



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada Minería y Energía**

RESOLUCIÓN N° 038-2016-OEFA/TFA-SME

EXPEDIENTE N° : 143-2013-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : STATKRAFT PERÚ S.A.
TERCERO ADMINISTRADO : WILSON MOISÉS VARGAS PIÑAN, EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DEL COMITÉ DE GESTIÓN AMBIENTAL SOSTENIBLE CHINCHAYCOCHA
SECTOR : ELECTRICIDAD
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1018-2016-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se declara la nulidad de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI del 19 de julio de 2016, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Statkraft Perú S.A., por el incumplimiento de los artículos 34° y 37° del Reglamento de Protección Ambientales de las Actividades Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas.

Asimismo, se declara la nulidad de las medidas correctivas ordenadas mediante la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI"

Lima, 23 de noviembre de 2016

I. ANTECEDENTES

Statkraft Perú S.A.¹ (en adelante, **Statkraft**) es una empresa concesionaria de generación eléctrica que opera la presa Upamayo, ubicada en el distrito de Ondores, provincia y departamento de Junín.

2. Del 23 al 26 de mayo de 2012, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una supervisión especial a las instalaciones de la presa Upamayo (en adelante, **Supervisión Especial 2012**), con la finalidad de verificar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de la mencionada empresa. Los resultados de dicha supervisión fueron recogidos en el Acta de Supervisión del 25 de mayo de 2012² y en el Informe de Supervisión N° 01/05-2012/ACH del 30 de mayo de 2012³ (en adelante, **Informe de Supervisión**).


¹ Registro Único de Contribuyente N° 20269180731.

² Fojas 21 y 22.

³ Fojas 1 al 46.

3. Sobre la base del Informe de Supervisión, mediante Resolución Subdirectorial N° 228-2013-OEFA/DFSAI/SDI⁴ del 5 de abril de 2013, 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 Statkraft⁵.
4. Luego de evaluar los descargos⁶ presentados por Statkraft, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI⁷ del 19 de julio de 2016, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de dicha empresa⁸, conforme se muestra a continuación en el Cuadro N° 1:


Cuadro N° 1: Detalle de la conducta infractora por la cual se declaró la responsabilidad administrativa de Statkraft en la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI



	Conducta Infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	Las actividades de embalse realizadas en el lago Chinchaycocha provocaron la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros, lo cual afectó las actividades de ganadería de las comunidades aledañas.	Artículos 34 ⁹ y 37 ¹⁰ del Decreto Supremo N° 029-94-EM, en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 ¹¹ .	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 ¹² .

Fuente: Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

- 4 El acto administrativo obrante a fojas 160 al 165 del Expediente fue debidamente notificado el 8 de abril de 2013, tal como consta en la Cédula de Notificación N° 231-2013, obrante a foja 166 del Expediente.
- 5 Fojas 160 a 165.
- 6 Fojas 168 a 260.
- 7 Folios 461 a 477
- 8 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.
- 9 **DECRETO SUPREMO N° 029-94-EM, Reglamento de protección ambiental en las actividades eléctricas**, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 1994.
Artículo 34°.- En las Concesiones y Autorizaciones, todos los Proyectos Eléctricos serán diseñados, construidos, operados y cerrados de modo tal que no originen condiciones inestables ambientales, especialmente erosión e inestabilidad de taludes.
- 10 **DECRETO SUPREMO N° 029-94-EM.**
Artículo 37°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones y aquéllos que tengan Proyectos Eléctricos en etapa de diseño, construcción o instalaciones en operación, considerarán los efectos potenciales de los mismos, sobre niveles de aguas superficiales y subterráneas. Estos serán diseñados, construidos y operados de tal manera que se minimicen sus efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, hábitat acuático, etc.), que protejan la vida acuática."
- 11 **DECRETO LEY N° 25844, LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1992.
Artículo 31°.- Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:
(...)
h) Cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación.
- 12 **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.



	Tipificación de la Infracción	Referencia Legal	Sanción
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 DGGA y OSINERG.	Art. 31° inc. h) de la Ley. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM.	De 1 hasta 1000 UIT.

5. Asimismo, sobre las medidas correctivas la DFSAI indicó que la actividad 60 del Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012-2016¹³ demanda la aprobación de un instrumento de gestión ambiental de las operaciones de embalse y desembalse, a cargo de la empresa Electroperú y Statkraft. Dicho instrumento fue requerido para su presentación de manera reiterada¹⁴ a la apelante por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas.
6. En consideración a ello, al verificar que a la fecha de imposición de la medida administrativa, a criterio de la DFSAI, el apelante no acreditó la aprobación de dicho instrumento ni la realización de medidas preventivas para evitar que su actividad de embalse y desembalse genere el movimiento de sedimentos y la inundación de los pastizales, afectando la morfología del lago Chinchaycocha, conforme a la supervisión realizada el 15 y el 16 de mayo de 2014 por la Dirección de Supervisión; la DFSAI ordenó mediante el artículo 2° de la resolución apelada a Statkraft que cumpla con las siguientes medidas correctivas:

Cuadro N° 2: Detalle de las medidas correctivas dictadas por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI

N°	Conducta Infractora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo	Forma y plazo para acreditar el cumplimiento
1	Las actividades de presa Upamayo realizadas en el lago Chinchaycocha estarían provocando la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros, lo cual estaría afectando las actividades de ganadería de las comunidades aledañas.	Elaborar un informe indicando los avances de la formulación del Plan de Manejo Ambiental de la presa Upamayo, así como la planificación de su culminación	En un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución apelada.	En un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles contado a partir del día siguiente de vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, Statkraft deberá remitir a la DFSAI el informe solicitado, el cual debe tener cuanto menos, lo siguiente: (i) Prácticas ambientales preventivas que serán incluidas en el PMA de la presa Upamayo; (ii) Cronograma de actividades para la culminación del Plan de Manejo Ambiental de la presa Upamayo; y, (iii) La fecha de presentación del Plan de Manejo Ambiental a la autoridad competente.

¹³ Mediante Resolución Suprema N° 551-2002-PCM, modificada por Resolución Suprema N° 092-2004-PCM, se aprobó el Plan y Sistema de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha. En dicha resolución se estableció que:

“El Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha es el instrumento articulador y orientador de la gestión ambiental multisectorial en el ámbito de la Reserva Nacional de Junín, su zona de amortiguamiento y su zona de influencia. Se encuentra conformado por programas, subprogramas y actividades, los mismos que fueron priorizados por la Comisión Multisectorial Descentralizada con las actualizaciones aprobadas a través del procedimiento establecido para tal fin.”

¹⁴ Mediante Oficios N°s 2640-2012-MEM/AEE y 1191-2013-MEM/AEE del 15 de noviembre 2012 y del 10 de mayo del 2013, respectivamente, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas pidió a Statkraft presente en coordinación con la empresa Electroperú S.A. el “Plan de Manejo Ambiental para las operaciones de Embalse y Desembalse de Lago Chinchaycocha”, incluyendo lo considerado en las Resoluciones Directorales N° 002-2010-DEPHM y N° 002-2012-ANA-DEPHM.

N°	Conducta Infractora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo	Forma y plazo para acreditar el cumplimiento
		Elaborar un Plan de prevención y limpieza que evite la dispersión de sedimentos mineros contaminados durante la operación de la presa Upamayo, que involucre las medidas preventivas para evitar la dispersión de los sedimentos.	En un plazo de sesenta (60) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución apelada.	En un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, Statkraft deberá remitir a la DFSAI copia del Plan de prevención y limpieza antes referido, el cual debe tener cuanto menos, lo siguiente: (i) Las medidas preventivas a realizar para evitar la dispersión de sedimentos mineros contaminados durante la operación de la presa Upamayo; (ii) Identificar con coordenadas UTM WGS 84 y fotografías, las zonas a intervenir; (iii) Un cronograma que establezca el plazo para el cumplimiento de las medidas propuestas; (iv) La identificación de las áreas responsables dentro de la empresa Statkraft que estarán a cargo de la implementación de las referidas medidas; y, (v) La fecha de inicio de ejecución del cronograma.

Fuente: Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

7. La Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:

Sobre el principio de tipicidad

(i) Statkraft indicó que la infracción imputada por la DFSAI vulneró el principio de tipicidad toda vez que el Numeral 3.20 de la Escala de Multas y sanciones del Sector Eléctrico, aprobado mediante Resolución Directoral N° 028-2003-OS/CD no es exhaustivo.

(ii) Al respecto, la primera instancia indicó que dicho dispositivo tipifica el incumplimiento de las disposiciones ambientales contempladas en el Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), su reglamento u otras normas emitidas por la autoridad certificadora y fiscalizadora, siendo que la base legal, entre otras, contiene al literal h) del Artículo 31° de la LCE, el cual señala que todo titular de actividades eléctricas debe cumplir con las normas de conservación ambiental, entre las que se encuentran las dispuestas en el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 029-94-EM.

(iii) Asimismo, precisó que el literal h) del Artículo 31° de la LCE se complementa con las disposiciones ambientales específicas del ordenamiento jurídico. Por lo que su imputación como infracción administrativa guarda relación con la norma específica incumplida, tal como se hizo en la Resolución Subdirectoral N° 228-2013-OEFA/DFSAI/SDI.

- (iv) En base a ello, la DFSAI precisó que las normas sancionadoras administrativas se construyen sobre la base de mandatos y prohibiciones integradas en el ordenamiento jurídico, que pueden encontrarse en el mismo cuerpo legal o en otro, lo cual ocurre con el Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD, ya que para la configuración de la infracción se remite a otras normas en las cuales están establecidas las obligaciones a las que están sujetas las empresas que realicen actividades eléctricas. Por lo que la primera instancia indicó que es erróneo afirmar que se afecte el nivel de precisión de la tipicidad y que ello no permite obtener certeza sobre qué conductas pueden constituir infracción, pues las obligaciones se encuentran claramente establecidas en las distintas normas del sub sector electricidad.
- (v) Finalmente, la DFSAI precisó que el Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD es de aplicación a aquellos titulares de concesiones o autorizaciones eléctricas que no cumplan con las disposiciones ambientales contempladas en la LCE, su reglamento o aquellas emitidas por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, lo cual incluye a la empresa Statkraft. Por lo que quedaría acreditado que el procedimiento administrativo sancionador no vulnera el principio de tipicidad.

Sobre el principio de presunción de licitud

(vi) Statkraft alegó que la SDI no ha probado que los procesos de modificación de la morfología del lago Chinchaycocha sean atribuibles a las operaciones realizadas en la presa Upamayo, con lo cual se afectaría el principio de presunción de licitud del administrado, recogido en el Numeral 9¹⁵ del Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(vii) Al respecto, la DFSAI indicó que el procedimiento administrativo sancionador iniciado a Statkraft a través de la Resolución Subdirectoral N° 228-2013-OEFA/DFSAI/SDI obedece a los indicios de una supuesta infracción administrativa constituida por hechos detectados durante la Supervisión Especial 2012; la cual está debidamente motivada al tener como medio probatorio lo manifestado por la Supervisora mediante el Informe de Supervisión y las fotografías anexadas a dicho informe.

(viii) Asimismo, precisó que al resolver el procedimiento se pronunciaría sobre cada uno de los medios probatorios obrantes en el expediente realizando la valoración correspondiente de los mismos y determinando la responsabilidad, de ser el caso.

(ix) Finalmente, indicó que el inicio del procedimiento no ha vulnerado el principio presunción de licitud ni de verdad material, concluyendo que la resolución de

¹⁵ LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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

(...)

inicio del procedimiento se encuentra debidamente motivada y se sustenta en medios probatorios suficientes que acreditan la verosimilitud de la comisión de las presuntas infracciones. Por lo que desestimó lo alegado por la empresa sobre este punto.

Sobre la conducta infractora N° 1

- (x) La DFSAI señaló que el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales concluyó que la disminución drástica de energía del río San Juan producto de la existencia de la presa Upamayo ha producido una acelerada disposición de sedimentos en suspensión formando el Delta de Upamayo.
- (xi) Asimismo, que durante la Supervisión Especial 2012 la DS advirtió que la operación de embalse y desembalse del lago Chinchaycocha estaba generando posibles efectos negativos en el ambiente. Al respecto, indicó que el Informe de Supervisión señaló que la operación de embalse de la presa Upamayo propicia la dispersión de los contaminantes de la actividad minera, ya que las aguas del lago Chinchaycocha superan los estándares de calidad ambiental¹⁶; ello debido a que durante el periodo de embalse, se aumenta el volumen en el referido lago, generando movimiento de sedimentos hacia las orillas.
- (xii) Finalmente, concluyó que de los medios probatorios basados en las fotografías del Informe de Supervisión, se observaría que Statkraft no implementó las medidas preventivas para minimizar los impactos generados por sus actividades de generación eléctrica, en específico por las actividades de embalse y desembalse, provocando dos efectos ambientales negativos: (i) el movimiento de sedimentos contaminantes mineros hacia las riberas del lago Chinchaycocha; y, (ii) la inundación de pastizales, como lo habría indicado la DS.

Sobre la relación de causalidad respecto a la falta de medidas para evitar la dispersión de sedimentos y la inundación de pastizales

- (xiii) Statkraft alegó que el movimiento de los sedimentos mineros en el lago Chinchaycocha que estarían afectando las actividades de ganadería aledañas, no son resultado de las actividades de generación eléctrica que realiza sino de las empresas mineras que operan aguas arriba, Compañía Minera Aurífera Aurex S.A.C., Sociedad Minera El Brocal S.A.A., Activos Mineros S.A., Empresa Administradora Cerro S.A.C. y al Estado Peruano, tal como lo determinó el Minem mediante la Resolución N° 284-2012-MEM/DM del 23 de junio del 2012¹⁷.

¹⁶ Folio 43.

