



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

RESOLUCIÓN N° 0188-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE N° : 032-2017-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS¹
ADMINISTRADO : ORAZUL ENERGY PERÚ S.A.².
SECTOR : ELECTRICIDAD
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 101-2018-OEFA/DFAI

SUMILLA: *Se confirma la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de enero de 2018, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Orazul Energy Perú S.A., respecto la conducta infractora referida a que excedió los Límites Máximos Permisibles – LMP del parámetro Sólidos Totales Suspendidos – STS, para efluentes líquidos de la actividad eléctrica, durante el mes de marzo de 2015.*

Asimismo, se declara la nulidad de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de enero de 2018, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Orazul Energy Perú S.A., respecto de la conducta infractora referida a que excedió los Límites Máximos Permisibles – LMP del parámetro Sólidos Totales Suspendidos – STS, para efluentes líquidos de la actividad eléctrica, durante los meses de agosto, noviembre y diciembre del 2014; así como enero, abril, mayo y junio de 2015., y, en consecuencia ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador, en este extremo.

¹ El 21 de diciembre de 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 013-2007-MINAM mediante el cual se aprobó el nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OEFA y se derogó el ROF que fue aprobado por el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

Cabe señalar que el procedimiento administrativo sancionador seguido en el Expediente N° 032-2017-OEFA/DFAI/PAS fue iniciado durante la vigencia del ROF del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, en virtud del cual la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) es el órgano de línea encargado de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos; sin embargo, a partir de la modificación del ROF, su denominación es la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (DFAI).

² Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones cambió de razón social a Orazul Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones.

Lima, 28 de junio de 2018

I. ANTECEDENTES

1. Orazul Energy Perú S.A.³ (en adelante, **Orazul**) es titular de la Central Hidroeléctrica Carhuaquero IV, la cual se encuentra ubicada en el distrito de Catache, provincia de Santa Cruz, departamento de Cajamarca.
2. Mediante Resolución Ministerial N° 584-2006-EM/DGE del 4 de diciembre de 2006, el Ministerio de Energía otorgó al administrado autorización por tiempo indefinido para el desarrollo actividades de generación de energía eléctrica.
3. Del 8 al 10 de julio de 2015, la Dirección de Supervisión (**DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (**OEFA**) realizó una supervisión regular (**Supervisión Regular 2015**) a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental, los resultados fueron recogidos en el Acta de Supervisión Directa (**Acta de Supervisión**)⁴, y evaluados en el Informe de Supervisión N° 161 -2016-OEFA/DS-ELE (**Informe de Supervisión**)⁵ y en el Informe Técnico Acusatorio N° 2514-2016-OEFA/DS del 31 de agosto de 2016. (**ITA**)⁶.
4. Sobre esa base, mediante Resolución Subdirectoral N° 97-2017-OEFA-DFSAI/SDI⁷ del 19 de enero de 2017, la Subdirección de Instrucción e Investigación (**SDI**) de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (**DFSAI**) del OEFA, dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Orazul⁸.
5. La SDI emitió el Informe Final de Instrucción N° 798-2017-OEFA/DFSAI/SDI el 31 de agosto de 2017⁹ (**IFI**), recomendando a la Autoridad Decisora declarar la existencia de la responsabilidad administrativa de Orazul.
6. Mediante carta N° 1570-2017-OEFA/DFSAI/DI notificada el 05 de octubre de 2017, la DFSAI comunica al administrado que el 06 de noviembre de 2017, se celebrará el informe oral solicitado en sus descargos¹⁰.

³ Registro Único de Contribuyente N° 20601605385.

⁴ Páginas 29 a 32 del archivo IPSD 068-2016 adjunto en el disco compacto que obra en el folio 9.

⁵ Páginas 1 a 18 del disco compacto que obra en el folio 9.

⁶ Folios 1 al 8.

⁷ Folios 11 a 18. Notificada el 25 de enero de 2017 (folio 19 y 20).

⁸ Mediante escrito con Registro N° 17573, presentado el 22 de febrero de 2017 (folios 21 a 89), Orazul formuló descargos respecto de la Resolución Subdirectoral N° 97-2017-OEFA/DFSAI/SDI.

⁹ Folios 90 al 97.

¹⁰ Folios 98 al 99

7. Mediante Resolución Directoral N° 1688-2017-OEFA/DFSAI/SDI el 20 de octubre de 2017, la DFSAI resuelve ampliar por tres (3) meses el plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador¹¹.
8. Luego de la evaluación de los descargos del administrado¹², la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI el 24 de enero de 2018, por medio de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Orazul¹³, de acuerdo al siguiente detalle:

¹¹ Folios 131 al 132

¹² Folios 141 al 278

¹³ En virtud de lo dispuesto en la siguiente base legal:

Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país (diario oficial *El Peruano*, 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:

- 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 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: (...)

- 2.2 Si se verifica la existencia de infracción administrativa distinta a los supuestos establecidos en los literales a), b) y c) del tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230, primero se dictará la medida correctiva respectiva, y ante su incumplimiento, la multa que corresponda, con la reducción del 50% (cincuenta por ciento) si la multa se hubiera determinado mediante la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, o norma que la sustituya, en aplicación de lo establecido en el segundo párrafo y la primera oración del tercer párrafo del artículo antes mencionado.

En caso se acredite la existencia de infracción administrativa, pero el administrado ha revertido, remediado

Cuadro N° 1: Detalle de la conducta infractora

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	Orazul excedió los Límites Máximos Permisibles – LPM del parámetro Sólidos Suspendidos Totales -STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica.	Artículo 2° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA ¹⁴ en concordancia con el literal h) del artículo 31° de la LCE ¹⁵	Numeral 11 del Cuadro de Tipificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, que aprueba la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionada al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencias del OEFA ¹⁶ .

Fuente: Resolución Subdirectoral N° 97-2017-OEFA/DFSAI/SDI.
Elaboración: Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA).

9. La Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI¹⁷ se sustentó en los siguientes fundamentos:
- i) Lo alegado por Orazul en su escrito de apelación no puede calificarse como un caso fortuito o de fuerza mayor, en tanto que el administrado tenía conocimiento del hecho de forma previa a la construcción y operación de la CH Carhuaquero.
 - ii) En el presente PAS no se encuentra en discusión las acciones o medidas de prevención y control realizadas por Orazul para la disminución de la

¹⁴ **RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 008-97-EM-DGAA**, que aprueba niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. **Artículo 2°.-** Los Niveles Máximos Permisibles a los cuales se sujetarán las actividades mencionadas en el artículo anterior, están señalados en el Anexo 1 que se adjunta a la presente Resolución Directoral y forma parte de la misma.

¹⁵ **Decreto Ley N° 25844** que establece disposiciones normativas en lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica. **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

¹⁶ **Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones Relacionadas al Incumplimiento de los Límites Máximo Permisibles**, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD:

	Infracción	Base normativa	Calificación de la gravedad la infracción	Sanción
11	Excederse en más del 200% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de los parámetros que no califican como de mayor riesgo ambiental.	Artículos 117 de la Ley General del Ambiente y artículo 17° de la Ley del SINEFA	Grave	De 50 a 500 UIT

¹⁷ Folios 288 a 295. La referida Resolución Directoral fue notificada al administrado el 25 de enero de 2017 (folios 296)

concentración de STS en las aguas turbinadas de la CH Carhuaquero IV; por lo cual, al no tratarse de un punto controvertido en el presente PAS, no corresponde emitir pronunciamiento al respecto.

- iii) En el presente caso, CH Carhuaquero IV, no cuenta con medidas de prevención y mitigación para evitar los excesos de STS en sus efluentes líquidos que hayan sido desarrolladas en un instrumento de gestión ambiental o en alguna obligación de carácter ambiental que requiera el cumplimiento de los LMP de efluentes.
- iv) En relación al cuestionamiento realizado por Orazul respecto de la metodología empleada para la toma de muestra, corresponde indicar que el Protocolo Nacional de Monitoreo de la calidad de cuerpos naturales de agua superficial aprobado mediante Resolución Jefatural N° 182-2011-ANA, reconoce el tipo de muestreo puntual, así como el tipo compuesto, por lo que los resultados obtenidos en ambos supuestos son representativos en la caracterización del efluente para el lugar, tiempo y circunstancia en que la muestra fue recolectada.
- v) La metodología planteada por el administrado no puede ser aplicada para el caso de toma de muestras de efluentes pues requiere realizar cortes transversales al cuerpo receptor (rio chancay) lo cual generaría que el efluente se diluya en el cuerpo del agua y la muestra del efluente no sea representativa.
- vi) Tal como señala el administrado, de la revisión de los informes de ensayo que sustenten los informes de Monitoreo, se aprecia que las tomas de muestra para el punto de descarga (efluente) y el punto de monitoreo aguas arriba (bocatoma) fueron tomadas en días y horas distintas, por lo cual dichas muestras no pueden ser comparadas.

