisos ambientales asumidos por los administrados.

En uso de las facultades conferidas en el Literal n) del Artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y de lo dispuesto en el Artículo 19° de la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución:

N°	Supuestas conductas infractoras
1	El efluente líquido (descarga de agua turbinada) de la CH Cañón del Pato habría excedido los niveles máximos permisibles para sólidos suspendidos totales durante 5 meses del año 2011 y durante 6 meses del año 2012.
2	Duke Energy habría incumplido una disposición emitida por el Ministerio de Energía y Minas (EIA Ampliación CH Cañón del Pato), en tanto el flujo remanente (caudal ecológico) del río Santa en la toma de la CH Cañón del Pato habría sido menor al autorizado durante el año 2011.

Artículo 2°.- Informar a Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones que contra la presente resolución es posible la interposición del recurso de reconsideración y apelación ante la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y en los Numerales 24.1, 24.2 Y 24.3 del Artículo 24° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/CD.

Regístrese y comuníquese,



Eliot Gianfranco Mejía Trujillo
 Director de Fiscalización, Sanción y
 Aplicación de Incentivos
 Organismo de Evaluación y
 Fiscalización Ambiental - OEFA