



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

Tribunal de Fiscalización Ambiental Sala Especializada en Energía

RESOLUCIÓN N° 054-2016-OEFA/TFA-SEE

EXPEDIENTE N° : 003-2013-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : FENIX POWER PERÚ S.A.
SECTOR : ELECTRICIDAD

SUMILLA: "Se resuelve incorporar a la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" en calidad de tercero administrado al procedimiento administrativo sancionador tramitado bajo el Expediente N° 003-2013-OEFA/DFSAI/PAS, al haberse acreditado que cuenta con legítimo interés, de conformidad con lo previsto en el numeral 60.3 del artículo 60° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General."

Lima, 18 de agosto de 2016

I. ANTECEDENTES

1. El 9 de julio de 2012, la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" formuló ante el OEFA, una denuncia "...en relación a la afectación que viene sufriendo la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" a consecuencia de la construcción de la Central Térmica Chilca 520 MW¹ (en adelante, **CT Chilca**) ubicada en el distrito de Chilca, provincia de Cañete, departamento de Lima, cuyo titular es la empresa Fenix Power Perú S.A.² (en adelante, **Fenix Power**).
2. El 4 y 5 de julio de 2012, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una Supervisión Regular a la CT Chilca y, el 16 y 17 de julio del mismo año realizó una Supervisión Especial en virtud de la denuncia realizada por la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya"³, siendo que, como resultado de

Del contenido de la mencionada denuncia, se puede apreciar que la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" indicó lo siguiente:

"Dicha empresa (Fenix Power) está realizando trabajos dentro del mar en el cual nosotros pescamos con la obra que realizan contamina el mar con su desperdicios producto de la misma contaminándolo con el rompe olas de fierro que mide 250 metro aproximadamente, producto del impacto visual y acústico la construcción origina ruido y vibraciones que afectan la pesca en la playa y que se ha reducido producto de las obras con su maquinaria de alto tonelaje, dificultando nuestra pesca y el sustento diario de nuestra familia y las normas de convivencia pacífica que esta en relación con sus habitantes dentro del marco de la ley de concesiones y con el compromiso dentro del proyecto lo cual no cumple" (foja 6).

² Registro Único de Contribuyente N° 20509514641.

³ Foja 6.

dichas diligencias, fue elaborado el Informe N° 903-2012-OEFA/DS⁴ (en adelante, **Informe de Supervisión**).

3. Sobre la base del Informe de Supervisión, mediante Resolución Subdirectoral N° 003-2013-OEFA-DFSAI/SDI del 8 de enero de 2013⁵, la Subdirección de Instrucción e Investigación (en adelante, **SDI**) de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, **DFSAI**) dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Fenix Power⁶.
4. Luego de evaluar los descargos presentados por Fenix Power⁷, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 546-2014-OEFA/DFSAI del 19 de setiembre de 2014⁸, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de dicha empresa, entre otros, por incumplir el Estudio de Impacto Ambiental Ampliación de la Central Térmica Chilca (en adelante, **EIA de la CT Chilca**) incurriendo en la comisión de cuatro (4) infracciones administrativas por dicho incumplimiento, lo cual configuró –de acuerdo con la DFSAI– el incumplimiento de lo dispuesto en el EIA de la CT Chilca, en concordancia con el literal p) del artículo 201° del Decreto Supremo N° 009-93-EM⁹, precisando que ello configuró infracción conforme al numeral 3.20 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD¹⁰. Asimismo, mediante la Resolución Directoral

⁴ Fojas 1 a 41.

⁵ Fojas 101 a 110. Dicho acto fue notificado al administrado el 16 de enero de 2013 (foja 111).

⁶ Debe mencionarse que con fecha 21 de febrero de 2014, la SDI de la DFSAI emitió la Resolución Subdirectoral N° 427-2014-OEFA/DFSAI/SDI (fojas 272 a 280), mediante la cual varió el contenido de las imputaciones recogidas en la Resolución Subdirectoral N° 003-2013-OEFA-DFSAI/SDI, otorgándole además a la administrada un plazo de quince (15) días hábiles para que presente sus descargos. Dicho acto fue debidamente notificado al administrado el 25 de febrero de 2014 (foja 281).

⁷ Mediante los escritos presentados el 6 de febrero de 2013 (fojas 128 a 200); 27 de febrero de 2013 (fojas 201 a 254); 21 de mayo de 2013 (fojas 255 a 271) y 18 de marzo de 2014 (fojas 282 a 349).

⁸ Fojas 388 a 412. Dicho acto administrativo fue notificado a Fenix Power el 24 de setiembre de 2014 (foja 413).

⁹ **DECRETO SUPREMO N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas Decreto Ley N° 25844**, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de febrero de 1993.

Artículo 201°.- El OSINERG sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, y/o clientes libres, así como al COES cuando incumpla sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 2 000 000 kilovatios-hora, en los siguientes casos, según corresponda:

(...)

p) Por incumplimiento de las normas y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección, el OSINERG y la Comisión.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 028-2003-OS/CD, Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, incluida en la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN Osinerg, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2003.

Anexo 3

Multas por incumplimiento a la normatividad en el Sector Eléctrico sobre el medio ambiente

N°	Tipificación de infracción	Base Legal	Sanción	Multas en UIT			
				E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4



N° 546-2014-OEFA/DFSAI, la DFSAI ordenó a Fenix Power el cumplimiento de dos medidas correctivas¹¹.

3.20.	Cuando el titular de la concesión o autorización no cumpla con las disposiciones ambientales contempladas en la Ley y el Reglamento o las normas emitidas por la DGAA y OSINERG.	Art. 31° inc. h) de la Ley. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. 029-94-EM.	De 1 a 1000 UIT	(M) Hasta 250 UIT	(M) Hasta 500 UIT	(M) Hasta 750 UIT	(M) Hasta 1000 UIT
-------	--	--	-----------------	----------------------	----------------------	----------------------	-----------------------

¹¹ El Detalle de las medidas correctivas impuestas por la DFSAI mediante la Resolución Directoral N° 546-2014-OEFA/DFSAI es el siguiente:

N°	Conductas Infractoras	Medidas Correctivas		
		Obligación	Plazo	Forma de acreditar el cumplimiento
1	No contempló en el EIA de la CT Chilca el uso de las siguientes instalaciones: plataforma marina (pilotes y tablaestacas), tablaestacas en zona terrestre y excavaciones de 16 a 20 metros.	Presentar el instrumento de gestión ambiental para el uso de la plataforma marina o, en su defecto, el plan de abandono de dicha infraestructura aprobado por la autoridad competente. En caso la empresa no cuente con un plan de manejo ambiental o un plan de abandono para la plataforma marina, deberá presentar ante la autoridad competente, el plan de manejo ambiental para la utilización de dicha infraestructura o, en su defecto, el plan de abandono correspondiente.	Quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución. Seis (6) meses contados a partir del día siguiente de notificada la resolución	Copia de la resolución que aprueba el instrumento de gestión ambiental. Remisión del cargo de presentación del instrumento de gestión ambiental ante la autoridad competente.
2	El tanque de combustible diésel ubicado en el almacén de materiales peligrosos "Playa" de la CT Chilca, no cuenta con un sistema de contención contra eventuales derrames capaz de contener el 110% de capacidad, de conformidad con el EIA de la CT Chilca.	Rediseñar el sistema de contención para contener el 110% de la capacidad máxima del tanque de combustible ubicado en el almacén de materiales peligrosos "Playa" de la CT Chilca.	Treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución.	Presentar un informe que demuestre las acciones de cumplimiento.