10. Con fecha 15 de febrero de 2018, Orazul interpuso recurso de apelación¹⁸ contra la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI, argumentando lo siguiente:

Vulneración del principio del debido procedimiento administrativo

- a) La ampliación del plazo de caducidad realizada por la DFSAI realizada mediante Resolución Subdirectoral N° 1688-2017-OEFA-DFSAI/SDI, del 20 de octubre de 2017, no fue debidamente sustentada puesto que, si bien ésta buscaba garantizar el derecho de Orazul al uso de la palabra, el mismo fue solicitado el 22 de febrero de 2017, es decir 8 meses antes de emitida la referida resolución.
- b) La DFSAI determinó citar a audiencia de informe oral una vez que el plazo de caducidad del procedimiento había vencido para de ese modo buscar

¹⁸ Folios 579 a 600.

justificar, de manera poco adecuada, la ampliación del plazo regulado en el artículo 257 de la LPGA de manera estrictamente excepcional.

- c) La Resolución Subdirectoral N° 1688-2017-OEFA-DFSAI/SDI no desarrolla los motivos ni la justificación que tendría la DFSAI para no haber citado antes a Orazul a audiencia de informe oral conociendo que el procedimiento caducaba el 25 de octubre de 2017, por lo cual se hace manifiesta la vulneración del debido procedimiento.
- d) La Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI no se encuentra debidamente motivada dado que omite pronunciarse por completo sobre uno de los argumentos desarrollados por Orazul referidos a las medidas de control y mitigación a fin de evitar el exceso de STS.

Sobre las condiciones Preexistentes del rio Chancay y las operaciones de Orazul en la C.H. Carhuaquero IV

- e) Orazul no es causante de la concentración de STS que se ha identificado en el efluente líquido de la CH Carhuaquero IV, puesto que dicha concentración se origina a partir de situaciones externas tales como las características naturales del río Chancay y los cambios en la estación.
- f) No existe nexo causal que vincule a las operaciones de Orazul con las concentraciones de sólidos en el río Chancay, ya que dicha concentración tiene origen en las condiciones naturales del cuerpo de agua el cual arroja niveles altos de STS, por encima de los LMP, desde hace más de 30 años.
- g) El exceso de concentración de STS en el río Chancay es un hecho que se encuentra fuera de la esfera de control de Orazul, por lo que se trataría de un supuesto de fuerza mayor.
- h) Solo podría determinarse responsabilidad de Orazul por el exceso de concentraciones de STS en caso se identifique un incumplimiento a las obligaciones derivadas de lo siguiente: (i) normas ambientales aplicables a Orazul; ii) compromisos ambientales del Contrato de Concesión suscrito entre Orazul y el estado Peruano; o, iii) mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA; o, iv) compromisos que se deriven de los instrumentos de gestión ambiental aprobados a favor de Orazul para la operación de la C.H. Carhuaquero IV.

Sobre las medidas de mitigación y control adoptadas por Orazul

- i) Orazul ha ejecutado medidas para disminuir los STS en el río Chancay, utilizando para ello un desarenador.
- j) La DFSAI no ha fundamentado adecuadamente porqué en el caso de la C.H. Cañon del Pato (materia del exp. N° 028-2013-OEFA/DFSAI/PAS) si consideró que el exceso de STS, como una condición natural del río, no era

imputable a Duke Energy, mientras que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, en donde se presenta un escenario idéntico, determinó que no se habría configurado el eximente de responsabilidad alegado por Orazul.

Sobre la metodología de muestreo empleada para la medición

- k) La verdadera situación de la concentración promedio de los sólidos en suspensión es recurriendo a un método de muestras promedio. Este método supone un muestreo integrador de profundidad; es decir se recogen una serie de pequeñas sub muestras correspondientes a una misma columna de agua, y se obtiene así un valor promedio representativo del entorno de la bocatoma o de la sección transversal del río.
- l) Para establecer la responsabilidad administrativa, se requiere que la causalidad este completamente demostrada; y, ello solo sería posible bajo un método de muestreo representativo que, en el presente caso, la autoridad no ha utilizado.
- m) Es importante tener en cuenta que la normativa vigente en materia de efluentes de la actividad eléctrica no ha establecido una metodología específica que deba ser aplicada por los titulares de dichas actividades para la toma de muestras; por lo que tanto la metodología puntual como la compuesta podrían ser utilizadas por Orazul; sin embargo la metodología compuesta resulta plenamente aplicable al caso concreto y es técnicamente la toma de muestra más adecuada para obtener resultados idóneos y que tengan un margen de fiabilidad.

Sobre el momento en que fueron realizados los monitoreos materia de fiscalización del OEFA

- n) Los momentos distintos en los que se han tomado las muestras de los efluentes generados en la C.H. Carhuaquero IV también habrían generado una distorsión en los valores de STS obtenidos.
- o) La razón por la que la consultora ambiental tomó las muestras de efluentes en distintos días y horarios se debe a que el acceso a las instalaciones de la C.H. Carhuaquero IV se vió limitado durante la visita para el recojo de muestras y realización de monitoreo de efluentes. En otras palabras, algunos deslizamientos en la zona y lo accidentado del área materia de supervisión generan que en algunas oportunidades las muestras se recojan indistintamente sin un orden en particular; generando con ello que en algunas oportunidades el muestreo se realice primero del punto de descarga y luego de la bocatoma o viceversa.
- p) El hecho de que la toma de muestras se realice en horarios distintos, aun cuando sea dentro del mismo día, genera una distorsión en los valores que no permite ni garantiza que ambas muestras sean comparables. Por lo cual

la DFSAI no debió haber comparado las muestras de ninguno de los meses de los años 2014 y 2015 que fueron materia de supervisión

11. El 15 de junio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de informe oral ante la Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera del TFA, conforme consta en el acta correspondiente¹⁹, en la cual Orazul reiteró los argumentos señalados en su recurso de apelación.

II. COMPETENCIA

12. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (**Decreto Legislativo N° 1013**)²⁰, se crea el OEFA.
13. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011²¹ (**Ley N° 29325**), el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
14. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que, mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas

¹⁹ Folio 250 a 251

²⁰ **Decreto Legislativo N° 1013, 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.

²¹ **Ley N° 29325.**
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.

por el OEFA²².

15. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²³ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin²⁴ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD²⁵ se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad desde el 4 de marzo de 2011.
16. Por otro lado, en el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁶ y en los artículos 19° y 20° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM²⁷ se disponen que el Tribunal de Fiscalización

²² Ley N° 29325.

Disposiciones Complementarias Finales

Primera. Mediante Decreto Supremo referendado 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.

²³ 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.

²⁴ Ley N° 28964.

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2017.

Artículo 19°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

19.1 El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano resolutorio que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones en la emisión de sus resoluciones y pronunciamiento; y está integrado por Salas Especializadas en los asuntos de competencia del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

19.2 La conformación y funcionamiento de la Salas del Tribunal de Fiscalización Ambiental es regulada mediante Resolución del Consejo Directivo del OEFA.

Artículo 20°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA en materia de sus competencias.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

17. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales 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)²⁸.
18. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la LGA²⁹, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
19. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
20. En 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 ambiente³⁰.

El Tribunal de Fiscalización Ambiental tiene las siguientes funciones:

- a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.
- b) Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Emitir precedentes vinculantes que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de las normas de competencia del OEFA, cuando corresponda.
- d) Ejercer las demás funciones que establece la normativa vigente sobre la materia.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²⁹ **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.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

21. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental³¹, cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y el derecho que dicho ambiente se preserve³²; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³³.
22. Cabe destacar que, en su dimensión como conjunto de obligaciones, la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
23. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³⁴.
24. Bajo dicho marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIÓN PREVIA

IV.1 De la vulneración del debido procedimiento en la emisión de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI

³¹ Constitución Política Del Perú.

Artículo 2º.- 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.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

25. Previo al análisis del punto controvertido, esta sala considera prioritario establecer si la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI ha sido emitida de conformidad con los principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa³⁵. Una vez dilucidada dicha cuestión, este tribunal se pronunciará, de ser el caso, sobre los argumentos planteados por el administrado en su recurso de apelación³⁶.
26. Con relación a la debida motivación, se establecen dos principios jurídicos relacionados con dicha exigencia, estos son, el principio de debido procedimiento y el principio de verdad material, regulados en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, respectivamente³⁷. Respecto al principio del debido procedimiento, se establece la garantía a favor de los administrados referida a que las decisiones que tome la autoridad administrativa se encuentren motivadas y fundadas en derecho; asimismo, sobre el principio de verdad material, se dispone que los hechos que sustenten las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa se encuentren verificados plenamente.
27. Partiendo de ello, es posible colegir que la motivación exige que la autoridad administrativa justifique toda decisión que adopte, lo cual implica la exposición de los hechos (debidamente probados) y las razones jurídicas y normativas correspondientes.
28. Cabe destacar que, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la Ley N° 27444, la motivación se establece como un elemento de validez del acto administrativo, siendo que, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 de la

³⁵ Cabe precisar que, conforme al numeral 1.2. del Artículo IV del TUO de la LPAG, una de las manifestaciones del principio del debido procedimiento consiste en que los administrados gocen del derecho de obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado, en reiteradas ejecutorias, que el derecho reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución no solo tiene una dimensión "judicial". En ese sentido, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en todas las instancias seguidas en todos los procedimientos, incluidos los administrativos, ello con el fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.
(Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2508-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 2).

Tomando en cuenta lo antes expuesto, queda claro que, en el supuesto que la Administración sustente su decisión en una indebida aplicación e interpretación de las normas (sustantivas y formales), no solo se está vulnerando el principio de debido procedimiento antes referido, sino, a su vez, el principio de legalidad, regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho.

³⁶ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 032-2013-OEFA/CD**, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013

Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental (...)

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

³⁷ Se cita diversas sentencias del Tribunal Constitucional: sentencia recaída en el expediente N° 2132-2004-AA/TC (Fundamento jurídico 8); sentencia recaída en el expediente N° 03399-2010-PA/TC (Fundamento jurídico 4); sentencia recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC (Fundamento jurídico 7).

citada norma, la motivación debe ser expresa, mediante la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifiquen el acto administrativo en cuestión.

29. Asimismo, el principio del debido procedimiento es recogido como uno de los elementos especiales que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa³⁸, ello al atribuir a la autoridad administrativa la obligación de sujetarse al procedimiento establecido, y a respetar las garantías consustanciales a todo procedimiento administrativo.
30. En ese sentido, de la revisión de Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI se observa que la misma declaró la responsabilidad administrativa de Orazul por haber excedido los LMP del parámetro STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante los meses de agosto, noviembre y diciembre del 2014; así como marzo, abril, mayo y junio del 2015, tomando como sustento lo señalado siguiente cuadro:

Cuadro 2: Detalle de los valores de STS

Informe de Monitoreo Ambiental	Mes	STS (mg/L) en la Bocatoma	Fecha y hora de toma de muestra en Bocatoma	STS (mg/L) en la descarga de aguas turbinadas	Fecha y hora de toma de muestra en Descarga	Incremento de STS entre Bocatoma y Descarga (mg/L)	Exceso de STS respecto del LMP (mg/L) En descarga
3° trimestre 2014	Julio	3	22/07/2014 a las 10:00 am	2	18/07/2014 a las 07:50 am	No es posible comparar	----
	Agosto	53	06/08/2014 a las 10:10 am	144	05/08/2014 a las 03:40 pm	No es posible comparar	94
	Setiembre	3	10/09/2014 a las 12:40 pm	<1	10/09/2014 a las 9:30 am	No es posible comparar	----
4° trimestre 2014	Octubre	1.23	08/10/2014 a las 10:24 am	3.56	08/10/2014 a las 11:17 am	0.67	----
	Noviembre	25	06/11/2014 a las 11:20 am	57	05/11/2014 a la 04:01 pm	No es posible comparar	7
	Diciembre	46	04/12/2014 a la 09:08 am	51	04/12/2014 a la 10:17 am	5	1
1° trimestre 2015	Enero	74	07/01/2015 a la 09:38 am	90	07/01/2015 a la 10:45 am	16	40

³⁸ 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 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

2. **Debido procedimiento.-** No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

	Febrero	61	10/02/2015 a las 11:30 am	42	10/02/2015 a las 4:30 pm	-19	----
	Marzo	125	05/03/2015 a la 09:18 am	154	05/03/2015 a la 10:19 am	29	104
2° trimestre 2015	Abril	110	08/04/2015 a la 03:32 pm	139	08/04/2015 a la 09:52 am	No es posible comparar	89
	Mayo	79	06/05/2015 a la 05:05 pm	88	06/05/2015 a la 10:54 am	No es posible comparar	38
	Junio	51	03/06/2015 a la 10:33 am	52	03/06/2015 a la 02:50 pm	No es posible comparar	2

Fuente: Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

31. Al respecto, los valores señalados en el cuadro precedente (respecto del LMP en descarga), expresados en porcentajes³⁹ corresponde el siguiente detalle:

Cuadro 3: de Porcentajes

Informe de Monitoreo Ambiental	Mes	Exceso de STS respecto del LMP (mg/L)	% Exceso de STS respecto del LMP (mg/L)
		En descarga	En descarga
3° Trimestre 2014	Agosto	94	188%
4° Trimestre 2014	Noviembre	7	14%
	Diciembre	1	2%
1° trimestre 2015	Enero	40	80%
	Marzo	104	208%
2° trimestre 2015	Abril	89	178%
	Mayo	38	76%
	Junio	2	4%

Fuente: TFA

32. En ese sentido, tal como se desprende, del cuadro anterior, durante los meses de agosto, noviembre y diciembre de 2014, los valores de STS, expresado en porcentajes, han excedido en 188%, 14% y 2% respectivamente, mientras que, durante los meses de enero, marzo, abril, mayo y junio de 2015 dichos STS excedieron en 80%, 208%, 178%, 76% y 4% respectivamente.

³⁹ Dichos porcentajes son obtenidos como el resultado de una comparación proporcional entre el valor de la concentración establecido para el parámetro "Sólidos Suspendidos" en la normativa (50 mg/l equivale al 100%) y el valor de la concentración obtenido de los informes de monitoreo presentados por el administrado.

33. Sobre el particular, resulta de importancia mencionar que la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, en su artículo 8° establece lo siguiente:

Artículo 8°.- Factor agravante relacionado a la excedencia de los límites máximos permisibles

El número de parámetros que exceden los Límites Máximos Permisibles y la cantidad de puntos de control en los que ocurra dicha excedencia no constituyen nuevos tipos infractores, sino factores agravantes para la graduación de la sanción.
(Subrayado agregado)

34. Al respecto, cabe citar lo señalado en la Exposición de Motivos de la citada Resolución:

I.2.4 Factor agravante

La propuesta normativa establece que el número de parámetros que exceden los límites máximos permisibles y la cantidad de puntos de control en los que ocurra dicha excedencia no constituyen nuevos tipos infractores, sino factores agravantes para la graduación de la sanción.

En ese sentido, puede darse el caso de que la autoridad administrativa verifique que un administrado ha excedido el límite máximo permisible en tres puntos de control. En el primero, haya excedido en 10% el límite máximo permisible previsto para plomo. En el segundo, haya excedido en 25% el límite máximo permisible previsto para hierro. En el tercero, haya excedido en 50% el límite máximo permisible contemplado para plomo. En este supuesto, sólo se imputará la comisión de una infracción. Para tal efecto, se considerará la infracción más grave, que en este caso sería aquella que representa el mayor porcentaje de excedencia del parámetro que involucra un mayor riesgo ambiental (exceder el 50% el límite máximo permisible previsto para plomo). El número de parámetros excedidos y la cantidad de puntos de control en los que verifica dicha excedencia serían considerados como factores agravantes de la posible sanción a imponer.

(Subrayado agregado)

35. Conforme a ello, mediante Resolución Subdirectoral N° 097-2017-OEFA/DFSAI/SDI, la SDI inició el presente procedimiento administrativo sancionador, *al haber excedido en más del 200% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de parámetros que no califican como de mayor riesgo ambiental, en este caso, el parámetro Sólidos Suspendidos Totales.* Esto es, por el exceso de LMP ocurrido durante el mes de marzo de 2015

36. No obstante, se advierte que mediante la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI, si bien, se declara la existencia de responsabilidad administrativa de ORAZUL; *por la comisión de la siguiente infracción que consta en la Tabla del Artículo 1° de la parte resolutive de la Resolución Subdirectoral N° 097-2017-OEFA/DFSAI/PAS,* a su vez, se adjunta el siguiente cuadro:

N°	Hechos Imputados
1	Orazul excedió los Límites Máximos Permisibles - LMP del parámetro Sólidos Suspendidos Totales - STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante los meses de agosto, noviembre y diciembre del 2014, así como enero, marzo, abril, mayo y junio del 2015.

Fuente: Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI

37. En ese sentido, se evidencia que la DFSAI no sustentó por qué consideró como eventual sanción todos los hallazgos citados en cuadro precedente, máxime si en la normativa vigente se establece que el número de parámetros excedidos o la cantidad de puntos de control no indican en la ocurrencia de un nuevo tipo infractor, debiéndose imputar la comisión de una infracción y determinar la existencia de responsabilidad de la misma, considerando la infracción más grave, que en este caso sería aquella que representa el mayor porcentaje de excedencia del parámetro que involucra un mayor riesgo ambiental, exceder el 200% el límite máximo permisible.
38. En consecuencia, esta sala es de la opinión que la Resolución Directoral N° 101-2017-OEFA/DFSAI fue emitida vulnerando el principio de debido procedimiento recogido en el numeral 2 del artículo 246° del TUO de la LPAG, y el de motivación establecido en numeral 4 del artículo 3° del mismo cuerpo normativo; toda vez que no justificó las razones por las cuales consideró que en el presente PAS el administrado habría sido imputado por la comisión de 8 infracciones distintas; lo cual constituye un vicio del acto administrativo que causa su nulidad.
39. En atención a lo expuesto, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de enero de 2017, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Orazul, por la excedencia de los LMP del parámetro STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica, durante de los meses de agosto, noviembre y diciembre de 2014 y enero, abril, mayo y junio de 2015.
40. Asimismo, en atención a lo dispuesto en el numeral 11.3⁴⁰ del artículo 11° del TUO de la LPAG, corresponde disponer que se adopten las acciones necesarias a efectos de determinar la responsabilidad a que hubiere lugar, de ser el caso, por la declaración de nulidad del extremo del artículo 1° de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de enero de 2018.

V. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

41. Si correspondía declarar la responsabilidad administrativa de Orazul por la conducta infractora referida al exceso de los LMP del parámetro STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante el mes de marzo de 2015.

⁴⁰ TUO de la LPAG

Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad (...)

11.3. La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico.

VI. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

42. De manera previa al análisis de los argumentos del administrado, esta sala procederá a analizar el marco normativo referido al cumplimiento de la obligación ambiental correspondiente al cumplimiento de los LMP.

Marco normativo

43. Conforme con el artículo 17° de la Ley del SINEFA, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental constituye una infracción administrativa bajo el ámbito de competencia del OEFA.
44. En el artículo 117° de la LGA se dispone que el control de las emisiones se realiza a través de los LMP y demás instrumentos de gestión ambiental establecidos por la autoridad competente. Asimismo, la infracción de los LMP es sancionada, conforme con las normas correspondientes a cada autoridad sectorial.
45. El artículo 11° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA⁴¹ que aprobó los Límites Máximos Permisibles para Efluentes Líquidos producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica (en adelante, **RD 008-97**) define a los efluentes líquidos como los flujos al ambiente provenientes de las operaciones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.
46. En merito al acotado artículo se desprende que, a efectos de determinar si el flujo constituye un efluente líquido, el mismo debe (i) provenir, entre otras fuentes, de la operación de generación eléctrica, y (ii) ser descargado al ambiente.
47. Por otro lado, la referida norma establece en el Anexo 1° que los LMP de los diversos parámetros cuyo exceso –por parte de los titulares de las actividades de electricidad– no es permitido, encontrándose entre ellos el siguiente:

Cuadro N° 2: LMP de efluentes líquidos recogidos en la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA

Parámetro Regulado	Límite Máximo Permissible (mg/L) (Concentraciones en Cualquier momento)	Valor Promedio Anual
Sólidos Suspendidos	50	25

Fuente: Decreto Supremo N° 008-97-EM/DGAA
Elaboración: TFA

48. Debe tenerse en cuenta que los LMP son instrumentos de gestión ambiental de tipo control, que fijan la concentración máxima (valores límite) de los parámetros

⁴¹ Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, que aprueba niveles máximos permisibles para efluentes líquidos, producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica Artículo 11°.-

Para efectos de la presente Resolución Directoral, además de las definiciones contenidas en el Reglamento de Medio Ambiente para las Actividades de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, se tomará en consideración las siguientes definiciones: (...)

Efluentes Líquidos de la Actividad de Electricidad. - Son los flujos descargados al ambiente, que provienen de las operaciones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

contenidos en las emisiones y efluentes⁴² que pueden –legalmente– ser descargados o emitidos a los cuerpos receptores (agua, aire y suelo).

49. Estos han sido adoptados por el Estado como instrumentos de gestión ambiental para controlar la concentración de las sustancias contenidas en las emisiones y efluentes que son descargadas o emitidas al agua, aire o suelo, a fin de preservar la salud de las personas y el ambiente. Siendo ello así, los administrados deben cumplir con los LMP, no solo por estar regulados normativamente, sino también porque a través de dicho cumplimiento, evitarán la generación de efectos negativos a dichos bienes jurídicos protegidos, es decir, causar daño a la salud de las personas y al ambiente.
50. En efecto, en el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611⁴³ se establece que los LMP son las medidas de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida, causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.
51. Cabe precisar que, de acuerdo con lo señalado por dicha norma, existe infracción cuando: (i) se causa un daño o (ii) cuando se puede causar un daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. En este último caso, al excederse los LMP existe la posibilidad futura de la generación de efectos adversos en el ambiente (entre otros, la resiliencia del sistema, esto es la capacidad de absorber las perturbaciones y volver a su estado natural)⁴⁴.
52. De lo expuesto, se desprende que los titulares de las actividades de electricidad son responsables de que los efluentes provenientes de su actividad cumplan con los LMP establecidos en la RD 008-97, antes de realizar su vertimiento al cuerpo receptor.

Sobre los argumentos de Orazul presentados en su recurso de apelación

⁴² El término *efluente* puede ser entendido como la descarga líquida de materiales de desecho en el ambiente, la cual puede ser tratada o sin tratar; mientras que *emisión* es todo fluido gaseoso, puro o con sustancias en suspensión, así como toda forma de energía radioactiva o electromagnética (sonido), que emanen como residuos o producto de la actividad humana.

Ver: FOY VALENCIA, Pierre y Walter VALDEZ MUÑOZ. *Glosario Jurídico Ambiental Peruano*. Lima: Editorial Academia de la Magistratura, 2012.

Consulta: 15 de marzo de 2018

Disponible:

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_ambiental/glosario_juridico_ambiental_peruano.pdf

⁴³ **LEY N° 28611.**
Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible.- (...)

32.1. El Límite Máximo Permisible - LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio (...).

⁴⁴ Criterio recogido en las Resoluciones N°s 051-2015-OEFA/TFA-SEM, 024-2016-OEFA/TFA-SEM, 034-2016-OEFA/TFA-SEM, 039-2016-OEFA/TFA-SEM y 058-2017-OEFA/TFA-SMEPIM.

Vulneración del principio del debido procedimiento administrativo

53. En su recurso de apelación Orazul argumentó que la ampliación del plazo de caducidad realizada por la DFSAI realizada mediante Resolución Subdirectoral N° 1688-2017-OEFA-DFSAI/SDI, del 20 de octubre de 2017, no fue debidamente sustentada puesto que, si bien ésta buscaba garantizar el derecho de Orazul al uso de la palabra, dicho uso de la palabra fue solicitado el 22 de febrero de 2017, es decir 8 meses antes de emitida la referida resolución.
54. En ese sentido, el administrado precisó que la DFSAI determinó citar a audiencia de informe oral una vez que el plazo de caducidad del procedimiento había vencido para de ese modo buscar justificar, de manera poco adecuada, la ampliación del plazo regulado en el TUO de la Ley 27444.
55. Al respecto, el artículo 257° del TUO de la Ley N° 27444, señala que el plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos, plazo que puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento.
56. Por su parte, el numeral 17.1 del artículo 17° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo General del OEFA, aprobado mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD⁴⁵, precisa que la Autoridad Decisoria podrá de oficio o a solicitud de parte, citar a audiencia de informe oral con no menos de tres (3) días hábiles de anticipación a la realización de la misma.
57. Cabe señalar, de la revisión de los actuados en el presente expediente administrativo se observa que mediante carta N° 1570-2017-OEFA/DFSAI/SDI, notificada el 5 de octubre de 2017 (con 19 días de anterioridad a la notificación de la Resolución Subdirectoral N° 1688-2017-OEFA/SDI, la cual dispuso la ampliación del plazo de caducidad), la DFSAI consideró oportuno y necesario citar al administrado para la realización de una audiencia de informe oral a fin de que sustenten los argumentos que considere pertinentes a fin de desvirtuar los hechos imputados.
58. En ese sentido, de la verificación de la Resolución Subdirectoral N° 1688-2017-OEFA-DFSAI/SDI se observa que ésta ha señalado, debidamente, la justificación por la cual procede la ampliación excepcional del plazo y es precisamente para salvaguardar el derecho de defensa del administrado puesto que la autoridad decisoria consideró necesaria la realización de la audiencia de informe oral a fin de escuchar los alegatos de Orazul, y poder contar con más elementos técnicos y jurídicos que generen convicción y certeza al momento de resolver. Por ello en la referida resolución se indicó, entre otros aspectos, lo siguiente:

⁴⁵ Dicha norma se encontraba vigente al momento de programar la cita para el informe oral del administrado.

(...) La Administración Pública tiene el deber de salvaguardar el derecho del administrado a solicitar el uso de la palabra como derecho implícito al debido procedimiento administrativo, corresponde ampliar el plazo de caducidad del presente procedimiento administrativo sancionador por un periodo máximo de tres (3) meses (...).

59. Asimismo, resulta pertinente indicar que luego de realizada la audiencia de informe oral, la DFSAI consideró necesario requerir documentación adicional al administrado tales como la metodología utilizada en la toma de muestras realizada en el monitoreo de efluentes del tercer y cuarto trimestre del 2014, y primer y segundo trimestre del 2105; asimismo, se le requirió justificar la razón por la cual efectuó la toma de muestras en días y horas diferentes de los efluentes y la bocatoma.
60. Dicho requerimiento de información adicional por parte de la DFSAI a Orazul evidencia que la ampliación del plazo de caducidad ha sido extraordinariamente necesario a fin de esclarecer procedimientos técnicos que sirvan de sustento al momento de resolver, garantizando con ello el derecho de defensa del administrado y el respeto al debido procedimiento. Por tanto, carece de sustento lo alegado en este extremo.
61. De otro lado, el administrado señala que la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI omite pronunciarse sobre uno de los argumentos desarrollados por Orazul referidos a las medidas de control y mitigación a fin de evitar el exceso de STS.
62. Al respecto, de la revisión de la referida Resolución Directoral se observa que ésta señala en el numeral 31 de sus considerandos que en el presente PAS no se encuentra en discusión las acciones o medidas de prevención y control realizadas por Orazul para la disminución de la concentración de STS en las aguas turbinadas de la C.H. Carhuaquero IV; porque, al no tratarse de un punto no controvertido no corresponde emitir pronunciamiento a ese respecto.
63. No obstante, si bien es cierto que Orazul señala que como medida de control y mitigación ha implementado en sus actividades el uso de un desarenador. Cabe señalar que, aún con el funcionamiento de dicha estructura en sus actividades de generación eléctrica, los resultados de monitoreos de sus efluentes sobrepasan los valores de STS, tal como lo evidencia los resultados de los análisis de laboratorio presentados por el administrado.
64. Asimismo, resulta pertinente resaltar que el administrado indicó en sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 789-2017-OEFA/DFSAI/SDI que a pesar del uso del desarenador, los LMP escapan de su control⁴⁶; por lo cual se evidencia que la referida estructura no resulta suficiente para mitigar y controlar los excesos de STS, por lo que carece de sustento lo alegado en este extremo.

⁴⁶ Folio 109.

65. Por otro lado, Orazul argumenta que en la Guía de Derechos del Supervisado del OEFA, se establece, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho emitida por una autoridad competente e imparcial y en un plazo razonable.
66. Al respecto, de la verificación de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI se observa que ésta ha sido emitida por órgano competente, como lo es la autoridad decisora de la DFSAI dentro del plazo legal establecido en el TULO de la Ley N° 27444. Asimismo, la referida resolución se encuentra debidamente fundamentada toda vez que se ha pronunciado sobre los argumentos del administrado durante el PAS, garantizando en todo momento el respeto al debido procedimiento, notificando todos los actuados a Orazul a fin de que ejerza su derecho de contradicción.

Las condiciones Preexistentes del río Chancay y las operaciones de Orazul en la C.H. Carhuaquero IV

67. El administrado señaló que no es causante de la concentración de STS que se ha identificado en el efluente líquido de la CH Carhuaquero IV, puesto que dicha concentración se origina a partir de situaciones externas tales como las características naturales del río Chancay y los cambios en la estación; constituyendo ello un supuesto de fuerza mayor toda vez que es un hecho que se encuentra fuera de la esfera de control de Orazul.
68. Añade el administrado que no existe nexo causal que vincule a las operaciones de Orazul con las concentraciones de sólidos en el río Chancay.
69. Con relación a lo alegado por el administrado, cabe indicar que en virtud del principio de causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 246° del TULO de la LPAG, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa⁴⁷.
70. En ese sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado principio en el presente procedimiento, esta sala considera oportuno verificar los siguientes aspectos: a) la ocurrencia de los hechos imputados; y, b) la ejecución de los hechos imputados por parte de Orazul.
71. Respecto a la ocurrencia de los hechos imputados, cabe indicar que durante la Supervisión Documental realizada por la DS, se detectó que en el mes de marzo de 2015 la descarga de aguas turbinadas en la C.H. Carhuaquero IV excedió los LMP del parámetro STS por encima de 200%.

⁴⁷ TULO 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: (...)

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

72. Con relación a la ejecución de los hechos imputados, debe señalarse que el mismo administrado reconoce que es él mismo quien ejecuta los vertimientos de efluentes del parámetro STS hacia el río Chancay; pero indica que el referido río ya contiene altos niveles de sólidos desde su captación.
73. No obstante, el artículo 2° de la RD 008-97 establece los LMP para los efluentes líquidos de producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica; mas no toma en cuenta como factor atenuante las condiciones en que las aguas son captadas, puesto que la responsabilidad del administrado es objetiva.
74. Cabe resaltar que es en ese mismo sentido que el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha venido señalando, en anteriores resoluciones, que la condición en que las aguas son captadas por la central hidreléctrica no exime al administrado de su obligación de respetar los LMP conforme a lo establecido en la RD 008-97. Tal como lo indica, entre otras⁴⁸, la Resolución N° 028-2013-OEFA/TFA:

Al respecto, en relación al supuesto de captación de aguas con elevados niveles de STS, argumento que plantea SN POWER, se debe indicar que la condición en que son captadas las aguas por dicha empresa no la libera de su obligación de cumplir los LMP establecidos. En tal sentido, el presente procedimiento sancionador no se ha iniciado por la condición en que son captadas las aguas por SN POWER sino por la calidad de los efluentes generados por sus actividades eléctricas, correspondiendo evaluar en este caso, el cumplimiento de los LMP.

75. En atención a ello, no resulta amparable lo alegado por el administrado en este extremo.
76. Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, resulta importante precisar que los LMP son instrumentos de gestión ambiental de tipo control, que fijan la concentración máxima (valores límite) de los parámetros contenidos en las emisiones y efluentes que pueden –legalmente– ser descargados o emitidos a los cuerpos receptores (agua, aire y suelo), y que han sido adoptados por el Estado para controlar la concentración de las sustancias contenidas en las emisiones y efluentes que son descargadas o emitidas al agua, aire o suelo, a fin de preservar la salud de las personas y el ambiente. Siendo ello así, los administrados deben cumplir con los LMP, no solo por estar regulados normativamente, sino también porque a través de dicho cumplimiento, evitarán la generación de daño a la salud de las personas y al ambiente.
77. En efecto, el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611⁴⁹ establece que el

⁴⁸ Resolución N° 007-2016-OEFA/TFA y N° 028-2013-OEFA/TFA.

⁴⁹ LEY N° 28611

Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible.- (...)

32.1. El Límite Máximo Permisible - LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida

LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

78. Asimismo, cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 5° del Decreto Supremo N° 29-94-EM⁵⁰, en concordancia con lo establecido en el artículo 74° y el artículo 75° de la Ley N° 28611⁵¹, durante el ejercicio de las actividades eléctricas de generación los titulares de las concesiones y autorizaciones son responsables del control y protección del medio ambiente, en especial, por los efluentes que genere como consecuencia de sus actividades, razón por la cual deben adoptar las medidas de prevención, conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones.
79. En el presente caso, debe mencionarse que el artículo 11° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA define lo siguiente:

Artículo 11°.- Para efectos de la presente Resolución Directoral, además de las definiciones contenidas en el Reglamento de Medio Ambiente para las Actividades de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, se tomará en consideración las siguientes definiciones:(...).

Efluentes Líquidos de la Actividad de Electricidad.- Son los flujos descargados al ambiente, que provienen de las operaciones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica." (Énfasis agregado).

80. De la lectura del mencionado artículo se desprende que, a fin de determinar si un flujo constituye un efluente líquido, este debe: (i) provenir, entre otras, de la **operación de generación** eléctrica; y, (ii) ser descargado al ambiente.
81. Teniendo en cuenta que el administrado realiza actividades en una central hidroeléctrica, se observa que el agua captada del río Chancay es conducida a través de un túnel de aducción donde el agua es repartida a las turbinas

causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio (...)

50 **DECRETO SUPREMO N° 29-94-EM.**

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

51 **LEY N° 28611.**

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.

hidráulicas (agua turbinada); lo cual constituye una actividad de generación hidroeléctrica.

82. Asimismo, de lo señalado por el administrado y los actuados en el presente expediente se observa que la descarga de agua turbinada en la CH Carhuaquero IV es descargada al río Chancay, es decir, al medio ambiente. Por tanto, dicho flujo cumple con las características de un efluente líquido, conforme a lo establecido en el artículo 11° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA.
83. En consecuencia, esta sala es de la opinión que la muestra recogida en el punto de monitoreo G5 (marzo 2015) corresponde a efluentes que descargan a un cuerpo receptor, razón por cual Orazul se encontraba obligada a cumplir con los LMP de efluentes líquidos, conforme a lo previsto en la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA.
84. Teniendo en cuenta lo expuesto, Orazul tiene responsabilidad sobre los efluentes que genera su actividad, puesto que, en su calidad de empresa dedicada a actividades eléctricas, es conocedora de las normas que regulan dicha actividad, de las obligaciones ambientales fiscalizables a su cargo que se le imponen como titular para operar una central hidroeléctrica, así como de las consecuencias de la inobservancia de las mismas. En tal sentido, tiene el deber de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en tales normas, a efectos de no incurrir en hechos que conlleven a la comisión de infracciones administrativas. Por tanto, no resulta amparable lo señalado por el administrado en este extremo.
85. Por otro lado, el administrado alega que solo en caso que se indentifique alguna norma aplicable a su caso, podría determinarse su responsabilidad.
86. Sobre el particular, corresponde señalar que la R.D. 008-97 regula los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos que emiten las empresas producto de sus actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica; por lo cual dicha norma resulta aplicable al caso del administrado, toda vez que realiza actividades de generación de electricidad en una Central Hidroeléctrica⁵², cuya responsabilidad por el exceso de LMP viene siendo analizada en el presente procedimiento administrativo.

Sobre las medidas de mitigación y control adoptadas por Orazul

87. El administrado ha señalado que ha ejecutado medidas para disminuir los STS en el río Chancay, utilizando para ello de un desarenador.
88. El administrado menciona que utiliza un desarenador para disminuir los STS del flujo de agua que ingresa a sus operaciones proveniente del río Chancay, sin embargo, se debe tener en consideración que la presente imputación es acerca del exceso en la concentración de STS presente en el efluente y no en el flujo de

⁵² Según el reporte de la consulta RUC de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, se verifica que el administrado se dedica a las actividades económicas de generación de energía eléctrica.

agua que es captada del río Chancay. Asimismo, los resultados de la concentración de STS presentados por el administrado en sus informes de monitoreos reflejan un incremento en la concentración de STS presente en sus efluentes con respecto a la concentración que ingresa a sus operaciones. Por tanto, no se advierte que las medidas adoptadas por el administrado disminuyan los STS que ingresan a sus operaciones, por el contrario, se observa una elevación en la concentración de STS que se vierten en el río Chancay.

89. Por otro lado, el administrado argumentó que la DFSAI no ha fundamentado adecuadamente porqué en el caso de la C.H. Cañon del Pato (materia del exp. N° 028-2013-OEFA/DFSAI/PAS) si consideró que el exceso de STS, como una condición natural del río, no era imputable a Duke Energy, mientras que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, en donde se presenta un escenario idéntico, determinó que no se habría configurado el eximente de responsabilidad alegado por Orazul.
90. Al respecto, de la revisión de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI, se observa que la misma señala que si bien en el caso de la C.H. Cañon del Pato se resolvió declarar el archivo del PAS iniciado contra Duke Energy Eggenor, la decisión adoptada no cuenta con carácter vinculante, pues se encuentra revestida de individualidad.
91. En otras palabras, la DFSAI señaló que el expediente N° 028-2013-OEFA/DFSAI/PAS respondió a un análisis para el caso concreto y que por ello la administración pública puede apartarse de sus antecedentes administrativos siempre que las razones de ello se expliciten y se comuniquen por escrito. Asimismo las Resolución Directoral que resolvió el referido expediente señaló lo siguiente:

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

92. Por lo expuesto, no resulta amparable lo alegado por el administrado en este extremo.

Sobre la metodología de muestreo empleada para la medición

93. Orazul menciona que para establecer la responsabilidad administrativa se requiere que se demuestre la causalidad mediante el método de muestreo representativo, el mismo que no ha sido utilizado por el OEFA para la evaluación del presente caso.

94. No obstante, lo señalado por el administrado, cabe señalar que la R.D. 00897 establece en forma específica que el tipo de metodología que corresponde utilizarse es la del muestreo puntual⁵³; cuyo valor obtenido no debe exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo I⁵⁴; por lo cual, en atención a dicha normativa la DFSAI sustento la responsabilidad del administrado frente a los hechos imputados.

Sobre el momento en que fueron realizados los monitoreos materia de fiscalización del OEFA

95. El administrado señala en su escrito de apelación que el hecho de que la toma de

⁵³ Cabe señalar que la Resolución Jefatural N°010-2016-ANA, define a la muestra puntual como aquella muestra tomada en un tiempo y lugar determinado para su análisis individual. Representa la composición de agua para un lugar, tiempo y circunstancia en la que fue recolectada la muestra.

⁵⁴ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA. Aprueban niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

SE RESUELVE: (.)

Artículo 3°.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado, según sea el caso, a partir de la muestra escogida del efluente respectivo, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo I. (...)

DISPOSICIÓN TRANSITORIA UNICA
(...)
ANEXO 1
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE
EMISION DE EFLUENTES LIQUIDOS
PARA LAS ACTIVIDADES DE ELECTRICIDAD

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

ANEXO 3
A. RESULTADOS ANALÍTICOS EN PUNTO DE EMISIÓN

Nombre de la Empresa/Unidad:	
Tipo de muestreo: (puntual o automático)	
Punto de muestreo:	
Cuerpo de agua receptor: (nombre)	
Fecha y hora de muestreo:	
Código de la muestra:	
Nombre del Laboratorio:	
Flujo en el punto de muestreo: (m ³ /día)	
PARAMETROS	RESULTADOS ANALÍTICOS
pH (unidades estándar)	
Aceites y Grasas (mg/l)	
Sólidos Suspendidos (mg/l)	

(subrayado agregado)

muestras se realice en horarios distintos, aun cuando sea dentro del mismo día, genera una distorsión en los valores que no permite ni garantiza que las muestras recogidas de en bocatoma y descarga sean comparables. Por lo cual la DFSAI no debió haber comparado dichas muestras de ninguno de los meses de los años 2014 y 2015 que fueron materia de supervisión.

96. Al respecto, es preciso indicar que no existiría distorsión como afirma el administrado, puesto que los hechos imputados se han realizado producto de la comparación entre el parámetro presente (STS) en los efluentes con la normativa ambiental establecida (R.D. 008-97-EM/DGAA) y no comparando con los valores obtenidos a la entrada de su sistema productivo (bocatoma). Asimismo, es preciso indicar que los resultados presentados en los informes de ensayo permiten realizar el seguimiento de las actividades extractivas desarrolladas y determinar la existencia de potenciales impactos, es por ello que, el indicar que dichos resultados no pueden ser comparables implicaría que, el administrado estaría presentado información inexacta al OEFA debido a que es el administrado el que realizó el muestreo y presentó los informes de ensayo. Por tanto, carece de sustento lo alegado en este extremo.
97. Por otra parte, cabe resaltar que, de la comparación de los resultados presentados en los informes de ensayo se advierte que, la concentración de STS que presentan los efluentes **son mayores** que los registrados en los flujos de agua que ingresan a través de la bocatoma, a pesar que el administrado mediante escrito de apelación indicó que cuenta con un desarenador para reducir la concentración de STS que ingresan a su sistema de producción eléctrico; por tanto, es posible afirmar que, el flujo de agua que ingresa a través de la bocatoma sufre modificación física al interactuar con todos los componentes con el que cuenta la Central Hidroeléctrica Carhuaquero IV, afectando el parámetro STS y dando como resultado que la concentración de dicho parámetro en el efluente sea mayor.
98. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI en el extremo que determinó la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Orazulpor la conducta infractora referida a que excedió los LMP del parámetro STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante el mes de marzo de 2015.

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, 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° 013-2017-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° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de

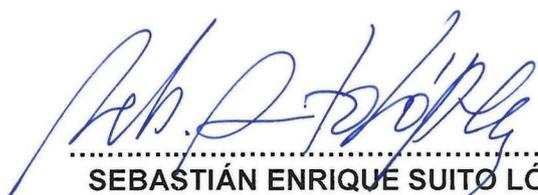
enero de 2018, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Orazul Energy Perú S.A., respecto la conducta infractora referida a que excedió los Límites Máximos Permisibles - LMP del parámetro Sólidos Totales Suspendidos – STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante el mes de marzo de 2015, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- Declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de enero de 2018, en el extremo que determinó responsabilidad de Orazul Energy Perú S.A. por las conductas infractoras referidas a que excedió los Límites Máximos Permisibles -- LMP del parámetro Sólidos Totales Suspendidos – STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante los meses de agosto, noviembre y diciembre del 2014 así como enero, abril, mayo y junio de 2015., y, en consecuencia **ARCHIVAR** el procedimiento administrativo sancionador, en este extremo.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a Orazul Energy Perú S.A.; y, remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (ahora, DFAI), para los fines pertinentes.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA para los fines que considere pertinentes, conforme a los fundamentos de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.



.....
SEBASTIÁN ENRIQUE SUIITO LÓPEZ
Presidente

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



.....
CARLA LORENA PEGORARI RODRIGUEZ
Vocal

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

VOTO SINGULAR DEL VOCAL RAFAEL MAURICIO RAMIREZ ARROYO

En esta ocasión, si bien me hayo de acuerdo con lo manifestado por la Resolución N° 0188-2018-OEFA/TFA-SMEPIM, emito un voto singular relativo al análisis sobre uno de los argumentos presentados por el administrado, que expongo a continuación:

1. El administrado presenta los resultados de los monitoreos efectuados el 5 de marzo del 2015, por los cuales al ingreso a la bocatoma se detectó una concentración de STS de 125 mg/L; en tanto que a la salida de la misma se midieron 154 mg/L de STS; por lo cual, se verifica que el valor detectado al ingreso de la bocatoma superaría por causas naturales los 50 mg/L señalados en la norma, y como consecuencia no podría exigírsele al administrado concentraciones de STS menores a las naturales a la salida de la bocatoma.
2. Al respecto, es importante resaltar el hecho que existen circunstancias donde las condiciones naturales o niveles de fondo superan los límites máximos permisibles o estándares de calidad ambiental establecidos en la normatividad respectiva; situaciones donde sería ilógico responsabilizar a un administrado por dicha condición natural.
3. Esta posibilidad es recogida en nuestra legislación ambiental, tal como por ejemplo (con carácter únicamente ilustrativo, pero no aplicable al presente caso) lo señalado en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 011-2017-MINAM.
4. Sin embargo, considero que aun cuando a primera vista, el argumento esgrimido por el administrado es razonable, la actividad a la que se dedica el administrado es de generación de energía y no implica agregar al agua componentes químicos o sólidos, por tanto, la concentración de STS del efluente a la salida de la bocatoma debería ser muy similar a los STS naturales con los que el agua ingresa.
5. En el presente caso, se verifica que la concentración de salida del efluente es de 154 mg/L, superior a la concentración observada en el ingreso a la bocatoma, que es de 125 mg/L; incremento en la concentración, cuyas causas, a diferencia de la concentración de ingreso se hallan en la esfera de control del administrado y por tanto la determinación de sus causas y medidas de control son responsabilidad del mismo.
6. Finalmente y a mayor abundamiento, el administrado, pudo diligentemente comunicar a la autoridad competente sobre las variaciones periódicas del nivel de STS al ingreso a la bocatoma para que esta autoridad lo tenga presente, más aún

cuando conocía del hecho con antelación y de sus obligaciones legales sobre este tema.



.....
RAFAEL MAURICIO RAMÍREZ ARROYO

Vocal

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

**VOTO EN DISCORDIA DE LOS VOCALES
EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ Y MARCOS MARTIN YUI PUNIN**

Con el debido respeto por los vocales de la sala, se considera oportuno señalar que se está en desacuerdo con el voto en mayoría que resuelve confirmar la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI, conforme a los argumentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen.

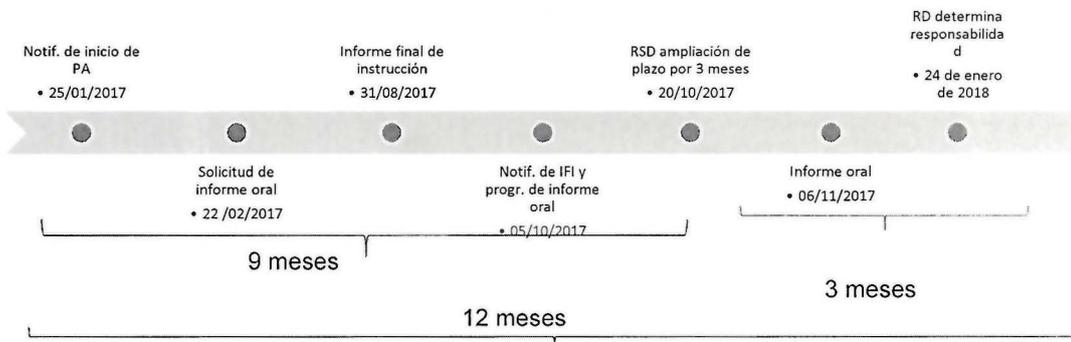
1. Mediante la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI se declaró la existencia de responsabilidad administrativa de empresa Orazul Energy Perú S.A., debido que esta excedió los niveles establecidos para el parámetro sólidos suspendidos totales (STS) establecidos en el artículo 2° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM-DGAA, concordado con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844.
2. En tal sentido, en el presente voto se presentarán argumentos referidos a la caducidad del procedimiento y posteriormente a elementos técnicos para la toma de decisiones al respecto.

En referencia a la caducidad

3. Al respecto, es de importancia precisar que, en el artículo 257° del TUO de la LPAG, se establecen las circunstancias por las cuales se configura la caducidad del procedimiento sancionador, señalándose lo siguiente:

El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo.

4. Por consiguiente, para determinar la existencia de causales de caducidad corresponde evaluar:
 - i) Si se han superado los 9 meses desde la imputación de cargos y
 - ii) Si previo a su vencimiento, se emitió una resolución debidamente motivada que justifica la ampliación de plazo, hasta un máximo de 3 meses.
5. En esa línea y con el propósito de evaluar el cumplimiento del plazo previsto en la normativa, se ha elaborado el siguiente diagrama a fin de verificar si el expediente fue resuelto en el plazo establecido en la Ley.



6. Conforme a los plazos en los que la DFAI emitió sus pronunciamientos en el presente procedimiento administrativo, se constata que transcurren 12 meses desde la notificación de inicio del procedimiento, hasta que la autoridad decisora emitió la resolución directoral que determina responsabilidad por parte del Orazul.
7. Complementariamente, se evidencia que la Sub Dirección de Instrucción (SDI), 5 días previos al vencimiento del plazo de 9 meses para resolver, emite -el 20 de octubre de 2017- la RSD N° 1688-2017-OEFA-DFSAI/SDI en la que resuelve ampliar por 3 meses el plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador, motivo por el cual; correspondería verificar si la resolución que amplía el procedimiento, cuenta con la debida motivación que, -de manera excepcional-, justifique la necesidad de la extensión del plazo.
8. Al respecto y del análisis realizado, la SDI sustenta la ampliación del plazo en:
 - i) La culminación de la etapa instructora y
 - ii) El deber de salvaguardar el derecho del administrado a solicitar el uso de la palabra como derecho implícito al debido procedimiento administrativo.
9. El primer lugar y, en referencia a la culminación de la etapa instructora, más que una motivación, resulta ser una mención a una etapa propia del procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual, se considera mediante el presente voto que, ello no debe ser considerado como sustento para la ampliación de plazo del procedimiento administrativo sancionador.
10. El segundo lugar, la ampliación del plazo se sustenta en: "...el deber de salvaguardar el derecho del administrado a solicitar el uso de la palabra...", lo cual podría ser considerado como un argumento válido, en la medida que no termine afectando otros derechos del administrado, como sucede en el presente caso. Al respecto, la SDI para argumentar la ampliación de plazo, hace referencia al principio del debido procedimiento, resaltando el derecho a solicitar el uso de la palabra. Sin embargo, no advierte que el mismo principio, se hace mención también al derecho de que se emitan decisiones en un plazo razonable, tal como se muestra a continuación:

DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(énfasis adicionado)

11. Por otro lado y de forma complementaria a los fundamentos de derecho expuestos de manera previa, se advierte que la SDI emite el IFI el 31 de agosto de 2017, sin embargo, el mismo es notificado con fecha 5 de octubre de 2017, incumplándose con el plazo de 5 días hábiles establecido en la misma resolución, lo cual incide en el plazo para la resolución del expediente.
12. Así mismo, se advierte que el administrado realiza la solicitud de informe oral, 8 meses antes del plazo para la caducidad, es decir el 22 de febrero de 2017 ante la SDI, y sin embargo, es la misma SDI quien fija como fecha de informe oral para el 6 de noviembre de 2017, sabiendo que, el plazo para la caducidad del precedente procedimiento vencía el 25 de octubre del mismo año, es decir, 11 días antes de la fecha indicada para el informe oral.
13. En tal sentido y, frente a la evidencia, es imposible considerar los argumentos de la SDI, como una debida justificación que le permita la ampliación del plazo de caducidad. Decir lo contrario, significaría afectar el derecho del administrado a obtener una resolución motivada en el plazo establecido por la LPAG.

En referencia a los elementos técnicos del presente caso

14. Sin perjuicio de lo antes señalado, -que ya es suficiente para tomar una decisión-, se considera oportuno realizar un análisis técnico de la presente situación por su carácter singular. En tal sentido y, para motivar el presente extremo del voto, se presentarán en los siguientes considerandos, argumentos que consolidan fehacientemente la decisión, la cual se aparta de la singular posición tomada en mayoría.
15. Para el presente caso, es necesario precisar que la autoridad se encuentra en la obligación de aplicar el criterio de razonabilidad para justificar su decisión y por tanto, valerse de los instrumentos y técnicas a su alcance para consolidar la posición en vez de la aplicación de la normativa ignorando el criterio, criterio que deben ser coincidentes con las decisiones tomadas previamente mediante las resoluciones anteriores.

16. Para que se pueda entender la motivación del presente extremo del voto, es de importancia -inicialmente- realizar importantes precisiones en referencia a las condiciones naturales del río Chancay y a la actividad del administrado.

En referencia a las condiciones del Río Chancay.

17. De acuerdo a lo manifestado en el recurso de apelación -folios 308 al 310- queda firmemente establecido que el río Chancay, presenta concentraciones de STS superiores a lo establecido normativamente, lo cual es razonable debido a los diferentes factores naturales sumados a las precipitaciones que barren los suelos finos donde se encuentran las "eses" de los diferentes animales y lo concentran en el río.
18. La afirmación del considerando previo, también es recogida por la decisión de la mayoría según la columna 3 el cuadro número 2 de la hoja 21 donde se afirma que, las muestras tomadas en la bocatoma (es decir a la entrada de las operaciones de Orazul) superan los LMP establecido en la norma.
19. Por tanto, la mayoría, así como los firmantes del presente voto, coinciden en que los valores de STS del río, a la entrada de la operación de Orazul, ya se encuentran superando los LMP.
20. Complementariamente, es importante precisar que las lecturas de las concentraciones de STS en el río (en la bocatoma) son concentraciones en la fuente, por lo tanto, deben ser considerados como ECA del río, cuya responsabilidad para su tratamiento y consecuente disminución, no se le puede atribuir al administrado.
21. Coincidentemente, el análisis lógico técnico establecido en los considerandos previos, es similar a la decisión tomada la DFSAI en la Resolución Directoral N° 911-2016-OEFA/DFSAI donde bajo las mismas circunstancias, exonera de la responsabilidad al administrado Duke Energy Egenor.

En referencia a las características de la actividad de generación de energía

22. La doctrina define a la actividad de generación de energía por caída de agua, como una industria limpia donde el agua, ni se consume ni se contamina. Por tanto siendo la actividad, una que se realiza en un circuito cerrado por donde se canaliza el agua del río para mover una turbina y posteriormente ser evacuada nuevamente, no existe justificación alguna para considerar que se está incrementando los STS en el proceso.
23. La afirmación previa se sostiene también bajo el argumento que, por las características propias de la actividad económica, una central hidroeléctrica no hace uso consuntivo del agua captada para la generación de energía eléctrica.
24. Por el contrario, si se busca determinar un incumplimiento de LMP por STS, se requiere mucho más que la aplicación de la normativa y medir LMP a la salida del

proceso de la generación de energía debido que, hacer eso significaría renunciar a la capacidad de análisis y convertirse en aplicadores de instrumentos sin distingo alguno del necesario análisis caso por caso.

Sobre el análisis realizado para el presente caso sobre los LMP

25. Para sustentar el presente caso, la información recopilada por la DFAI -que se encuentra en el cuadro N° 1 de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI, busca demostrar que el parámetro STS medido en el punto de descarga del efluente superaría los LMP, con valores de STS aún mayores con respecto a la entrada en la bocatoma.
26. Al respecto, el análisis previo, resulta de lo más controversial debido que, la norma no establece que; si a la entrada se supera los LMP y a la salida también; deba hacerse una diferencia entre valores superado de la norma para encontrar su porcentaje de incumplimiento. Lo único que establece la norma, es que no se supere los valores máximos, pero, aplicando el criterio de razonabilidad donde se tome en cuenta y se analice, como recibió el recurso a la entrada por tratarse en este caso, de una actividad singular que solo usa la fuerza del agua para su operación.
27. Por otro lado, la volatilidad de los valores de STS a la entrada (en la bocatoma) es como consecuencia de lo impredecible de la naturaleza, motivo por el cual los valores del cuadro número 2 de la hoja 21 de la presente resolución, muestran que, 7 de las 12 mediciones del parámetro STS en la bocatoma también superan los LMP, cuando debería medirse ECA.
28. Sin embargo, en el supuesto negado que se puedan **comparar** los valores a la salida con lo establecido en la norma, ignorando los valores de entrada, sería **imperativo y necesario** para generar criterio, medir la misma molécula en esos dos lugares (entrada y salida), lo que implicaría un análisis de la distancia con sus diferentes caídas, así como la velocidad del agua en sus diferentes tramos para determinar en qué instante después de entrada la molécula de agua al sistema, deba medirse a la salida. Análisis e información no trabajada en el presente expediente debido a la carencia de esa precisa información.
29. Coincidentemente con el análisis realizado, el glosario de términos de la Autoridad Nacional del Agua, aprobado mediante Resolución Jefatural 010-2016-ANA, que define el concepto de aguas turbinadas, precisa – al igual que el presente voto- que las aguas que pasan por las turbinas y que no reciben en el trayecto ningún aporte, no pueden ser considerados como aguas residuales:

“ ...

Aguas Turbinadas

Aquellas procedentes de un cuerpo de agua que han sido aprovechadas para la generación hidroeléctrica que no requieren de una modificación en su estado

natural, ni de la adición de elementos que alteren dicho estado. En atención a sus características no son consideradas aguas residuales industriales...”⁵⁵

30. Por tanto y como consecuencia del análisis previo, se considera que el administrado no es responsable del valor del parámetro de STS que recibe a la entrada de la bocatoma, teniendo en cuenta de la información que obra en el expediente, el agua recibida ya supera de manera natural los valores establecidos en el LMP si fuera ese el caso y no ECA.
31. Sin embargo y precisamente por los argumentos vertidos en el presente extremo del voto -el cual evidencia un vacío normativo-, se hace necesario que, utilizando las funciones normativas institucionales, se genere un protocolo de acción para casos específicos de aguas turbinadas.

Por las consideraciones expuestas, el presente voto en discordia, es por declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 101-2018-OEFA/DFAI del 24 de enero de 2018 en el extremo que determinó responsabilidad de Orazul Energy Perú S.A por las conductas infractoras del cuadro N° 1 de la presente resolución referidas a que excedió los Límites Máximos Permisibles – LMP del parámetro Sólidos Totales Suspendidos – STS para efluentes líquidos de la actividad eléctrica durante los meses de agosto, noviembre y diciembre del 2014 así como enero, abril, mayo y junio de 2015 y, en consecuencia **ARCHIVAR** el procedimiento administrativo sancionador.

.....
EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ
Vocal

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

.....
MARCOS MARTÍN YUI PUNIN
Vocal

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