



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera**

RESOLUCIÓN N° 001-2017-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE N° : 432-2016-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. (antes, EDEGEL S.A.A.)
SECTOR : ELECTRICIDAD
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1765-2016-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI del 16 de noviembre de 2016, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa a Enel Generación Perú S.A.A. (antes, Edegel S.A.A.) por construir un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto, sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada y se sancionó con una multa ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Dicha conducta generó el incumplimiento del artículo 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, en concordancia con el artículo 15° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM y el literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas; y, configuró la infracción prevista en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD".

Lima, 20 de abril de 2017

I. ANTECEDENTES

1. Enel Generación Perú S.A.A., antes Edegel S.A.A.¹ (en adelante, **Enel**)² es titular del proyecto Central Hidroeléctrica Curibamba (en adelante, **CH Curibamba**) ubicada en los distritos de Monobamba, Molinos y Apata, provincia de Jauja y departamento de Junín.

¹ Mediante escrito con registro N° AL-348-2016 del 14 de noviembre de 2016, Edegel S.A.A. comunicó al OEFA, que la Junta General de Accionistas, celebrada el 24 de octubre de 2016, acordó la modificación de la denominación social de la empresa. En tal sentido, Edegel S.A.A. pasó a denominarse Enel Generación Perú S.A.A.

² Registro Único de Contribuyente N° 20330791412.

2. El 19 de abril de 2012, la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA (en adelante, **DS**) realizó una supervisión especial (en adelante, **Supervisión Especial 2012**) a las instalaciones de la CH Curibamba, a fin de verificar el cumplimiento de diversas obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de dicha empresa.
3. Como resultado de la supervisión, la DS verificó el presunto incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables a cargo del administrado, conforme se desprende del Acta de Supervisión Especial suscrita el 11 de mayo de 2012³ (en adelante, **Acta de Supervisión 2012**) y del Informe de Supervisión N° 03/04-2012/AChCh⁴ (en adelante, **Informe de Supervisión Especial**).
4. Mediante Resolución Directoral N° 257-2012-MEM/AEE del 3 de octubre de 2012⁵, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (en adelante, **Dgaee**) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **Minem**) aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrico Curibamba (en adelante, **EIA de la CH Curibamba**).
5. Asimismo, a través de la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA-DFSAI/SDI del 28 de noviembre de 2013⁶, notificada el 9 de diciembre 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 Enel⁷.
6. Luego de la evaluación de los descargos presentados por Enel⁸, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI del 16 de noviembre de

³ Fojas 11 a 13.

⁴ Fojas 1 a 30.

⁵ Fojas 55 a 56.

⁶ Fojas 57 a 62. Cabe agregar que, dicho acto fue debidamente notificado al administrado el 9 de diciembre de 2013 (foja 63).

⁷ Cabe precisar que a través de la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-DFSAI/SDI del 16 de mayo de 2016, notificada el 16 de mayo de 2016, la SDI varió la imputación de cargos formulada mediante la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA-DFSAI/SDI.

Asimismo, por Resolución Directoral N° 864-2016-OEFA-DFSAI del 22 de junio de 2016, notificada el 22 de junio de 2016, la DFSAI resolvió, entre otros, desacumular la imputación, en el extremo referido a la presunta construcción de un túnel de seiscientos setenta metros de largo, tres metros de ancho y tres y medio metros de alto, sin contar con la certificación ambiental aprobada, debido a que en virtud 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, la tramitación del procedimiento administrativo sancionador en dicho extremo era por la vía ordinaria; y, posteriormente, por medio de la Resolución Subdirectoral N° 1142-2016-OEFA-DFSAI/PAS del 12 de agosto de 2016, notificada el 16 de agosto de 2016, se rectificó el error material en la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA-DFSAI/SDI, especificándose las normas supuestamente incumplidas relacionadas a dicho extremo de la imputación.

⁸ Los escritos presentados por Enel durante el presente procedimiento han sido presentados el 2 de enero de 2014 (fojas 65 a 308), 13 de junio de 2016 (fojas 343 a 399) y 24 de agosto de 2016 (fojas 511 a 524).



2016⁹, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de dicha empresa, conforme se muestra a continuación en el Cuadro N° 1¹⁰:

Cuadro N° 1: Detalle de la conducta infractora por la cual se declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Enel en la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	Enel construyó un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto; sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.	Artículo 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto	Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería –

⁹ Fojas 552 a 565. Cabe agregar que, dicho acto fue debidamente notificado al administrado el 16 de noviembre de 2016 (foja 566).

¹⁰ Cabe señalar que la declaración de la responsabilidad administrativa de Enel, se realizó en virtud de lo dispuesto en el literal b) del 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, y la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD que aprueba las normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el artículo 19° de la Ley N° 30230.

LEY N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2014.

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

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

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

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

- Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.
- Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 026-2014-OEFA/CD, que aprueba las normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el Artículo 19° de la Ley N° 30230, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2014.

Artículo 2°.- Procedimientos sancionadores en trámite

Tratándose de los procedimientos sancionadores en trámite en primera instancia administrativa, corresponde aplicar lo siguiente:

- Si se verifica la existencia de infracción administrativa en los supuestos establecidos en los literales a), b) y c) del tercer párrafo del Artículo 19 de la Ley N° 30230, se impondrá la multa que corresponda, sin reducción del 50% (cincuenta por ciento) a que se refiere la primera oración del tercer párrafo de dicho artículo, y sin perjuicio de que se ordenen las medidas correctivas a que hubiere lugar.

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
		Ambiental ¹¹ (en adelante, Ley N° 27446), en concordancia con el artículo 15° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM ¹² (en adelante, Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM) y el Literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley	Osinermin, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD y modificatorias ¹⁴ (en adelante, Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD)

¹¹ **LEY N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 2001, modificada por la Decreto Legislativo N° 1078, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

Artículo 3.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

¹² **DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM, que aprobó el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental**, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2009.

Artículo 15.- Obligatoriedad de la Certificación Ambiental

Toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera, que pretenda desarrollar un proyecto de inversión susceptible de generar impactos ambientales negativos de carácter significativo, que estén relacionados con los criterios de protección ambiental establecidos en el Anexo V del presente Reglamento y los mandatos señalados en el Título II, debe gestionar una Certificación Ambiental ante la Autoridad Competente que corresponda, de acuerdo con la normatividad vigente y lo dispuesto en el presente Reglamento.

Para efectos de lo señalado en el párrafo anterior, como resultado del proceso de evaluación de impacto ambiental, la Autoridad Competente aprobará o desaprobará el instrumento de gestión ambiental o estudio ambiental sometido a su consideración, entendiéndose cuando la Resolución emitida sea aprobatoria, que ésta constituye la Certificación Ambiental.

La desaprobación, improcedencia, inadmisibilidad o cualquier otra causa que implique la no obtención o la pérdida de la Certificación Ambiental, implica la imposibilidad legal de iniciar obras, ejecutar y continuar con el desarrollo del proyecto de inversión. El incumplimiento de esta obligación está sujeto a las sanciones, de Ley.

¹⁴ **Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD y modificatorias, que aprobó la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinermin**, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2003.

ANEXO 3

MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD EN EL SECTOR ELÉCTRICO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

N°	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	MULTAS EN UIT			
				E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4
(...)							
3.20	Cuando el titular de la concesión o autorización no cumpla con las disposiciones ambientales contempladas en la Ley y el Reglamento o las normas emitidas por la DGAA y OSINERG	Artículo 31° inc. h) de la Ley. Artículo 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. 029-94-EM	De 1 a 1000 UIT	(M) Hasta 250 UIT	(M) Hasta 500 UIT	(M) Hasta 750 UIT	(M) Hasta 1000 UIT

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
		N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas ¹³ (en adelante, Decreto Ley N° 25844)	

Fuente: Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI.

Elaboración: Tribunal de Fiscalización Ambiental.

7. Asimismo, a través de dicho pronunciamiento se sancionó a Enel con una multa ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de pago al haberse acreditado la comisión de la conducta infractora señalada previamente.
8. La Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:
- (i) La DFSAI indicó que 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 (en adelante, Ley N° 30230)¹⁵, establece que durante un periodo de tres (3) años el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales al verificar la existencia de una infracción, salvo que verifique que un administrado realiza actividades sin contar con un instrumento de gestión ambiental (en adelante, IGA)¹⁶.
 - (ii) En virtud de ello, la DFSAI concluyó que este procedimiento se rige bajo las reglas del procedimiento ordinario, al haberse constatado que el administrado construyó un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto; sin contar con un IGA aprobado por la autoridad competente.

¹³ **DECRETO LEY N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas**, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1992.

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.

¹⁵ Publicada el 12 de julio del 2014. La DFSAI indicó que dicha norma durante un plazo de tres (3) años, contado a partir de su publicación, permitiría que el OEFA privilegie las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

¹⁶ El Artículo 19° de la Ley N° 30230 estableció que durante dicho período el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales, esto es, si se verifica la existencia de una infracción, únicamente dictará una medida correctiva destinada a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador, salvo las siguientes excepciones:

- a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.
- c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un periodo de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

Sobre la presunta variación de cargos

- (iii) La primera instancia señaló que, en virtud del artículo 14° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD¹⁷ (en adelante, **Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD**), la autoridad instructora tiene la potestad de variar la imputación de cargos, otorgando un plazo al administrado para la presentación de sus descargos, a fin de ejercer adecuadamente su derecho de defensa.
- (iv) En tal sentido, cabe señalar que mediante resolución de inicio – Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS– y de variación del presente procedimiento administrativo sancionador –Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI–, debidamente notificadas, se informó a Enel sobre las conductas infractoras, base legal, tipificación de cada imputación y posible multa a imponer; frente a lo cual el administrado presentó sus escritos de descargos.
- (v) Ahora bien, la DFSAI indicó que el procedimiento administrativo sancionador se inició mediante la notificación de la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS, siendo que la variación efectuada mediante la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI no estableció una nueva conducta imputada a la señalada, pues se limitó a precisar el enunciado del hecho imputado.

Sobre la presunta prescripción del hecho imputado

- (vi) Asimismo, la primera instancia mencionó que, de acuerdo al numeral 42.1 del artículo 42° de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD¹⁸, la facultad de la administración para determinar

¹⁷ RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

Artículo 14.- Variación de la imputación de cargos

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

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

¹⁸ RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD.

Artículo 42.- Prescripción

42.1 La facultad para determinar la existencia de una infracción administrativa y la imposición de una sanción prescribe en un plazo de cuatro (4) años, contado a partir del día en que la infracción se hubiera cometido, o desde que hubiera cesado, en caso fuera una acción continuada.

42.2 El plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador, el cual opera con la notificación de la imputación de cargos al administrado. El plazo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

la existencia de una infracción prescribe en un plazo de cuatro (4) años a partir de su comisión o desde su cese, en caso fuera una acción continuada.

- (vii) Por tal motivo, la DFSAI concluyó que el cese de la conducta descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución se produjo el 3 de octubre de 2012, fecha en la cual Enel obtuvo su certificación ambiental, con lo cual a la fecha de notificación de la Resolución Subdirectorial N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI (16 de mayo de 2016), no habría transcurrido el plazo prescriptorio.

Sobre la notificación de la propuesta de resolución final

- (viii) De otro lado, la DFSAI sostuvo que ni la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD ni la Ley N° 27444 prevén la obligación de remitir el informe de instrucción o propuesta de resolución final a los administrados.

Sobre la vulneración al principio de tipicidad

- (ix) Por otro lado, la DFSAI refirió, respecto a que el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD es considerada una norma sancionadora en blanco y que las normas presuntamente incumplidas por los hechos imputados son distintas a las referidas en la norma antes señalada, que los administrados tienen pleno conocimiento de las obligaciones ambientales específicas contenidas en cada norma¹⁹ y pueden predecir las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.
- (x) En esa medida, sostuvo el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD no se trata de una norma en blanco, remisión al vacío o que generan algún tipo de indefensión como consecuencia de ello.

42.3 La autoridad administrativa puede apreciar de oficio la prescripción y decidir no iniciar un procedimiento administrativo sancionador, o dar por concluido dicho procedimiento, cuando advierta que ha vencido el plazo para determinar la existencia de una infracción.

42.4 El administrado puede plantear la prescripción por vía de defensa, lo cual debe ser resuelto por la autoridad administrativa sin más trámite que la constatación de los plazos.

42.5 En caso se declare la prescripción, la autoridad iniciará las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, de ser el caso.

De acuerdo con el considerando 38 de la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI, la DFSAI se refiere a las siguientes normas específicas:

¹⁹ "38. Como se aprecia en el Gráfico N° 1, el Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución 028-2003-OS/CD tipifica el incumplimiento de las disposiciones ambientales contempladas en la (sic) Decreto Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), su reglamento, entre otras normas. Asimismo, el Líteral h) del Artículo 31° de la LCE señala que todo titular de actividades eléctricas debe cumplir con las normas de conservación ambiental, entre ellas, el Artículo 3° de la Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, Ley del SEIA) y el Artículo 15° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (en adelante, Reglamento de la Ley del SEIA)." (Énfasis agregado)

Sobre la aplicación de las disposiciones del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM

- (xi) Asimismo, con relación a que el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM no cumpliría con el requisito de publicidad establecido en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS²⁰, la primera instancia indicó que el trámite de un procedimiento administrativo sancionador no es la vía procesal para cuestionar la vigencia y validez de una norma jurídica, pues existen otros medios procedimentales y procesales que el administrado puede emplear. En ese sentido, la DFSAI sostuvo que no era el órgano competente para pronunciarse sobre ello.

Sobre la construcción de un túnel sin contar previamente con la certificación ambiental aprobada

- (xii) La DFSAI indicó que la ejecución de proyectos de generación de energía eléctrica que impliquen actividades de construcción, obras u otras actividades susceptibles de generar impactos ambientales negativos significativos, requieren contar previamente con certificación ambiental.
- (xiii) A pesar de la obligación antes señalada, Enel construyó un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto sin contar con un estudio de impacto ambiental para la fecha de la Supervisión Especial.
- (xiv) Asimismo, respecto al argumento del administrado referido a que la construcción del túnel se realizó para trabajos de prospección y que estas no se encuentran sujetas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, **SEIA**), la DFSAI señaló que, contrariamente a lo señalado por el administrado, los proyectos de generación eléctrica se encuentran sujetos al SEIA, conforme a la Resolución Ministerial N° 157-2011-MINAM.
- (xv) Asimismo, la primera instancia indicó que uno de los principales componentes de un proyecto hidroeléctrico es la casa de máquinas²¹, la cual necesita de la construcción de un túnel de acceso para la misma.
- (xvi) Teniendo ello en consideración, la primera instancia concluyó que el túnel

²⁰

El administrado habría indicado que no se cumpliría con el requisito establecido en dicha norma, debido a los fundamentos señalados a continuación:

"en tanto en el Diario Oficial "El Peruano solo fue publicada la norma que lo aprueba mas no el cuerpo normativo del referido Reglamento; y, en consecuencia, sus disposiciones no serían de obligatorio cumplimiento, conforme lo establecen los artículos 51° y 109° de la Constitución Política del Perú y el Tribunal Constitucional."