¹⁷ Si bien el Plan de Cierre de Pasivos Mineros fue aprobado a Sociedad Minera El Brocal S.A.A., Volcan Compañía Minera S.A.A., Compañía Minera Aurífera Aurex S.A.C., Centromin Perú S.A., mediante Resolución Ministerial N° 284-2012-MEM/DM se determinó como nuevos responsables a Compañía Minera Aurífera Aurex S.A.C., Activos Mineros S.A., Empresa Administradora Cerro S.A.C. y al Estado Peruano, de acuerdo a las transferencias de bloques patrimoniales efectuadas luego de la aprobación del citado instrumento.

- (xiv) Al respecto, la DFSAI indicó que de acuerdo al Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012 - 2016 aprobado mediante Resolución Suprema N° 002-2012-MINAM, las aguas contaminadas del río San Juan por la actividad minera ingresan al lago Chinchaycocha por la presa Upamayo.
- (xv) En consideración a ello, la primera instancia administrativa señaló que el hecho imputado a la empresa se refiere a la falta de medidas preventivas que debió tomar para evitar la dispersión de los contaminantes de la actividad minera como consecuencia de su actividad eléctrica, y las inundaciones que afectan los pastizales; y no por la existencia o falta de remediación de los pasivos ambientales. Ello debido a que el PAMA en el que se precisan las actividades de la presa Upamayo, no incluyó la desviación del río San Juan al lago Chinchaycocha; ello aunado a que esta desviación es la que generó la formación del Delta de Upamayo con pasivos mineros y que permite que estos ingresen al lago Chinchaycocha. Por lo que la empresa conocía de los pasivos ambientales que se ubican en la zona aledaña a la presa Upamayo y que su actividad deriva los sedimentos hacia cuerpos hídricos no afectados negativamente.
- (xvi) Adicionalmente a ello, Statkraft alegó que el manejo de la presa Upamayo, es decir las cotas máximas y mínimas permitidas no generan per se la afectación referida por la Subdirección, sino que es consecuencia de la calidad de las aguas provenientes del río San Juan y de la falta de implementación de las medidas de cierre y remediación a cargo de las empresas mineras responsables.
- (xvii) Al respecto, la DFSAI indicó que en el Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012 – 2016, se concluyó que la fluctuación del nivel del agua en el lago regulada por la presa Upamayo, operada por Statkraft, constituiría una amenaza al ecosistema, puesto que al elevarse el nivel del agua se producen inundaciones que perjudican el ambiente.
- (xviii) Finalmente, la primera instancia desestimó lo alegado por la empresa toda vez que la imputación efectuada no pretende responsabilizarla por la existencia de los pasivos ambientales ni por su falta de remediación, sino que se sustenta en la falta de medidas preventivas que debió tomar la empresa para evitar la dispersión de los contaminantes de la actividad minera como consecuencia de su actividad eléctrica, y las inundaciones que afectan los pastizales.

Sobre la incidencia de Electroperú S.A. en la presa Upamayo

- (xix) Statkraft alegó que las operaciones de la presa Upamayo están reguladas mediante Resolución Ministerial N° 0149-98-AG y la Resolución Directoral N° 002-2012-ANA-DEPHM. Dichas normas reconocen que Electroperú S.A. realiza actividades en la misma zona, por lo que no es el único actor que interviene en la presa Upamayo.
- (xx) Al respecto, la DFSAI indicó que de la revisión de la Resolución Directoral N° 002-2012-ANA-DEPHM se observa que ésta renueva la aprobación temporal de cotas máximas y mínimas del embalse Chinchaycocha, en la que no menciona las operaciones que, según Statkraft, Electroperú realizaría en la

presa Upamayo; por lo que desvirtuó el descargo en este extremo. Asimismo, reiteró que Statkraft es el operador de la presa Upamayo y por lo tanto, el responsable de los efectos negativos que su instalación pueda generar.

Afectación a la morfología del lago Chinchaycocha

(xxi) Statkraft alegó que la morfología del lago Chinchaycocha varía en atención a los procesos naturales, por lo que no son atribuibles a la actividad de regulación de la presa Upamayo y no existe causalidad entre las actividades de la empresa y sus cambios.

(xxii) Al respecto, la DFSAI indicó que la variación de la morfología del lago también ocurre debido a la operación de la presa Upamayo, la cual produce una mayor disposición de sedimentos en suspensión en la zona y el ingreso de contaminantes al lago Chinchaycocha; por lo que la variación natural de la morfología del lago ha sido alterada debido a la derivación del río San Juan hacia el lago, generando la existencia del Delta Upamayo y el ingreso de agua al lago con alto contenido de partículas contaminantes provenientes de los pasivos mineros de la parte alta.

(xxiii) En base a ello, la primera instancia desvirtuó lo alegado por la empresa en la medida que no se afectó el principio de causalidad, ya que la empresa es responsable de adoptar medidas a fin de evitar las consecuencias de la sedimentación de las partículas producto de sus operaciones. Por lo que concluyó que se ha acreditado que Statkraft incumplió lo dispuesto en los Artículos 34° y 37° del RPAAE, en concordancia con el Literal h) del Artículo 31° de la LCE, al haber operado la presa Upamayo de modo tal que no minimizó los efectos adversos de su actividad al ambiente; toda vez que operó sin implementar las medidas de prevención necesarias para evitar el movimiento de sedimentos, la inundación de los pastizales y el cambio en la morfología del lago.

Sobre la falta de medidas para evitar la inundación de los pastizales

(xxiv) Statkraft alegó que el embalse y desembalse realizados en la presa Upamayo no dependen de la voluntad unilateral de la empresa, sino del funcionamiento del SEIN, administrado por el COES-SINAC quien decide y ordena la cantidad y el momento en que las generadoras inyectarán electricidad al SEIN.

(xxv) Al respecto, la DFSAI precisó que i) el Artículo 18° de la Ley del SINEFA¹⁸ 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; y, que el numeral 4.2 del Artículo 4° del TUO del

¹⁸ 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 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."



Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, 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 tercero¹⁹.

(xxvi) Por lo que, en base a ello, precisó que no obstante Statkraft tenga compromisos derivados de su participación en el SEIN, ellos no lo eximen de la responsabilidad de cumplir con las obligaciones establecidas en los instrumentos de gestión ambiental, así como en las normas ambientales y los mandatos o disposiciones del OEFA; desestimando lo alegado por la empresa.

(xxvii) Con relación a lo alegado por el administrado sobre que es titular de una licencia de uso de aguas para la generación eléctrica que lo autoriza para el uso no consuntivo del agua, la DFSAI indicó que el PAMA no contemplaba el uso de las aguas del río San Juan, sino únicamente el uso de las aguas del lago Chinchaycocha, las cuales no se encontraban con presencia de sedimentos o contaminación. Por lo que, en el supuesto que la empresa estuviera autorizada a usar las aguas del río San Juan, debió realizar un tratamiento previo de las aguas antes de derivarlas o almacenarlas en la laguna Chinchaycocha, a efectos de no perjudicar la calidad de sus aguas.

8. El 11 de agosto de 2016, Statkraft interpuso recurso de apelación²⁰ contra lo resuelto en la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI²¹; argumentando lo siguiente:

I. Sobre la vulneración al principio de tipicidad

- a) El administrado indicó que el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, en base al cual se declaró su responsabilidad, viola lo previsto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución y el inciso 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, referidos al principio de tipicidad.

¹⁹ Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

"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".

²⁰ Fojas 493 a 580.

²¹ Fojas 461 a 477.

- b) Ello debido a que es una norma sancionadora en blanco y por tanto su aplicación es ilegal toda vez que no describe una conducta específica que deba ser sancionada sino que señala que constituirá infracción cualquier conducta que vulnere cualquier tipo de norma en materia ambiental.
- c) Respecto al principio de tipicidad, el administrado indica que: “exige que para que una conducta pueda ser subsumida válidamente dentro de un tipo legal, la norma tiene que sentar los lineamientos razonables que le permitan a los administrados tener certeza de cuales son las consecuencias jurídicas de sus conductas”. Por lo que, el OEFA no debe perder de vista que las normas a las cuales se remite el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas no son específicas ni detalladas; y, que por lo tanto, no permiten tener certeza respecto de las conductas que podrían calificar como infracción.

II. Sobre la vulneración al principio de causalidad y la ruptura del nexo causal por hecho determinante de tercero

- d) Statkraft alegó que en el presente procedimiento administrativo sancionador se vulneró el principio de causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que la operación de embalse y desembalse que realiza en la presa Upamayo no produce impactos ambientales negativos ni cambios en la morfología del lago Chinchaycocha. Estos, –según indicó– los habría generado las empresas mineras a través de sus pasivos ambientales ubicados aguas arriba de la presa Upamayo.
- e) Asimismo, mencionó que el Tribunal de Fiscalización Ambiental debía considerar que Statkraft no controla las actividades de embalse ni desembalse en la presa Upamayo, dado que es el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, **COES**), quien se encarga de las mismas.
- f) Sobre estos aspectos, el administrado precisó lo siguiente:

II.1 La responsabilidad de los pasivos ambientales mineros en el río San Juan

- g) Statkraft señaló que existe fractura del nexo causal, en la medida que el traslado de sedimentos y los cambios en la morfología del lago Chinchaycocha son acciones hechas por terceros y, por ello, ajeno a su actividad. En ese contexto se preguntaba lo siguiente:

¿cómo se puede válidamente sancionar a STATKRAFT si no están (sic) dentro de su esfera de control las actividades mineras y el tratamiento de los pasivos ambientales mineros generados aguas arriba que directamente inciden en el comportamiento y morfología del Lago Chinchaycocha?. Estas son preguntas que, estamos seguros el Tribunal tendrá a bien

considerar para establecer la ausencia de responsabilidad administrativa de STATKRAFT en el presente caso²².

- h) Asimismo, detalló que los pasivos ambientales mineros aún no habían sido tratados, pese a la aprobación del "Plan de Cierre Integral de Pasivos de origen Minero Río San Juan y Delta Upamayo", aprobado mediante Resolución Directoral N° 001-2009-MEM/AAM del 6 de enero de 2009 por la Dgaam.
- i) De otro lado, el recurrente indicó que los responsables ya habrían sido identificados por el Minem mediante la Resolución N° 284-2012-MEM/DM. Así, mencionó que el referido ministerio habría identificado a Compañía Minera Aurífera Aurex S.A., Activos Mineros S.A.C., Empresa Administradora Cerro S.A.C. y al Estado peruano, como "generadores y responsables de la remediación del pasivo ambiental minero denominado "Delta Upamayo y Parte Norte del Lago Chinchaycocha"²³. Por este motivo, concluyó que "(...) no corresponde a STATKRAFT la remediación de dichos sedimentos y pasivos ambientales, como erróneamente pretende OEFA, siendo esta responsabilidad de quienes los generaron"²⁴.

II.2. El control de las actividades de embalse y desembalse en la presa Upamayo por el COES

j) Sobre este punto, Statkraft mencionó que no controla las actividades de embalse ni desembalse que se realiza en la presa Upamayo, toda vez que es el COES quien ordena en qué momento se debe realizar la apertura y cierre de las compuertas de dicha infraestructura.

k) Asimismo, advirtió que las operaciones en la presa Upamayo se realizan, principalmente, con el propósito de que las aguas sean utilizadas con fines energéticos en el Complejo Mantaro, bajo titularidad de Electroperú S.A. el cual cuenta con una capacidad instalada de 1008 MW, mientras que para la Central Hidroeléctrica Malpaso, (operada bajo su titularidad), solo se cuenta con una capacidad instalada de 54.4 MW.

III. Sobre la vulneración al principio de confianza legítima y ruptura de nexo causal por hecho determinante de la Administración

l) El administrado manifestó que en el presente procedimiento administrativo sancionador se estaría vulnerando el principio de confianza legítima, toda vez que sobre la base de las obligaciones que se le impuso en el marco del PAMA y del PMAS 2012-2016, implementó medidas relacionadas a su actividad de generación eléctrica, siendo que por ello no cabría que el OEFA lo halle responsable por no adoptar medidas no previstas en ambos documentos.

²² Foja 575.

²³ Foja 574. Sobre este punto, Statkraft precisó que las normas aplicables para la remediación de los sedimentos y pasivos ambientales era la Ley N° 28271 y su reglamento, aprobado mediante Decreto supremo N° 059-2005-EM.

²⁴ Foja 574.

- **Programa de Adecuación y Manejo Ambiental de las centrales hidroeléctricas Yaupi, Malpaso, Pachacha, La Oroya y el Sistema de Transmisión Eléctrica de Centromin**

- (i) Statkraft mencionó que en cumplimiento del Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 29-94-EM, el 13 de enero de 1997, la Dirección General de Electricidad (en adelante, **DGE**) del Minem a través de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGE, aprobó el PAMA de las centrales hidroeléctricas Yaupi, Malpaso, Pachachaca, La Oroya y el Sistema de Transmisión Eléctrica de Centromin.
- (ii) Sobre el particular, el administrado alegó que la referida dirección –como autoridad ambiental competente para aprobar el IGA del subsector electricidad– evaluó diligentemente el contenido del PAMA, asegurándose que el mismo cumpla con las disposiciones contempladas en el Decreto Supremo N° 29-94-EM, incluyendo aquellos aspectos de evaluación de la calidad y flujo de agua como consecuencia de descargas de aguas contaminadas y/o alteradas.
- (iii) En ese sentido, refirió que con la aprobación de dicho instrumento de gestión ambiental, la DGE validó las actividades de las centrales hidroeléctricas que se encontraban en operación, incluyendo la operación de la presa Upamayo en los términos planteados en dicho instrumento.
- (iv) Atendiendo a ello y en el marco de la certificación ambiental prevista en la Ley N° 27446 y en su reglamento²⁵, Statkraft concluyó lo siguiente:

“STATKRAFT, como actual operador de la Central Hidroeléctrica Malpaso y de la presa Upamayo, se encuentra obligado a cumplir con las obligaciones ambientales contenidas en dicho instrumento (siendo estas medidas las únicas exigibles de la mano con los demás permisos obtenidos).”²⁶

- **El Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012 – 2016**

- (i) El recurrente sostuvo que el PMAS 2012-2016 incluye como problemática el traslado de sedimentos, el tratamiento de los

²⁵ Entre las disposiciones del reglamento de la Ley N° 27444, la recurrente resaltó lo dispuesto en su artículo 16°:

“Artículo 16°.- La Certificación Ambiental implica el pronunciamiento de la Autoridad Competente sobre la viabilidad del proyecto, en su integridad. Dicha autoridad no puede otorgar la Certificación Ambiental del proyecto en forma parcial, fraccionada, provisional o condicionada, bajo sanción de nulidad.”

²⁶ Foja 568.

pasivos ambientales de tipo minero y la operación de la presa Upamayo, entre otras medidas. Agregó que en cumplimiento del referido plan, viene desarrollando sus actividades en coordinación con el Comité Chinchaycocha²⁷.

(ii) Asimismo, precisó que el PMAS 2012 - 2016 no le atribuye algún tipo de responsabilidad por la contaminación de las aguas del lago Chinchaycocha; por el contrario –señala– dicha responsabilidad corresponde únicamente a las empresas mineras²⁸.

(iii) Finalmente, indicó que mediante el Oficio N° 010-2016-R.PASCO/GRRNYGMA/CGACH del 3 de agosto de 2016, el Gobierno Regional de Pasco solicitó ante la DFSAI la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador debido a que a las únicas medidas y acciones exigibles a los miembros del Comité Chinchaycocha (entre ellos, Statkraft) son las contenidas en el PMAS 2012-2016, por lo que no resultaba viable que el OEFA, siendo parte del mismo Comité, desconozca el plan de trabajo y las acciones que se han venido adoptando en coordinación con el Estado.

m) Tomando en consideración lo recogido en el PAMA y en el PMAS 2012 – 2016, Statkraft sostuvo que ha venido actuando con la confianza legítima de que ambos documentos contienen todas las medidas necesarias para realizar sus operaciones en cumplimiento de la legislación ambiental aplicable, siendo que en ninguno de ellos se le ha requerido la implementación de medidas como las señaladas por la DFSAI en la resolución impugnada, esto es, medidas preventivas para evitar la dispersión de los contaminantes de la actividad minera como consecuencia de su actividad eléctrica, y para evitar las inundaciones que afectan los pastizales.

n) En esa línea precisó sobre lo alegado por la DFSAI en el considerando N° 65 de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI²⁹, que debía dejarse claro que las acciones que debe implementar como operador de la presa Upamayo, incluyendo aquellas medidas para

²⁷ A efectos de sustentar las actividades que ha venido realizando en el marco de lo recogido en el PMAS 2012-2016, Statkraft presentó actas de reunión de fechas 29 de setiembre y 20 de octubre de 2015, 22 de enero y 29 de abril de 2016.

²⁸ No obstante ello, señaló que solo se encuentra obligada a elaborar e implementar un Plan de Manejo Ambiental para regular el embalse y desembalse en la presa Upamayo.

²⁹ En el considerando 65 de dicha resolución, la DFSAI indicó lo siguiente:

"65. En tal sentido, el hecho imputado a la empresa se refiere a la falta de medidas preventivas que debió tomar para evitar la dispersión de los contaminantes de la actividad minera como consecuencia de su actividad eléctrica, y las inundaciones que afectan los pastizales; y no por la existencia o falta de remediación de los pasivos ambientales. Ello a razón de que, tal como se ha señalado, el PAMA donde se incluye las actividades de la presa Upamayo, no incluyó la desviación del río San Juan (contaminado por el pasivo de mismo nombre) al lago Chinchaycocha; ello aunado a que esta desviación es la que generó la formación del Delta de Upamayo con pasivos mineros y que permite que estos ingresen al lago Chinchaycocha (desarrollado anteriormente)." (Énfasis original)

minimizar el posible impacto ambiental que puede generar su actividad, fueron evaluadas durante el procedimiento de aprobación de su PAMA y del PMAS 2012 – 2016.

- o) Sobre el tema específico a la inundación de pastizales, el administrado refirió que la DFSAI no está tomando en cuenta el derecho de uso de agua preexistente y que genera un supuesto de expropiación indirecta, al pretender regular las actividades de embalse y desembalse. Al respecto, precisó que el artículo 4 del Título Preliminar de la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338 señala que: "El Estado consagra un régimen de derechos para el uso de agua. Promueve y vela por el respeto de las condiciones que otorgan seguridad jurídica a la inversión relacionada con su uso, sea pública o privada en coparticipación.
- p) Asimismo, refirió que la Administración le autorizó, mediante la Resolución Ministerial N° 0149-98-AG, las actividades de embalse y desembalse en la presa Upamayo en los términos planteados en el PAMA, precisando además que, si bien las cotas máximas y mínimas han sido modificadas a lo largo del tiempo, ha venido desarrollando sus actividades dentro del marco legal establecido.

IV. Sobre la ruptura del nexo causal por hechos determinantes de la Administración Pública

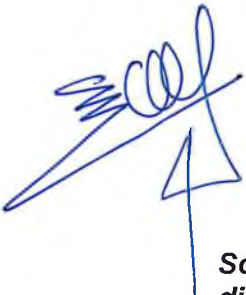
- q) La empresa recurrente señaló que en el supuesto que haya incurrido en infracción administrativa, se debe considerar que esta ha sido configurada como consecuencia de hechos determinantes de la Administración Pública que no le son imputables, debido a que ello rompe el nexo causal y exime de cualquier responsabilidad.
- r) Sobre el particular, refirió que la Resolución Suprema N° 002-2012-MINAM, la cual aprobó el PMAS 2012 - 2016, le generó certeza y confianza legítima que estaba actuando de manera idónea conforme a lo establecido por el Ministerio del Ambiente (MINAM) y que no se encontraba obligado a ejecutar ni implementar medidas adicionales a las ya evaluadas y previstas en dicho plan.

V. Sobre las medidas correctivas

Sobre la primera medida correctiva, referida a la elaboración de un informe indicando los avances de la formulación del Plan de Manejo Ambiental de la presa Upamayo, así como la planificación de su culminación.

- s) El administrado indicó que si bien la acción 60 del Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha, aplicable desde el año 2002 al 2010, propuso términos de referencia para la elaboración del contenido del instrumento de gestión ambiental de las operaciones de embalse y desembalse, el apelante debe guiarse por lo establecido en el PMAS 2012-2016, versión actualizada y vigente.

- t) Asimismo, indicó que Statkraft junto a Electroperú presentaron dicho instrumento de gestión sin embargo fue desaprobado. Sin perjuicio de ello, conforme a lo indicado por las autoridades competentes están elaborando un nuevo instrumento de gestión ambiental denominado "Plan de Manejo Ambiental de la Operación de Embalse y Desembalse del lago Chinchaycocha para la cota establecida por la ANA; el cual considera lo establecido en el PMAS 2012 - 2016 y los requerimientos de las once (11) comunidades aledañas al lago Chinchaycocha.
- u) Adicionalmente a ello, precisó que el Comité Chinchaycocha solicitó la ampliación del plazo para la implementación del Plan y que indicó que se espere la aprobación del nuevo Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas para que la Dirección General de Asuntos Ambientales Energeticos del MINEM pueda pronunciarse sobre la viabilidad del Plan. Respecto a ello, el administrado adjunto Actas de reunión que acreditarían las acciones que viene realizando con el Comité Chinchaycocha.



Sobre la elaboración de un Plan de prevención y limpieza que evite la dispersión de sedimentos mineros contaminados durante la operación de la presa Upamayo, que involucre las medidas preventivas para evitar la dispersión de los sedimentos

- v) El administrado indicó que no tiene responsabilidad por la generación de los pasivos ambientales mineros ni en la calidad de las aguas que son embalsadas en la Presa Upamayo pues el Estado peruano ha reconocido como responsables a las mineras que desarrollan actividades en dicha zona. No obstante ello, viene cumpliendo con todo lo exigido por el Comité Chinchaycocha y no tiene obligación alguna de implementar acciones o medidas de limpieza adicionales a las ya están previstas en el PMAS 2012-2016.

9. El 7 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral solicitada por el administrado, conforme consta en el acta correspondiente³⁰.
10. Mediante Resolución N° 032-2016-OEFA/TFA-SME del 14 de noviembre de 2016, se aprobó la incorporación del señor Wilson Moisés Vargas Piñan en su calidad de presidente del Comité de Gestión Ambiental Sostenible Chinchaycocha como tercero administrado en este procedimiento administrativo sancionador, 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.
11. El 23 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral solicitada por el tercero administrado, conforme consta en el acta correspondiente³¹.

³⁰ Foja 610.

³¹ Foja 673.

II. COMPETENCIA

12. 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**)³², se crea el OEFA.
13. 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° 30011³³ (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.
14. 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 OEFA³⁴.
15. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM³⁵ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia

³² **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
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.

³³ **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.

³⁴ **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 documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

³⁵ **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.



ambiental del Osinergmin³⁶ al OEFA y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD³⁷, 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.

16. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325³⁸, y los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA³⁹, 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

17. 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

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.

³⁶ LEY N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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:

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

existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)⁴⁰.

18. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611⁴¹, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
19. 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.
20. 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 ambiente⁴².
21. 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 fundamental⁴³, 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 preserve⁴⁴; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales⁴⁵.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

⁴¹ 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.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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".



22. 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.
23. 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 inciertos⁴⁶.
24. 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 CONTROVERTIDA

25. Para determinar la cuestión controvertida, es pertinente precisar que su fijación no solo obedece a lo señalado por la Autoridad Decisora y al administrado, sino porque este Tribunal Administrativo tiene la condición de garante, en el marco de la justicia ambiental administrativa, del cumplimiento de los principios de legalidad y del debido procedimiento por parte de la Autoridad Decisora en el procedimiento sancionador ambiental, así como del respeto irrestricto del derecho de defensa que le corresponde a los administrados⁴⁷. En tal sentido, corresponde precisar que la cuestión controvertida consiste en:

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

⁴⁷ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el reglamento interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA**, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.

Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental

(...)

2.2 El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (Fundamentos jurídicos 12 y 13), ha señalado:

"12. Sobre el "principio de congruencia", si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N° 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el iter del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.

13. En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N° 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al

- (i) Determinar si la resolución apelada, en la cual se sostiene que Statkraft incumplió la obligación contenida en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 029-94-EM, en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, se encuentra debidamente motivada.
26. Una vez dilucidada dicha cuestión, esta Sala se pronunciará, de ser el caso, sobre los argumentos planteados por Statkraft en su recurso impugnatorio sobre la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución; a efectos de determinar si las actividades de embalse realizadas por el administrado en el lago Chinchaycocha estarían provocando la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros, lo cual estaría afectando las actividades de ganadería de las comunidades aledañas.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Si la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI ha sido debidamente motivada en el extremo que determinó la responsabilidad administrativa de Statkraft por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM

27. Al respecto, debe señalarse que la debida motivación de los actos administrativos, está relacionada con los principios jurídicos administrativos del debido procedimiento y el de verdad material⁴⁸, los cuales están regulados en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁴⁹.

derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar."

Para Morón Urbina, la congruencia en la resolución que resuelve un recurso de apelación presenta sus propios matices al señalar que:

"(...) el funcionario público no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el recurso del administrado, sino que al funcionario corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los interés públicos, resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen. Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta configurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por el recurso. En tal sentido, el contenido mismo del expediente y no los extremos planteados por el recurso es el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones administrativas".

MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 641.

- ⁴⁸ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 2132-2004-AA/TC (Fundamento jurídico 8) ha señalado lo siguiente:

"La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso".

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 03399-2010-PA/TC (fundamento jurídico 4) señala lo siguiente:

"(...) El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

28. Respecto al principio del debido procedimiento, se establece la garantía a favor de los administrados referida a que las decisiones que tome la autoridad administrativa se encuentren motivadas y fundadas en derecho; asimismo, sobre el principio de verdad material, se dispone que los hechos que sustenten las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa se encuentren verificados plenamente.
29. Asimismo, conforme con lo dispuesto en el artículo 3° de la citada ley, la motivación constituye un elemento de validez del acto administrativo. Nótese en ese sentido que, según lo señalado en el artículo 6° de la Ley N° 27444, la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado⁵⁰. Partiendo

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

(...)

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa (...)

49

LEY N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

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

(...)

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

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

50

LEY N° 27444.

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

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

(...)

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

de ello, es posible colegir que la motivación exige que la autoridad administrativa justifique toda decisión que adopte, lo cual implica, por un lado, la exposición de los hechos (debidamente probados)⁵¹ y, por otro, la relación de estos con la norma que describe la infracción administrativa que es materia de imputación, ello como garantía del debido procedimiento administrativo.

30. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC⁵² señala que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en el supuesto de deficiencias en la motivación externa relacionado a la justificación de las premisas, en los siguientes términos:

"el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica (...) el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión (...)"

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

⁵¹ Ello, en aplicación del principio de verdad material, el cual exige a la autoridad administrativa agotar los medios de prueba para investigar la existencia real de los hechos descritos como infracción administrativa, con la finalidad de que las decisiones adoptadas se encuentren sustentadas en hechos debidamente probados, con excepción de aquellos hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes, los cuales desvirtúan la presunción de licitud reconocida a favor del administrado.

⁵² Sentencia recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC (Fundamento jurídico 7) se menciona lo siguiente:

*"Así, en el Exp. N.° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.° 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:
(...)"*

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

(...) el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal. (...)" (Resaltado agregado)



31. En relación al presente caso, la DFSAI halló responsable al administrado por la comisión de la siguiente conducta infractora:

"Las actividades de embalse realizadas en el lago Chinchaycocha estarían provocando la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros, lo cual estaría afectando las actividades de ganadería de las comunidades aledañas."

Con relación a que las actividades de embalse de la presa Upamayo, estarían provocando la inundación de pastizales

32. Como punto de partida, cabe precisar que esta Sala Especializada nota incongruencia, por un lado, entre los hechos constatados por el supervisor durante la supervisión especial de 2012 consignados en el Acta de Supervisión y lo posteriormente analizado en el Informe de Supervisión; así como, con la imputación realizada por la Autoridad Instructora a través de la Resolución Subdirectoral N° 228-2013-OEFA/DFSAI/SDI que dio inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (y por la cual la DFSAI declaró la responsabilidad administrativa e impuso las medidas correctivas correspondientes)⁵³.

33. Sobre este aspecto y, a efectos de concluir que las actividades de embalse realizadas en la Presa Upamayo estarían provocando la inundación de pastizales, la DFSAI señaló que de acuerdo con el Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012 – 2016, aprobado mediante Resolución Suprema N° 002-2012-MINAM, las aguas contaminadas del río San Juan producto de la actividad minera, ingresan al lago Chinchaycocha por la presa Upamayo⁵⁴.

34. Adicionalmente a ello, la DFSAI indicó que en el Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012 – 2016, existían fluctuaciones del nivel del agua en el lago, el cual era regulada por la presa Upamayo operada por Statkraft, lo cual constituiría una amenaza al ecosistema, puesto que al elevarse el nivel del agua se producen inundaciones que perjudican el ambiente.

35. Al respecto, esta Sala considera necesario establecer como premisa⁵⁵ que respecto a la inundación de pastizales, la sola existencia de una presa genera un espejo de agua producto de su propia función, motivo por el cual, toda presa –y por ende la presa Upamayo- inundará pastizales y tierras que antes no estaban cubiertas de agua. Por tal razón, cuando se aprueba la cota máxima y mínima de una presa, se conoce a nivel de estudio topográfico, las áreas que se encontrarán bajo el nivel del agua.

36. Teniendo en cuenta ello, es oportuno precisar entonces que, cuando la autoridad competente determina la cota mínima y máxima de una presa, se encuentra,

⁵³ Nótese que el hecho observado en el Informe de Supervisión corresponde a que la conducta infractora se sustenta en que el movimiento de sedimentos mineros ocasiona un efecto negativo en la medida que supera los parámetros establecidos para los ECA's para suelo; sin embargo, en la imputación de cargos dicho hecho no es materia de la conducta infractora.

⁵⁴ Fojas 468.

⁵⁵ Entiéndase por premisa, a la afirmación o idea que se da como cierta y que sirve de base a un razonamiento o una discusión.

aceptando la inundación de zonas que con anterioridad a la existencia de actividades económicas eran secas. En tal sentido, la presa Upamayo operada por Statkraft, había recibido la aprobación de sus cotas máximas y mínimas de acuerdo a los siguientes documentos:

- Mediante Resolución Directoral N° 002-2010-ANA-DEPH, publicada en el diario El Peruano con fecha 23 de diciembre de 2010⁵⁶, se aprueba -de acuerdo al artículo 1° de la citada resolución- las cotas máximas y mínimas para un periodo de catorce (14) meses. Al respecto, resulta importante precisar, en este punto, que para la determinación de la cota, se tomó en cuenta el informe técnico elaborado por el Grupo Técnico Temporal de Alto Nivel, cuya función era, precisamente, el análisis de las cotas de la operación del embalse Chinchaycocha con al finalidad de aprovechamiento del recurso hídrico del Lago Chinchaycocha.

Posteriormente y mediante Resolución Directoral N° 002-2012-ANA-DEPHM, publicada en el diario El Peruano el 3 de marzo de 2012, la ANA resuelve en el artículo 1° de la referida resolución, renovar las cotas establecidas para el Lago Chinchaycocha recogidas de manera previa en la Resolución Directoral N° 002-2012-ANA-DEPH.

37. Como corolario de lo previamente expuesto, cuando el Grupo Técnico Temporal de Alto Nivel recomendó la aprobación de determinadas cotas para la presa Upamayo, este habría realizado -de forma previa- un estudio que determinó cuáles serían las zonas inundables y la cantidad de agua que se podría aprovechar en épocas de estiaje.
38. Finalmente, debe indicarse que al momento de la supervisión (mayo de 2012) la cota máxima del embalse Chinchaycocha debió ser 13 419.00 psnm, conforme a lo indicado en la Resolución Directoral N° 002-2012-ANA-DEPH (publicada en el Peruano el 3 de marzo de 2012)- norma vigente al momento de la supervisión- que aprueba la renovación de las cotas mínimas y máximas del embalse Chinchaycocha, aprobadas por Resolución Directoral N° 002-2010-ANA-DEPHM.
39. Sin embargo, al momento de realizar dicha supervisión, no se ha acreditado que se haya procedido a medir la cota existente en el embalse Chinchaycocha con la finalidad de determinar si, en caso, esta excediese la cota máxima, advertir que Statkraft -como operador principal de la presa Upamayo- no controló ni adoptó las medidas necesarias para evitar la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos mineros.
40. En tal sentido y, por consideraciones vertidas en los considerados precedentes, no correspondería responsabilizar a Statkraft, por la inundación de pastizales ocasionados como consecuencia de las cotas aprobadas para la represa Upamayo, tal como se resolvió en el artículo 1° de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI.

Con relación a que las actividades del embalse de la presa Upamayo, estarían causando el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros al lago Chinchaycocha

41. Al respecto, la DFSAI indicó que la variación de la morfología del lago Chinchaycocha ocurre debido a la operación de la presa Upamayo, la cual, según señala, produce una mayor disposición de sedimentos en suspensión en la zona y el ingreso de contaminantes al lago Chinchaycocha. Asimismo, indicó que la variación natural de la morfología del mencionado lago ha sido alterada debido a la desviación del río San Juan causada por dicha infraestructura, generando la existencia del Delta Upamayo y el ingreso del agua al lago con alto contenido de partículas contaminantes provenientes de los pasivos mineros de la parte alta.
42. Por otro lado, sustentó su pronunciamiento sobre la base de lo observado en la Supervisión Especial 2012, en la que la DS advirtió que la operación de embalse y desembalse del lago Chinchaycocha estaba generando posibles efectos negativos en el ambiente, toda vez que propicia la dispersión de los contaminantes de la actividad minera; ello debido a que durante el periodo de embalse, se aumenta el volumen en el referido lago, generando movimiento de sedimentos hacia las orillas.
43. Sobre el particular, debe indicarse que de acuerdo con el literal b) del acápite 3.2 del Informe Final de Plan de Cierre Integral de Pasivos Ambientales de origen minero en el Río San Juan y Delta Upamayo –Informe N° 010-2009-MEM-AAM/SDC/ABR/RST⁵⁷– se establece lo siguiente:




"(...)

La represa Upamayo, fue construida en el año 1993, desde esa fecha se vienen acumulando sedimentos que provienen de la cuenca del Rio San Juan (...) Provenientes de la actividad minera.

"(...)

Una acelerada disposición de sedimentos en suspensión, han formado un delta (...)"

44. Partiendo de lo recogido en el referido Informe Final, es posible afirmar que la disposición de sedimentos en el delta, se ha acumulado históricamente antes de la construcción y funcionamiento de la presa Upamayo y que, al mismo tiempo, el origen de estos sedimentos es producto de la actividad minera⁵⁸.
45. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el considerando 1 del Oficio N° 010-2016-GR Pasco, emitido por el Presidente del Comité Chinchaycocha, se afirma lo siguiente:


⁵⁷ Folio 518.

⁵⁸ Otra de las causas del movimiento de sedimentos mineros podría deberse al flujo natural de los cuerpos de agua intervinientes en la descarga de los efluentes mineros de las operaciones mineras existentes que desembocan en el Río San Juan y derivan al Lago Chinchaycocha. Sumado a ello, debe indicarse que la existencia de precipitaciones pueden generar el arrastre de sedimentos mineros en el propio Lago o a través del canal sublacustre formado.

"(...) Debido a la problemática ambiental existente en el Lago Chinchaycocha, ocasionado por los pasivos ambientales de origen minero y de las aguas contaminadas mineras y servidas que son descargadas de forma directa al Lago,..."

46. De lo señalado en el considerando 1 del Oficio N° 010-2016-GR Pasco, se desprende una importante conclusión referida a que, la presencia de contaminantes en el Lago Chinchaycocha, es generado por la contaminación directa de las aguas de la actividad minera, las cuales llegan a este lago, es decir, sin que tenga que mediar el funcionamiento o embalse de la presa Upamayo.
47. Ahora bien, de las fotografías N°s 5, 6, 10 y 11 tomadas por el supervisor en la Supervisión Especial 2012 y de los medios probatorios recabados por DS, no se puede determinar que por los efectos de la capacidad de embalse de la presa Upamayo, el volumen de agua haya llegado hacia la ubicación del Lago Chinchaycocha, ni que haya afectado a las comunidades aledañas. En ese sentido, de los mencionados documentos, no se acredita fehacientemente que el hallazgo de movimientos de sedimentos mineros de la represa Upamayo hacia el lago, se deba a la actividad de embalse, operada por la apelante.



Vista 5. El río San Juan arrastra los contaminantes de la actividad minera, hacia el lago Chinchaycocha.



Vista 6. El embalse y desembalse del lago Chinchaycocha, por la presa Upamayo, propicia la dispersión de los contaminantes mineros.



Vista 10. Sedimentación, con presencia de metales, sobre pastizales cercanos al puente Upamayo.



Vista 11. Sedimentos depositados, en las orillas del lago Chinchaycocha, frente a la Iglesia de la comunidad campesina de San Pedro de Pari.



48. En ese sentido y, de la valoración conjunta de los medios probatorios aludidos por la DFSAI, no es posible establecer convicción para determinar la responsabilidad administrativa de Statkraft, ello debido a que, no se ha acreditado que sus actividades de embalse realizadas en el Lago Chinchaycocha hayan producido inundación de pastizales y movimientos de sedimentos mineros afectando actividades de ganadería en las comunidades aledañas.
49. Por lo expuesto, esta Sala concluye que la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI, no está debidamente motivada, toda vez que de los medios probatorios presentados que sustentan la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI, en opinión de esta Sala Especializada, no generan convicción respecto de que las actividades de embalse realizadas en el lago Chinchaycocha estarían provocando la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros, lo cual estaría afectando las actividades de ganadería de las comunidades aledañas.
50. En consecuencia, esta Sala Especializada advierte que los medios de prueba obrantes en autos no generan certeza respecto del presunto incumplimiento de los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 029-94-EM, en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844. Por tanto, en el presente caso y en base a los fundamentos expuestos precedentemente, se han vulnerado los artículos 3° y 6° de la Ley N° 27444, así como los principios de legalidad y del debido procedimiento, consagrados en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley mencionada, por lo cual se ha configurado la causal de nulidad prevista en el numeral 10.1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.
51. Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI y, en consecuencia, retrotraer el presente procedimiento administrativo al momento en que el vicio se produjo⁵⁹, con la respectiva devolución de los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que proceda a emitir un nuevo pronunciamiento, de acuerdo a sus atribuciones.
52. En atención a lo antes señalado, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por Statkraft en los demás extremos de su recurso de apelación.

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

⁵⁹

LEY N° 27444.

Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad

(...)

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto viciado.

Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI del 19 de julio de 2016, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, debiéndose retrotraer el presente procedimiento administrativo sancionador hasta el momento en que el vicio se produjo.

SEGUNDO.- DISPONER que, en aplicación del numeral 11.3 del artículo 11° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se adopten las acciones necesarias a efectos de determinar la responsabilidad a que hubiere lugar, de ser el caso, por la declaración de nulidad a que se refiere el artículo segundo de la presente resolución.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a Statkraft Perú S.A. y al señor Wilson Moisés Vargas Piñan, en su calidad de presidente del Comité de Gestión Ambiental Sostenible Chinchaycocha; **DEVOLVER** los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que proceda de acuerdo con sus atribuciones, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.



.....
LUIS EDUARDO RAMÍREZ PATRÓN
Presidente

Sala Especializada en Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ
Vocal

Sala Especializada en Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental



VOTO EN DISCORDIA DEL VOCAL SEBASTIÁN ENRIQUE SUI TO LÓPEZ

Con el debido respeto por los vocales de la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, se considera oportuno señalar que se está en desacuerdo con el voto en mayoría que resuelve declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI del 19 de julio de 2016, conforme a los argumentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen siguiendo el esquema de análisis de las cuestiones controvertidas de la presente resolución:

(i) Si la DFSAI, a través de la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI, habría vulnerado el principio de tipicidad

1. En su recurso de apelación Statkraft indicó que el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD —en base al cual se declaró la responsabilidad del apelante— viola lo previsto en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú y el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, referidos al principio de tipicidad, toda vez que la norma antes referida no es específica ni detallada lo que no permite tener certeza de las conductas que podrían calificar como infracción.
2. Partiendo de lo señalado por el administrado, se debe mencionar en primer lugar que el principio de tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.
3. Dicho mandato de tipificación se presenta en dos (2) niveles: (i) en un primer nivel, exige que la norma describa los elementos esenciales del hecho que califica como infracción sancionable, con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (de acuerdo con el principio de taxatividad); y, (ii) en un segundo nivel —esto es, en la fase de la aplicación de la norma— la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma. Si tal correspondencia no existe, ordinariamente por ausencia de algún elemento esencial, se produce la falta de tipificación de los hechos, de acuerdo con el denominado principio de tipicidad en sentido estricto⁶⁰.
4. Con relación al primer nivel, la exigencia de la “certeza o exhaustividad suficiente” o “nivel de precisión suficiente” en la descripción de las conductas que constituyen

Para Nieto García:

En un nivel normativo, primero, donde implica la exigencia (...) de que una norma describa los elementos esenciales de un hecho, sin cuyo incumplimiento tal hecho - abstractamente considerado - no puede ser calificado de infracción (de acuerdo con el principio de taxatividad). El proceso de tipificación, sin embargo, no termina aquí porque a continuación —en la fase de la aplicación de la norma— viene la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma. Si tal correspondencia no existe, ordinariamente por ausencia de algún elemento esencial, se produce la indicada falta de tipificación de los hechos (de acuerdo con el principio de tipicidad en sentido estricto).

(NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5° Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 269.)

infracciones administrativas⁶¹, tiene como finalidad de que —en un caso en concreto— al realizarse la subsunción del hecho en la norma que describe la infracción, esta pueda ser efectuada con relativa certidumbre⁶².

5. Por otro lado, en lo concerniente al segundo nivel en el examen de tipificación, se exige que los hechos imputados por la Administración correspondan con la conducta descrita en el tipo infractor correspondiente.
6. En ese sentido, se considera pertinente determinar si, en observancia al principio de tipicidad antes descrito, existe certeza o nivel de precisión suficiente en la descripción de la norma respecto del hecho que califica como infracción administrativa y, con base en ello, determinar si la DFSAI —en el marco del presente procedimiento administrativo sancionador— realizó una correcta aplicación del principio de tipicidad; esto es, si la conducta imputada a Statkraft (descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución), corresponde con el tipo infractor correspondiente (esto es, la norma que describe la infracción administrativa).
7. Para ello, a efectos de llevar a cabo el análisis antes descrito, corresponde precisar que el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha llevado a cabo en reiterados pronunciamientos en el sector que nos ocupa⁶³, un distingo entre norma sustantiva

⁶¹ Es importante señalar que, conforme a Morón:

"Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) La reserva de ley para la descripción de aquellas pasibles de sanción por la Administración; ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; iii) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta)". (Resaltado agregado).

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. p. 708.

⁶² Al respecto, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los expedientes N° 010-2002-AI/TC (Fundamentos jurídicos 45 y 46) y N° 2192-2004-AA (fundamento jurídico 5), ha precisado lo siguiente:

Expediente N° 010-2002-AI/TC

45. *"El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d" del inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" (Lex certa).*

46. *El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre (...)"*. (Resaltado agregado).

Expediente N° 2192-2004-AA

5. *"(...) El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal"* (Resaltado agregado).

Conforme se observa, por ejemplo, de las Resoluciones N°s 009-2014-OEFA/TFA, 002-2014-OEFA/TFA-SEP1, 008-2014-OEFA/TFA-SEP1, 016-2015-OEFA/TFA-SEE, 019-2015-OEFA/TFA-SEE, 034-2015-OEFA/TFA-SEE, 040-2015-OEFA/TFA-SEE, 059-2015-OEFA/TFA-SEE y 063-2015-OEFA/TFA-SEE.



y norma tipificadora, señalando que la primera contiene la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa, mientras que la segunda, la calificación de dicho incumplimiento como infracción administrativa, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

8. En ese sentido, se observa que en el presente caso la SDI, a través de la Resolución Subdirectorial N° 228-2013-OEFA-DFSAI/SDI, comunicó a Statkraft el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en su contra, entre otros, por el presunto incumplimiento de la obligación ambiental establecida en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844. Asimismo, precisó que el incumplimiento a las referidas disposiciones configuraría la infracción administrativa prevista en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.
9. Ahora bien, con relación a la norma tipificadora, la DFSAI señaló que el incumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución configura infracción administrativa, ello según lo dispuesto en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD⁶⁴.
10. Sobre este punto, el administrado precisó que la norma tipificadora (numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD), es una norma sancionadora en blanco o vacía que carece de una tipificación adecuada, toda vez que no cumple con detallar cuáles son las conductas específicas sujetas a sanción.
11. Al respecto, el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, ha tipificado como infracción administrativa el incumplimiento de las disposiciones ambientales contempladas en la Ley, esto es, la Ley de Concesiones Eléctricas, siendo que para tal efecto se considera como referencia legal lo establecido en el literal h) del artículo 31° del referido decreto ley.
12. En ese sentido, quien suscribe el presente voto en discordia es de la opinión que el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD es claro al determinar como infracción administrativa el incumplimiento de disposiciones ambientales, entre ellas, aquella que la DFSAI imputó al administrado en el marco del presente procedimiento sancionador (esto es, el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844).
13. Partiendo de ello —y de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución— queda claro que las disposiciones contenidas en los artículos 34° y 37°

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

	Tipificación de la Infracción	Referencia Legal	Sanción
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 DGGA y OSINERG.	Art. 31° inc. h) de la Ley. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM.	De 1 hasta 1000 UIT.

del Decreto Supremo N° 29-94-EM, fueron desarrolladas a partir del mencionado literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, motivo por el cual estas forman parte de las normas de conservación del medio ambiente. Por tanto, su incumplimiento también constituye una infracción administrativa, según los términos previstos en el numeral 3.20 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD; por lo que no vulneraría el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

(ii) Si en el presente procedimiento administrativo sancionador se vulneró el principio de causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444

14. En su recurso de apelación, Statkraft alegó que en el presente procedimiento administrativo sancionador se vulneró el principio de causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que:
- La operación de embalse y desembalse que realiza en la presa Upamayo no produce impactos ambientales negativos ni cambios en la morfología del lago Chinchaycocha. Estos, —según indicó— los habrían generado las empresas mineras a través de sus pasivos ambientales ubicados aguas arriba de la presa Upamayo; y,
 - No controla las actividades de embalse y desembalse en la presa Upamayo, dado que es el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, **COES**), quien se encarga de las mismas.
15. Sobre el particular, debe señalarse que de conformidad con el principio de causalidad, previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción sancionable⁶⁵.
16. En atención a dicho principio, a efectos de determinar la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en un procedimiento administrativo sancionador, corresponde evaluar la relación de causalidad entre la conducta del administrado y la infracción que configura dicha conducta.
17. En ese sentido, corresponderá analizar si —tal como lo señala la DFSAI— las actividades de embalse realizadas por Statkraft en el lago Chinchaycocha estarían provocando la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes mineros.
18. No obstante lo anterior, y previamente al análisis de causalidad antes descrito, se considera necesario hacer alusión a aquellos elementos que, según el

LEY N° 27444.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

(...)



administrado, serían los causantes de los efectos provocados en el lago Chinchaycocha; es decir, los pasivos ambientales mineros generados por las empresas mineras y las acciones ejercidas por el COES en el marco del SEIN. Dicha precisión —a consideración de quien suscribe el presente voto en discordia— no solo permitirá dejar en claro cuál es el ámbito de responsabilidad en cada uno de ellos, sino también si ambas cuestiones se relacionan o no con la conducta infractora imputada al administrado.

Los pasivos ambientales mineros generados por las empresas mineras⁶⁶

19. En el marco de lo recogido en la Ley N° 28271, Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera y su Reglamento⁶⁷, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-2005-EM el 11 de diciembre de 2006, las empresas mineras Sociedad Minera El Brocal S.A.A., Volcán Compañía Minera S.A.A., Compañía Minera Aurífera Aurex S.A, Centromin Perú S.A. (hoy Activos Mineros S.A.C.), presentaron ante la Dgaam del Minem el Plan de Cierre Integral de los Pasivos de origen minero del río San Juan y Delta Upamayo⁶⁸, para su evaluación y aprobación.
20. Luego de la evaluación realizada a dicho plan y al levantamiento de observaciones realizadas al mismo, el 6 de enero de 2009, mediante la Resolución Directoral N° 001-2009-MEM/AAM, la Dgaam aprobó el “Plan de Cierre Integral de Pasivos Ambientales de Origen Minero en el Río San Juan y Delta Upamayo”.
21. De la revisión de dicho plan de cierre, se aprecia que este comprende un conjunto de actividades de remediación, actividades de mantenimiento y de monitoreo post cierre para los pasivos ambientales (o también llamados componentes del cierre) que fueron identificados por dichas empresas mineras en el mencionado instrumento de gestión ambiental. De esta manera, los componentes del cierre a remediar fueron los siguientes:
 - Depósito de sedimentos en el curso del río San Juan; y,
 - Depósito del Delta Upamayo.
22. Sobre este punto, debe destacarse que, ante una observación efectuada por la Dgaam al Plan de Cierre referida a que las empresas mineras deben “... proporcionar una descripción más detallada de cada uno de los componentes del

⁶⁶ La información reseñada en este acápite ha sido extraída del Informe N° 010-2009-MEM-AAM/SDC/ABR/RST del 5 de enero de 2009, el cual sustenta la aprobación del Plan de Cierre, así como del referido IGA (fojas 171 a 186).

⁶⁷ El artículo 5° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, establece que toda entidad que haya generado pasivos ambientales mineros está obligada a presentar el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros ante el MEM, en el plazo máximo de un (1) año luego de publicado el presente reglamento y a ejecutarlo conforme al cronograma y términos que apruebe la Dgaam.

⁶⁸ Al respecto cabe señalar que mediante Resolución Ministerial N° 079-2008- MEM/DM del 15 de febrero de 2008, se aprobó la inclusión al inventario inicial de los PAMs de cuatro (4) pasivos ambientales mineros ubicados en el río San Juan, delta de Upumayo y parte norte del Lago Chinchaycocha. Entre ellos se encuentran Relavera Quiulacocha, Desmontes Excelsior, Sedimentos en el Delta Upamayo y Residuos Mineros Coloniales en las riberas del Ex Río Ragra y San Juan.

cierre, adicionando el componente 'Sedimentos contaminados en el lado Norte del Lago Chinchaycocha'...', el Comité Técnico⁶⁹ dio la siguiente respuesta:

"Respuesta: Presentó información adicional para cada uno de los componentes:

- Para Depósito de Sedimento en el curso del Río San Juan.
(...)
- Para Depósito del Delta Upamayo.
(...)
- Con respecto a los Sedimentos contaminados en el lado Norte del Lago Chinchaycocha, indica que este componente no forma parte del presente Plan de Cierre; sin embargo, menciona que según Lorax (1998), la mayor parte de los sedimentos bajo la superficie son estables y no producen contaminación a las aguas del lago; esto se debe principalmente a la estabilidad química de los sedimentos en ambientes pobres en oxígeno. Absuelta."

23. Por otro lado, y en atención a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM⁷⁰ a través de la Resolución Ministerial N° 284-2012-MEM/DM del 18 de junio de 2012, el Minem identificó a Compañía Minera Aurífera Aurex S.A. con 0.21%, Activos Mineros S.A.C. (antes Centromin Perú S.A.) con 66.97%, Empresa Administradora Cerro S.A.C. (antes Volcán Compañía Minera S.A.A.) con el 13.24%, y al Estado Peruano con 19.58%, como generadores, responsables de la remediación del pasivo ambiental minero "Depósitos de Sedimentos en el Río San Juan", en los porcentajes asignados.
24. Asimismo, identificó a Compañía Minera Aurífera Aurex S.A. con 0.07%, Sociedad Mineral El Brocal S.A.A. con 49.96%, Activos Mineros S.A.C. con 24.42%, Empresa Administradora Cerro S.A.C. con el 4.83%, y al Estado Peruano con 20.72%, como generadores, responsables de la remediación del pasivo ambiental minero "Delta Upamayo y Parte Norte del Lago Chinchaycocha", en los porcentajes asignados.
25. Como se observa, a través del Plan de Cierre las mencionadas empresas mineras (identificadas mediante la Resolución Ministerial N° 284-2012-MEM/DM), quedaban obligadas a cumplir con las medidas de remediación para los pasivos ambientales "Depósito de Sedimento en el curso del Río San Juan" y "Depósito del Delta Upamayo".
26. En ese sentido, de la revisión de dicho plan no se advierte que las empresas mineras sean responsables por el traslado de los sedimentos hacia la laguna Chinchaycocha, pues, como ya se mencionó, lo que se reconoce a través de dicho plan es su responsabilidad en las actividades de remediación respecto de los pasivos ambientales antes aludidos.
27. Finalmente, cabe señalar que, contrariamente a lo alegado por el administrado en el sentido que no le corresponde "... la remediación de dichos sedimentos y pasivos

69

Cabe precisar que el Comité Técnico está conformado por representantes de cada una de las empresas mineras involucradas en la remediación de los pasivos mineros.

70

El artículo 6° de dicho decreto supremo establece que el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería, está facultado para realizar todas las acciones que resulten necesarias para la identificación de los pasivos ambientales mineros, la elaboración y actualización del inventario y la determinación de los responsables de las medidas de remediación ambiental correspondientes.



*ambientales, como erróneamente pretende OEFA, siendo esta responsabilidad de quienes los generaron*⁷¹, debe señalarse que, de lo recogido en el Plan de Cierre y en la Resolución Ministerial N° 284-2012-MEM/DM, el Estado ya ha identificado a los responsables de la remediación de los pasivos ambientales generados en la zona del río San Juan y del Delta Upamayo.

28. En ese sentido, es importante señalar que el OEFA, mediante la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI del 19 de julio de 2016, no lo hace responsable por remediar dichas zonas. En efecto, quien suscribe el presente voto en discordia considera necesario resaltar que, la conducta infractora materia de evaluación en el presente procedimiento administrativo sancionador, no está referida a determinar quién es el responsable de tal remediación o quiénes los generaron, **sino más bien por la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos contaminantes mineros.**

Las acciones ejercidas por el COES en el marco del SEIN

29. De acuerdo con Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de La Generación Eléctrica - Ley 28832, el COES es una entidad privada conformada por todos los Agentes del SEIN (Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios Libres), el cual tiene por finalidad coordinar y/o programar la operación del Sistema Interconectado Nacional en el corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos.
30. Al respecto, si bien el COES —de acuerdo con la demanda de energía— ordena la cantidad de energía y el momento en que las generadoras inyectarán electricidad al SEIN, esto no exime que las empresas adopten medidas que eviten que las actividades afecten la morfología de los lagos u otros cuerpos de agua; por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por la empresa en este extremo.
31. En tal sentido, si bien, por un lado, los pasivos ambientales mineros generados por las empresas mineras se enmarcan dentro del ámbito geográfico de operación de la presa Upamayo y, por otro, las acciones ejercidas por el COES en el marco del SEIN se realizan en atención a ser el ente encargado de coordinar y/o programar su operación, sus actividades y/o sus responsabilidades no están referidas a la conducta infractora imputada al administrado, esto es, la inundación de pastizales ni la desviación de los sedimentos mineros al lago Chinchaycocha.
32. Ahora bien dejado sentado ello, corresponde determinar si las actividades de embalse realizadas por Statkraft en el lago Chinchaycocha estarían provocando la configuración de tales efectos. Para ello, resulta relevante advertir la operación en la presa Upamayo y su comportamiento con el lago Chinchaycocha.

Sobre el funcionamiento de la presa Upamayo en la CH Malpaso

33. De la revisión del PAMA, se aprecia que la fuente principal de agua para la generación de electricidad en la Central Hidroeléctrica Malpaso (operada por

Statkraft) es la laguna de Junín (entiéndase lago Chinchaycocha), siendo sus aguas almacenadas y reguladas a través de la presa Upamayo⁷².

34. Dicha función, también se puede advertir del Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012- 2016, conforme se aprecia a continuación:

"Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012-2016

I. Antecedentes

El lago Junín cumple un decisivo rol en el proceso de generación de energía eléctrica en el país, contribuyendo aproximadamente con el 29% de caudal del río Mantaro en la época de estiaje, lo que le permite al complejo energético Mantaro (centrales hidroeléctricas de Malpaso, Santiago Antúnez de Mayolo y Restitución) afianzar sus operaciones. La función de la represa Upamayo es almacenar agua del Lago Chinchaycocha para asegurar la provisión del recurso necesario para generar energía en la época seca. El almacenamiento de agua requiere la elevación del nivel de agua en el lago durante varios meses al año."⁷³ (Énfasis agregado)

35. De otro lado, en el capítulo 3 del Plan de Cierre —referido a "Condiciones actuales de los sitios considerados"— en el ítem "hidrología", se menciona que antes de la construcción del embalse Upamayo, las aguas del río San Juan no ingresaban al lago Chinchaycocha, sino que eran descargadas al lago Upamayo, el cual daba origen al río Mantaro, siendo más bien que a raíz de la construcción de la mencionada presa se incluyó la excavación de un canal, para conectarlo con el lago Chinchaycocha⁷⁴:

"PLAN DE CIERRE INTEGRAL DE PASIVOS DE ORIGEN MINERO RIO SAN JUAN Y DELTA DE UPAMAYO

(...)

3. CONDICIONES ACTUALES DE LOS SITIOS CONSIDERADOS

3.1. Medio Ambiente Físico

(...)

3.1.2. Hidrología

(...)

⁷² El PAMA señala lo siguiente:

IV. CENTRAL HIDROELECTRICA MALPASO

(...)

1.2. DESCRIPCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ELECTRICAS

Las actividades eléctricas de la Central Hidroeléctrica de Malpaso, están constituidas por las etapas de Generación hidráulica y Transmisión de energía eléctrica, las que se detallan a continuación.

1.2.1. Etapas de Generación

Las operaciones de la Central Hidroeléctrica de Malpaso, están orientadas a generar energía eléctrica a partir de la energía hidráulica, ésta es una forma limpia y renovable de generar energía.

(...)

Las operaciones están constituidas por las etapas de:

- *Almacenamiento y transporte de agua, para lo cual se utilizan presas, canal sublacustre y túnel.*
- *Generación, en esta etapa se utilizan turbinas hidráulicas y generadores eléctricos.*
- *Transmisión y Distribución, mediante líneas de trasmisión y subestaciones eléctricas.*

La fuente principal para la alimentación de agua para la Central de Malpaso, es la laguna de Junín, en la cual mediante la presa de Upamayo se almacenan las aguas en épocas de precipitación pluvial y se regula el caudal durante todo el año.

La presa Upamayo regula las aguas del río Mantaro, en la zona de Malpaso se represa el río Mantaro para sedimentar los sólidos en suspensión y alimentar de agua a las unidades de generación, por medio de un túnel de 1982.47 m de longitud. (Foja 405 al 406 reverso) (Énfasis agregado)

⁷³ Foja 438.

⁷⁴ Fojas 125 y 126 reverso.

El embalse Upamayo es un cuerpo de agua aproximadamente de 2 km de largo y una profundidad promedio de 1 y 2 m. el embalse fue construido en 1932 para la generación de energía hidroeléctrica en la estación Malpaso, ubicada aguas abajo del Río Mantaro. Antes de la construcción del embalse, las aguas del Río San Juan no ingresaban al Lago Chinchaycocha, eran descargadas hacia el Lago Upamayo, el cual daba origen al Río Mantaro. La construcción del embalse, incluyó la excavación de un canal para conectarlo con el Lago Chinchaycocha. Durante la época de estiaje, los niveles bajos del Embalse Upamayo permiten la salida de las aguas del Lago Chinchaycocha a través de canal. En la época de lluvias el aumento del nivel de agua en el embalse permite el ingreso de agua hacia el Lago Chinchaycocha. Tales descargas estacionales tienen dos consecuencias importantes:

- *El aumento de la altura y área del espejo del Lago Chinchaycocha.*
- *La descarga de metales disueltos y suspendidos del sistema del Río San Juan hacia el Lago Chinchaycocha.*

*El lago Chinchaycocha es el cuerpo de agua hidrológica y ecológicamente más importante de la Cordillera Central del Perú.*⁷⁵ (Énfasis y subrayado agregado)

36. Lo anterior, es concordante con la información obtenida del Plan de Manejo Ambiental de la Operación de Embalse y Desembalse del Lago Chinchaycocha para la Cota Establecida por la ANA (Plan Actual), presentado mediante escrito N° 2642933 el 27 de setiembre de 2016 ante el Minem para su evaluación.
37. En efecto, en dicho documento se indica que antes de la construcción de la presa Upamayo, los recursos hídricos de los ríos San Juan y Colorado desembocaban directamente al río Mantaro, es decir, no lo hacían al lago Chinchaycocha y, que al construirse la presa de Upamayo se formó un pequeño embalse, el cual fue conectado al lago mediante un canal sublacustre⁷⁶.

Foja 218.

El Plan de Manejo Ambiental de la Operación de Embalse y Desembalse del Lago Chinchaycocha para la Cota Establecida por la ANA, señala lo siguiente:

"2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

(...)

2.2. CARACTERÍSTICAS DE LA OPERACIÓN DE EMBALSE Y DESEMBALSE DEL LAGO CHINCHAYCOCHA

(...)

2.2.3. Infraestructura Existente en el Área del Proyecto

2.2.3.1. Presa Upamayo

La presa Upamayo es una infraestructura importante, la cual, si bien es una estructura relativamente pequeña, cumple importantes funciones para el manejo del gran volumen de agua que anualmente se almacena en el Lago.

Estas funciones son las siguientes:

- *Almacenar agua en tiempos de avenida.*
- *Descargar agua con fines energéticos de acuerdo con el R.M. N° 0149-1998-AG y el establecimiento de las cotas actuales por el R.D. 001-2015-ANA-DEPHM, siendo la cota mínima de 4079.6 msnm durante todo el año y la máxima de 4081.5 msnm entre los meses de abril y junio.*
- *Aliviar la descarga de los volúmenes excedentes respecto a la capacidad del embalse.*

Antes de la construcción de la presa Upamayo, los recursos hídricos de los ríos San Juan y Colorado desembocaban directamente al río Mantaro; es decir, no lo hacían al Lago Chinchaycocha. Al construirse la presa se formó un pequeño embalse, el cual fue conectado con el Lago mediante un canal sublacustre. Asimismo, las aguas del río Colorado, cuyo curso natural desemboca aguas debajo de la presa, fueron desviadas hacia el embalse

(...)

2.2.3.2. Canal Sublacustre

38. Ello también es acorde con lo recogido en el Plan Maestro 2008 - 2012 de la Reserva Nacional de Junín, documento en el cual se indica que antes de la construcción de la presa Upamayo el lago era alimentado por su propia cuenca; no obstante, con la construcción de la referida presa el lago es alimentado parcialmente por el río San Juan:

"PLAN MAESTRO (2008-2012) RESERVA NACIONAL DE JUNÍN

(...)

Capítulo 2: Características

(...)

2.2. Descripción de la RNJ

(...)

2.2.2. Hidrografía

(...)

2.2.2.1. Principales Afluentes

(...)

Antes de la construcción de la presa Upamayo el lago era alimentado por su cuenca propia pero con la construcción de la presa de Upamayo el lago es alimentado parcialmente por el río San Juan, ubicado al extremo Noreste de la Reserva Nacional de Junín y el río Colorado..."⁷⁷ (Énfasis agregado)

39. Por otra parte, el Plan de Cierre de Pasivos Mineros establece que desde la construcción de la represa de Upamayo, la dinámica del río San Juan cambió notablemente, modificando su dinámica de erosión - sedimentación, comenzando a producirse una acelerada acumulación de sedimentos aguas arriba de la presa y formando, de esta manera, un delta⁷⁸ lacustre, conforme se muestra a continuación:

"PLAN DE CIERRE INTEGRAL DE PASIVOS DE ORIGEN MINERO RIO SAN JUAN Y DELTA DE UPAMAYO

(...)

5. ACTIVIDADES DE CIERRE

(...)

5.2. Actividades en el sector del Delta Upamayo

Es un canal de tierra, construido mediante dragado del depósito sublacustre existente entre el Lago Chinchaycocha y el pequeño embalse formado con la construcción de la Presa Upamayo. Tiene una longitud de 15 km y ancho promedio de 25 m.

Cuando el Lago se encuentra en niveles mínimos, tanto durante el proceso de llenado de embalse como durante el proceso de desembalse, el agua fluye a través de este canal lacustre.

(...)

2.2.3.3. Sistema de Dragado y Áreas de Disposición

Este sistema de dragado, estaba conformado por una draga "Little Dragon" la cual se encuentra varado en la zona, cerca de la presa Upamayo..." (Informe Final del Plan de Manejo Ambiental de la Operación de Embalse y Desembalse del Lago Chinchaycocha para la Cota Establecida por la ANA. Páginas 2-23 y 2-32.)

77

INSTITUTO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES "Plan Maestro / 2008-2012 Reserva Nacional de Junín" Programa de Protección de Áreas Naturales Protegidas fase II, p. 49.

78

DE LA LANZA, Guadalupe [et-al] "Diccionario de hidrología y ciencias afines" Plaza y Valdés Editores. México, 1999., p. 98.

"DELTA: Planicie en la subyace un conjunto de sedimentos aluviales, que se acumulan donde una corriente fluye hacia agua estancada de menor dinámica, reduciendo repentinamente su velocidad y fuerza de transporte, depositándose la carga de material sedimentario para formar un cono submarino, que al crecer con la profundidad en un litoral somero, se produce una colmatación y obstrucción en la desembocadura del cauce; el nivel del río sube y busca salida mediante la formación de brazos. Estructura formada en la boca de un río o entrada de marea."

5.2.1. Caracterización del sitio

Generalidades

Desde la construcción de la represa Upamayo entre los años 1932 y 1935, la dinámica del Río San Juan cambio notablemente, produciéndose una modificación del nivel base y con él un cambio mayor en su dinámica de erosión - sedimentación. A partir de dichas fechas, comienza a producirse una acelerada acumulación de sedimentos aguas arriba de la represa. Debido al ingreso de las aguas del Río San Juan en el recién formado Embalse, comienza a desarrollarse un delta lacustre que en la actualidad cubre una considerable extensión del área.”⁷⁹ (Énfasis agregado)

40. Lo descrito en los considerandos precedentes puede graficarse de la siguiente manera:

Vista General del río San Juan, delta Upamayo, presa Upamayo, canal sublacustre y parte norte del lago Chinchaycocha



Fuente: Adaptado de Imagen google earth 2016 y PMA de Embalse y Desembalse del Lago Chinchaycocha 2016.

Vista Ampliada respecto a la imagen anterior, del río San Juan, delta Upamayo, presa Upamayo, canal sublacustre y parte norte del lago Chinchaycocha



Fuente: Adaptado de Imagen *google earth* 2016 y PMA de Embalse y Desembalse del Lago Chinchaycocha 2016.

41. Hasta este punto del análisis —y bajo lo descrito en los considerandos precedentes— es posible arribar a las siguientes conclusiones con relación a la operación en la presa Upamayo:
- La presa upamayo almacena aguas del lago Chinchaycocha para la generación de electricidad en la Central Hidroeléctrica Malpaso.
 - Es recién con la construcción de la presa Upamayo que las aguas del río San Juan se conectan con las del lago chinchaycocha.
 - La dinámica del río San Juan cambió notablemente, comenzando a producirse una acelerada acumulación de sedimentos aguas arriba de la presa formando un delta lacustre. Ello, con la construcción de la presa Upamayo y las actividades de embalse que descargan los sedimentos mineros del río San Juan al Lago Chinchaycocha.





Sobre el hecho detectado en la Supervisión Especial 2012

42. En la Supervisión Especial 2012, la DS detectó las siguientes observaciones⁸⁰:

N°	Observación
2	La variación del nivel del embalse de la presa Upamayo (Lago Chinchaycocha) propicia la dispersión de contaminantes de la actividad minera, ya que la calidad de agua del lago excede al estándar de calidad ambiental (ECAs) para Agua de metales pesados. Conforme a los monitoreos realizados por DIGESA (noviembre de 2011) se exceden los valores límite correspondiente al Cobre (0,02 mg/L), Plomo (0,001 mg/L) y Zinc (0,03 mg/L). Respecto a los monitoreos realizados por INSPECTORATE (junio 2011) se excede el valor límite del Zinc (0,003 mg/L).

3 *SN POWER debe evitar los posibles efectos negativos en pastizales, que sirven de alimento al ganado de las comunidades campesinas, por los sedimentos dispersados y depositados en las orillas del Lago Chinchaycocha debido al embalse y desembalse del mismo. Estos sedimentos, provienen de actividades mineras que son arrastrados por las aguas del río San Juan, contienen metales pesados (Cobre, Plomo y Zinc) que exceden los estándares de calidad ambiental para agua, tal como se indica en el "Informe de Resultados de Vigilancia Sanitaria de Recursos Hídricos: Lago Junín 2009-2011" de la Dirección Regional de Salud de Pasco.*

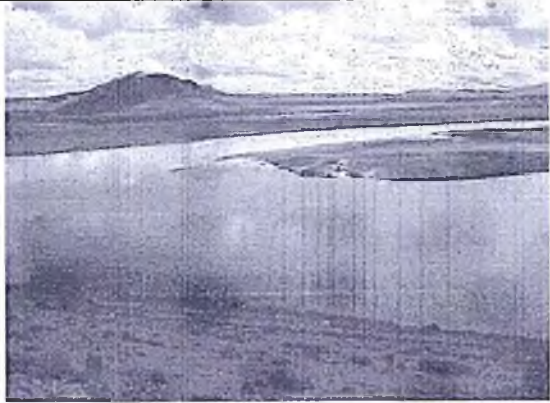
43. Asimismo, a fin de complementar dicha observación, el supervisor tomó las siguientes fotografías⁸¹:

Vistas Fotográficas / Sustento documentalio	
	
Vista 1. El embalse del lago Chinchaycocha producido por la presa Upamayo operada por SN POWER.	Vista 2. La elevación de la cota del nivel de agua del lago Chinchaycocha produce la inundación de pastizales.
	
Vista 3. La elevación del espejo de agua del lago Chinchaycocha ocasiona impactos negativos sobre la fauna silvestre	Vista 4. La elevación y disminución del nivel de agua propicia la dispersión de los contaminantes, de origen minero, en el lago Chinchaycocha.



Fojas 54, 58 reverso y 59.

Vistas Fotográficas / Sustento documentario



Vista 5. El río San Juan arrastra los contaminantes de la actividad minera, hacia el lago Chinchaycocha.



Vista 6. El embalse y desembalse del lago Chinchaycocha, por la presa Upamayo, propicia la dispersión de los contaminantes mineros.



Vista 7. La calidad del agua del lago Chinchaycocha.



Vista 8. Los sedimentos son depositados en el lago.

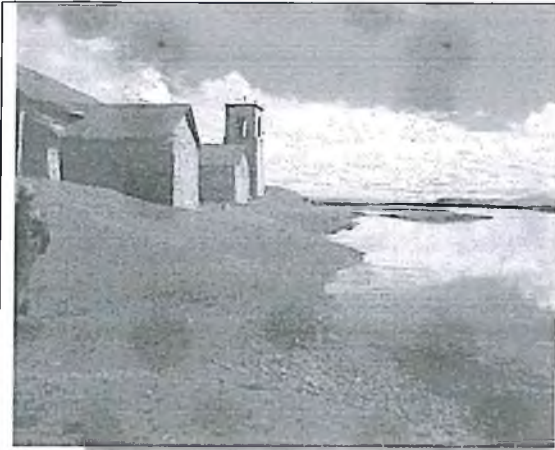
Vistas Fotográficas / Sustento documentario



Vista 9. Sedimentos depositados, en las orillas del lago Chinchaycocha, a ambos lados del puente Upamayo.



Vista 10. Sedimentación, con presencia de metales, sobre pastizales cercanos al puente Upamayo.



Vista 11. Sedimentos depositados, en las orillas del lago Chinchaycocha, frente a la Iglesia de la comunidad campesina de San Pedro de Pari.



Vista 12. Sedimentación, con presencia de metales, sobre pastizales cercanos al ex-pueblo de la comunidad campesina de San Pedro de Pari.



Fotografía 06. Inundación del anterior pueblo de la comunidad de San Pedro de Pari.

Handwritten signature



Fotografía 07. Dispersión de la contaminación minera en el lago Chinchaycocha.



Fotografía 08. Dispersión de la contaminación minera en el lago Chinchaycocha.

Handwritten signature in blue ink.



PERÚ

Ministerio del Ambiente

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

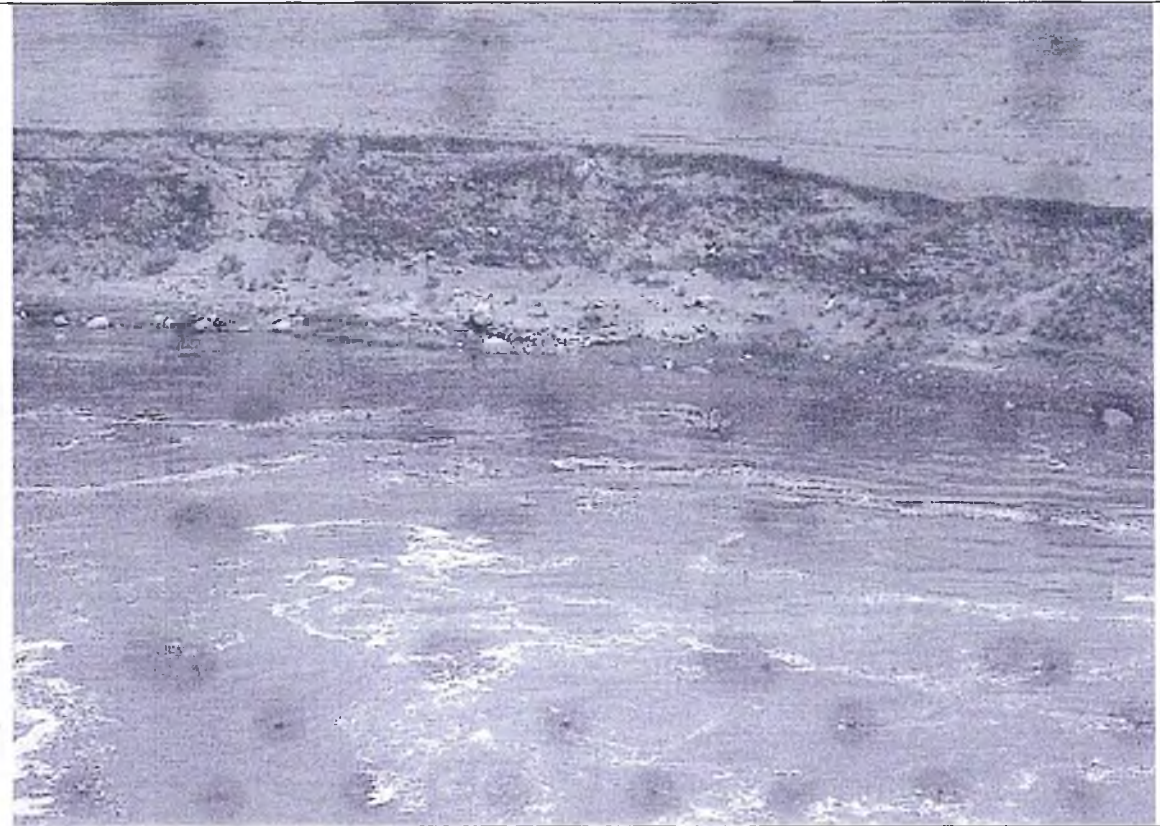
Tribunal de Fiscalización Ambiental



Fotografía 09. Sedimentación con metales en las orillas del lago Chinchaycocha.



Fotografía 10. Sedimentación con metales pesados en el lago Chinchaycocha.



Fotografía 11. Erosión de orilla derecha del río Mantaro aguas debajo de presa Upamayo.



Fotografía 12. Erosión de orilla izquierda del río Mantaro aguas debajo de presa Upamayo.

Handwritten signature in blue ink.



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

44. De la observación efectuada por el supervisor y de las fotografías tomadas, se advierte que producto de las actividades de embalse y desembalse generadas en la presa Upamayo, se ha producido el movimiento de sedimentos mineros (acumulados en el delta Upamayo), lo cual ha afectado a los pastizales ubicados a las orillas del lago Chinchaycocha.
45. Al respecto, debe manifestarse que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, es deber de los titulares de concesiones eléctricas considerar los efectos potenciales que sus proyectos eléctricos pueden generar, entre otros, sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos. En ese sentido, deben ejecutar sus actividades adoptando medidas que busquen prevenir o, en su caso, mitigar su ocurrencia.
46. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, en opinión de quien suscribe el presente voto en discordia, Statkraft debía cumplir con lo dispuesto en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM y, sobre la base de ello, ejecutar medidas que busquen evitar generar efectos adversos al ambiente, como lo son, el movimiento de sedimentos mineros y la inundación de pastizales al momento de operar la presa Upamayo. No obstante, al no haberlo hecho, la empresa apelante incumplió con lo previsto en dichas disposiciones.
47. Por tanto, quien suscribe el presente voto en discordia considera que, en el presente caso, ha quedado acreditada la relación de causalidad entre las actividades efectuadas por Statkraft y el incumplimiento de lo establecido en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, lo cual configuró la infracción prevista en el numeral 3.20 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.
- (iii) Si las medidas previstas en el PAMA y en el PMS 2012 - 2016 excluyen a Statkraft de las disposiciones contenidas en la normativa ambiental**
48. En su recurso de apelación, Statkraft sostuvo que, tomando en consideración lo recogido en el PAMA y en el PMAS 2012 - 2016, ha venido actuando con la confianza legítima de que ambos documentos contienen todas las medidas necesarias para realizar sus operaciones en la presa Upamayo, en cumplimiento de la legislación ambiental aplicable, siendo que en ninguno de ellos se le ha requerido la implementación de medidas como las señaladas por la DFSAI; esto es, medidas preventivas para evitar la dispersión de los contaminantes de la actividad minera como consecuencia de su actividad eléctrica, y para evitar las inundaciones que afectan los pastizales.
49. En ese sentido, precisó que debía dejarse claro que las acciones que debe implementar como operador de la presa Upamayo, incluyendo aquellas medidas para minimizar el posible impacto ambiental que puede generar su actividad, se evaluó durante el procedimiento de aprobación de su PAMA y del PMAS 2012 - 2016⁶⁵.

 82

Dicha precisión lo efectuó, en atención a lo señalado por la DFSAI en el considerando N° 65 de su pronunciamiento, conforme se puede apreciar a continuación:

"65. En tal sentido, el hecho imputado a la empresa se refiere a la falta de medidas preventivas que debió tomar para evitar la dispersión de los contaminantes de la actividad minera como consecuencia de su actividad eléctrica, y las inundaciones que afectan los pastizales; y no por la existencia o

50. Partiendo de lo señalado por el administrado, se debe mencionar que los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 prevén que el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente, y que tiene entre sus funciones la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental. Asimismo, en virtud de su función de fiscalización y sanción, el OEFA tiene la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables e imponer sanciones por el incumplimiento, entre otros, de obligaciones derivadas de la normativa ambiental vigente.
51. En ese contexto, el artículo 17° de la citada norma⁸³ establece que constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencia del OEFA, entre otras conductas, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental y, en caso se detectase la existencia de dicho incumplimiento, el citado organismo podrá iniciar los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes y, de ser el caso, imponer las sanción correspondiente.
52. Sobre el particular, es preciso indicar que, de conformidad con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, tanto los titulares de concesión eléctrica

falta de remediación de los pasivos ambientales. Ello a razón de que, tal como se ha señalado, el PAMA donde se incluye las actividades de la presa Upamayo, no incluyó la desviación del río San Juan (contaminado por el pasivo de mismo nombre) al lago Chinchaycocha; ello aunado a que esta desviación es la que generó la formación del Delta de Upamayo con pasivos mineros y que permite que estos ingresen al lago Chinchaycocha (desarrollado anteriormente).” (Énfasis original)

LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Artículo 17°.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

Cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que una actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, y por tanto su condición actual debiera corresponder al ámbito de competencias del OEFA, este se encuentra facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar.

Las acciones que ejerza el OEFA, conforme a lo señalado en el presente artículo, se realizan sin perjuicio de las competencias que corresponden a los gobiernos regionales y demás Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), así como al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) y a otras entidades sectoriales, conforme a sus competencias.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente a propuesta del OEFA, se establecen disposiciones y criterios para la fiscalización ambiental de las actividades mencionadas en los párrafos anteriores.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ejerce la potestad sancionadora respecto de las obligaciones ambientales establecidas en los planes, programas y demás instrumentos de gestión ambiental que corresponda aprobar al Ministerio del Ambiente (MINAM).

Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.



como los titulares de autorización están obligados a cumplir con las normas de conservación del medio ambiente⁸⁴.

53. Para tal efecto, los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo 29-94-EM, los titulares de concesiones y autorizaciones eléctricas tienen la obligación de operar sus proyectos sin generar condiciones inestables en el ambiente, como son los efectos que se puedan generar en la morfología de los lagos y corrientes de agua, entre otros.
54. De conformidad con dichas disposiciones, es posible concluir que los titulares del sector eléctrico –al desarrollar proyectos eléctricos (como el de generación) puedan generar impactos negativos al ambiente– deben implementar determinadas medidas con el propósito de proteger el ambiente.
55. Atendiendo a dichas consideraciones, en el presente caso se desprende que la legislación del sector eléctrico, en especial las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 29-94-EM, debe ser cumplida por Statkraft como titular de la actividad de generación eléctrica.
56. Bajo dicho precepto, la SDI imputó y, posteriormente, la DFSAI determinó la responsabilidad del administrado sobre la base de las mencionadas disposiciones legales, concluyendo que Statkraft las habría incumplido.
57. Por otro lado, cabe señalar que las obligaciones que el administrado ha adoptado en el marco del Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha 2012 - 2016, no lo exime del cumplimiento de lo dispuesto en la normativa ambiental. En efecto, debe precisarse que dicho plan se originó sobre la base de la declaración de emergencia ambiental en la Reserva Nacional de Junín, siendo el mismo un:

"...instrumento articulador y orientador de la gestión ambiental multisectorial en el ámbito de la Reserva Nacional de Junín, su zona de amortiguamiento y su zona de influencia. Se encuentra conformado por programas, subprogramas y actividades, los mismos que fueron priorizados por la Comisión Multisectorial Descentralizada con las actualizaciones aprobadas a través del procedimiento establecido para tal fin."

58. Asimismo, de la revisión del mencionado plan se advierte que este considera un "Programa de Descontaminación" en el lago Chinchaycocha, el cual contiene, diversas actividades que deben ser cumplidas por sus miembros, entre ellos, la empresa eléctrica, referidos, entre otros, al embalse y desembalse y a las operaciones de manejo de dichas actividades, así como a la conservación del agua⁸⁵.
59. No obstante ello, si bien el PMAS 2012 - 2016, incluye actividades que el administrado debe realizar en el marco de su ejecución, ello no impide que el OEFA, como ente fiscalizador, asegure el cumplimiento de las disposiciones legales

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.

contenidas en el Decreto Supremo N° 29-94-EM, pues estas también contienen disposiciones que los titulares de concesiones eléctricas se encuentran obligados a cumplir, conforme se ha desarrollado en los considerandos precedentes de la presente resolución; siendo que su incumplimiento constituiría infracción administrativa.

60. Sobre este punto también, cabe traer a colación que de conformidad con el “Informe de los resultados de la vigilancia sanitaria de recursos hídricos: Lago Junín 2009-2011”⁸⁶ de marzo de 2012, la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental de la Dirección Regional de Salud Pasco señaló lo siguiente en el acápite “Recomendaciones”:

“XI. RECOMENDACIONES

*En cumplimiento al Plan de manejo ambiental sostenible Chinchaycocha 2011-2015, se deberá dar inicio a los monitoreos participativos con el propósito de evaluar la calidad sanitaria ambiental del lago destacando que **los mismos no sustituyen sino complementan a las funciones de evaluación, monitoreo y vigilancia ambiental que realiza el Estado a través de los organismos competentes (OEFA, Ministerios, Gobiernos Regionales y Locales).**” (Énfasis agregado)*

61. Partiendo de ello —y sobre la base que Statkraft se encuentra bajo el ámbito de aplicación de las obligaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 29-94-EM— quien suscribe el presente voto en discordia considera que le es exigible las disposiciones contenidas en los artículos 34° y 37° del decreto supremo en mención.
62. Finalmente, el administrado indicó que respecto a la inundación de pastizales, la DFSAI no está tomando en cuenta el derecho de uso de agua preexistente, a través del cual se aprobaron las actividades de embalse y desembalse en la presa Upamayo en los términos planteados en el PAMA, precisando además que, si bien las cotas máximas y mínimas han sido modificadas a lo largo del tiempo, ha venido desarrollando sus actividades dentro del marco legal establecido.
63. Sobre este punto, debe manifestarse que las autorizaciones y el otorgamiento de derecho de uso de agua aprobadas por la autoridad competente, como en este caso, por la Autoridad Nacional del Agua, no eximen al administrado de su responsabilidad por el cumplimiento de las normas ambientales, como es el caso de evitar el movimiento de los sedimentos mineros al lago Chinchaycocha y la inundación de pastizales.
- (iv) Si se ha acreditado la ruptura del nexo causal, con relación a la conducta infractora descrita en el numeral 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución**
64. Sobre el particular, quien suscribe el presente voto en discordia considera importante precisar que, conforme al artículo 144° de la Ley N° 28611, la responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa es objetiva⁸⁷.

⁸⁶

Fojas 3 a 6. Cabe señalar que dicho documento se encuentra adjunto en el Informe de Supervisión como “Anexo III (Documentación sustentatoria)”

⁸⁷

LEY N° 28611, Ley General del Ambiente.



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

65. Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 18° de la Ley N° 29325, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas, entre otras, de las normas ambientales⁸⁸.
66. Asimismo, de acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo 4° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD⁸⁹, la responsabilidad administrativa aplicable en el marco de un procedimiento administrativo sancionador es objetiva, razón por la cual, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción, el administrado solo podrá eximirse de responsabilidad si logra acreditar —de manera fehaciente— la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.
67. De dichas disposiciones, se desprende que para eximirse de responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en un procedimiento administrativo sancionador, el administrado deberá acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero⁹⁰.

Artículo 144°.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142° precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.

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 de nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

(...).

⁹⁰ 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.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

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.

68. Sobre el particular, a efectos de eximirse de responsabilidad administrativa por el incumplimiento de los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, Statkraft señaló que el traslado de sedimentos y los cambios en la morfología del lago Chinchaycocha son acciones hechas por terceros y, por ello, ajeno a su actividad. En ese contexto señaló en su escrito de apelación lo siguiente:

*"¿cómo se puede válidamente sancionar a STATKRAFT si no están (sic) dentro de su esfera de control las actividades mineras y el tratamiento de los pasivos ambientales mineros generados aguas arriba que directamente inciden en el comportamiento y morfología del Lago Chinchaycocha?..."*⁹¹.

69. Asimismo, indicó que la Resolución Suprema N° 002-2012-MINAM, que aprobó el PMAS 2012 - 2016, generó en él certeza y confianza legítima que estaba actuando de manera idónea conforme a lo establecido por la Administración Pública (Minan) y que no se encontraba obligado a ejecutar ni implementar medidas adicionales a las ya evaluadas y previstas en los instrumentos de gestión ambiental que rigen sus actividades.

70. Ahora bien, respecto de la ruptura del nexo causal por hecho determinante de tercero, Guzmán Napurí señala que:

*"es en realidad una situación que impide la responsabilidad administrativa, en líneas generales, dado que otra persona generó la infracción. Lo que ocurre es que la imputación de responsabilidad al administrado implica considerar a este último como agente (...)"*⁹².

71. No obstante, conforme a lo ya señalado en el presente voto en discordia, se ha concluido que el traslado de sedimentos y los cambios en la morfología del lago Chinchaycocha son acciones generadas por Statkraft, siendo que las empresas mineras son responsables por la remediación a los pasivos ambientales conforme a lo establecido en el Plan de Cierre.

72. Por otro lado, con relación a la ruptura del nexo causal por hecho determinante de la Administración, Morón Urbina advierte que:

*"si la Administración se basa en una norma ilegal que además induce a error al administrado, no cabría hablar de una atenuación de la responsabilidad, sino de su exención absoluta ya que la actuación del particular sería conforme a derecho"*⁹³.

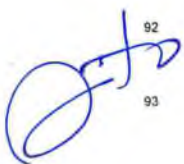
73. Al respecto, Statkraft aduce que su actuación estuvo basada en una legítima confianza causada por la Administración, referida a que las únicas medidas que debía cumplir se encontraban recogidas en el PMA 2012 - 2016, siendo que en

Dicha disposición se encuentra a su vez recogida en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD.

⁹¹ Foja 575.

⁹² GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "Manual del Procedimiento Administrativo General". Pacífico Editores: Lima. 2013: p. 677.

⁹³ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011, P. 751.





ellas no se encontraba las referidas a evitar la inundación de pastizales o evitar el movimiento de sedimentos.

74. Al respecto, y teniendo en consideración que en el presente voto en discordia ya se determinó que las acciones aprobadas en el marco del PMAS 2012 -2016 no impiden que la empresa cumpla con las demás disposiciones legales, más aún si de acuerdo con el artículo 109° de la Constitución Política del Perú, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, presumiéndose su conocimiento por todos a partir de su publicación.
75. Por consiguiente, quien suscribe el presente voto en discordia considera que en el presente caso no se ha acreditado de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, conforme lo exigen los numerales 2 y 3 del artículo 4° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.
76. En consecuencia, tomando en consideración lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado por el administrado, en este extremo de su recurso de apelación.
- (v) Si correspondía imponer a Statkraft la medida correctiva por la conducta infractora N° 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución**
77. De acuerdo con el artículo 22° de la Ley N° 29325, el OEFA podrá ordenar las medidas correctivas que resulten necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, los efectos nocivos que la conducta infractora del administrado hubiese podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Una de dichas medidas consiste en *“la obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y, de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica(os)”*.
78. En ese contexto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA, una medida correctiva puede ser definida como:
- “(...) una disposición dictada por la Autoridad Decisora, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, a través de la cual se busca revertir, corregir o disminuir en lo posible el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas”*.
79. De igual modo, en los Lineamientos para la Aplicación de las Medidas Correctivas previstas en el literal d) del numeral 2 del artículo 22° de la Ley N° 29325, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, se dispone que, para efectos de imponer una medida correctiva, se debe verificar lo siguiente:
- (i) la conducta infractora tiene que haber sido susceptible de haber producido efectos nocivos en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas; y,
- (ii) la medida correctiva debe resultar la adecuada para revertir o disminuir los efectos negativos de la conducta infractora.
80. Como puede apreciarse del marco normativo citado precedentemente, es posible inferir que la imposición de una medida correctiva debe resultar necesaria y adecuada para revertir o disminuir en lo posible los efectos nocivos que la conducta infractora haya podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

81. En el presente caso, al advertir la responsabilidad por el incumplimiento de los dispuesto en los artículos 34° y 37° del Decreto Supremo N° 29-94-EM por parte del administrado, la DFSAI dictó la siguiente medida correctiva:

N°	Conducta Infraactora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo	Forma y plazo para acreditar el cumplimiento
1	Las actividades de presa Upamayo realizadas en el lago Chinchaycocha estarían provocando la inundación de pastizales y el movimiento de sedimentos de contaminantes de mineros, lo cual estaría afectando las actividades de ganadería de las comunidades aledañas.	Elaborar un informe indicando los avances de la formulación del Plan de Manejo Ambiental de la presa Upamayo, así como la planificación de su culminación	En un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución apelada.	En un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles contado a partir del día siguiente de vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, Statkraft deberá remitir a la DFSAI el informe solicitado, el cual debe tener cuanto menos, lo siguiente: (iv) Prácticas ambientales preventivas que serán incluidas en el PMA de la presa Upamayo; (v) Cronograma de actividades para la culminación del Plan de Manejo Ambiental de la presa Upamayo; y, (vi) La fecha de presentación del Plan de Manejo Ambiental a la autoridad competente.
		Elaborar un Plan de prevención y limpieza que evite la dispersión de sedimentos mineros contaminados durante la operación de la presa Upamayo, que involucre las medidas preventivas para evitar la dispersión de los sedimentos.	En un plazo de sesenta (60) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución apelada.	En un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, Statkraft deberá remitir a la DFSAI copia del Plan de prevención y limpieza antes referido, el cual debe tener cuanto menos, lo siguiente: (vi) Las medidas preventivas a realizar para evitar la dispersión de sedimentos mineros contaminados durante la operación de la presa Upamayo; (vii) Identificar con coordenadas UTM WGS 84 y fotografías, las zonas a intervenir; (viii) Un cronograma que establezca el plazo para el cumplimiento de las medidas propuestas; (ix) La identificación de las áreas responsables dentro de la empresa Statkraft que estarán a cargo de la implementación de las referidas medidas; y, (x) La fecha de inicio de ejecución del cronograma.

82. Respecto de la primera obligación que comprende la medida correctiva, el administrado indicó que, si bien la acción 60 del Plan de Manejo Ambiental Sostenible Chinchaycocha, aplicable desde el año 2002 al 2010, propuso términos de referencia para la elaboración del contenido del instrumento de gestión ambiental de las operaciones de embalse y desembalse, debe guiarse por lo establecido en el PMAS 2012 - 2016, versión actualizada y vigente.



83. Sobre el particular, debe manifestarse que, en efecto, la DFSAI sustentó dicha obligación en lo establecido en la acción 60 y atendiendo a que el administrado aún no había presentado la aprobación del Plan de Manejo Ambiental de la presa Upamayo, dispuso como parte de la medida correctiva que elabore un informe indicando los avances de la formulación del mencionado plan, precisamente, como parte de lo recogido en el PMAS 2012 - 2016.
84. Por otro lado, con relación a la segunda obligación contenida en la medida correctiva, el administrado indicó que no tiene responsabilidad por la generación de los pasivos ambientales mineros ni en la calidad de las aguas que son embalsadas en la Presa Upamayo, pues el Estado peruano ha reconocido como responsables a las mineras que desarrollan actividades en dicha zona. No obstante ello, viene cumpliendo con todo lo exigido por el Comité Chinchaycocha y no tiene obligación alguna de implementar acciones o medidas de limpieza adicionales a las ya previstas en el PMAS 2012-2016.
85. Sobre este punto, debe precisarse que la obligación impuesta por la DFSAI referida a elaborar un "Plan de prevención y limpieza que evite la dispersión de sedimentos mineros contaminados durante la operación de la presa Upamayo", no significa que se le responsabilice por la generación de los pasivos ambientales mineros ni en la calidad de las aguas que son embalsadas en la Presa Upamayo, más aún cuando se está considerando la limpieza para la dispersión de sedimentos durante la operación de la presa Upamayo operada por Stakraft.
86. Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que dictó las medidas correctivas descritas en el Cuadro N° 2 de la presente resolución.

En tal sentido y por las consideraciones expuestas, el presente voto en discordia es por **CONFIRMAR** la Resolución Directoral N° 1018-2016-OEFA/DFSAI del 19 de julio de 2016, por los fundamentos expuestos en el presente voto en discordia.



SEBASTIÁN ENRIQUE SUJTO LÓPEZ
Vocal

Sala Especializada en Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental