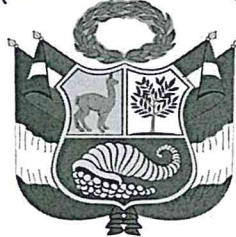


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 243-2012-OEFA/TFA

Lima, 13 NOV. 2012

VISTOS:

El Expediente N° 2010-167 que contiene el recurso de apelación interpuesto por el PROYECTO ESPECIAL CHAVIMOCHIC¹ (en adelante, CHAVIMOCHIC) contra la Resolución Directoral N° 152-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de junio de 2012 y el Informe N° 261-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 12 de noviembre de 2012; y,

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 009343 de fecha 06 de diciembre de 2010 (Fojas 56 al 58), notificada con fecha 18 de enero de 2011, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a CHAVIMOCHIC una multa de cinco (05) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación²:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
- No efectuar el monitoreo de aceites y grasas en la Central Hidroeléctrica Virú.	Artículo 9° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA y literal h) del artículo 31°	Numeral 3.20 del Anexo N° 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la	05 UIT

¹ PROYECTO ESPECIAL CHAVIMOCHIC identificado con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20156058719

² Cabe señalar que a través del artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 009343 se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, en el extremo referido a la infracción al artículo 8° del Reglamento aprobado por D.S. N° 029-94-EM.

<ul style="list-style-type: none"> - No realizar el monitoreo del cuerpo receptor de dicha central, según lo establecido en la normatividad vigente (cuerpo receptor y frecuencia) - No presentar a la autoridad competente los reportes de monitoreo de efluentes líquidos, correspondientes a los cuatro trimestres del año 2007 - No realizar la presentación de esta información a través del sistema extranet 	del Decreto Ley N° 25844 ³	Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, en concordancia con el literal b) del artículo 201° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM ⁴	
MULTA TOTAL			05 UIT⁵

³ **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.**

Artículo 9°.- Los responsables de las actividades de electricidad están obligados a efectuar el muestreo de los efluentes y sus análisis químicos con una frecuencia mensual. Los reportes corresponderán a los trimestres que concluyen en los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre y serán presentados el último día hábil del mes siguiente al trimestre vencido a la Dirección General de Electricidad. Los reportes se presentarán por duplicado en forma impresa y en medio magnético.

DECRETO LEY N° 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

Artículo 31°.- Tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización, están obligados a:
h) Cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación.

⁴ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 028-2003-OS/CD - ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA.**

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

DECRETO SUPREMO N° 009-93-EM. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

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

b) Por incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Artículos 31, 32, 33, 34 y 55 de la Ley, a excepción de aquellos que se refieren a la caducidad, las que se rigen por lo específicamente establecido en la Ley y el Reglamento

⁵ Para la determinación y graduación de la multa impuesta, la resolución recurrida se sustentó en el Informe Técnico N° GFE-USMA-9953-2010 elaborado por la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, que aplicó una metodología de cálculo de multa ex post por daños ambientales para el subsector eléctrico, así como los criterios de graduación contenidos en el Anexo 2 de la Resolución N° 032-2005-OS/GG.

2. Con escrito de registro N° 16742 de fecha 08 de febrero de 2011 (Fojas 60 a 83), CHAVIMOCHIC interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 009343 de fecha 06 de diciembre de 2010.
3. Por Resolución Directoral N° 152-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de junio de 2012 (Fojas 95 a 99), notificada con fecha 21 de junio de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por CHAVIMOCHIC contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 009343 de fecha 06 de diciembre de 2010.
4. Con escrito de registro N° 015282 presentado con fecha 13 de julio de 2012 (Fojas 101 a 122), CHAVIMOCHIC interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 152-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de junio de 2012, en atención a los siguientes fundamentos:
 - a) Se han vulnerado los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, previstos en los numerales 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que no se ha establecido la base legal que sustenta la metodología para determinar el monto de la sanción impuesta.
 - b) No se ha obtenido un beneficio económico por no efectuar una parte del monitoreo de los efluentes de la Central Hidroeléctrica Virú, pues no resulta necesario realizar una inversión económica para desarrollar dicho monitoreo.