5. El 16 de octubre de 2014, Fenix Power interpuso recurso de apelación¹² contra la Resolución Directoral N° 546-2014-OEFA/DFSAI.
6. El 28 de setiembre de 2015, la Sala Especializada en Energía (en adelante, **SEE**) del Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, **TFA**), mediante Resolución N° 041-2015-OEFA/TFA-SEE¹³ declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 546-2014-OEFA/DFSAI, en el extremo que declaró la responsabilidad administrativa de Fenix Power e impuso las medidas correctivas correspondientes, toda vez que las conductas imputadas a dicha empresa no se subsumían en la obligación contenida en el literal p) del artículo 201° del Decreto Supremo N° 009-93-EM, y porque el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD no contemplaba como infracción el incumplimiento de la obligación contenida en la referida disposición (literal p) del artículo 201° del Decreto Supremo N° 009-93-EM)¹⁴.
7. En virtud de la nulidad declarada por la SEE del TFA, el 29 de febrero de 2016 la SDI de la DFSAI emitió la Resolución Subdirectoral N° 177-2016-OEFA/DFSAI-SDI¹⁵, a través de la cual dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Fenix Power.
8. Luego de evaluar los descargos presentados por Fenix Power el 1 de abril de 2016¹⁶, así como la información presentada por dicha empresa en su escrito del 16 de marzo de 2016¹⁷, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 567-2016-OEFA/DFSAI¹⁸ del 27 de abril de 2016, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de dicha empresa¹⁹, conforme se muestra en el Cuadro N° 1 a continuación²⁰.

¹² Fojas 416 a 449.

¹³ Fojas 454 a 472.

¹⁴ Cabe señalar que la SEE del TFA confirmó la Resolución Directoral N° 546-2014-OEFA/DFSAI en el extremo que determinó la responsabilidad administrativa de Fenix Power Perú S.A. por incumplir lo dispuesto en el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, concordado con el literal d) del artículo 42° del Decreto Supremo N° 29-94-EM (conducta infractora N° 5 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución).

¹⁵ Fojas 481 a 493. Cabe precisar que dicha resolución subdirectoral fue notificada al administrado el 2 de marzo de 2016 (foja 494).

¹⁶ Fojas 503 a 518.

¹⁷ Fojas 495 a 502.

¹⁸ Fojas 542 a 560. Dicho acto administrativo fue notificado al administrado el 7 de abril de 2016 (foja 453).-

¹⁹ En virtud 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.

²⁰ Debe mencionarse que la DFSAI, a través del artículo 2° de la Resolución Directoral N° 567-2016-OEFA/DFSAI, resolvió que en el presente caso no resultaba pertinente ordenar medidas correctivas por las conductas infractoras descritas en el Cuadro N° 3 de la presente resolución.

Cuadro N° 1: Detalle de las infracciones por las cuales se declaró la responsabilidad administrativa de Fenix Power en la Resolución Directoral N° 567-2016-OEFA/DFSAI

N°	Conducta Infractora	Norma Sustantiva	Norma Tipificadora
1	Fenix Power realizó construcciones no consideradas en su IGA (plataforma marina, tablestacas y excavaciones) incumpliendo el compromiso asumido en el EIA de la Central Térmica Chilca.	Artículos 5 ^{o21} y 13 ^{o22} del Decreto Supremo N° 29-94-EM, concordado con el artículo 55 ^{o23} del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.	Numeral 3.14 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD ²⁴ .
2	Fenix Power no realizó los estudios que permitan implementar un programa para proteger y mantener la vida acuática y minimizar la alteración de los hábitats costeros, de conformidad con el EIA de la CT Chilca.	Artículos 5° y 13° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, concordado con el artículo 55° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.	Numeral 3.14 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.
3	El tanque de combustible diésel ubicado en el almacén de materiales peligrosos "Playa" de la CT Chilca, no cuenta con un sistema de contención contra eventuales derrames capaz de contener el 110% de capacidad, de conformidad con el EIA de la CT Chilca.	Artículos 5° y 13° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, concordado con el artículo 55° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.	Numeral 3.14 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

Fuente: Resolución Directoral N° 567-2016-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

²¹ **DECRETO SUPREMO N° 29-94-EM, Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas. 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."

²² **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.