²¹

La casa de máquinas, de acuerdo a lo señalado por la DFSAI sería el espacio donde se ubican los equipos y elementos de regulación y comando a partir de los cuales se genera electricidad.



de acceso constituye un componente principal de un proyecto eléctrico, pues forma parte integrante de la caverna de máquinas, por lo que requería la previa certificación ambiental para su construcción.

- (xvii) En ese sentido, de la revisión del informe final de la galería de prospección y de la propuesta de Estudio de Impacto Ambiental presentado a la Dgaae, la DFSAI manifestó que el hecho detectado se trata de la construcción de un componente del proyecto eléctrico, el cual debió contar con certificación ambiental previa a su construcción.
- (xviii) Por otro lado, con relación a los informes del Minem²² así como de Osinergmin²³ mediante los cuales se señaló que el "túnel de prospección" no formaba parte del proyecto de la CH Curibamba y no significaba el inicio de un proyecto sujeto al SEIA, la DFSAI sostuvo que independientemente de la denominación de estructuras, en los hechos ambos constituyen accesos al lugar donde se tendría proyectada la ubicación a la caverna de máquinas, por lo que ambos debieron contar con certificación ambiental previa a su ejecución.
- (xix) Asimismo, la DFSAI precisó que Enel conocía el lugar en donde se ubicaría la caverna de máquinas desde antes de la construcción del túnel materia de la imputación de la infracción, pues se encontraba consignada en los planos que forman parte del EIA presentado por Enel a la Dgaae el 16 de setiembre de 2010, por lo que debe ser considerado como un componente de un proyecto de generación eléctrica, requiriendo la certificación ambiental previamente a su ejecución.
- (xx) Con ello en cuenta, la DFSAI indicó que habría quedado acreditado que Enel construyó un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.
- (xxi) Finalmente, la DFSAI aplicó la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a ser utilizados en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD (en adelante, **la Metodología aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD**) para la sanción a imponerse sobre la conducta infractora, donde obtuvo como resultado una multa de treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), la cual se encuentra prevista en el rango establecido en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

²² Los informes N° 72-2012-MEM-AAE/GCP y N° 003-2012-MEM-AAE/GCP-ACMC.

²³ El informe N° 294-2012-MEM-AAE-NAE/KVC.

9. Posteriormente, el 12 de diciembre de 2016, Enel interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI²⁴, sobre la base de los siguientes argumentos:

En cuanto a la prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas

- a) Enel sostuvo que la infracción imputada mediante la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI habría sido notificada más de cuatro (4) años después de la fecha de Supervisión Especial 2012, por lo cual habría prescrito. Asimismo, en cuanto a la variación de la conducta infractora por la resolución subdirectoral mencionada, el administrado señaló lo siguiente:

"(...) esta situación evidencia que el órgano instructor imputó una nueva conducta, detectada en la Supervisión Especial 2012. En ese sentido, a la fecha de la emisión de la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/PAS la supuesta nueva infracción se encontraba prescrita."

- b) Además, el apelante indicó que la infracción imputada a través de la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS²⁵ fue distinta al hecho detectado durante la Supervisión Especial 2012 (construcción de un túnel), por lo que *"no se puede pretender ampliar y variar la imputación cuatro años después y sostener que no hay prescripción"*.

En cuanto a la vulneración del principio de tipicidad

- c) Por otro lado, el recurrente mencionó el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú²⁶ y el numeral 230.4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que exigen a las entidades públicas en ejercicio de su potestad sancionadora observen el principio de tipicidad, en virtud del cual solo constituyen conductas

²⁴ Fojas 567 a 625.

²⁵ Cabe precisar que la infracción imputada a Enel en dicha resolución fue *"Iniciar la ejecución de las obras del Proyecto CH Curibamba sin contar con Estudio de Impacto Ambiental"*.

²⁶ De acuerdo con Enel, esta disposición señalaría lo siguiente en relación con aquellos actos u omisiones que la tiempo de cometerse se encuentren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca:

"Este mandato constitucional tiene como finalidad proteger la libertad y seguridad de las personas (naturales y jurídicas) de modo que los agentes conozcan previamente y con un nivel de detalle suficiente las conductas que están prohibidas por el ordenamiento".

sancionables aquellas previstas expresamente²⁷.

- d) Con ello en consideración, el apelante señaló que la norma tipificadora, el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo N° 028-2003-OS/CD, carece de una tipificación adecuada, pues no cumple con detallar cuales son las conductas específicas sujetas a sanción²⁸. Siendo así que "(...) *este tipo de formulaciones de infracciones, genéricas e imprecisas, necesariamente suponen una vulneración al principio de tipicidad*".
- e) Adicionalmente, el administrado manifestó que la DFSAI intentó explicar, en la resolución impugnada, los componentes normativos que dan contenido a la tipificación de la infracción en el numeral 3.20 del anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, incluyendo el artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, reglamento que no sería parte del ordenamiento jurídico al no haberse cumplido con el requisito de publicidad.

Sobre la vigencia del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM

- f) Del mismo modo, el recurrente señaló que conforme con los mandatos constitucionales²⁹, sólo podrán ser exigidas aquellas normas que se encuentren vigentes, en la medida que cumplan con el requisito de

²⁷ El administrado agregó lo siguiente en relación al principio de tipicidad:

"En virtud de lo expuesto, la exigencia de certeza en la calificación previa de las infracciones y sanciones constituye un derecho fundamental de las personas (naturales y jurídicas) en garantía de sus libertades. La observancia de este mandato constitucional es de vital importancia para el desarrollo del debido procedimiento administrativo. (...) la Resolución impugnada no ha cumplido con observar este mandato constitucional."

²⁸ Cabe señalar que el recurrente señaló respecto a la tipificación insuficiente o en blanco, que esta fue reconocida por la DFSAI al momento de analizar cada norma que fue vulnerada, agregando que:

"Las denominaciones mencionadas por la DFSAI (disposiciones ambientales y normas de conservación ambiental) corroboran que la LCE menciona de manera general y no detallada el supuesto de infracción, contraviniendo el principio de tipificación anteriormente descrito, y generando indefensión para el administrado, ya que la Autoridad Administrativa, en su afán de sancionar, podría de manera arbitraria y discrecional dar contenido a las infracciones según los hechos y complejidad de cada procedimiento administrativo. Claramente en este punto seguimos ante una tipificación absolutamente vacía de contenido."

²⁹ Sobre este punto, se debe indicar que el administrado al señalar los mandatos constitucionales se refiere a los siguientes artículos de la Constitución Política del Perú de 1993:

Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

publicidad³⁰.

- g) Sobre este punto, el administrado precisó que la publicidad incluye el texto completo y no solamente la norma que lo aprueba, para ello citó un extracto de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que recayó en el expediente 2050-2002-AA/TC, en donde se indicó que:

“a juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Perú (...).”

- h) En esa misma línea, Enel sostuvo que el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS reconoce la publicación de las normas legales de carácter general³¹, incluyendo decretos supremos, como condición para su entrada en vigencia, por lo que aquellas que no sean publicadas oficialmente no tienen eficacia ni validez.
- i) Asimismo, el administrado señaló que el Decreto Supremo N° 019-2009-

³⁰ Sobre este punto, Enel señaló sobre la publicación de las normas, lo siguiente:

“(…) Así, en palabras del Tribunal Constitucional, la publicación de las normas en el diario Oficial El Peruano es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que una norma no publicada no puede considerarse obligatoria.

Es importante precisar, tal como lo ha hecho el propio Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, que lo que debe publicarse a efectos de cumplir con el requisito de publicidad es el texto normativo completo y no solamente la norma que lo aprueba” (Subrayado original)

³¹ **DECRETO SUPREMO N° 001-2009-JUS, que aprobó el Reglamento que establece disposiciones relativas a la Publicidad, Publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General,** publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de enero de 2009.

Artículo 4.- Alcance del concepto de las normas legales

Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica. En tal sentido, se deben publicar obligatoriamente en el Diario Oficial El Peruano:

1. La Constitución Política del Perú y sus modificatorias;
2. Las Leyes, las Resoluciones Legislativas, los Decretos Legislativos, los Decretos de Urgencia, los Tratados aprobados por el Congreso y los Reglamentos del Congreso;
3. Los Decretos Supremos;
4. Los Tratados aprobados por el Presidente de la República;
5. Las Resoluciones Supremas;
6. Las Resoluciones Ministeriales;
7. Las Resoluciones Administrativas que aprueban Reglamentos, Directivas, cuando sean de ámbito general, siempre que sean dictadas en ejercicio de las facultades previstas en sus leyes de creación o normas complementarias, conforme a ley;
8. Las Resoluciones de los organismos constitucionalmente autónomos, las resoluciones de carácter jurisdiccional, las Resoluciones de los Tribunales Judiciales y Administrativos, cuando constituyan precedente de observancia obligatoria o sean de carácter general, cuya publicación sea así declarada expresamente en la propia Resolución, conforme al ordenamiento jurídico aplicable para la entidad emisora, en cada caso;
9. Las normas de carácter general emitidas por los Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales, conforme a ley. En el caso de las Resoluciones Supremas y Resoluciones Ministeriales y en general, las resoluciones administrativas indicadas en el presente artículo, no serán materia de publicación obligatoria en el Diario Oficial El Peruano, cuando resuelvan un procedimiento administrativo específico, salvo disposición de norma legal expresa que disponga su publicación.

MINAM, el cual aprobó el Reglamento del SEIA, estableció en su artículo segundo, que este sería publicado en el portal del Estado Peruano y en el portal institucional del Ministerio del Ambiente; frente a lo cual, según refirió el apelante, dicho reglamento nunca estuvo vigente, pues no se cumplió con publicarlo en el diario oficial El Peruano³².

- j) Adicionalmente, el apelante manifestó que la DFSAI evitó pronunciarse sobre la vigencia de la norma, cuando Enel:

"(...) no solicita una especie de control difuso de constitucionalidad o de legalidad; simplemente está probando que la norma que le imputan no está vigente".

Sobre la conducta imputada: la galería de prospección no forma parte del Proyecto CH Curibamba

- k) Por otra parte, el recurrente señaló que a través del Informe 072-2012-MEM-AAE-GCP, el Minem señaló que la galería de prospección formaba parte del desarrollo de estudios complementarios de la factibilidad del proyecto y no constituía el túnel de acceso a la caverna de máquinas de la CH Curibamba.
- l) Asimismo, Enel precisó que existe diferencia entre el túnel de acceso a la casa de máquinas y la galería de prospección, porque no son estructuras equivalentes en cuanto a los fines que persiguen, diámetro que conforman y aprovechamiento que tendrían³³. Además, el trazo recorrido por la galería de prospección (coordenadas N 8740311 y E 472657) no tendrá un uso futuro como ingreso común ni recorridos coincidentes al túnel de acceso (N 8740343 y E 472683) que tendría un trazo distinto e independiente.
- m) Adicionalmente, el apelante refirió que considerar que la galería de prospección requiere certificación ambiental sería exigir al administrado el cumplimiento de requisitos legales que no resultan exigibles para

³² Con relación a este punto, el administrado citó la sentencia de Acción Popular N° 9334-2013, respecto a la no publicación del Decreto Supremo N° 003-2009-MINAM, en donde la Corte Suprema de Justicia de la República establece que:

"(...) contraviniendo de forma directa el contenido normativo del artículo 109° de la Constitución Política del Estado que consagra el principio de publicidad de las normas legales, en tanto supedita la vigencia y efectos de la norma legal denominada "Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos" a su publicación en un medio distinto al Diario Oficial; texto incompatible con el principio de publicidad que prescribe como mandato imperativo la vigencia y despliegue de efectos de las normas legales, estén subordinados a su publicación en el diario oficial El Peruano (...)"

³³ Cabe señalar que el administrado refirió lo siguiente en relación a la casa de máquinas y la galería de prospección:

"(...) El objetivo de la galería fue caracterizar la zona donde se ejecutaría la caverna y despejar ciertas incertidumbres técnicas surgidas a partir de los resultados del estudio de factibilidad, sobre la longitud del blindaje de la tubería forzada, la orientación de la caverna de máquinas, la confirmación de las características geológicas y geotécnicas de la roca, la resistencia directa e indirecta de la roca, a efectos de evaluar si resultaba viable o no la construcción de un túnel y una caverna de máquinas en dicha área".

actividades preparatorias a la ejecución de un proyecto, como son los estudios de factibilidad y/o estudios de factibilidad complementarios.

Con relación a la graduación de la sanción

- n) El recurrente cuestionó el monto de S/.56,432.42 como valor del costo evitado, al carecer de sustento, en tanto no se señalaron los parámetros específicos aplicables al caso, como el número de trabajadores y horas (o días) para la obtención de certificación ambiental o cuantos serían profesionales y de apoyo. Sin dicha información, el administrado indicó que *“el cálculo no es replicable y, por tanto, se priva a EDEGEL de la posibilidad de una impugnación o cuestionamiento directo”*.
- o) Además, el administrado indicó que el valor del beneficio ilícito fijado en 16.43 señalado en el numeral 94 de la resolución impugnada, no tendría sustento y agregó que en dicho numeral se mencionaría un valor menor de multa (31.55 UIT), lo cual llevaría a considerar al administrado que a multa debe ser menor.
10. El 10 de febrero de 2017, Enel presentó un escrito complementario al escrito a través del cual interpuso recurso de apelación³⁴, en el cual señaló los siguientes argumentos:
- a) Mediante Decreto Legislativo N° 1272 del 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual introdujo como eximente de responsabilidad la subsanación voluntaria de una conducta tipificada de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, siendo así se habría producido una despenalización de la conducta.
- b) Con ello en consideración, la retroactividad benigna establecida en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General resulta directamente aplicable a situaciones en las cuales el administrado haya subsanado el acto u omisión presuntamente considerado como constitutivo de infracción normativa, por ser una norma más favorable.
- c) Asimismo, el apelante señaló que en aplicación del numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la normativa ambiental no podrá prever reglas menos favorables que aquellas contenidas en la ley mencionada, por lo que debe reconocerse la aplicación del supuesto de *eximencia*.
- d) Precisamente sobre dicho supuesto de subsanación voluntaria, Enel señaló que el Tribunal de Fiscalización Ambiental debía observar que:

“(…) la empresa obtuvo la referida certificación [ambiental] el 3 de octubre

³⁴

Fojas 632 a 638.

de 2012, esto es trece meses (13) antes de la notificación de la imputación de cargos – 28 de noviembre de 2013 [Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA-DFSAI/SD]

Precisamente, esta circunstancia ha sido debidamente reconocida por la DFSAI al determinar que en el presente procedimiento sancionador no procede la aplicación de una medida correctiva por haberse verificado que la conducta ha sido subsanada y remediada por el administrado.”

- e) Por tal motivo, la empresa indicó que se habría producido una subsanación voluntaria de la presunta infracción, por lo que corresponde al Tribunal reconocer la aplicación retroactiva del artículo 236-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General por ser más favorable a pesar de no haber estado vigente al momento en que supuestamente se habría ejecutado el ilícito administrativo.

11. El 27 de febrero de 2017, Enel presentó un escrito relacionado al presente procedimiento administrativo sancionador³⁵, alegando lo siguiente:

- (i) El administrado señaló, en relación a la aplicación del artículo 236-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que resultaría ser un pedido que ya viene siendo usado por otras entidades de la Administración Pública, como la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia de Propiedad Intelectual del Indecopi, mediante Resolución N° 0475-2017/SPC-Indecopi del 30 de enero de 2017.
- (ii) Por otro lado, Enel manifestó, respecto al Reglamento de Supervisión de OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD (en adelante, **Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD**), que las condiciones de gradualidad de las infracciones –leves y trascendentes– a las que se sujeta la *eximencia* de responsabilidad por subsanación voluntaria del administrado no han sido contempladas en el artículo 236-A de la Ley N° 27444, por lo que:

“De acuerdo a ello, dicho criterio estaría vulnerando el numeral 2 del Artículo II del Título Preliminar de la LPAG que dispone expresamente que “las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.” (Subrayado original) .

- (iii) De acuerdo con el apelante, el régimen de subsanación voluntaria de la conducta presuntamente infractora no diferencia la gravedad de infracciones³⁶, por lo que conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo

³⁵ Fojas 645 a 668.

³⁶ De acuerdo con el administrado, señaló lo siguiente respecto al Reglamento de Supervisión de OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD:

General, la subsanación voluntaria de cualquier tipo de cumplimiento de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador calificaría como eximente de responsabilidad.

12. El 1 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de informe oral ante la Sala Especializada en Minería y Energía, la misma que fue solicitada por Enel, en las instalaciones del OEFA, tal como consta en el acta respectiva³⁷. En dicha diligencia, la empresa reiteró los argumentos presentados en su escrito de apelación.

II. COMPETENCIA

13. 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**)³⁸, se crea el OEFA.
14. 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

"Por tanto, la subsanación voluntaria a la que se refiere el Reglamento, debe ser aplicada respecto de todos los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin perjuicio de que los mismos califiquen como incumplimientos leves o trascendentes."

³⁷

En la foja 678 obra la referida acta del informe oral, mientras que en la foja 686 obra la Razón de Secretaría Técnica de fecha 19 de abril de 2017, mediante la cual la Secretaría Técnica del TFA deja constancia que en dicha fecha, los señores vocales de la Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera visualizaron el video correspondiente al informe oral, concluyendo que no se encontraban en la necesidad de la elaboración de preguntas dirigidas al administrado.

³⁸

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.

N° 30011³⁹ (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.

15. 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 OEFA⁴⁰.
16. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM⁴¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin⁴² al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo

³⁹ **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.

⁴⁰ **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.

⁴¹ **DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA**, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

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

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

⁴² **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.

N° 001-2011-OEFA/CD⁴³ 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.

17. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325⁴⁴, y los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA⁴⁵, 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

18. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)⁴⁶.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.
(...)

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

19. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)⁴⁷, 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.
20. 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.
21. En el sistema jurídico nacional, 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 ambiente⁴⁸.
22. 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 fundamental⁴⁹, 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 preserve⁵⁰; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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".

autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales⁵¹.

23. 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.
24. 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 inciertos⁵².
25. 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. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

26. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:
- (i) Si la facultad del OEFA para determinar la existencia de responsabilidad de Enel por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución habría prescrito.
 - (ii) Si al determinar la existencia de responsabilidad administrativa de Enel por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, se vulneró el principio de tipicidad.
 - (iii) Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Enel por construir un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto, sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.
 - (iv) Si correspondía sancionar al administrado con una multa ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias

⁵¹

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.

⁵²

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

(UIT).

- (v) Si corresponde eximir a Enel de responsabilidad administrativa por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Si la facultad del OEFA para determinar la existencia de responsabilidad de Enel por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución habría prescrito

27. En su recurso de apelación, Enel señaló que la infracción imputada mediante la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI habría sido notificada más de cuatro (4) años después de la fecha de Supervisión Especial 2012, con lo cual habría prescrito. Respecto a la variación de la conducta infractora por la resolución subdirectoral mencionada, el administrado señaló lo siguiente:

"esta situación evidencia que el órgano instructor imputó una nueva conducta, detectada en la Supervisión Especial 2012. En ese sentido, a la fecha de la emisión de la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/PAS la supuesta nueva infracción se encontraba prescrita."

28. Al respecto, cabe precisar que la conducta infractora materia de análisis está vinculada al hallazgo detectado durante la Supervisión Especial 2012, el cual está referido a la construcción de un túnel tipo ventana denominado "Galería de Prospección" de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto, ubicado en la margen derecha de la ribera del río Uchumamba, sin contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad competente.
29. Sobre el particular, es pertinente mencionar que el numeral 250.1 del artículo 250° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General**)⁵³ establece que la facultad de las entidades para

⁵³ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, que incluye las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, así como también las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 de junio de 2008, entre otras.

TUO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 250.- Prescripción

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

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

- determinar la existencia de infracciones e imponer sanciones prescribe a los cuatro (4) años.
30. De igual modo, el numeral 42.1 del artículo 42° del TUO aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD⁵⁴ establece que la existencia de una infracción administrativa y la imposición de una sanción prescribe en un plazo de cuatro (4) años.
31. Ahora bien, esta sala considera oportuno mencionar que el numeral 250.2 del artículo 250° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge cuatro (4) tipos de infracciones: i) las instantáneas, ii) las instantáneas de efectos permanentes, iii) las continuadas y iv) las permanentes.
32. En efecto, en el numeral 250.2 del artículo 250° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General se indica que el inicio del cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del día en que la infracción se hubiera cometido, en el caso de las infracciones instantáneas⁵⁵ o infracciones instantáneas de

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 253, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

250.3 La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.

⁵⁴ Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/PCD que aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.

Artículo 42°.- Prescripción

42.1 La facultad para determinar la existencia de una infracción administrativa y la imposición de una sanción prescribe en un plazo de cuatro (4) años, contado a partir del día en que la infracción se hubiera cometido, o desde que hubiera cesado, en caso fuera una acción continuada.

42.2 El plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador, el cual opera con la notificación de la imputación de cargos al administrado. El plazo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

42.3 La autoridad administrativa puede apreciar de oficio la prescripción y decidir no iniciar un procedimiento administrativo sancionador, o dar por concluido dicho procedimiento, cuando advierta que ha vencido el plazo para determinar la existencia de una infracción.

42.4 El administrado puede plantear la prescripción por vía de defensa, lo cual debe ser resuelto por la autoridad administrativa sin más trámite que la constatación de los plazos.

42.5 En caso se declare la prescripción, la autoridad iniciará las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, de ser el caso

⁵⁵ Para Ángeles De Palma las infracciones instantáneas son aquellas que:

“se caracterizan porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito. La infracción se consume en el momento en que se produce el resultado, sin que éste determina la creación de una situación antijurídica duradera. Por tanto, en este caso, el plazo de prescripción comienza a correr en el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consume el ilícito”.

efectos permanentes⁵⁶; desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas⁵⁷; o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes⁵⁸. Dicho detalle puede ser observado en el siguiente cuadro:

Tipo de infracción	Inicio del cómputo del plazo para prescripción
Infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes	A partir del día en que la infracción se hubiera cometido
Infracciones continuadas	Desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción
Infracciones permanentes	Desde el día en que la acción cesó

33. Considerando el marco normativo expuesto, a efectos de verificar si en el presente caso se produjo la prescripción de la potestad sancionadora respecto de la infracción imputada, corresponde a esta sala especializada identificar, en primer lugar, la naturaleza de la infracción, a fin de determinar su tipo y, en virtud de ello —en segundo lugar— establecer la fecha a partir de la cual se debe realizar el

ANGELES DE PALMA DEL TESO. *Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción.*

Consulta: 25 de enero de 2017.

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_palma_del_teso_clases_de_infracciones.pdf

- ⁵⁶ Para Ángeles De Palma las infracciones instantáneas de efectos permanentes, o denominadas infracciones de estado:

"...se caracterizan porque el tipo normativo sólo describe la producción de un estado antijurídico pero no su mantenimiento. La infracción también crea un estado antijurídico duradero —como las permanentes— pero, en este caso, la infracción se consuma cuando se produce la situación antijurídica. Así, el cómputo del plazo de prescripción comienza en el momento de la consumación del ilícito, al crearse el estado antijurídico." (Ibidem)

- ⁵⁷ Con relación a la infracción continuada, Ángeles De Palma señala lo siguiente:

"La infracción continuada —como el delito continuado— es una construcción que tiene por objeto evitar reconocer que concurren varios hechos típicos constitutivos de otras tantas infracciones cuando existe unidad objetiva (la lesión de un mismo bien jurídico aunque hubiera sido producida por distintas acciones) y/o subjetiva (un mismo hecho típico pero distintos sujetos pasivos) que permite ver a distintos actos, por sí solos ilícitos, como parte de un proceso continuado unitario." (Ibidem)

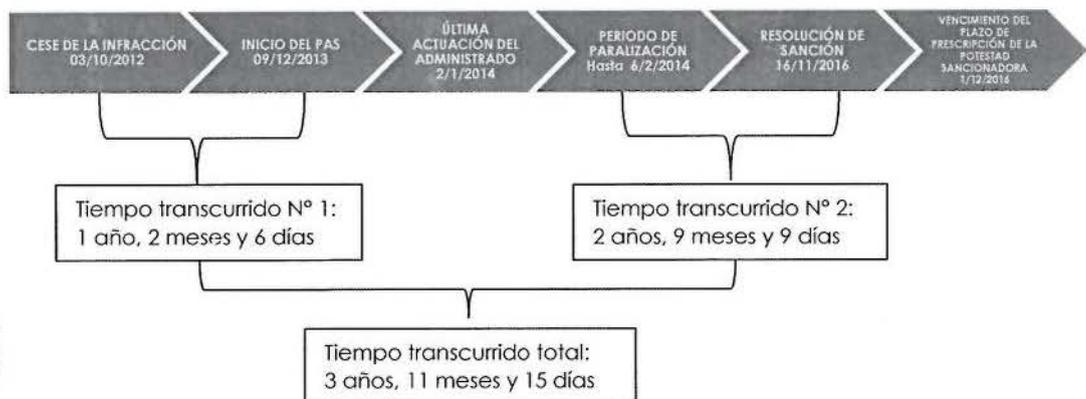
- ⁵⁸ Sobre las infracciones permanentes, Ángeles De Palma señala lo siguiente:

"(...) las infracciones permanentes se caracterizan porque determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante un tiempo por voluntad de su autor. Así, a lo largo de aquel tiempo el ilícito se sigue consumando, la infracción se continúa cometiendo, se prolonga hasta que se abandona la situación antijurídica. En consecuencia, en este caso el plazo de prescripción sólo podrá comenzar a computarse desde el momento en que ha cesado la situación antijurídica, ya que es entonces cuando se consuma la infracción. (...)

Por tanto, sólo en el caso de las infracciones permanentes el plazo de prescripción comienza a correr cuando cesa el mantenimiento de la situación ilícita, pues hasta este momento se ha estado consumando la infracción (...)." (Ibidem)

cómputo del plazo prescriptorio.

34. Sobre el particular, se establece que la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución tiene naturaleza permanente, toda vez que la situación antijurídica detectada en la Supervisión Especial 2012 (referida a construir un túnel sin contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad competente) se prolongó en el tiempo y persistió hasta la fecha de aprobación del EIA de la CH Curibamba, el 3 de octubre de 2012. En tal sentido, a partir de dicha fecha se inició el cómputo del plazo de prescripción.
35. Siendo ello así, corresponde indicar que mediante Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS del 28 de noviembre de 2013, notificada el 9 de diciembre de 2013, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra Enel. Por lo que, a partir de dicha fecha se suspendió el cómputo del plazo de prescripción en virtud de lo dispuesto en el numeral 250.2 del artículo 250° del TUP de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
36. Enel presentó sus descargos respecto de la imputación formulada mediante la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS el 2 de enero de 2014. En ese sentido, considerando los (25) días hábiles previstos en el numeral 250.2 del artículo 250° del TUP de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cómputo de plazo de prescripción se reanudó el 7 de febrero de 2014, en mérito a lo establecido en el artículo del mismo cuerpo normativo.
37. Por lo tanto, la facultad del OEFA para determinar la responsabilidad administrativa por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución prescribía el 1 de diciembre de 2016, tal como se puede apreciar del gráfico presentado, a continuación:



38. Ahora bien, es oportuno indicar que a través de la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI del 16 de mayo de 2016, notificada el 16 de mayo de 2016, la DFSAI varió la imputación de cargos antes formulada, en ejercicio de

sus facultades establecidas en el artículo 14° de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD; y, además, otorgó a Enel un plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución señalada para presentar sus descargos respectivos. No obstante, es necesario precisar que dicha variación no constituye un supuesto de suspensión del plazo de prescripción anteriormente señalado.

39. De lo expuesto, se advierte que la resolución apelada fue emitida dentro del plazo de cuatro años previsto en el artículo 250° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, pues la facultad del OEFA para determinar la responsabilidad administrativa por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución prescribía el 1 de diciembre de 2016.
40. Asimismo, el apelante indicó que la infracción imputada en la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS⁵⁹ fue distinta al hecho detectado durante la Supervisión Especial 2012 (construcción de un túnel), por lo que *"no se puede pretender ampliar y variar la imputación cuatro años después y sostener que no hay prescripción"*.
41. Al respecto, debe tenerse en consideración que tanto la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA/DFSAI/PAS como la Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA/DFSAI/SDI se encuentran referidas al hallazgo consignado en el Acta de Supervisión 2012. En esa medida, cabe resaltar que la variación de la conducta infractora no involucró un hecho distinto al señalado, puesto que la DS, conforme se ha señalado previamente de acuerdo con el artículo 14° de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD⁶⁰ se encuentra facultada para variar los cargos de las conductas imputadas.
42. Debe apreciarse además, en el marco de lo alegado por el recurrente, que en ambos casos, las resoluciones subdirectorales en cuestión fueron notificadas a la administrada con anterioridad al 1 de diciembre de 2016.
43. Por lo tanto, teniendo en consideración lo antes señalado, corresponde a este órgano colegiado desestimar el argumento presentado por el administrado respecto de la prescripción de la infracción imputada.

⁵⁹

Cabe precisar que la infracción imputada a Enel en dicha resolución fue *"Iniciar la ejecución de las obras del Proyecto CH Curibamba sin contar con Estudio de Impacto Ambiental"*.

⁶⁰

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD.

Artículo 14.- Variación de la imputación de cargos

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

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

V.2 Si al determinar la existencia de responsabilidad administrativa de Enel por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, se vulneró el principio de tipicidad

44. Por otro lado, el recurrente alegó que el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú⁶¹ y el numeral 230.4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General exigen a las entidades públicas que, en ejercicio de su potestad sancionadora, observen el principio de tipicidad, en virtud del cual solo constituyen conductas sancionables aquellas previstas expresamente, debidamente detalladas⁶².
45. Con ello en consideración, el apelante señaló que el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD carece de una tipificación adecuada, pues no cumple con detallar cuáles son las conductas específicas sujetas a sanción⁶³. Siendo así que "(...) este tipo de formulaciones de infracciones, genéricas e imprecisas, necesariamente suponen una vulneración al principio de tipicidad".
46. Además, el administrado manifestó que la DFSAI intentó explicar, en la resolución impugnada, los componentes normativos que dan contenido a la tipificación de la infracción en el numeral 3.20 del anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, entre ellos, el artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, el cual no sería parte del ordenamiento jurídico al no haberse cumplido con el requisito de publicidad.
47. Partiendo de todo lo señalado por el administrado, esta sala debe mencionar que el principio de tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 246° del TUO de la

⁶¹ De acuerdo con Enel, esta disposición señalaría lo siguiente en relación con aquellos actos u omisiones que la tiempo de cometerse se encuentren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca:

"Este mandato constitucional tiene como finalidad proteger la libertad y seguridad de las personas (naturales y jurídicas) de modo que los agentes conozcan previamente y con un nivel de detalle suficiente las conductas que están prohibidas por el ordenamiento".

⁶² El administrado agregó lo siguiente en relación al principio de tipicidad:

"En virtud de lo expuesto, la exigencia de certeza en la calificación previa de las infracciones y sanciones constituye un derecho fundamental de las personas (naturales y jurídicas) en garantía de sus libertades. La observancia de este mandato constitucional es de vital importancia para el desarrollo del debido procedimiento administrativo. (...) la Resolución impugnada no ha cumplido con observar este mandato constitucional."

⁶³ Cabe señalar que el recurrente señaló respecto a la tipificación insuficiente o en blanco, que esta fue reconocida por la DFSAI al momento de analizar cada norma que fue vulnerada, agregando que:

"Las denominaciones mencionadas por la DFSAI (disposiciones ambientales y normas de conservación ambiental) corroboran que la LCE menciona de manera general y no detallada el supuesto de infracción, contraviniendo el principio de tipificación anteriormente descrito, y generando indefensión para el administrado, ya que la Autoridad Administrativa, en su afán de sancionar, podría de manera arbitraria y discrecional dar contenido a las infracciones según los hechos y complejidad de cada procedimiento administrativo. Claramente en este punto seguimos ante una tipificación absolutamente vacía de contenido."

Ley del Procedimiento Administrativo General⁶⁴, 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.

48. 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 estricto⁶⁵.
49. 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 infracciones administrativas⁶⁶, tiene como finalidad de que —en un caso en

64

TUO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

4. Tipicidad.- 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. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

65

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*. 5ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 269.)

66

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

concreto— al realizarse la subsunción del hecho en la norma que describe la infracción, esta pueda ser efectuada con relativa certidumbre⁶⁷.

50. 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.
51. En ese sentido, esta sala 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 Enel (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).
52. En virtud de lo expuesto, el mandato de tipificación en un procedimiento administrativo sancionador exige que los hechos imputados por la administración

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.

⁶⁷ 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/TC

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).

correspondan con la conducta descrita en el tipo infractor⁶⁸ (esto es, la norma tipificadora en concordancia con la norma sustantiva).

53. En ese sentido, esta sala observa que, en el presente caso, la DFSAI, a través de la Resolución Subdirectoral N° 1111-2013-OEFA-DFSAI/SDI (variada por Resolución Subdirectoral N° 465-2016-OEFA-DFSAI/SDI), comunicó a Enel el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en su contra, entre otros⁶⁹, por el presunto incumplimiento de la obligación ambiental establecida en el artículo 3° de la Ley N° 27446, en concordancia con el artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM y el literal h) del artículo 31° 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.
54. En ese sentido, se procederá a analizar el alcance de la obligación ambiental contenida en los referidos dispositivos legales con el fin de verificar si existe certeza o nivel de precisión suficiente en la descripción del hecho que califica como infracción administrativa.

Sobre el alcance de la obligación contenida en el artículo 3° de la Ley N° 27446, en concordancia con artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM y el literal h) del artículo 31° Decreto Ley N° 25844 (normas sustantivas para la conducta infractora)

55. Sobre el particular, es preciso indicar que el artículo 3° de la Ley N° 27446 en concordancia con el artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, establecen la obligatoriedad de la certificación ambiental por parte de la autoridad competente para el inicio de actividades de proyectos de inversión que puedan originar implicaciones ambientales y señalan la imposibilidad legal de iniciar obras ante la falta de dicha certificación ambiental.
56. Con relación a la aplicación del artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, el recurrente señaló que conforme con los mandatos constitucionales⁷⁰, sólo podrán ser exigidas aquellas normas que se

⁶⁸ Es importante señalar que, conforme a Nieto:

"El proceso de tipificación, sin embargo, no termina aquí porque a continuación – en la fase de 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 GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Quinta Edición. Madrid: Tecnos, 2011, p. 269.

⁶⁹ Mediante Resolución Directoral N° 864-2016-OEFA-DFSAI se resolvió, entre otros, desacumular la imputación N° 1 referida al presente procedimiento administrativo sancionador.

⁷⁰ Sobre este punto, se debe indicar que el administrado al señalar los mandatos constitucionales se refiere a los siguientes artículos de la Constitución Política del Perú de 1993:

encuentren vigentes, en la medida que cumplan con el requisito de publicidad⁷¹.

57. Adicionalmente, el administrado precisó que la publicidad incluye el texto completo y no solamente la norma que lo aprueba, para ello citó un extracto de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que recayó en el expediente 2050-2002-AA/TC, en donde se indicó que:

"a juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Perú (...)".

58. En esa misma línea, Enel sostuvo que el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS reconoce la publicación de las normas legales de carácter general⁷², incluyendo decretos supremos, como condición para su entrada en vigencia, por lo que aquellas que no sean publicadas oficialmente no tienen eficacia ni validez.

Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

- ⁷¹ Sobre este punto, Enel señaló sobre la publicación de las normas, lo siguiente:

"(...) Así, en palabras del Tribunal Constitucional, la publicación de las normas en el diario Oficial El Peruano es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que una norma no publicada no puede considerarse obligatoria."

Es importante precisar, tal como lo ha hecho el propio Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, que lo que debe publicarse a efectos de cumplir con el requisito de publicidad es el texto normativo completo y no solamente la norma que lo aprueba" (Subrayado original)

- ⁷² **DECRETO SUPREMO N° 001-2009-JUS.**

Artículo 4.- Alcance del concepto de las normas legales

Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica. En tal sentido, se deben publicar obligatoriamente en el Diario Oficial El Peruano:

2. La Constitución Política del Perú y sus modificatorias;
3. Las Leyes, las Resoluciones Legislativas, los Decretos Legislativos, los Decretos de Urgencia, los Tratados aprobados por el Congreso y los Reglamentos del Congreso;
4. Los Decretos Supremos;
5. Los Tratados aprobados por el Presidente de la República;
6. Las Resoluciones Supremas;
7. Las Resoluciones Ministeriales;
8. Las Resoluciones Administrativas que aprueban Reglamentos, Directivas, cuando sean de ámbito general, siempre que sean dictadas en ejercicio de las facultades previstas en sus leyes de creación o normas complementarias, conforme a ley;
9. Las Resoluciones de los organismos constitucionalmente autónomos, las resoluciones de carácter jurisdiccional, las Resoluciones de los Tribunales Judiciales y Administrativos, cuando constituyan precedente de observancia obligatoria o sean de carácter general, cuya publicación sea así declarada expresamente en la propia Resolución, conforme al ordenamiento jurídico aplicable para la entidad emisora, en cada caso;
10. Las normas de carácter general emitidas por los Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales, conforme a ley. En el caso de las Resoluciones Supremas y Resoluciones Ministeriales y en general, las resoluciones administrativas indicadas en el presente artículo, no serán materia de publicación obligatoria en el Diario Oficial El Peruano, cuando resuelvan un procedimiento administrativo específico, salvo disposición de norma legal expresa que disponga su publicación.

59. Así también, el apelante señaló que el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, el cual aprobó el Reglamento del SEIA, estableció en su artículo segundo, que este sería publicado en el portal del Estado Peruano y en el portal institucional del Ministerio del Ambiente, frente a lo cual, según refirió el apelante, dicho reglamento nunca estuvo vigente, pues no se cumplió con publicarlo en el diario oficial El Peruano⁷³.

60. Adicionalmente, el apelante manifestó que la DFSAI evitó pronunciarse sobre la vigencia de la norma, cuando Enel:

"(...) no solicita una especie de control difuso de constitucionalidad o de legalidad; simplemente está probando que la norma que le imputan no está vigente".

61. Al respecto, esta sala especializada debe indicar que al momento de la publicación de la norma aprobatoria del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM –publicado el 25 de setiembre de 2009–, el artículo 9° del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, disponía que en el caso de la publicación de normas legales que tengan anexos, se publicará en el diario oficial El Peruano solamente la correspondiente norma aprobatoria, disponiéndose en la misma que el anexo se publicará mediante el portal electrónico de la entidad emisora en la misma fecha de la publicación oficial, bajo responsabilidad⁷⁴.

62. Posteriormente, a través del Decreto Supremo N° 014-2012-JUS se modificó dicho artículo, con efectos jurídicos "ex nunc", precisándose que por el término "anexo" debe entenderse a aquellos que tengan gráficos, estadísticas, formatos, formularios, flujogramas, mapas o similares de carácter meramente ilustrativo⁷⁵, y

⁷³ En relación a este punto, el administrado citó la sentencia de Acción Popular N° 9334-2013, respecto a la no publicación del Decreto Supremo N° 003-2009-MINAM, en donde la Corte Suprema de Justicia de la República establece que:

"(...) contraviniendo de forma directa el contenido normativo del artículo 109° de la Constitución Política del Estado que consagra el principio de publicidad de las normas legales, en tanto supedita la vigencia y efectos de la norma legal denominada "Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos" a su publicación en un medio distinto al Diario Oficial; texto incompatible con el principio de publicidad que prescribe como mandato imperativo la vigencia y despliegue de efectos de las normas legales, estén subordinados a su publicación en el diario oficial El Peruano (...)"

⁷⁴ **DECRETO SUPREMO N° 001-2009-JUS.**

Artículo 9.- Publicación de normas legales con anexos

En el caso de la publicación de normas legales que tengan anexos, se publicará en el Diario Oficial El Peruano solamente la correspondiente norma aprobatoria, disponiéndose en la misma que el Anexo se publicará mediante el Portal Electrónico de la entidad emisora en la misma fecha de la publicación oficial, bajo responsabilidad. Esta disposición será aplicable para aquellos casos en que una norma apruebe otra clase de instrumentos que constituyan anexos de la misma. ()*

() Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 014-2012-JUS.*

⁷⁵ **DECRETO SUPREMO N° 014-2012-JUS, Decreto Supremo que modifica el Artículo 9° del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General, publicado en el diario oficial El Peruano el 29 agosto 2012.**

Artículo 1.- Modificación del artículo 9 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General.

que los reglamentos administrativos deben publicarse en el Diario Oficial El Peruano para su validez y vigencia⁷⁶.

63. Teniendo en consideración dicho marco normativo, debe advertirse que la normativa vigente con relación a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general –a la fecha de publicación del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM– disponía que para el caso de normas que tengan anexos, se publicaría en el diario oficial El Peruano solamente la norma aprobatoria y los anexos serían publicados en el Portal Electrónico de la entidad emisora, por lo que dicho reglamento fue expedido en cumplimiento de la normativa precitada.
64. Por otro lado, es preciso indicar que el Decreto Ley N° 25844 (Ley de Concesiones Eléctricas), recoge las disposiciones que regulan lo referente a las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica.
65. Dentro de dichas disposiciones, el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 dispone que tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización están obligados a cumplir con las normas de conservación del medio ambiente⁷⁷.
66. Sobre la base del escenario antes señalado, la obligación ambiental cuyo incumplimiento se imputa al administrado se encuentra descrita en el artículo 3° de la Ley N° 27446 en concordancia con el artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM y el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, de manera suficiente.

Modifícase el artículo 9 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, conforme al siguiente texto:

“Artículo 9.- Publicación de normas legales con anexos.-

9.1 En el caso de la publicación de normas legales que tengan anexos conteniendo gráficos, estadísticas, formatos, formularios, flujogramas, mapas o similares de carácter meramente ilustrativo, dichos anexos se publicarán en el Portal Electrónico de la entidad emisora en la misma fecha de la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de la norma aprobatoria, bajo responsabilidad.

9.2 La entidad emisora remitirá a la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles de la publicación de la norma legal en el diario oficial, copia autenticada y el archivo electrónico del anexo o anexos respectivos, los que servirán de soporte documental del Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ, que es la edición oficial de la legislación nacional en soporte electrónico.”

DECRETO SUPREMO N° 014-2012-JUS.

Artículo 2.- Publicación obligatoria de reglamentos administrativos.

2.1 Entiéndase por reglamentos administrativos las disposiciones reglamentarias que tienen efectos jurídicos generales y directos sobre los administrados, incidiendo en sus derechos, obligaciones o intereses.

2.2 Los reglamentos administrativos deben publicarse en el Diario Oficial El Peruano para su validez y vigencia de acuerdo a lo establecido en los artículos 51 y 109 de la Constitución Política del Perú.

2.3 Lo establecido en el numeral 2.2 precedente no afecta las disposiciones establecidas en la Ley N° 29091 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2008-PCM, respecto de los instrumentos de gestión, lineamientos, directivas y reglamentos técnicos, los cuales tienen efectos jurídicos internos dentro de las entidades de la Administración Pública.

(Énfasis agregado)

⁷⁶

Ver pie de página 13.

⁷⁷

67. 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/CD⁷⁸:

MULTAS POR INCUMPLIMIENTO A LA NORMATIVIDAD EN EL SECTOR ELÉCTRICO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE			
	<i>Tipificación de la Infracción</i>	<i>Referencia Legal</i>	<i>Sanción</i>
3.20	<i>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.</i>	<i>Art. 31° inc. h) de la Ley. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM.</i>	<i>De 1 hasta 1000 UIT.</i>

68. 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.
69. Al respecto, debe señalarse que 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.
70. En ese sentido, esta sala es de la opinión que el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD es clara 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).
71. Partiendo de ello —y de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución— queda claro que las disposiciones contenidas en el artículo 3° de la Ley N° 27446 en concordancia con el artículo 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, fueron desarrolladas a partir del mencionado literal h) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, 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 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

⁷⁸

Mediante Resolución Ministerial N° 606-2008-MEM/DM de fecha 6 de enero de 2009, se otorgó concesión temporal a favor de Enel para desarrollar estudios de factibilidad relacionados a la generación de energía eléctrica.

V.3 Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Enel por construir un túnel de seiscientos metros (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto, sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada

72. El recurrente señaló que el Minem, a través del Informe 072-2012-MEM-AAE-GCP, indicó que la galería de prospección formaba parte del desarrollo de estudios complementarios de la factibilidad del proyecto y no constituía el túnel de acceso a la caverna de máquinas de la CH Curibamba.
73. Asimismo, Enel precisó que existe diferencia entre el túnel de acceso a la casa de máquinas y la galería de prospección, porque no son estructuras equivalentes en cuanto a los fines que persiguen, diámetro que conforman y aprovechamiento que tendrían⁷⁹. Además, el trazo recorrido por la galería de prospección (coordenadas N 8740311 y E 472657) no tendrá un uso futuro como ingreso común ni recorridos coincidentes al túnel de acceso (N 8740343 y E 472683) que tendría un trazo distinto e independiente.
74. Al respecto, es importante señalar que a través del Informe N° 072-2012-MEM-AAE-GCP, la Dgaae hizo referencia al Informe N° 003-2013-MEM-AAE/GCP-ACMC, el cual especificó que dicha entidad no habría evaluado ningún instrumento de gestión ambiental por la galería de prospección y que el túnel construido no formaba parte de ningún componente declarado en el EIA de la CH Curibamba⁸⁰, lo cual no precisa que dicha estructura no requiera de un instrumento de gestión ambiental.
75. Ahora bien, esta sala especializada debe advertir que la Dgaae revisó tanto el "Informe Final de Excavación de la Galería de Prospección"⁸¹, así como el "Plan de Abandono de Instalaciones del terreno"⁸², sin embargo, tal como dicha

⁷⁹ Cabe señalar que el administrado refirió lo siguiente en relación a la casa de máquinas y la galería de prospección:

"(...) El objetivo de la galería fue caracterizar la zona donde se ejecutaría la caverna y despejar ciertas incertidumbres técnicas surgidas a partir de los resultados del estudio de factibilidad, sobre la longitud del blindaje de la tubería forzada, la orientación de la caverna de máquinas, la confirmación de las características geológicas y geotécnicas de la roca, la resistencia directa e indirecta de la roca, a efectos de evaluar si resultaba viable o no la construcción de un túnel y una caverna de máquinas en dicha área".

⁸⁰ En el acápite IV del Informe N° 003-2012-MEM-AAE/GCP-ACMC, se consignó lo siguiente:

"(...) Es importante recalcar, que la revisión del escrito N° 2195050, no implica su evaluación, puesto que la DGAAE no ha evaluado ningún Instrumento de Gestión Ambiental relacionado a la labor subterránea ejecutada por EDEGEL S.A.A.

(...) La labor subterránea no forma parte de ningún componente declarado en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Curibamba, como se resume en el cuadro N° 1."

⁸¹ Fojas 207 a 256.

⁸² Fojas 153 a 206.

autoridad recalcó en el informe antes mencionado, ello no implicó una evaluación de un instrumento de gestión ambiental relacionado a la labor subterránea ejecutada por Enel.

76. Es importante recalcar en este punto que el administrado habría considerado a la galería de prospección como parte de los estudios de factibilidad, los cuales fueron presentados a la Dirección General de Electricidad (en adelante, **DGE**) mediante escrito N° 2056640 de fecha 5 de enero de 2011. No obstante, en dichos estudios no se advierte la construcción de dicha galería de prospección, inclusive en las exploraciones profundas recomendadas para completar los estudios a un nivel más avanzado, no se consideró la realización de dicha estructura.
77. Asimismo, los estudios de factibilidad comprenden aquella descripción de los alcances, procedimientos y resultados relacionados a las principales características del proyecto de inversión. Dichos estudios se realizarán obligatoriamente cumpliendo el cronograma de estudios, una vez que se hubiese otorgado la concesión temporal al titular del proyecto eléctrico, la cual tiene una vigencia de dos (2) años contados desde la fecha de publicación de la resolución de otorgamiento⁸³.
78. En el presente caso, mediante Resolución Ministerial N° 606-2008-MEM/DM del 30 de diciembre de 2008⁸⁴, se otorgó concesión temporal a favor de Enel para desarrollar estudios a nivel de factibilidad relacionados a la actividad de generación de energía eléctrica en la futura CH Curibamba por un plazo de veinticuatro (24) meses contados a partir de la vigencia de dicha resolución, la cual entró en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.
79. Teniendo lo anterior en consideración, se debe señalar que el administrado presentó los estudios de factibilidad el 7 de enero de 2011, con lo cual se

⁸³ Cabe precisar que el artículo vigente para la fecha de otorgamiento de la concesión temporal de Enel, es el siguiente:

DECRETO LEY N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

Artículo 23.- La concesión temporal permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbre temporal. El titular asume la obligación de realizar estudios de factibilidad relacionados con las actividades de generación y transmisión; específicamente, la de realizar estudios de centrales de generación, subestaciones o líneas de transmisión, cumpliendo un cronograma de estudios. El plazo de vigencia de la concesión temporal es de dos (2) años, pudiendo extenderse una (1) sola vez, a solicitud del titular, hasta por un (1) año adicional, sólo cuando el cronograma de estudios no haya sido cumplido por razones de fuerza mayor o caso fortuito. La concesión temporal será otorgada por resolución ministerial y su plazo de vigencia se cuenta desde la fecha de publicación de la resolución de otorgamiento. Al vencimiento del plazo se extingue de pleno derecho.

La solicitud de concesión temporal, así como la de extensión del plazo, se sujetan a los requisitos, condiciones y garantías establecidos en el Reglamento correspondiente.

El titular de concesión temporal tendrá derecho preferente para solicitar la concesión definitiva correspondiente, de acuerdo a las condiciones establecidas en el Reglamento. El derecho preferente caduca a los veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha de publicación del aviso de la solicitud de concesión definitiva presentada por el tercero.

⁸⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de enero de 2009.

encontraba dentro del plazo otorgado mediante la Resolución Ministerial N° 606-2008-MEM/DM, el cual finalizó el 7 de enero de 2011.

80. A pesar de ello, Enel presentó el “Informe Final de Excavación de la Galería de Prospección”, el cual fue comunicado al OEFA mediante carta AL-131-2012 con fecha 4 de junio de 2012, en el cual señaló lo siguiente respecto a la galería de prospección:

“Como parte de los estudios técnicos complementarios del proyecto Central Hidroeléctrica Curibamba se requirió construir una galería de prospección en el sector donde se proyecta la ubicación de la caverna de máquinas. Dicha galería tuvo el objeto de obtener información geológica, hidrogeológica, de estructuras geológicas y de mecánica de rocas, que permita conocer las características físicas y mecánicas del terreno en el que se apoyarán, fundarán o atravesarán las futuras obras de la caverna de máquinas, pique, chimenea de equilibrio y obras conexas.

Cabe señalar que la ejecución de la galería de prospección no forma parte de la Construcción del Proyecto Hidroeléctrico Curibamba, el cual está actualmente en evaluación ambiental, esto ya que los resultados obtenidos de la construcción de la galería de prospección corresponden a un nivel de estudio preliminar, que arrojó características de la zona de emplazamiento, y que permitió obtener información cuantitativa y cualitativa de esta, y está orientado a realizar el diseño de la caverna de máquinas de la central. (...)” (Énfasis agregado)

81. Respecto a la finalidad de la galería de prospección que se desprende del texto citado, es oportuno mencionar que el administrado presentó sus estudios de factibilidad el 7 de enero de 2011, mediante escrito N° 2056640, el cual incluyó, entre otros, información relacionada a la geología, hidrogeología y geología – geotecnia de la CH Curibamba. Este último definió las características geológicas de la caverna de máquinas para la etapa de factibilidad⁸⁵.
82. Ahora bien, resulta pertinente señalar que el “Plan de Abandono de Instalaciones del Terreno”⁸⁶ presentado al OEFA mediante carta AL-131-2012 con fecha 4 de junio de 2012, establece como objetivo lo siguiente:

“(...) establecer los lineamientos técnicos y medioambientales necesarios para el cierre y entrega del área intervenida durante la ejecución de la construcción del proyecto Construcción de Galería de Prospección de la C.H. Curibamba (...)”

⁸⁵ El informe técnico final de Estudio de Factibilidad de la Central Hidroeléctrica Curibamba de enero de 2010 señaló en el foja 524, lo siguiente en relación al estudio de geología – geotecnia:

“(...) La caverna de máquinas se excavará en rocas graníticas masivas a levemente fracturadas, frescas a levemente alteradas, con presencia de posibles bloques inestables. El macizo rocoso se caracteriza por un Q entre 5 y 65, y RMR entre 50 y 80.”

⁸⁶ Fojas 153 a 206.

83. Teniendo en consideración que el mencionado documento se refiere a la galería de prospección de la CH Curibamba, debe advertirse de este que las coordenadas señaladas en dicho proyecto son las mismas que las establecidas para el túnel de acceso a la caverna de máquinas descrito en el EIA de la CH Curibamba – coordenadas UTM-PSAD 56, zona 18S N 8740343, E472683–, de acuerdo a lo expresamente establecido en dicho plan de abandono:

“3. DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES DE ABANDONO

3.1 Ubicación y Acceso

*El proyecto se encuentra ubicado en la ribera derecha (Este) del Río Uchubamba, aproximadamente en las **coordenadas UTM 8740343M / 472683E** (Datum PSAD 56 – Zona Sur 18).”* (Énfasis agregado)

84. En ese sentido, las actividades para el cierre y entrega del área intervenida, de acuerdo con la descripción del plan de abandono citado, corresponden al túnel de acceso a la caverna de máquinas, contrariamente a lo señalado por el administrado en su escrito de apelación.
85. A mayor abundamiento, cabe señalar que si la galería de prospección no forma parte de los estudios de factibilidad y es considerada como un estudio preliminar del proyecto de la CH Curibamba, debería encontrarse establecido en el EIA de la CH Curibamba, pues el artículo 14° del Decreto Supremo N° 29-94-EM⁸⁷, establece que el estudio de impacto ambiental, deberá incluir, entre otros, una descripción detallada del proyecto propuesto.
86. Con relación a ello, se debe indicar que el anexo 1 del Decreto Supremo N° 29-94-EM incluye dentro de la definición de “*Proyecto Eléctrico*” a los estudios preliminares⁸⁸, por lo que, contrariamente a lo señalado por el administrado,

⁸⁷ DECRETO SUPREMO N° 29-94-EM, que aprobó el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 1994.

Artículo 14.- Las instituciones autorizadas para la realización de EIA en actividades eléctricas son las incluidas en el Registro correspondiente de la DGAA del Ministerio.

El EIA deberá incluir lo siguiente:

- Un estudio de Línea de Base para determinar la situación ambiental y el nivel de contaminación del área en la que se llevarán a cabo las actividades eléctricas, incluyendo la descripción de los recursos naturales existentes, aspectos geográficos; así como aspectos sociales, económicos y culturales de las poblaciones o comunidades en el área de influencia del proyecto.
- Una descripción detallada del proyecto propuesto.
- La identificación y evaluación de los impactos ambientales previsible directos e indirectos al medio ambiente físico, biológico, socio-económico y cultural, de las diferentes alternativas y en cada una de las etapas del proyecto.
- Un detallado Programa de Manejo Ambiental, en el cual se incluyan las acciones necesarias tanto para evitar, minimizar y/o compensar los efectos negativos del proyecto, así como para potenciar los efectos positivos del mismo.
- Un adecuado Programa de Monitoreo que permita determinar el comportamiento del medio ambiente en relación con las obras del proyecto y las correspondientes medidas de mitigación de los impactos potenciales.
- Un plan de contingencia y un plan de abandono del área.

⁸⁸ DECRETO SUPREMO N° 29-94-EM.
ANEXO I

(...)

26.- Proyecto Eléctrico.- Es el proceso ordenado y sistemático que permite evaluar las diferentes etapas en la implementación de los sistemas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, desde los estudios preliminares hasta su puesta en servicio.

inclusive en el supuesto que la galería de prospección haya sido un estudio preliminar, debió desarrollarse en el EIA del Proyecto CH Curibamba.

87. Asimismo, debemos señalar que si bien en el Informe 072-2012-MEM-AAE-GCP, la Dgaae señaló que el túnel de acceso a la caverna de máquinas tendrá un trazo de recorrido independiente y en el futuro no compartirá un ingreso en común, de manera contraria el EIA de la CH Curibamba no describe lo mismo, pues este señala lo siguiente:

"3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

(...)

3.4 Actividades de la etapa de construcción

(...)

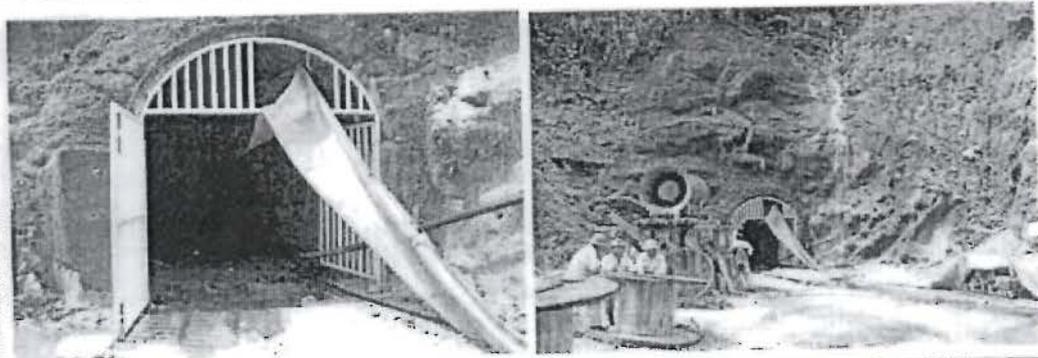
3.4.11 Construcción de las obras de generación

El túnel de acceso a la caverna aprovechará los primeros metros de la galería de prospección. A partir de ese punto, deberá excavarse en roca el tramo restante del túnel, para dar inicio a la construcción de la caverna de máquinas. Este túnel conducirá además a las ventanas de acceso hacia la zona de difusores y al tramo de tubería blindada aguas arriba de la caverna."

88. A partir de ello, es oportuno señalar que, de acuerdo al instrumento de gestión ambiental aprobado por el órgano competente, el túnel de acceso a la caverna de máquinas iniciaría donde se encuentra ubicada la galería de prospección, siendo así detectado como hallazgo en el Acta de Supervisión 2012, tal como quedo consignado.

89. En efecto, en el Acta de Supervisión, se establecería que el lugar en el cual se desarrollaron los trabajos para la galería de prospección sería el designado para la construcción del túnel de acceso para la caverna de máquinas de la CH Curibamba, tal como se aprecia a continuación:

Vistas Fotográficas / Sustento documental



Vista 1. Se observa la construcción del túnel tipo ventana, ubicado en la margen derecha de la ribera del río Uchubamba, con coordenadas N: 0472491 y E: 8740190, de dimensiones 3.0 m de ancho x 3.5 m de altura x 670 m de longitud aproximadamente. El mencionado lugar es el señalado también para la construcción del acceso para la Caverna de Máquinas de la C.H. Curibamba (de conformidad al Estudio de Impacto Ambiental que se encuentra en evaluación en la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas).

90. Asimismo, en el informe presentado por el administrado con relación a la construcción de la galería de prospección, se advierte que existiría una relación entre la excavación detectada en la Supervisión Especial 2012 y la futura caverna de máquinas, pues en dicho informe se señaló lo siguiente:

“I. INTRODUCCIÓN

(...)

1.5 Objetivo

(...)

El objetivo fundamental de la construcción de la galería es permitir que en la ubicación de la futura caverna de máquinas se ejecuten 10 sondajes (740 m.), los cuales permitirán obtener información geológica y geotécnica de la futura caverna de máquinas, el pique, conducto forzado, y obras conexas.”

91. Por otro lado, el apelante refirió que considerar que la galería de prospección requiere certificación ambiental sería exigir al administrado el cumplimiento de requisitos legales que no resultan exigibles para actividades preparatorias a la ejecución de un proyecto, como son los estudios de factibilidad y/o estudios de factibilidad complementarios.
92. De acuerdo con lo señalado previamente, este órgano colegiado advierte que la galería de prospección no formaba parte de los estudios de factibilidad. Dicha galería, además, fue calificada por el propio administrado como parte de los estudios técnicos preliminares, los cuales, inclusive en ese supuesto, de acuerdo a lo indicado de manera previa, son parte del proyecto eléctrico.
93. Además, cabe precisar que considerando la magnitud de la galería de prospección – túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto–, dicha excavación tendría un impacto ambiental, teniendo en consideración, entre otros, la cantidad de tierra removida y los equipos utilizados para la misma⁸⁹, lo cual requería de un mayor detalle a nivel ambiental, a través de la elaboración de un instrumento de gestión ambiental.

⁸⁹ Considerando los equipos especializados que fueron utilizados en el desarrollo de las obras de excavación señalados en su Informe Final de Excavación de la Galería de Prospección:

- Compresora Sullair modelo 750 SQW-CA3.
- Electrobomba Grindex modelo Matador N.
- 02 electrobombas sumergibles Grindex modelo Major H.
- 03 grupos electrógenos Modasa, modelo MP-135 de 130 kW cada uno.
- Jumbo Electro Hidráulico SANDVIK modelo DD311.
- Mezcladora de concreto tipo trompito 11 pies cúbicos.
- Patilladora y/o rompempavimento de 40 kg PERMON modelo BKA40C.
- Patilladora y/o rompempavimento 8-9 kg SULLAIR modelo MCH4.
- Perforadora neumática JACKHAMMER modelo BSMAS250JHSM1073.
- Perforadora neumática JACKHAMMER modelo BSMAS250JHSL1065.
- Scooptram 4 yardas TAMROCK modelo T8525. Muestreador de roca marca ELE.
- Scooptram 4,1 yardas CATERPILLAR modelo R1300G. Gata marca ENERPAKC, serie RCH.
- Shotcretera ALIVA 263 modelo AL-263.
- Transformador eléctrico 37,5 KVA CANEPA TABNINI.
- Ventilador eléctrico AIRTEC modelo VAV-42-1/4-26-BS01342.

94. En tal sentido, debemos señalar que la galería de prospección debió contar con un instrumento de gestión ambiental, pues, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 29-94-EM, las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución deberán contar con la certificación ambiental respectiva.

95. En ese sentido, esta sala especializada considera que correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Enel por la comisión de la infracción prevista en el artículo 3° de la Ley N° 27446, en concordancia con el artículo 15° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM y el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, debido a la construcción de un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto, sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.

V.4 Si correspondía sancionar al administrado con una multa ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)

96. En su recurso de apelación, el administrado cuestionó el monto de S/. 56,432.42 como valor del costo evitado, pues a su entender carece de sustento, en tanto no se señalaron los parámetros específicos aplicables al caso, como el número de trabajadores y horas (o días) para la obtención de certificación ambiental o cuántos serían profesionales o de apoyo técnico. Sin dicha información, el administrado indicó que "(...) el cálculo no es replicable y, por tanto, se priva a EDEGEL de la posibilidad de una impugnación o cuestionamiento directo".

97. Es importante señalar que mediante carta GG-046-2010 del 17 de noviembre de 2010, el administrado presentó el resumen ejecutivo del EIA de la CH Curibamba al Minam, en el cual se indicó que la relación del personal profesional que participó en la elaboración del EIA de la CH Curibamba, el cual se encontraba conformado por seis (6) profesionales: un ingeniero civil, un ingeniero agrónomo, un ingeniero químico, un biólogo, un sociólogo y una arqueóloga.

98. De la revisión de la resolución apelada, el monto de S/.56,432.42 establecido para el "Costo Evitado por el incumplimiento de la certificación ambiental previa a la realización de actividades a fecha de incumplimiento (abril 2012)" fue obtenido basándose en el cálculo de un escenario hipotético para la elaboración de un instrumento de gestión ambiental, pues el administrado habría construido un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto; sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.

99. En ese sentido, se consideró la contratación de profesionales y personal de apoyo técnico –incluyendo costos directos e impuesto relacionado a dichas

actividades⁹⁰– y de los análisis de laboratorio⁹¹, de acuerdo a lo establecido en el Cuadro N° 1 indicado en el considerando 88 de la resolución apelada.

100. A efectos de determinar el equipo que participó brindando servicios profesionales y personal de apoyo técnico en este escenario hipotético para el cálculo de la multa establecida en la resolución apelada, se consideró la contratación de profesionales y apoyo técnico, con un perfil multidisciplinario mínimo para desarrollar las actividades de elaboración de estudios ambientales en el marco del SEIA para proyectos de los subsectores Energía y Minas, aprobado por Resolución Jefatural N° 090-2015-SENACE/J (en adelante, **Resolución Jefatural N° 090-2015-SENACE/J**)⁹².
101. El cálculo realizado por la DFSAI para determinar el costo evitado tuvo en consideración la cantidad mínima de participantes en cuanto a la conformación del equipo profesional multidisciplinario para la elaboración del instrumento de gestión ambiental establecida en la Resolución Jefatural N° 090-2015-SENACE/J para dicho escenario hipotético.

⁹⁰ De acuerdo con el pie de página 34 de la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI, se indicó lo siguiente en relación a los costos de contar con la aprobación EIA de la CH Curibamba:

"Dichos costos comprenden los costos directos por los servicios de personal profesional y técnico, los análisis de laboratorio, así como otros costos directos (impresión de informes, planos, mapas, transporte, etc.). Asimismo se incluyen los costos administrativos (servicios generales, mantenimiento, etc.), utilidad e impuestos en un esquema de consultoría."

⁹¹ Análisis de laboratorio referidos a la calidad de Agua, Aire y niveles de Ruido.

⁹² **RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 090-2015-SENACE/J**, que aprueba la conformación mínima de equipos profesionales multidisciplinarios de las entidades que requieran inscribirse en el Registro Nacional de Consultoras Ambientales que administra el SENACE para el sector Energía y Minas, publicado en el diario oficial El Peruano el 3 de diciembre de 2015.

Artículo 2.- Conformación del equipo profesional multidisciplinario para los subsectores Energía y Minería

2.1 Aprobar la conformación del equipo profesional multidisciplinario de las entidades que requieran la inscripción o renovación en el Registro Nacional de Consultoras Ambientales para desarrollar actividades de elaboración de estudios ambientales en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) para proyectos en los subsectores Energía y Minería, el cual debe estar conformado, como mínimo, por seis (06) profesionales de las siguientes carreras profesionales:

(...)

B) Subsector Energía

i. Electricidad

CANTIDAD	CARRERA PROFESIONAL
1	Ingeniería Eléctrica, Ingeniería Electrónica, Ingeniería Mecánica Eléctrica, Ingeniería Mecatrónica, Ingeniería Industrial o Ingeniería Civil.
1	Ingeniería Geográfica, Ingeniería Geológica, Geografía o Geología.
1	Ingeniería Ambiental, Ingeniería Sanitaria, Ingeniería Agrónoma, Ingeniería Agrícola o Ingeniería Forestal.
1	Biología.
1	Sociología, Antropología, Psicología o Comunicación.
1	Economía o Ingeniería Económica.

(...)"

102. Por otro lado, se debe precisar que el monto establecido como costo evitado corresponde solamente al mes de abril de 2012, pues posteriormente sería capitalizado por un período de cinco (5) meses –comprendido desde la detección del incumplimiento hasta la fecha de cese de la infracción–, de acuerdo a la tasa de costo de oportunidad del capital estimado para el sector (COK) identificado en el Cuadro N° 1 indicado en el considerando 88 de la resolución apelada.
103. Asimismo, el salario promedio del equipo profesional multidisciplinario encargado de la elaboración del instrumento de gestión ambiental habría sido determinado mediante el *"Informe: Principales Resultados de la Encuesta de Demanda Operacional en el Sector Minería e Hidrocarburos"*, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo – MTPE (2014)⁹³.
104. En ese sentido, es oportuno señalar que la DFSAI consideró realizar el cálculo de la multa en el presente procedimiento administrativo sancionador teniendo en consideración la participación del mínimo equipo profesional en la elaboración y determinada para el mes de abril del año 2012, por lo que contrariamente a lo manifestado por el administrado, el cálculo realizado por la DFSAI tendría sustento en la información señalada en el Cuadro N° 1 indicado en el considerando 88 de la resolución apelada.
105. Además, el administrado indicó que el valor de 16.43, señalado en el numeral 94 de la resolución impugnada, no tendría sustento y agregó que en dicho numeral se mencionaría un valor menor de multa (31.55 UIT), lo cual llevaría a considerar a Enel que el valor de la multa debe ser menor.
106. Al respecto, esta sala especializada debe señalar que, contrariamente a lo señalado por el administrado, el valor de la multa corresponde a la suma ascendente de treinta y tres con cuarenta y ocho Unidades Impositivas Tributarias (33.48 UIT), de conformidad con los considerandos 95 y 96 de la resolución apelada, así como el artículo 3° de la parte resolutive dicha resolución.
107. Ahora bien, es oportuno indicar que el resultado obtenido en el considerando 94 de la resolución apelada indicado por el administrado, habría sido obtenido a través del reemplazo de las variables correspondientes de la multa, consignando un valor de 16.43 para la variable beneficio ilícito –valor distinto al resultado obtenido para dicha variable, pues era de 17.44– lo cual conllevó a que el resultado final de la multa en dicho considerando resulte menor al establecido como sanción, pues ascendía a treinta y uno con cincuenta y cinco (31.55) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
108. No obstante, se debe advertir que el valor de la multa de treinta y uno con cincuenta y cinco (31.55) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) obtenido en el

⁹³ Dicho informe se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/publicacion/2013/resultados_edo_mineria_2013.pdf



considerando 94 de la resolución apelada no repercute en la multa establecida como sanción al administrado, pues conforme con los considerandos posteriores, como el considerando 95 de dicha resolución, a través del cual se indicó el resumen de la sanción impuesta, se consideraron los valores obtenidos para determinar el valor de la multa ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)⁹⁴.

- 109. En esa misma línea, el considerando 96 de la resolución mencionada precisó que correspondía una multa de treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por lo que el artículo 3° de la parte resolutive de la resolución apelada estableció sancionar al administrado con una multa ascendente a la suma antes mencionada. En tal sentido, lo establecido en el considerando 94 de la resolución apelada, no tiene repercusión en la multa finalmente impuesta.
- 110. En atención a lo expuesto, este órgano colegiado considera que corresponde sancionar al administrado con una multa que asciende a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), la cual se encuentra prevista en el rango establecido en el Numeral 3.20 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, tal como ha sido calculada por la primera instancia.

V.5 Si corresponde eximir a Enel de responsabilidad administrativa por la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución

- 111. El administrado señaló que, en virtud a la regla de la retroactividad benigna derivada del principio de irretroactividad establecida en el numeral 5 del artículo 246° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde que sea aplicada al presente procedimiento administrativo sancionador.
- 112. Conforme con lo establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁹⁵, la subsanación voluntaria

⁹⁴ De acuerdo con el considerando 95 de la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAL del 16 de noviembre de 2016, se consideraron los siguientes valores para determinar el valor de la multa:

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	17.44 UIT
Probabilidad de detección (p)	0.75
Factores agravantes y atenuantes $F=(1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)$	144%
Valor de la Multa en UIT (B/p)*F	33.48 UIT

⁹⁵ **TUO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**
Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
 1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
 a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
 b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
 c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
 d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
 e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

de la conducta infractora por parte del administrado con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, constituye una condición eximente de responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa.

113. Siendo ello así, esta sala especializada considera que corresponde verificar si en el presente caso se configuró el supuesto eximente de responsabilidad regulado en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

114. Al respecto, se debe mencionar que en el presente procedimiento se le imputó a Enel la siguiente conducta infractora:

(i) Enel construyó un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto; sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.

115. De la revisión de los actuados que obran en el expediente se advierte que el 3 de octubre de 2012⁹⁶, la Dgaae aprobó el EIA de la CH Curibamba mediante la Resolución Directoral N° 257-2012-MEM/AAE.

116. En tal sentido, se desprende que el titular minero obtuvo la certificación ambiental por la autoridad competente, de manera previa al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

117. Al respecto, es pertinente señalar que la mencionada conducta infractora se encuentra referida a la construcción de un túnel sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente, lo cual implica, como mínimo, poner en riesgo al entorno natural donde se desarrollaron dichas actividades, pues tal operación se ha realizado sin considerar medidas de prevención o mitigación de impactos ambientales negativos previstos en un instrumento de gestión ambiental⁹⁷.

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial.

⁹⁶ Fojas 55 a 56.

⁹⁷ Al respecto, cabe indicar que, según Granero, el estudio de impacto ambiental es un documento técnico en el que se identifican, valoran y previenen los impactos, planteando el seguimiento y control ambiental de la ejecución de un proyecto. Por lo tanto, el objetivo general del EIA pasa por el estudio del medio biofísico y socio-económico, el análisis del proyecto y la identificación y definición de las acciones que pueden provocar un impacto ambiental, recogiendo las propuestas para evitarlos, reducirlos o compensarlos.

GRANERO, Javier, [et-al], *Evaluación de Impacto Ambiental*, Primera Edición. FC. Editorial. España. 2011, p. 75.

118. En ese sentido, si construye un túnel sin contar con un instrumento de gestión ambiental, dicha situación ya no puede ser revertida con acciones posteriores, pues el instrumento de gestión ambiental que contemple la construcción de un túnel como el realizado en el presente procedimiento administrativo sancionador no incluirá medidas de manejo ambiental para aquellos impactos que se pudo haber ocasionado con su realización y operación.
119. Dicho ello, cabe indicar que si bien Enel obtuvo la certificación ambiental por la autoridad competente, ello no significa que el administrado haya subsanado voluntariamente dicha conducta infractora.
120. Por lo tanto, en el presente caso, la aprobación del instrumento de gestión ambiental por el administrado a efectos de subsanar la infracción imputada, no revierte la conducta infractora en cuestión. En consecuencia, no se ha configurado el supuesto eximente de responsabilidad descrito en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
121. A mayor abundamiento y de manera referencial, cabe precisar que el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD establece que cuando el administrado presenta información a fin de subsanar su conducta, la Administración procede a calificar y clasificar los incumplimientos en leves o trascendentes⁹⁸. Dicha clasificación permitirá conocer si la conducta infractora puede ser o no materia de subsanación por parte del administrado. En ese sentido, si el incumplimiento es leve, puede ser objeto de subsanación voluntaria por parte del administrado; no obstante, si el incumplimiento es trascendente, no es aplicable una subsanación voluntaria⁹⁹.

⁹⁸ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO DEL OEFA N° 005-2017-OEFA/CD, que aprobó el Reglamento de Supervisión, publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de febrero de 2017.

Artículo 14°.- Incumplimientos detectados.

Luego de efectuadas las acciones de supervisión, y en caso el administrado presente la información a fin que se dé por subsanada su conducta, se procede a calificar los presuntos incumplimientos de las obligaciones fiscalizables detectados y clasificarlos en leves o trascendentes, según corresponda. Los incumplimientos leves pueden ser materia de subsanación voluntaria por parte del administrado.

⁹⁹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO DEL OEFA N° 005-2017-OEFA/CD.

Artículo 15°.- De la clasificación de los incumplimientos detectados.

Los incumplimientos detectados se clasifican en:

- a) **Incumplimientos leves:** Son aquellos que involucran: (i) un daño potencial a la flora y fauna, o a la vida o salud de las personas, siempre y cuando impliquen un riesgo leve; o (ii) se trate del incumplimiento de una obligación de carácter formal u otra que no causa daño o perjuicio. Si el administrado acredita la subsanación del incumplimiento leve detectado antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, se dispondrá el archivo del expediente de supervisión en este extremo. Cuando se trate de un incumplimiento leve que solo resulte relevante en función de la oportunidad de su cumplimiento, la autoridad que corresponda puede considerar el tiempo transcurrido entre la fecha de la conducta y la fecha del Informe de Supervisión o la fecha en que este se remita a la Autoridad Instructora para disponer el archivo del expediente en este extremo, por única vez.
- b) **Incumplimientos trascendentes:** Son aquellos que involucran: (i) un daño real a la vida o la salud de las personas; (ii) un daño real a la flora y fauna; (iii) un daño potencial a la flora y fauna, o a la vida o salud de las personas, siempre y cuando impliquen un riesgo significativo o moderado; o, (iv) un incumplimiento de una obligación de carácter formal que cause daño o perjuicio. Si el administrado acredita la ejecución de acciones que coadyuven a la rehabilitación, restauración, reparación, entre otras, será considerada como un factor atenuante en la graduación de la sanción a imponer en el procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta la oportunidad en la que se acredite.

122. Dicho esto, cabe indicar que la determinación del incumplimiento en leve o trascendente estará en función al riesgo que dicho incumplimiento implique¹⁰⁰. En atención a ello, si el riesgo es leve corresponderá un incumplimiento leve, mientras que si el riesgo es significativo o moderado corresponderá un incumplimiento trascendente.
123. Para la determinación del riesgo, el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD ha establecido la aplicación de la Metodología para la estimación del riesgo ambiental que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables prevista en el Anexo 4 del reglamento en mención (en adelante, **Metodología**).
124. Al respecto, esta sala considera oportuno mencionar que la conducta infractora en cuestión, versa sobre la construcción de un túnel de seiscientos setenta (670) metros de largo, tres (3) metros de ancho y tres y medio (3.5) metros de alto; sin contar con la certificación ambiental previamente aprobada.
125. En ese sentido, teniendo en cuenta los impactos ambientales al suelo, agua y aire generados por no contar con medidas de prevención y mitigación que hayan sido aprobadas por la autoridad competente mediante un instrumento de gestión ambiental, es un evento que ocurrió de manera continua o diaria durante el transcurso de la construcción del túnel, siendo dichos impactos ambientales registrados en el año 2011 mediante denuncias¹⁰¹ y en la Supervisión Especial 2012 y con información presentada en el "*Informe Final de Excavación de la Galería de Prospección*"¹⁰² y el "*Plan de Abandono de Instalaciones del terreno*"¹⁰³.
126. Asimismo, mediante la presentación al Minem de un Plan de Manejo Ambiental con escrito N° 02029961 en setiembre de 2010, el administrado señaló que realizaría la construcción de una Galería de Prospección en la misma ubicación del túnel de acceso a la caverna de máquinas, advirtiendo los impactos ambientales que se generarán¹⁰⁴. Siendo ello así, de acuerdo con lo establecido

Para la determinación del riesgo se aplicará la Metodología para la estimación del riesgo ambiental que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables prevista en el Anexo 4, que forma parte integrante del presente Reglamento.

¹⁰⁰ Sobre este punto, cabe señalar que, de conformidad con lo establecidos en los numerales a) y b) del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, el riesgo (leve y significativo o moderado) se analiza si el incumplimiento involucra un daño potencial a la flora y fauna, o a la vida o salud de las personas.

¹⁰¹ Fojas 1 a 6.

¹⁰² Fojas 207 a 256.

¹⁰³ Fojas 153 a 206.

¹⁰⁴ Plan de Manejo Ambiental del proyecto: Galería de Prospección del proyecto Hidroeléctrico de Curibamba, presentado al MINEM con escrito 2029961 y fecha de ingreso 23 de setiembre de 2010. Capítulo IV Identificación y Evaluación de Impactos Ambientales, páginas 4-23 y 4-33.

en la Metodología, el factor de probabilidad es "muy probable" (Valor: 5)¹⁰⁵.

127. Por otro lado, la estimación de la consecuencia en el entorno natural resulta grave, pues del análisis de cada uno de los factores contenidos en la Metodología referidos a Cantidad (Cuadro N° 6), Peligrosidad (Cuadro N° 7), Extensión (Cuadro N° 8) y Medio potencialmente afectado (Cuadro N° 9) se obtuvo una puntuación de 15 del Cuadro N° 11 de la Metodología (Valor: 4)¹⁰⁶.

128. Dicha estimación se detalla a continuación:

Cuadro N° 2: Estimación de la consecuencia en el entorno natural¹⁰⁷

¹⁰⁵ Al respecto, se considera el siguiente cuadro que forma parte de la Metodología:

Cuadro N° 1 Estimación de probabilidad de ocurrencia

Valor	Probabilidad	Descripción
5	Muy probable	Se estima que ocurra de manera continua o diaria
4	Altamente probable	Se estima que pueda suceder dentro de una semana
3	Probable	Se estima que pueda suceder dentro de un mes
2	Posible	Se estima que pueda suceder dentro de un año
1	Poco probable	Se estima que pueda suceder en un periodo mayor a un año

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales
Elaboración: OEFA

¹⁰⁶ De acuerdo con la Metodología para la estimación del riesgo ambiental que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables prevista en el Anexo 4 del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD, la consecuencia en el entorno natural se estima de la siguiente manera:

Cuadro N° 11 Estimación de la consecuencia en el entorno natural

Puntuación	Condición de la consecuencia	Valor
18-20	Crítica	5
15-17	Grave	4
11-14	Moderada	3
8-10	Leve	2
5-7	No relevante	1

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales
Elaboración: Ministerio del Ambiente

¹⁰⁷ Cabe precisar que si bien el incumplimiento de la obligación fiscalizable puede generar consecuencias en el entorno humano o natural, en el presente caso, la estimación de la consecuencia del entorno humano es menor que la del entorno natural, razón por la cual se utiliza esta última para la determinación del riesgo, según lo previsto en el numeral 2.2.2 de la Metodología que señala lo siguiente:

Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD.

ANEXO 4

Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables

2. ESTIMACIÓN DEL NIVEL DE RIESGO QUE GENERA EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALIZABLES

(...)

Factores	Escenarios	Puntuación
<p style="text-align: center;">Cantidad (Cuadro N° 6 de la Metodología¹⁰⁸)</p>	<p>Se menciona que luego de realizar la limpieza del frente de excavación y el replanteo del punto de inicio de la excavación, se realizó la remoción de material, hasta llegar al afloramiento rocoso eliminándose un total de 5 407.32 m³ ¹⁰⁹. Asimismo, el túnel mencionado en la imputación presenta las siguientes dimensiones: 3 metros de ancho x 3.5 metros de alto x 670 metros de longitud, generando un volumen de tierras y rocas de aproximadamente 7,035 m³. En ese sentido, se generará un volumen total de material de desecho de aproximadamente 12 442.32 m³, es por ello que, se asume un valor de cuatro (4). Por lo tanto, es necesario contar con un instrumento de gestión ambiental que identifique y evalúe los impactos ambientales que se generen (como por ejemplo: pérdida permanente de la calidad del suelo y fertilidad del suelo por escarpe, alteración permanente de la morfología terrestre por excavación en material común, disminución de la cantidad de agua subterránea, debido a la excavación en roca dentro de la galería de de prospección, afectación de la vegetación y flora terrestre por reducción de cobertura vegetal, entre otros¹¹⁰) y establezca medidas de manejo para</p>	4

2.2 Aplicación de la Fórmula N° 1

(...)

2.2.2 Estimación de la consecuencia

La materialización de un riesgo puede generar consecuencias diferentes. Por ello, la estimación de la consecuencia se realizará en función a la posible afectación al entorno humano o entorno natural.

En caso el riesgo esté presente tanto en el entorno humano como en el natural, se selecciona el de mayor valor, a fin de obtener una estimación de la consecuencia que responda a la realidad que amerita atención inmediata.

¹⁰⁸ Al respecto, se considera el siguiente cuadro que forma parte de la Metodología:

Cuadro N° 6 Factor Cantidad

Valor	Tn	m ³	Porcentaje de exceso de la normativa aprobada o referencial	Porcentaje de incumplimiento de la obligación fiscalizable
4	≥ 5	≥ 50	Desde 100% a más	Desde 50% hasta 100%
3	≥ 2 y < 5	≥ 10 y < 50	Desde 50% y menor de 100%	Desde 25% y menor de 50%
2	≥ 1 y < 2	≥ 5 y < 10	Desde 10% y menor de 50%	Desde 10% y menor de 25%
1	< 1	< 5	mayor a 0% y menor de 10%	mayor a 0% y menor de 10%

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales

Elaboración: OEFA

¹⁰⁹ Foja 249.

¹¹⁰ Dichos impactos ambientales y medidas de prevención y/o mitigación fueron identificados en el Plan de Manejo Ambiental de la Galería de Prospección de la CH Curibamba, presentado al MINEM con escrito 02029961 con fecha de ingreso 23 de setiembre de 2010. Capítulo IV Identificación y Evaluación de Impactos Ambientales, páginas 4-23 y 4-33.

Factores	Escenarios	Puntuación
	prevenirlos y/o mitigarlos.	
Peligrosidad (Cuadro N° 7 de la Metodología ¹¹¹)	La excavación se realizó con el método de perforación y voladura (D&B), utilizando explosivos con retardos, por lo tanto, es necesario contar con un instrumento de gestión ambiental que identifique y evalúe los impactos ambientales que se generen producto del empleo de explosivos y establezca medidas de manejo para prevenirlos y/o mitigarlos ¹¹² . Es por ello que, por el empleo de explosivos se asume un valor de tres (03).	2* x (3)
Extensión (Cuadro N° 8 de la Metodología ¹¹³)	La zona impactada correspondiente al túnel mencionado en la imputación y a las áreas colindantes donde se desarrollaron las actividades que contribuyeron a su implementación, tendrá un área	3

¹¹¹ Al respecto, se considera el siguiente cuadro que forma parte de la Metodología:

Cuadro N° 7 Factor Peligrosidad

Peligrosidad			
Valor	Característica intrínseca del material		Grado de afectación
4	Muy peligrosa	<ul style="list-style-type: none"> Muy inflamable Tóxica Causa efectos irreversibles y/o inmediatos 	Muy alto (Irreversible y de gran magnitud)
3	Peligrosa	<ul style="list-style-type: none"> Explosiva Inflamable Corrosiva 	Alto (Irreversible y de mediana magnitud)
2	Poco Peligrosa	<ul style="list-style-type: none"> Combustible 	Medio (Reversible y de mediana magnitud)
1	No peligrosa	<ul style="list-style-type: none"> Daños leves y reversibles 	Bajo (Reversible y de baja magnitud)

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales
Elaboración: OEFA

¹¹² Foja 248.

¹¹³ Al respecto, se considera el siguiente cuadro que forma parte de la Metodología:

Cuadro N° 8 Factor Extensión

Extensión			
Valor	Descripción	Km	m ²
4	Muy extenso	Radio mayor a 1km.	≥ 10000
3	Extenso	Radio hasta 1 km.	≥ 1000 y < 10 000
2	Poco extenso	Radio hasta 0,5 Km.	≥ 500 y < 1000
1	Puntual	Radio hasta 0,1 Km	< 500

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales
Elaboración: OEFA

Factores	Escenarios	Puntuación
	minima (03 metros de ancho x 670 metros de longitud) de 2010 m ² , es por ello que se asume un valor de tres (3).	
Medio Potencialmente afectado (Cuadro N° 9 de la Metodología¹¹⁴)	El suelo de la zona afectada corresponde a suelos de consociación fluvial, los cuales por sus características edáficas y ecológicas circundantes, son aptos para plantaciones forestales de calidad agrológica media con limitación por suelo e inundación por estar muy cerca de los ríos ¹¹⁵ . Es por ello que se asume un valor de dos (2).	2
Total		15

129. Una vez obtenidos los valores de la probabilidad (5) y la consecuencia del entorno natural correspondiente (4), estos se reemplazan en la formula N° 1 del Anexo 4¹¹⁶, obteniéndose un valor del riesgo de 20¹¹⁷, el cual que se interpreta como un

¹¹⁴ Al respecto, se considera el siguiente cuadro que forma parte de la Metodología:

Cuadro N° 9 Factor del medio potencialmente afectado

Valor	Medio potencialmente afectado
4	Área Natural Protegida de administración nacional, regional y privada, zonas de amortiguamiento o ecosistemas frágiles
3	Área fuera del ANP de administración nacional, regional y privada; o de zonas de amortiguamiento o ecosistemas frágiles
2	Agrícola
1	Industrial

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales
Elaboración: OEFA

¹¹⁵ Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Curibamba aprobado mediante Resolución Directoral N° 257-2012-MEM-AAE de fecha 03 de octubre de 2012. Capítulo V: Línea Base Ambiental, página 5.2-99 y Anexo del Capítulo V: Plano N° CSL-091400-1-AM-12 "Mapa de Suelo"

¹¹⁶ La Metodología para la estimación del riesgo ambiental que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables prevista en el Anexo 4 del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD, plantea la siguiente fórmula:

$$\text{Entorno Natural} = \text{Cantidad} + 2 * \text{Peligrosidad} + \text{Extensión} + \text{Medio potencialmente afectado}$$

¹¹⁷ De acuerdo con la Metodología para la estimación del riesgo ambiental que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables prevista en el Anexo 4 del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD, el riesgo se determina de la siguiente manera:

Cuadro N° 12 Determinación del nivel de riesgo

Rango del riesgo	Nivel de riesgo en función del entorno humano y el entorno natural
16 - 25	Riesgo significativo
6 - 15	Riesgo moderado
1 - 5	Riesgo leve

Fuente: Norma UNE 150008-2008 – Evaluación de riesgos ambientales
Elaboración: OEFA



nivel de riesgo "**significativo**".

130. En ese sentido, la conclusión arribada en el considerando 120, como consecuencia de la aplicación del literal f) del numeral 1 artículo 255° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, coincide con el análisis referencial cuando se aplica el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD. De este modo, la conducta infractora no puede ser materia de subsanación voluntaria.

De conformidad con lo dispuesto en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI del 16 de noviembre de 2016, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Enel Generación Perú S.A.A. (antes, Edegel S.A.A.) por la comisión de la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución y se sancionó con una multa ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por los fundamentos establecidos en la parte considerativa, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a treinta y tres con cuarenta y ocho (33.48) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la Resolución Directoral N° 1765-2016-OEFA/DFSAI; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a Enel Generación Perú S.A.A. (antes, Edegel S.A.A.) y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.

.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO

Presidente

Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI

Vocal

Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
RAFAEL MAURICIO RAMÍREZ ARROYO

Vocal

Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
SEBASTIÁN ENRIQUE SUITO LÓPEZ

Vocal

Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

VOTO SINGULAR DEL VOCAL JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI

En esta ocasión considero pertinente emitir un voto singular –el cual presento y justifico por escrito de conformidad con lo previsto en el numeral 11.2 del artículo 11° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental–, por las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente expongo.

1. Los votos singulares emitidos desde el mes de diciembre de 2016 que integran las Resoluciones N^{os} 004-2017-OEFA/TFA-SEPIM, 005-2017-OEFA/TFA-SEPIM, 006-2017-OEFA/TFA-SEPIM, 007-2017-OEFA/TFA-SEPIM y 012-2017-OEFA/TFA-SEPIM, fueron vertidos luego de la modificación de la Ley del Procedimiento Administrativo General por el Decreto Legislativo N° 1272 mediante el cual se incorporó el literal f) del artículo 236-A, al considerar que su aplicación en el procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental debe sujetarse a lineamientos especiales en concordancia con el bien jurídico tutelado.
2. El precitado artículo 236-A referido a Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones, establece en el numeral 1 como condición eximente de la responsabilidad por infracciones en el literal f) *“La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235”*. Actualmente, con la publicación el 20 de marzo del año en curso del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la condición eximente a la que se alude está regulada en el inciso f) del numeral 1 del artículo 255°.
3. Lo anotado ha conllevado su aplicación inmediata a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite desde el 22 de diciembre de 2016, criterio que fue plasmado por primera vez en la Resolución N° 057-2016-TFA/SEPIM y siguió en las sucesivas decisiones donde resultaba pertinente su incorporación como he consignado en el punto 1 el presente voto. En dichas ocasiones he planteado que el acercamiento a los alcances de la subsanación voluntaria debe tomar en cuenta un enfoque constitucional sobre el derecho fundamental al medio ambiente.
4. Sobre el particular, es importante destacar que el Tribunal Constitucional en una línea jurisprudencial uniforme ha señalado que el derecho al medio ambiente contiene dos elementos¹¹⁸. Por un lado, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, que comporta la facultad de las personas de disfrutar de un ambiente en el que sus componentes se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica¹¹⁹; y, en segundo lugar, el derecho a que el ambiente

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 17.

¹¹⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 17, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

se preserve, lo cual trae obligaciones ineludibles para los poderes públicos -de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute-, y obligaciones para los particulares, en especial de aquellos cuyas actividades económicas inciden directa o indirectamente en el medio ambiente; siendo que, tales obligaciones en su conjunto se materializan, en: i) la obligación de respetar (no afectar el contenido protegido del derecho) y ii) la obligación de garantizar, promover, velar y, llegado el caso, de proteger y sancionar el incumplimiento de la primera obligación referida¹²⁰.

- 
5. El deber de garantizar al que alude el Supremo Intérprete, se materializa en la creación de una estructura estatal mediante la cual se ejerce el poder público y que tiene por finalidad asegurar –en el ámbito de lo jurídico– el pleno ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente. En dicho orden de ideas, el Tribunal Constitucional destaca el importante rol que en materia ambiental juegan las agencias estatales que se hacen cargo de su formulación, implementación y de la fiscalización; y en esa misma línea, de la implantación de los procedimientos que permiten realizar un adecuado ejercicio del derecho fundamental y en cuanto se produzca su afectación, exigir su tutela. El Tribunal Constitucional aclara que por procedimientos no debe entenderse únicamente a los procesos judiciales sino que involucra a los “procedimientos jurídicamente disciplinados, cualquiera sea el rango de la disposición que la contiene”, esto significa que se reconoce en los distintos tipos de procedimientos sujetos a una ordenación jurídica un nivel de protección ambiental.
 6. En el marco de lo indicado se hace evidente que el procedimiento administrativo sancionador ambiental no puede entenderse desligado de su finalidad, esto es proteger el derecho al medio ambiente. La forma de preservar el medio ambiente sano y equilibrado desde la posición del Estado es cumpliendo la obligación de garantizar, promover, velar y, llegado el caso, de proteger y sancionar el incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables.
 7. En tal medida, la condición eximente de responsabilidad referida a la subsanación voluntaria en materia ambiental solo puede ser entendida cuando la conducta del infractor, o, en los términos de la Ley del Procedimiento Administrativo General, posible sancionado, no haya afectado, por acción u omisión, el medio ambiente, o dicho de otro modo, no haya generado algún tipo de impacto en el ambiente. Ciertamente es que la afectación al ambiente es la demostración palmaria de que no cabe subsanación alguna que repare el impacto pero, a mi entender, hay otras situaciones que, por el peligro que cierne sobre el ambiente se pueden equiparar

“En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido”.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05471-2013-PA/TC. Fundamento jurídico 7.

a una afectación directa al ambiente. En efecto, cuando un particular prescinde de cumplir la normativa que lo habilitaría para desarrollar actividades económicas, que en materia ambiental es el origen y el fin de todo, o cuando a pesar de haber incurrido por acción u omisión en una conducta infractora y haberse acogido a la condición eximente repite la misma conducta pasible de sanción se generan supuestos en los que no debería operar la condición eximente en comento. Si bien estos casos no están ligados a la afectación directa o real del ambiente no pueden ser tolerados por el Estado en tanto denotan un deterioro de la percepción de un particular respecto a las obligaciones que les son inherentes como participantes del conglomerado social en la tutela de un derecho que recae en todos los ciudadanos.

8. En el marco descrito, corresponde al Tribunal de Fiscalización Ambiental como operador jurídico realizar la evaluación de los supuestos en los cuales resulta posible entender que se ha configurado la condición eximente en comento, de modo tal que los reiterados y uniformes pronunciamientos marquen un criterio en la resolución de los casos. En tal sentido, debe mencionarse que en la Resolución N° 008-2017-OEFA/TFA-SEPIM (considerandos 65, 66 y 67) la Sala sostuvo, respecto a la posibilidad de subsanación la infracción consistente en exceder los LMP, lo siguiente:

“65. (...) ha cumplido con el valor de los LMP establecido para el parámetro Sólidos Totales Suspendidos (en adelante, STS), situación que se presenta antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, ello no acredita que el administrado subsanó la conducta infractora en cuestión, pues esta —por su naturaleza— no resulta subsanable.

66. En efecto, debe señalarse que el monitoreo de un efluente en un momento determinado refleja las características singulares de este, en ese instante. Por ello, a pesar de que con posterioridad a la comisión de la infracción el titular realice acciones destinadas a que los monitoreos posteriores reflejen que los parámetros se encuentran dentro de los límites establecidos, ello no significa que dichas acciones puedan ser consideradas como una subsanación de la conducta infractora.

67. En ese sentido, esta Sala considera que la conducta infractora referida al exceso del parámetro STS por su naturaleza, no resulta subsanable; por lo que, no corresponde analizar la oportunidad de la ejecución de las acciones descritas por el administrado expuestas en sus descargos; y, por ende, no se ha configurado el supuesto eximente de responsabilidad descrito en el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444.”

9. En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta, finalmente, que se ha publicado el 3 de febrero de 2017 la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD mediante la cual se aprueba el Reglamento de Supervisión Directa cuyo objeto es regular y uniformizar los criterios para el ejercicio de la función de supervisión en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y de otras normas que le atribuyen dicha función al Organismo de Evaluación y Fiscalización

Ambiental. Dicho reglamento contiene en el Anexo 4 una Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables la que se ha elaborado sobre la base de la Guía de Evaluación de Riesgo Ambiental publicada por el Ministerio del Ambiente en el año 2010.

10. Sobre la posibilidad de tomar en cuenta la Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables para determinar la subsanación de la infracción debe tenerse en cuenta que solo luego evaluar la naturaleza de la infracción, los medios probatorios obrantes en el expediente y los criterios sentados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental cabe su utilización referencial teniendo en consideración que debe buscarse un mecanismo de protección del bien jurídico tutelado, el marco descrito en el punto 7 del presente voto.
11. En el caso concreto, se ha advertido en los considerandos 117, 118 y 119 que Enel Generación Perú S.A.A. (antes, Edegel S.A.A.) obtuvo la certificación ambiental por la autoridad competente. Sin embargo, en la medida que la propia actividad de construcción el túnel implica, como mínimo, poner en riesgo al entorno natural donde se desarrollaron dichas actividades, pues tal operación se ha realizado sin considerar medidas de prevención o mitigación de impactos ambientales negativos previstos en un instrumento de gestión ambiental, se concluye que no ha existido subsanación voluntaria de la mencionada conducta infractora.
12. De otro lado, debo señalar que en la Resolución N° 022-2014-OEFA/TFA-SEP1 se concluyó declarando la nulidad de la resolución administrativa (Resolución Directoral N° 191-2014-OEFA/DFSAl) que sancionó al administrado con una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias, debido a que la primera instancia aplicó la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS-CD a pesar de encontrarse derogada. Dicha posición que fue suscrita por mí en el año 2014, ha sido revisada por la Sala Especializada en Energía al expedir las Resoluciones N°s 028-2015-OEFA/TFA-SEE, 044-2015-OEFA/TFA-SEE, 050-2015-OEFA/TFA-SEE en las cuales se señaló, entre otros argumentos, que las facultades adquiridas por el OEFA en materia ambiental, a través del artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, le permiten sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el Osinergmin, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador. Asimismo, estableció que en virtud de lo dispuesto en el artículo 21° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, así como en el numeral 3 del artículo 32° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las normas emitidas por el organismo regulador solo pueden ser entendidas dentro del ámbito de su competencia, ya que lo contrario implicaría intervenir en el desarrollo de las facultades de otras entidades. Por último, se precisó que la postura de la Sala, era perfectamente coincidente con lo señalado en el Informe Jurídico N° 12-2014-JUS/DGDOJ, del 2 de diciembre de 2014, emitido por la Dirección General de

Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹²¹.

13. Siendo este último criterio el vigente actualmente en el Tribunal de Fiscalización Ambiental y encontrando asidero legal y fáctico en lo anotado en el punto anterior, debo señalar que adopto dicha postura lo que supone, para el caso concreto, la correcta aplicación del numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

.....
JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI
Vocal

**Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**

¹²¹

“(xii) En consecuencia, para la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico... las tipificaciones en materia ambiental aprobadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, durante el periodo en que contaba con competencia normativa en materia ambiental, no han sido derogadas posteriormente con la emisión de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 267-2012-OS/CD, N° 271-2012-OS/CD y N° 035-2014-OS/CD, en la medida que es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, el organismo competente en el ejercicio de la fiscalización ambiental, siendo esta entidad la que cuenta con función normativa para tipificar infracciones y sanciones correspondientes en materia ambiental.
(xiii) Finalmente... las tipificaciones aprobadas por Resoluciones de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, 388-2007-OS/CD y 185-2008-OS/CD, se mantendrían vigentes en lo referido a las infracciones y sanciones en materia ambiental en los sectores de energía y minería, en tanto fueron aprobadas bajo la competencia ejercida del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN y, han concretado la continuidad de las funciones de protección del medio ambiente que le corresponde al Estado, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA”.