En efecto, la apelante cuenta con un laboratorio al interior de sus instalaciones en el cual se realizan las pruebas destinadas a determinar los límites máximos permisibles (en adelante, LMP) de emisión de efluentes líquidos para las actividades eléctricas.

- c) No se ha efectuado una inversión en costos operativos, de insumos o administrativos, al momento de realizar el monitoreo de aceites y grasas del cuerpo receptor de la Central Hidroeléctrica Virú, toda vez que su Laboratorio está a cargo de personal permanente, el cual de acuerdo a los requerimientos realizan las labores que resulten necesarias; sin que por ello, se le asigne una remuneración o presupuesto adicional.
- d) Para determinar el beneficio económico del cálculo de la multa impuesta, se ha utilizado un procedimiento que no tiene sustento legal, toda vez que no se ha detallado la normativa utilizada, indicándose únicamente que se ha simulado escenarios de cumplimiento, basados en cálculos de instrumentos técnicos y económicos.
- e) Sólo se ha considerado como atenuante "los antecedentes de incumplimientos", cuando debió considerarse otros factores conforme el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como son: la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio

económico, la repetición de la infracción y la circunstancia de la comisión de la infracción.

- f) A fin de atenuar la sanción se ha aplicado lo dispuesto en la Resolución N° 032-2005-OS/GG, que aprueba los criterios específicos que la Gerencia General del OSINERG tomará en cuenta para la aplicación de los numerales 3.3.1, 3.9.2 y 3.5.3 de la Tipificación de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada mediante Resolución N° 028-2003-OS/CD; sin embargo, dichos numerales no resultan aplicables al presente caso, toda vez que la conducta que se atribuye a CHAVIMOCCHIC se encuentra inmersa en el numeral 3.20 del Anexo N° 3 de dicha Tipificación.
- g) En la Resolución Directoral N° 033-2012-OEFA/DFSAL de fecha 23 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ha establecido costos operativos en la determinación del beneficio económico que difieren de los establecidos en la resolución de sanción, constatándose que dichos montos son determinados discrecionalmente.
- h) Se ha vulnerado el Principio de Congruencia, recogido en el artículo 217° de la Ley N° 27444, toda vez que en la resolución materia de apelación no se ha emitido pronunciamiento alguno sobre los argumentos plasmados en el recurso de reconsideración de CHAVIMOCCHIC, en torno al sustento legal o base normativa de la metodología utilizada para la determinación del beneficio económico.

Competencia

- 5. 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, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁶.
- 6. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 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 ambiental⁷.

⁶ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
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. (...)

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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

7. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.
8. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 001-2011-OEFA/CD de fecha 03 de marzo de 2011, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de electricidad del OSINERGMIN al OEFA, el 04 de marzo de 2011.
9. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4 del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁹.

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: (...)

d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

⁸ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

PRIMERA.- (...)

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia. (...)

⁹ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como últimas instancias administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

Norma procedimental aplicable

10. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.
11. Siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

12. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona "el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"¹¹.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por "ambiente", por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del

-
- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia
c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

¹⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹²:

"(...) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de 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).

El medio ambiente se define como "(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos".

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...)". (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, 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 otros¹³.

¹² La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

¹³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RETREPO:

"Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)"

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁴:

- a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
- b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

En ese sentido, la primera manifestación implica que toda intervención del ser humano en el medio ambiente no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación existente entre los elementos que lo integran, de modo tal que éste conserve características adecuadas para el desarrollo de la persona y su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Por su parte, en la segunda acepción el derecho a la preservación del ambiente entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; obligaciones que alcanzan también a los particulares, sobre todo a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración toda vez que el derecho a 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 medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

“Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (El resaltado en negrita es nuestro).

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre el Cálculo de la Multa efectuado en la resolución de sanción

13. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) al f) del numeral 4, corresponde precisar que de acuerdo al Principio del Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el Principio de Legalidad contenido el numeral 1.1 del mismo articulado, los administrados gozan, entre otros, del derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente¹⁵.

A su vez, de acuerdo al Principio de Razonabilidad, reconocido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa que impliquen la imposición de sanciones deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁶.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, regula el Principio de Razonabilidad aplicable en el marco de la potestad sancionadora administrativa, precisando que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, prescribe que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación¹⁷:

¹⁵ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

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

¹⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

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

¹⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En este orden de ideas, se advierte que la determinación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores y bajo determinados parámetros claramente definidos a nivel normativo, se encuentra dentro del ámbito de las potestades discrecionales con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa.

En esa línea, conviene citar a MORÓN URBINA¹⁸, quien señala lo siguiente: "(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa". (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, se tiene que la sanción impuesta se encuentra prevista en el numeral 3.20 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias, las que prevén multas de hasta mil (1,000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Así las cosas, a efectos de determinar y graduar las sanciones aplicables dentro de los márgenes citados en el párrafo precedente, se observó la siguiente fórmula descrita en numeral 5 del Informe Técnico N° GFE-USMA-953-2010 de fecha 15 de octubre de 2010, elaborado por la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN (Fojas 47 a 50):

$$Multa = (B + Alpha * D) A$$

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

¹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Novena Edición. Gaceta Jurídica. Pág. 699

Donde "B" es el beneficio económico derivado del incumplimiento de las normas ambientales, "Alpha" es el porcentaje del daño ambiental que se carga a la multa administrativa, "D" es el valor económico del daño ambiental en la zona afectada por la contaminación y "A" son los factores atenuantes y agravantes, a que se refiere el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Al respecto, si bien la recurrente alega que la citada fórmula de cálculo no tiene basamento en dispositivo legal alguno; corresponde precisar que de acuerdo al análisis expuesto al inicio del presente numeral, la administración guarda un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos para cada tipo de infracción, razón por la cual para lograr esta individualización se encuentra autorizada a emplear la metodología que resulte coherente con los fines de su potestad punitiva.

De este modo, el diseño y aplicación de la fórmula materia de análisis encuentra justificación en el marco de la potestad discrecional reconocida a partir del propio Principio de Razonabilidad, en concordancia con el artículo 11° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, razones por las cuales la labor de determinación y graduación de la multa impuesta a CHAVIMOCHIC se encuentra dentro del marco del Principio de Legalidad y Debido Procedimiento Administrativo¹⁹.

De otro lado, tratándose de los puntos cuestionados por la recurrente, cabe indicar con relación al factor **Beneficio Económico**, que éste constituye la ganancia que obtiene el infractor al evadir y/o postergar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a que se encuentra sujeto. En ese sentido, la multa busca recuperar el beneficio económico que la empresa infractora hubiera podido obtener por el incumplimiento de la ley, por lo que, la medida de este beneficio está dada por el monto de dinero que haría al infractor indiferente entre cumplir o incumplir con las normas²⁰.

En ese contexto, cabe agregar que a efectos de realizar el cálculo del beneficio económico se utilizan técnicas de ingeniería para la estimación de costos de los componentes necesarios para garantizar el cumplimiento de las normas, haciéndose uso, además, de las técnicas de escenarios de cumplimiento, los cuales dependerán de la forma en que deben cumplirse las normas de protección ambiental.

¹⁹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 233-2009-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 11°.- Objetivos de la Sanción.

La sanción tiene como objetivos:

11.1. Regular de manera eficaz la conducta de los administrados, a fin de que cumplan a cabalidad con las disposiciones que le sean aplicables y, en especial, prevenga conductas que atenten contra la seguridad, la salud y el medio ambiente, así como contra la calidad de los servicios regulados y actividades supervisadas.

11.2. Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.

11.3 Cumplir con su efecto punitivo.

²⁰ A efectos de conceptualizar el beneficio económico, este Tribunal Administrativo ha recurrido al Documento de Trabajo 20: Sistema de Sanciones por Daños Ambientales para la Fiscalización en la Industria de Hidrocarburos en el Perú, elaborado por la Oficina de Estudios Económicos del OSINERGMIN, disponible en: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/DT20_OSINERG.pdf

Así, el primer escenario recibe el nombre de escenario de “Cumplimiento a Tiempo” en el cual se identifica el flujo esperado de costos de cumplimiento de los compromisos normativos condicionado a que el titular de la actividad hubiera cumplido con los compromisos legales en las fechas establecidas por los mismos; mientras que el segundo escenario, de “cumplimiento postergado” identifica el flujo de costos de cumplimiento condicionado a que el titular de la actividad haya postergado el cumplimiento de los compromisos a una fecha posterior.

Es por este motivo que, en concordancia con lo indicado en el inciso v) del literal a) del numeral 3 del Informe N° 029-2012-OEFA/DFSAI/SDI de fecha 13 de junio de 2012, para determinar el valor del beneficio económico se desarrolló un escenario de cumplimiento de la obligación materia de incumplimiento, esto es, realizar el monitoreo de aceites y grasas y del cuerpo receptor de la Central Hidroeléctrica Virú, para lo cual se considera costos de mercado; resultando irrelevante conocer los costos reales de una empresa o si ésta cuenta o no con los equipos y recursos necesarios para ejecutar aquello a que se encontraba obligada.

Sobre el particular, conforme se desprende del numeral 5 del Informe Técnico N° GFE-USMA-953-2010 de fecha 15 de octubre de 2010, para el cálculo del beneficio económico se consideró lo siguiente:

Insumos	Cant.	Días	Costo Unit.	Sub Total
Jefe de Monitoreo	1	3	225	675
Técnico de Muestreo	1	3	75	225
Viáticos	2	3	60	360
Transporte de Equipos y Materiales	1		110	110
Gastos de Transporte	2		200	400
Monitoreo				
Aceites y Grasas	1	1	33.6	33.6
Temperatura	2	1	28	56
Costo Operativo S/.				1859.6
Gastos Administrativos (10%)				185.96
Utilidad (10%)				204.56
IGV (19%)				427.52
Costo Evitado Bruto				2677.64
Impuesto a la Renta (30%)				803.29
Costo Evitado Neto / Mensual				1874.35

De este modo, se constata que para realizar el cálculo arriba expresado, el regulador siguió correctamente la metodología desarrollada sobre la base de criterios técnicos y económicos aplicables al presente caso. Por lo demás, este

Órgano Colegiado considera oportuno precisar que si la apelante contaba con los medios necesarios para realizar el monitoreo de aceites y grasas, así como del cuerpo receptor de la Central Hidroeléctrica Virú, al contar con laboratorios adecuados al interior de sus instalaciones, ello torna más censurable la infracción imputada, toda vez que no garantizó la ejecución de sus obligaciones pese a contar con los recursos para hacerlo.

Por otro lado, con relación al factor "A", en atención al nivel de discrecionalidad de la administración pública analizado previamente, el OSINERGMIN consideró los lineamientos establecidos en la Resolución de Gerencia General N° 032-2005-OS/GG, conforme a lo siguiente:

Observación	Calificación Atenuante / Agravante		B	alphaD	B+alphaD	1+SumFi/100	(1+F8/100)	A
	Factor	Valor						
Observación 1:	F1	-4						
	F2	-4	20617.85	0	20617.85	20617.85	1	0.85
	F3	-2						
	F4	0						
	F5	0						
	F6	0						
TOTAL			20617.85	0	20617.85	20617.85	1	0.85

En ese contexto, conforme se aprecia de los cuadros precitados, para el cálculo del monto de la multa fijada para la infracción materia de sanción, sí se aplicaron los criterios de graduación previstos en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, en el orden de prelación señalado por dicho dispositivo legal.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por la apelante en estos extremos.

Respecto a la Resolución Directoral N° 033-2012-OEFA/DFSAI

14. En el literal g) del numeral 4 de la presente resolución, la apelante aduce que los montos de los cálculos de la multa son determinados discrecionalmente, toda vez que en la Resolución Directoral N° 033-2012-OEFA/DFSAI de fecha 23 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ha establecido costos operativos en la determinación del beneficio económico que difieren de los establecidos en la resolución cuestionada en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto cabe señalar que mediante la Resolución Directoral N° 033-2012-OEFA/DFSAI de fecha 23 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos resolvió sancionar a la empresa Electro Sur Este S.A.A. con una multa de 216.35 UIT, por no incluir los resultados del monitoreo del efluente líquido de la central térmica de Puerto Maldonado en los reportes de monitoreo de los períodos 2003 y 2004, incurriendo en una infracción al literal d) del artículo 47° del Reglamento de Protección Ambiental en las

Actividades Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM y al artículo 9° de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA.

Ahora bien, debe manifestarse que conforme a lo señalado en el numeral 2.3 de la Resolución mencionada en el párrafo precedente, el análisis llevado a cabo para la determinación de la multa impuesta a Electro Sur Este S.A.A. se ha efectuado en el Informe N° 004-2012-OEFA/DFSAI/SDI de la Sub Dirección de Sanción y Aplicación de Incentivos, en el cual se estableció un estimado de los costos operativos relacionados a la elaboración de reporte de monitoreo de efluentes.

Sobre el particular, resulta necesario precisar que en el presente procedimiento administrativo sancionador, se ha realizado el análisis de los costos operativos por no haberse efectuado el monitoreo de aceites y grasas ni del cuerpo receptor de la Central Hidroeléctrica Virú. Dicho hecho, resulta distinto a la elaboración del reporte de monitoreo de efluentes relacionado a la Resolución Directoral N° 033-2012-OEFA/DFSAI de fecha 23 de febrero de 2012.

En ese sentido, dado que la motivación contenida en la resolución antes citada se basó en hechos distintos a los analizados en el presente procedimiento sancionador, corresponde desestimar lo alegado por impertinente.

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Congruencia

15. En el literal h) del numeral 4, la recurrente señala que se ha vulnerado el Principio de Congruencia, recogido en el artículo 217° de la Ley N° 27444, toda vez que en la resolución materia de apelación no se ha emitido pronunciamiento alguno sobre los argumentos plasmados en el recurso de reconsideración de CHAVIMOCHIC, en torno al sustento legal o base normativa de la metodología utilizada para la determinación del beneficio económico.

Sobre el particular, debe manifestarse que la Resolución Directoral N° 152-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de junio de 2012, que resuelve declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la recurrente, estimó los argumentos señalados por CHAVIMOCHIC respecto de los cuestionamientos efectuados en torno al sustento de la metodología utilizada para la determinación del beneficio económico, señalando en el acápite (v) de su numeral 3.2.3, que las sanciones son aplicadas en función de escenarios de cumplimiento, procediendo a detallar el procedimiento seguido por OSINERGMIN al momento de efectuar el cálculo de la multa.

En ese sentido, no se ha vulnerado de modo alguno el el Principio de Congruencia, recogido en el artículo 217° de la Ley N° 27444, debiendo desestimarse lo señalado por la recurrente en este extremo.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que

aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización del OEFA; con la participación de los Vocales Lenin William Postigo De la Motta, José Augusto Chirinos Cubas, Verónica Violeta Rojas Montes, Francisco José Olano Martínez, y la abstención del Vocal Héctor Adrián Chávarry Rojas

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por **EL PROYECTO ESPECIAL CHAVIMOCHIC**, contra la Resolución Directoral N° 152-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de junio de 2012; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- **DISPONER** que el monto de la multa sea depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA el pago realizado.

Artículo Tercero.- **NOTIFICAR** la presente resolución a El PROYECTO ESPECIAL CHAVIMOCHIC y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

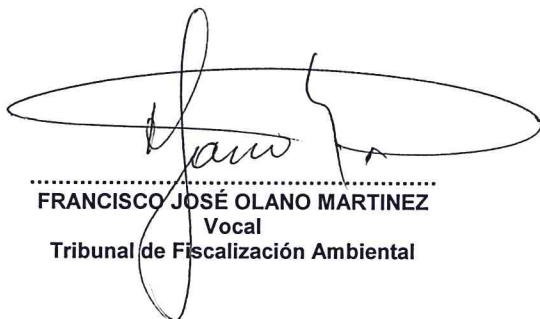
Regístrese y Comuníquese



.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