²³ **DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. 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".

²⁴ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 028-2003-OS/CD, Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2003.**

Anexo 3
Multas por incumplimiento a la normatividad en el Sector Eléctrico sobre el medio ambiente

N°	Tipificación de infracción	Base Legal	Sanción	Multas en UIT			
				E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4
3.14.	Por no cumplir con los compromisos considerados en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA).	Art. 13° y 20° del Reglamento de Protección Ambiental.	De 1 a 1000 UIT	(M) Hasta 200 UIT	(M) Hasta 300 UIT	(M) Hasta 500 UIT	(M) Hasta 1000 UIT

9. El 25 de mayo de 2016, Fenix Power presentó recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 567-2016-OEFA/DFSAI²⁵.
10. El 11 de julio de 2016, mediante Memorandum N° 1157-2016-OEFA/DFSAI, la DFSAI remitió a la Secretaría Técnica del TFA, entre otros²⁶, el escrito con Registro N° 46971 del 5 de julio de 2016, a través del cual la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya"²⁷ –bajo la sumilla "APERSONAMIENTO AL EXPEDIENTE 003-2013-OEFA/DFSAI/PAS"– y, luego de narrar los hechos acontecidos en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Fenix Power mediante la Resolución Subdirectoral N° 003-2013-OEFA-DFSAI/SDI del 8 de enero de 2013 y de precisar la importancia de proteger al ambiente frente al incumplimiento de la normativa ambiental, señaló lo siguiente:



"Bajo este contexto y en esta misma línea, a efectos de salvaguardar los intereses y derecho al trabajo de la Asociación de Pesca Artesanal que presido, así como la defensa del medio ambiente del distrito de Chilca y los derechos fundamentales de la persona, es que ME APERSONO AL PROCESO, al ser denunciante y actor fundamental en las decisiones y evidencias que derivaron en la sanción administrativa contra la empresa FENIX POWER, siendo vigilante, la cual ha sido nuestra conducta, del debido proceso como de la correcta aplicación de las normas según el ordenamiento Jurídico establecido.


Sin perjuicio de la evidencia probatoria que presentaremos en su debido momento, evidencia de la concatenación de pruebas que afirman lo fundamentado tanto por la Asociación de Pescadores de Playa Yaya y el OEFA." (Subrayado original)



II. COMPETENCIA

11. 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 Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)²⁸, se crea el OEFA.

²⁵ Fojas 562 a 575.



²⁶ Debe mencionarse que a través del escrito con Registro N° 46968, la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" solicitó ante la DFSAI se le informe si el administrado había presentado sus descargos respecto de las imputaciones efectuadas mediante la Resolución Subdirectoral N° 177-2016-OEFA/DFSAI-SDI y, si en estos, propuso la medida correctiva requerida por la DFSAI.

²⁷ Debe precisarse que mediante la Carta N° 006-2016-OEFA/TFA/ST del 15 de julio de 2016, la Secretaría Técnica del TFA, solicitó al señor Raúl Guillermo Ruiz Paz acredite su condición de presidente de la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya". En atención a ello, el 1 de agosto de 2016, dicha persona presentó ante la Secretaría Técnica del TFA el poder que lo acredite como presidente de la referida asociación.

²⁸ **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.
Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente
1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

12. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011²⁹ (en adelante, **Ley N° 29325**), el OEFA es un 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.
13. 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 OEFA³⁰.
14. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM³¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en

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.

²⁹ 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, modificada por la 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

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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 emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

LEY N° 29325.

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 documental, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

materia ambiental del Osinergmin³² al OEFA y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD³³, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad desde el 4 de marzo de 2011.

15. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325³⁴, y los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA³⁵, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

16. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta Sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes 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 vivientes (plantas, animales y microorganismos)³⁶.

³² LEY N° 28964.
Artículo 18°.- Referencia al OSINERG
A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

³³ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 001-2011-OEFA/CD, aprueban aspectos objeto de la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, entre OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de marzo de 2011.
Artículo 2°.- Determinar que la fecha en la que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, transferidas del OSINERGMIN, será el 4 de marzo de 2011.

³⁴ LEY N° 29325.
Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental
10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta 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.

³⁵ 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.
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.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

17. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)³⁷, 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.
18. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
19. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional las normas que tutelan bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica" dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente³⁸.
20. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental³⁹, cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y el derecho a que dicho ambiente se preserve⁴⁰; y, (iii) conjunto de obligaciones

³⁷ 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.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

³⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

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.

⁴⁰ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente:

"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".

impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales⁴¹.

21. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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 ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
22. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos⁴².
23. Bajo dicho marco normativo, que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIÓN PROCEDIMENTAL

24. Si corresponde incorporar a la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" al procedimiento administrativo sancionador seguido contra Fenix Power bajo el Expediente N° 003-2013-OEFA/DFSAl/PAS, como tercero con interés legítimo.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PROCEDIMENTAL

25. El artículo 51° de la Ley N° 27444 ha contemplado que los administrados pueden ser **quienes promueven el procedimiento administrativo** como **titulares de derechos o intereses legítimos** (individuales o colectivos), así como **aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean tales derechos o intereses legítimos** (los cuales puedan resultar afectados por la decisión a adoptarse):

"Artículo 51°.- Contenido del concepto administrado

Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

1. *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
2. *Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse."*

26. Como se advierte, los administrados son aquellos que –ya sea porque lo aleguen o porque finalmente pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento– poseen derechos o **intereses legítimos** individuales o colectivos.
27. Al respecto, esta última clase de administrados (aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento o aquellos que no forman parte del mismo, poseen derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la decisión a adoptarse), se encuentra regulada en el artículo 60° de la Ley N° 27444, bajo la figura de "terceros administrados":

"Artículo 60°.- Terceros administrados

60.1 *Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.*

60.2 *Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.*

60.3 *Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él."* (Énfasis agregado)

28. En esa misma línea, la Primera Disposición Complementaria Final de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD, la cual aprueba las "Normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido 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", establece lo siguiente:

"Primera.- Participación de terceros con interés legítimo

Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá intervenir como tercero interesado en los procedimientos administrativos sancionadores o recursivos que se tramitan ante el OEFA, aportando pruebas sobre la existencia de infracción administrativa o sobre el incumplimiento de una medida cautelar o correctiva, en aplicación de lo establecido en el Artículo 60° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. (Énfasis agregado)

29. Bajo dicho marco normativo, se advierte que el requisito para ser incorporado al procedimiento administrativo sancionador como "tercero administrado" es que aquel cuente con un derecho subjetivo y/o interés legítimo que pueda resultar afectado por la decisión a adoptarse en el mismo.

30. Ahora bien, en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OEFA, al tratarse de la protección especial al ambiente sobre el cual toda persona tiene derecho⁴³, dicho organismo ha precisado –conforme a lo recogido en la exposición de motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD– que, con independencia de los sujetos que establecen la relación jurídica procedimental en los procedimientos sancionadores de su competencia (esto es, la Administración y el sujeto infractor), **se ha contemplado como posibles afectados (terceros interesados) a todas las personas naturales o jurídicas (ciudadanía en general), dado que el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado constituye un derecho difuso**⁴⁴.
31. En el presente caso, el 5 de julio de 2016, la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" solicitó su apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador seguido contra Fenix Power bajo el Expediente N° 003-2013-OEFA/DFSAI/PAS a efectos de "... *salvaguardar los intereses y derecho al trabajo de la Asociación de Pesca Artesanal, así como la defensa del medio ambiente del distrito de Chilca y los derechos fundamentales de la persona*". Asimismo, sustentó su apersonamiento en el hecho que denunció y fue "actor fundamental en las decisiones y evidencias que derivaron en la sanción administrativa contra la empresa FENIX POWER...".
32. En ese sentido, con el propósito de determinar si la Asociación de Pescadores de la Playa Yaya" cuenta con interés legítimo para participar en el procedimiento administrativo sancionador tramitado contra de Fenix Power, esta Sala considera necesario advertir si posee intereses que puedan resultar afectados por la decisión a adoptarse⁴⁵.
33. Al respecto, debe mencionarse que en la supervisión efectuada por la DS a las instalaciones de la CT Chilca –cuyos resultados derivaron en hallazgos de presuntas infracciones administrativas por las cuales fue iniciado el presente procedimiento administrativo sancionador– fue realizada en virtud de la denuncia que efectuó la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya"⁴⁶.

⁴³ CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

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.

⁴⁴ Sobre el interés difuso, Ferrer señala "(...)(*intereses difusos se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes...*")"

En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Juicio de Amparo e Interés legítimo: La tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Editorial Porrúa, 2003, p.12.

⁴⁵ Sobre el particular, debe mencionarse que dicho criterio ha sido recogido en la Resolución N° 048-2016-OEFA/TFA-SEE del 8 de julio de 2016.

⁴⁶ Además de aquella programada en el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Planefa).

34. En efecto, de la revisión del expediente administrativo se aprecia que el 9 de julio de 2012, la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" formuló ante el OEFA, una denuncia "...en relación a la afectación que viene sufriendo la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya". Asimismo, del contenido de la mencionada denuncia, la asociación indicó lo siguiente:

"Dicha empresa [Fenix Power] está realizando trabajos dentro del mar en el cual nosotros pescamos con la obra que realizan contamina el mar con su desperdicios producto de la misma contaminándolo con el rompe olas de fierro que mide 250 metro (sic) aproximadamente, **producto del impacto visual y acústico la construcción origina ruido y vibraciones que afectan la pesca en la playa y que se ha reducido producto de las obras con su maquinaria de alto tonelaje, dificultando nuestra pesca y el sustento diario de nuestra familia y las normas de convivencia pacífica que está en relación con sus habitantes dentro del marco de la ley de concesiones y con el compromiso dentro del proyecto lo cual no cumple**"⁴⁷ (Énfasis agregado)

35. Por otro lado, del Informe de Supervisión se observa que durante la supervisión realizada los días 16 y 17 de julio de 2012 a la CT Chilca, la DS detectó como hallazgo que "Fenix Power está ocasionando **un impacto estético en la playa Yaya**, a ambos lados de la plataforma marina, al dejar un montículo de arena de aprox. 100 m de largo por 5 m de altura en dirección al morro Yaya y otro montículo de aprox. 400 m de largo por 5 m de altura en dirección a la playa San Pedro"⁴⁸.
36. Asimismo, cabe precisar que la ejecución del proyecto de la CT Chilca se realizaría en las playas de Chilca⁴⁹, siendo que por ello, la referida empresa

⁴⁷ Foja 6.

⁴⁸ Fojas 26 y 27.

⁴⁹ En el EIA se advierte lo siguiente:

4.1.1 Ubicación y Acceso

El área del Proyecto está ubicada en la localidad de Las Salinas, Distrito de Chilca, provincia de Cañete, departamento de Lima. A 63 Kilómetros al sur de Lima

Para llegar al área del proyecto desde Lima se toma la autopista de la Panamericana Sur hasta alcanzar el desvío a Chilca Km. 62, luego continuando con la antigua panamericana se llega a Salinas, finalmente de Salinas se toman las vías que conducen a la playa ubicando el área del proyecto a un costado del Cerro Yapa Yapa (pág. 1 del Capítulo 4)

En el mismo sentido, en la descripción del ambiente del EIA se advierte lo siguiente:

*4 DESCRIPCION DEL MEDIO AMBIENTE

(...)

4.7 Medio Biótico Continental

(...)

4.7.2 Paisaje

(...)

4.7.2.3 Fragilidad visual

El proyecto se ubicará en un área de playa accesible a núcleos poblados y usada como zona de recreación, lo cual sumado a las características de su cuenca visual hacen que la capacidad de absorción visual de paisaje sea poca. (Páginas 96 y 97 del EIA de la CT Chilca.)

contempló (en el referido instrumento de gestión ambiental) diversas medidas para mitigar posibles impactos en dicha área⁵⁰.

37. Bajo dichas consideraciones, en opinión de esta Sala, la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" ostenta un legítimo interés que puede resultar afectado por la decisión a adoptarse, dado que parte del área donde se ejecutó la construcción del proyecto de la CT Chilca puede verse afectado por las potenciales transgresiones al medio ambiente traducidas en el presunto incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que tiene a su cargo y cuya responsabilidad administrativa fue declarada en el marco del presente procedimiento administrativo sancionador.
38. En ese sentido, la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" cuenta con interés legítimo en la participación del procedimiento administrativo sancionador seguido contra Fenix Power bajo el Expediente N° 003-2013-OEFA/DFSAI/PAS, con lo cual queda acreditada su calidad de tercero administrado, de conformidad con lo establecido en el numeral 60.3 del artículo 60° de la Ley N° 27444.

50

Sobre dichas medidas, se puede apreciar las siguientes:

"4 DESCRIPCION DEL MEDIO AMBIENTE

(...)

4.7 Medio Biótico Continental

(...)

4.7.2 Paisaje

(...) el paisaje se contempla como un elemento comparable al resto de los recursos, vegetación, suelo, agua, biodiversidad, y ello exige considerarlo en toda su amplitud. Dentro de este enfoque se define al paisaje como el "complejo de interrelaciones derivadas de la interacción de rocas, agua, aire, plantas, animales y hombres". Un segundo enfoque considera el paisaje visual como expresión de los valores estéticos, plásticos y emocionales del medio natural. En este contexto, el paisaje es importante como expresión espacial y visual del medio. A partir de estos enfoques el paisaje será caracterizado considerando los siguientes tres apartados: La visibilidad, la calidad paisajística y la fragilidad visual.

(...)

4.7.2.2 Visibilidad

El paisaje del Área de Influencia del proyecto es de naturaleza predominantemente plana, con ligeras ondulaciones debido a las dunas. Ello determina que la cuenca visual sea de forma alargada, de tamaño bastante amplio, es decir bastante visible y de poca complejidad morfológica, todo lo cual hace que el paisaje pueda ser considerado frágil, en la medida en que cualquier intervención sobre el mismo sería fácilmente visible en un área bastante amplia.

4.7.2.3 Fragilidad visual

El proyecto se ubicará en un área de playa accesible a núcleos poblados y usada como zona de recreación, lo cual sumado a las características de su cuenca visual hacen que la capacidad de absorción visual de paisaje sea poca.

4.7.2.4 Calidad paisajística.

Debido a que la calidad visual del paisaje se determina a través de la evaluación de los valores estéticos que posee, existe cierto grado de subjetividad en la misma, la cual es disminuida en la medida que se recoja el espectro más amplio de percepciones. En la [medida] que la Playa de Chilca es usada como zona de recreación por numerosas personas, se puede concluir que la calidad paisajística de la zona es alta (...)." (Subrayado agregado)



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:

PRIMERO.- INCORPORAR a la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" en calidad de tercero administrado al procedimiento administrativo sancionador tramitado bajo el Expediente N° 003-2013-OEFA/DFSAI/PAS, al haberse acreditado que cuenta con legítimo interés, de conformidad con lo previsto en el numeral 60.3 del artículo 60° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.


SEGUNDO.- Notificar la presente resolución a la Asociación de Pescadores de la Playa "Yaya" y a Fenix Power Perú S.A.

Regístrese y comuníquese.



SEBASTIÁN ENRIQUE SUIÑO LÓPEZ
Presidente

Sala Especializada en Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental



EMILIO JOSÉ MEDRANO SANCHEZ
Vocal

Sala Especializada en Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental



RAFAEL MAURICIO RAMÍREZ ARROYO
Vocal

Sala Especializada en Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental