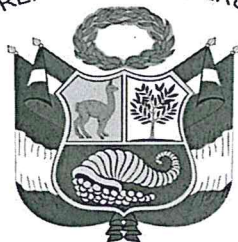


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 260-2012-OEFA/TFA

Lima, 27 NOV. 2012

VISTO:

El Expediente N° 3808-2009-PRODUCE/DIGSECOVI-DSVS que contiene el recurso de apelación interpuesto por NEMO CORPORATION S.A.C.¹ (en adelante, NEMO CORPORATION) contra la Resolución Directoral N° 1643-2011-PRODUCE/DIGSECOVI de fecha 19 de abril de 2011 y el Informe N° 274-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 26 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 1643-2011-PRODUCE/DIGSECOVI de fecha 19 de abril de 2011 (Fojas 11 a 12), notificada con fecha 27 de abril de 2011, la Dirección General de Seguimiento, Control y Vigilancia del Ministerio de la Producción impuso a NEMO CORPORATION una multa de tres (03) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Arrojar al mar residuos sólidos orgánicos del cultivo de las conchas de abanico	Artículo 78° del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE ²	Numeral 68 del artículo 134° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE y Código 68° del Cuadro de Sanciones Anexo al Reglamento	03 UIT

¹ NEMO CORPORATION S.A.C. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C) N° 20432683339.

² DECRETO SUPREMO N° 012-2001-PE. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE PESCA.

Artículo 78°.- Obligaciones de los titulares de las actividades pesqueras y acuícolas

Los titulares de las actividades pesqueras y acuícolas son responsables de los efluentes, emisiones, ruidos y disposición de desechos que generen o que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones, de los daños a la salud o seguridad de las personas, de efectos adversos sobre los ecosistemas o sobre la cantidad o calidad de los recursos naturales en general y de los recursos hidrobiológicos en particular, así como de los efectos o impactos resultantes de sus actividades. Por lo tanto, están obligados a ejecutar de manera permanente planes de manejo ambiental y, en consecuencia, a realizar las acciones necesarias para prevenir o revertir en forma

		aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE ³	
MULTA TOTAL			03 UIT

2. Con escrito de registro N° 00043478-2011 presentado con fecha 18 de mayo de 2011, complementado con escrito de registro N° 00043901-2011 presentado con fecha 19 de mayo de 2011, NEMO CORPORATION interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 1643-2011-PRODUCE/DIGSECOVI de fecha 19 de abril de 2011, en atención a los siguientes fundamentos:
- El biofouling no es un medio contaminante que constituya peligro para la navegación o la vida, que deteriore el medio ambiente, altere el equilibrio del ecosistema o cause otros perjuicios a las poblaciones costeras.
 - La administración ha basado su decisión en el Informe N° 082-2009-PRODUCE/DIGAAP-DAEA de fecha 08 de setiembre de 2009 y en la inspección ocular realizada el 01 de setiembre de 2009, sin considerar que la recurrente cuenta con una acreditación internacional, por parte de la Organización Internacional *Friends Of The Sea*, que se otorga a las empresas que logran mantener la sostenibilidad del recurso y el cuidado del ambiente.

progresiva, según sea el caso, la generación y el impacto negativo de las mismas, a través de la implementación de prácticas de prevención de la contaminación y procesos con tecnologías limpias, prácticas de reuso, reciclaje, tratamiento y disposición final. Asimismo, están obligados a adoptar medidas destinadas a la conservación de los recursos hidrobiológicos y de los ecosistemas que les sirven de sustento.

³ **DECRETO SUPREMO N° 012-2001-PE. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE PESCA.**

Artículo 134°.- Infracciones

Constituyen infracciones administrativas en las actividades pesqueras y acuícolas, las siguientes: (...)

68. Abandonar o arrojar en el agua, playas y riberas desperdicios, materiales tóxicos, sustancias contaminantes u otros elementos u objetos que constituyan peligro para la navegación o la vida, o que deterioren el medio ambiente, alteren el equilibrio del ecosistema o causen otros perjuicios a las poblaciones costeras.

DECRETO SUPREMO N° 016-2007-PRODUCE. REGLAMENTO DE INSPECCIONES Y SANCIONES PESQUERAS Y ACUICOLAS.

ANEXO

CUADRO DE SANCIONES

CÓDIGO	INFRACCIÓN	TIPO DE INFRACCIÓN	MEDIDA CAUTELAR	SANCIÓN	DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN (MULTAS EN UIT)
68	Abandonar o arrojar en el agua, playas y riberas desperdicios, materiales tóxicos, sustancias contaminantes u otros elementos u objetos que constituyan peligro para la navegación o la vida, o que deterioren el medio ambiente, alteren el equilibrio del ecosistema o causen otros perjuicios a las poblaciones costeras		No	Multa	3 x (cantidad de residuos en t.) x factor de la harina residual en UIT
			No	Multa	68.1 Si los objetos o desechos provienen de un EIP donde se elabore harina y aceite de pescado: Capacidad instalada x 1 UIT
			No	Multa	68.2 Si objetos o desechos provienen de una embarcación para la navegación pesquera. Capacidad de bodega en m ³ x 0.5 UIT
			No	Multa	68.3 Tratándose de centros acuícolas: 3 UIT

Además, dicha certificación fue comunicada a las autoridades del sector pesquero conforme se desprende de las cartas de fecha 17 de noviembre de 2009, que se adjunta al presente recurso.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁴, 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).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵, 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.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.
6. Con Decreto Supremo N° 009-2011-MINAM publicado el 3 de junio de 2011, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de seguimiento, vigilancia, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental de los sectores industrial y pesquería del Ministerio de la Producción (en adelante,

⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL 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.

⁵ 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 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.

⁶ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.

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. (...)

PRODUCE) al OEFA; y mediante Resolución del Consejo Directivo N° 002-2012-OEFA/CD⁷, publicada el 17 de marzo de 2012, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de seguimiento, vigilancia, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental del sector pesquería el 16 de marzo de 2012.

7. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁸, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por NEMO CORPORATION, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del

⁷ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 002-2012-OEFA/CD. RESOLUCION QUE APRUEBA LOS ASPECTOS QUE SON OBJETO DE TRANSFERENCIA DEL MINISTERIO DE PRODUCCION AL OEFA EN MATERIA AMBIENTAL DEL SECTOR PESQUERIA Y DETERMINA LA FECHA EN QUE EL OEFA ASUMIRA LAS FUNCIONES DE SEGUIMIENTO, VIGILANCIA, SUPERVISION, FISCALIZACION, CONTROL Y SANCION EN ESTA MATERIA.

Artículo 2°.- Determinación de la fecha en que el OEFA asumirá las funciones objeto de transferencia.

Determinar que el 16 de marzo de 2012 será la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de seguimiento, vigilancia, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, del Sector Pesquería del Ministerio de la Producción.

⁸ 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.

⁹ 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:

a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

¹⁰ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Título Preliminar de la Ley N° 27444¹¹, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.

9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento¹² se encontraba vigente el Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PE¹³ y el Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE, corresponderá observar el contenido normativo de dichos cuerpos legales.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. 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 ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares de la actividad pesquera y acuícola.

Sobre el particular, cabe indicar que, de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁴.

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 Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁵:

¹¹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

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.

¹² En el presente caso, el Procedimiento Administrativo Sancionador se inició mediante Reporte de Ocurrencias N° 000045, de fecha 01 de setiembre de 2009.

¹³ Modificado por el Decreto Supremo N° 015-2007-PRODUCE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 04 de agosto de 2007.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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>.

"(...) 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 vivos 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 —vivos 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 vivos (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 vivo, 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 otros¹⁶.

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

¹⁶ 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 RESTREPO:

"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.

numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁷:

- 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 este contexto, cabe indicar 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 mencionada 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 previsora 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).

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 pesquera y acuícola, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre los hechos imputados y la comisión de la infracción

11. En cuanto a lo argumentado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde precisar que de acuerdo al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444¹⁸, sólo constituyen

¹⁷ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

¹⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad.-Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

A su vez, sobre la aplicación del citado principio, MORÓN URBINA¹⁹ ha señalado que el mandato de tipificación derivado del mismo no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En efecto, corresponde a la Administración verificar la correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que esto último implicaría sancionar conductas cuya antijuridicidad se encuentra excluida al no encontrarse calificadas como ilícitos.

En este contexto, conviene indicar que la infracción imputada a NEMO CORPORATION se encuentra tipificada en el numeral 68° del artículo 134° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, en los siguientes términos:

“Artículo 134°.- Infracciones

Constituyen infracciones administrativas en las actividades pesqueras y acuícolas, las siguientes: (...)

68. Abandonar o arrojar en el agua, playas y riberas desperdicios, materiales tóxicos, sustancias contaminantes u otros elementos u objetos que constituyan peligro para la navegación o la vida, o que deterioren el medio ambiente, alteren el equilibrio del ecosistema o causen otros perjuicios a las poblaciones costeras.”

En ese sentido, se advierte que para la configuración de dicha infracción administrativa deben verificarse los siguientes elementos:

- a) La acción de abandonar o arrojar desperdicios, materiales tóxicos, sustancias contaminantes u otros elementos u objetos
- b) Los elementos objeto de la acción sean dispuestos en el agua, playas o riberas
- c) Los elementos dispuestos en el agua, playas o riberas tengan las características de ser peligrosos para la navegación o la vida, causen deterioro al ambiente, alteren el equilibrio del ecosistema o causen otros perjuicios a poblaciones costeras.

Sobre el particular, cabe indicar que conforme se desprende del rubro Hechos Constatados del Reporte de Ocurrencias N° 000045 (Foja 02) y los numerales 2.1 y 3.1 del Informe N° 082-2009-PRODUCE/DIGAAP-DAEA de fecha 08 de setiembre de 2009 (Fojas 03 al 04), durante la inspección inopinada practicada a

¹⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011, pp. 709-710.

las instalaciones de NEMO CORPORATION con fecha 01 de setiembre de 2009 por la Dirección General de Asuntos Ambientales de Pesquería - DIGAAP, se constató lo siguiente:

"HECHOS CONSTATADOS

Se vierten al mar biofoulin (residuos sólidos orgánicos) del cultivo de conchas de abanico (...) (En el Reporte de Ocurrencias 000045)

"II. HECHOS

2.1. Durante la inspección inopinada, efectuada el día 01 de setiembre de 2009, en el establecimiento acuícola NEMO CORPORATION S.A.C., se constató lo siguiente:

- En el trimarán, la estructura en mar de la concesión en mención, se encontraban realizando el desdoble de los dispositivos de cultivo, **dicha operación genera residuos sólidos orgánicos (algas, choritos, y otros bioincrustantes), los cuales son arrojados al medio marino, observando en la presente inspección que todos estos residuos orgánicos que caen al piso de la estructura marítima mediante chorros de agua son arrastrados directamente al mar (...)**

III. CONCLUSIONES

3.1 El arrojar residuos de algas, choritos y demás bioincrustantes al mar, durante las operaciones de desdoble de linternas, ocasiona impactos ambientales negativos al ambiente, deteriorando el medio acuático, alterando el equilibrio del ecosistema" (En el Informe N° 082-2009-PRODUCE/DIGAAP-DAEA) (El subrayado en negrita es nuestro)

Así las cosas, conviene señalar que de acuerdo al artículo 4° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE, en concordancia con el artículo 103° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, los operativos de inspección inopinada tienen como propósito verificar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable al sector que es objeto de análisis, practicándose, entre otros, en establecimientos industriales pesqueros o concesiones acuícolas, con intervención del representante del titular de la actividad pesquera y/o acuícola inspeccionada²⁰.

²⁰ DECRETO SUPREMO N° 016-2007-PRODUCE. REGLAMENTO DE INSPECCIONES Y SANCIONES PESQUERAS Y ACUICOLAS.

Artículo 4°.- De las Inspecciones

Los operativos de inspección son de carácter inopinado y reservado, programándose y ejecutándose preferentemente en las horas punta de descarga, procesamiento, comercialización, o cuando se presume la ocurrencia de la comisión de una infracción tipificada en el ordenamiento pesquero y acuícola, asimismo, en períodos de vedas y aún cuando las embarcaciones pesqueras o los establecimientos industriales pesqueros no se encuentren operando.

Los titulares de los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que otorga el Ministerio de la Producción, están obligados, durante la inspección, a designar un representante o encargado que acompañe al inspector en su visita inspectiva, quien en calidad de responsable directo de la actividad pesquera y acuícola, debe facilitar y observar las actuaciones que lleva a cabo el inspector en dicha diligencia. La ausencia del representante o encargado de la unidad inspeccionada no constituye impedimento para realizar la diligencia de inspección.

El inspector deja constancia, tanto en el Reporte de Ocurrencias como en la Notificación, del incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior, así como de cualquier acto manifiestamente dirigido a obstaculizar o impedir las labores de inspección.

DECRETO SUPREMO N° 012-2001-PE. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE PESCA.

Artículo 103°.- Inspecciones

Para asegurar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente Reglamento, el Ministerio de Pesquería efectuará las inspecciones que sean necesarias, conforme al reglamento correspondiente.

A su vez, en el marco del literal c) del artículo 5° y artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE, el inspector acreditado del Ministerio de la Producción se encarga de redactar el "Reporte de Ocurrencias" que resulta de la visita de inspección, a efectos de documentar y dejar constancia de los hechos verificados, esto es, de las condiciones en que se desarrollan las actividades pesqueras y acuícolas, así como las actividades vinculadas directa o indirectamente a las mismas²¹.

En esta misma línea, conforme a lo especificado en el artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE, una vez concluidas las acciones de control y fiscalización, el inspector elabora el Informe Técnico, el cual debe contener la narración circunstanciada y concreta de los hechos acontecidos durante la acción de control (inspección)²².

Por su parte, el artículo 43° de la Ley N° 27444, prescribe que son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades; mientras que el artículo 165° del mismo cuerpo normativo, señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa²³.

21 DECRETO SUPREMO N° 016-2007-PRODUCE. REGLAMENTO DE INSPECCIONES Y SANCIONES PESQUERAS Y ACUICOLAS.

Artículo 5°.- Calidad del Inspector

Mediante resolución ministerial, el Ministerio de la Producción establece las condiciones y requisitos exigidos a los inspectores, así como las faltas en que incurran los inspectores en el ejercicio de sus funciones y las correspondientes sanciones.

(...)

Durante los actos de inspección, el inspector fiscalizador desarrolla funciones estrictamente técnicas, estando facultado para:

a) Practicar inspecciones oculares para verificar las condiciones en que se desarrollan las actividades pesqueras y acuícolas, así como las actividades vinculadas directa o indirectamente a las mismas.

(...)

c) Levantar Reportes de Ocurrencias, Partes de Muestreo, actas de inspección, actas de decomiso, actas de donación, actas de entrega - recepción de decomisos, actas de devolución de recursos al medio natural, actas de remoción de precintos de seguridad y otras necesarias para el desarrollo de la diligencia de inspección.

Artículo 24°.- Medios probatorios aportados por los inspectores

Para efectos de la verificación de los hechos constitutivos de la infracción, los inspectores pueden disponer, entre otras, la realización del muestreo biométrico y gravimétrico de recursos hidrobiológicos, así como otros medios probatorios que resulten idóneos para determinar la presunta comisión de infracciones, tales como fotografías, grabaciones de audio y video, entre otros.

22 DECRETO SUPREMO N° 016-2007-PRODUCE. REGLAMENTO DE INSPECCIONES Y SANCIONES PESQUERAS Y ACUICOLAS.

Artículo 25°.- El Informe Técnico

Concluidas las acciones de control y fiscalización, los inspectores elaboran un Informe Técnico, el cual elevarán en el más corto plazo a su inmediato superior. Dicho informe narra de manera circunstanciada y concreta los hechos acontecidos durante la acción de control.

En caso de que durante la inspección se constate la comisión de una infracción, el Informe Técnico que elaboren los inspectores debe contener como anexos los originales del Reporte de Ocurrencias, Parte de Muestreo, Acta de Inspección, Cargo de la Notificación y demás medios probatorios que sustenten la denuncia. Dicho informe, incluidos sus anexos, es remitido por el superior al órgano sancionador correspondiente en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

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

Artículo 43°.- Valor de documentos públicos y privados

43.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.

Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

En este contexto normativo, resulta válido concluir que el Reporte de Ocurrencias N° 000045, así como el Informe N° 082-2009-PRODUCE/DIGAAP-DAEA, constituyen medios probatorios de la comisión de los hechos imputados al interior del presente procedimiento sancionador, lo que es reconocido a su vez por el artículo 39° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE²⁴.

Por tal motivo, habiéndose acreditado la ocurrencia de los hechos imputados y, por tanto, los elementos que configuran el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el numeral 68° del artículo 134° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que permitieran desvirtuar el contenido del Reporte de Ocurrencias N° 000045 y el Informe N° 082-2009-PRODUCE/DIGAAP-DAEA, arriba citados.

Al respecto, NEMO ha señalado que el biofouling verificado durante la inspección no constituye materia contaminante ni genera impactos negativos en el mar, debiéndose considerar además que cuenta con una acreditación internacional que garantiza el cuidado que presta al ambiente durante el desarrollo de sus actividades.

A efectos de emitir pronunciamiento sobre dicho argumento, este Tribunal Administrativo considera pertinente caracterizar el biofouling así como explicar sus efectos en el medio marino de acuerdo a la literatura existente. Así, EGUÍA LÓPEZ indica lo siguiente²⁵:

"(...) El fouling es la acumulación de depósitos bióticos y/o abióticos sobre una superficie (natural o artificial) en contacto con un fluido. Este fenómeno se puede presentar en diversas formas o tipos, bien independientemente o bien interrelacionándose. Actualmente estas formas de fouling son: (...)

1.3.1. Fouling biológico

En sentido estricto, el fenómeno indeseable de adherencia y acumulación de depósitos bióticos sobre una superficie, se conoce en la literatura anglosajona como biofouling, siendo éste el término que se está empleando en la literatura escrita en castellano para designar la adherencia y crecimiento de vida animal y vegetal sobre estructuras artificiales sumergidas o en contacto con ambientes marinos. Esta acumulación puede llegar a ser macroorganismos, lo

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

²⁴ DECRETO SUPREMO N° 016-2007-PRODUCE. REGLAMENTO DE INSPECCIONES Y SANCIONES PESQUERAS Y ACUÍCOLAS.

Artículo 39°.- Valoración de los medios probatorios

El Reporte de Ocurrencias, así como la información del Sistema de Seguimiento Satelital constituyen uno de los medios probatorios de la comisión de los hechos por parte del presunto infractor, pudiendo ser complementados o reemplazados por otros medios probatorios que resulten idóneos y que permitan determinar la verdad material de los hechos detectados.

²⁵ EGUÍA LÓPEZ, Emilio. "El problema de biofouling en intercambiadores de calor-condensadores refrigerados por agua de mar: (lección de apertura del Curso Académico 1998-1999)". Ed. Universidad de Cantabria, 1998, pp. 23-25.

que da lugar al biofouling macrobiano (macrofouling), lógicamente a partir de microorganismo, biofouling microbiano o microfouling (...)"

Por su parte, la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ACUICULTURA agrega lo siguiente²⁶:

"El Biofouling o bioincrustantes, son acumulaciones de elevada diversidad de organismos oportunistas, que se adhieren sobre estructuras duras que se sumergen o están en contacto continuo con el agua de mar, constituidos por bacterias, diatomeas y protozoarios, algas e invertebrados; filtradores, con alta capacidad de competición; sésiles, semisésiles y sedentarios, herbívoros y predadores.

*(...), el **Biofouling origina serios problemas al propio cultivo, así como al ecosistema**, (...). Los principales problemas que ocasiona el Biofouling están referidos a: (...), **d) impactan el ambiente, principalmente los fondos marinos por la disposición de organismos descartados y acumulación de heces y pseudoheces, atentando contra el equilibrio ecosistémico.*** (...)

*(...), los impactos que ocasiona el desarrollo del biofouling en las estructuras de cultivo de *Argopecten purpuratus* en el Perú, no solo afectan la rentabilidad económica de las empresas, sino también al ambiente marino, por la disposición, intencional o no, de estos organismos en el propio medio (...)"* (El subrayado en negrita es nuestro)

En esta misma línea, J. GLYNN y W. HEINKE al explicar los efectos de los contaminantes de aguas receptoras, señalan²⁷:

12.3 CONTAMINACIÓN DE AGUAS RECEPTORAS

12.3.1 Efectos de los contaminantes

El agua se contamina cuando la descarga de residuos perjudica la calidad de agua o perturba el equilibrio ecológico natural. Los contaminantes que causan problemas comprenden organismos causantes de enfermedades (patógenos), materia orgánica (...)

***Materia orgánica (DBO).** Cuanto mayor es la DBO, esto es, cuanta más materia orgánica está presente, mayor es el problema que crea la descomposición de la misma. La actividad metabólica de las bacterias que necesitan oxígeno puede reducir el contenido normal de oxígeno disuelto (OD) en una corriente o lago hasta menos de 1 mg/L abajo del cual la mayor parte de los peces son incapaces de sobrevivir. Cuando todo el OD desaparece, se presentan condiciones anaeróbicas y se generan olores desagradables. Puesto que la cantidad de oxígeno disuelto (OD) en agua disminuye al aumentar la temperatura, la cantidad de oxígeno en las*

²⁶ Loayza Aguilar, Rómulo. "Problemática del biofouling en el cultivo de *Argopecten purpuratus* en el Perú", Revista Científica de la Sociedad Española de Acuicultura, núm. 35, 2011, pp. 9-19.

²⁷ J. Glynn, Henry y Heinke, Gary W. Ingeniería Ambiental. Prentice Hall. México. 2° edición, 1999, pp. 431-432.

corrientes es más crítica para la vida acuática en el verano (cuando los flujos son bajos y las temperaturas altas) que en el invierno."

Bajo dicho contexto, el arrojado de los residuos sólidos orgánicos al medio marino, denominados biofouling, tienen el potencial de ocasionar impactos negativos al ambiente y alterar el equilibrio del ecosistema.

Por lo tanto, encontrándose acreditados los hechos que sustentan la infracción imputada en virtud del Reporte de Ocurrencias N° 000045 y el Informe N° 082-2009-PRODUCE/DIGAAP-DAEA, mediante el arrojado al mar de residuos sólidos orgánicos del cultivo de las conchas de abanico, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido de la imputación, lo que no ocurrió²⁸.

Por otro lado, de la revisión de los medios de prueba que adjunta la recurrente, como copia de las cartas, de fecha 17 de noviembre 2009, informando a las autoridades del sector pesquero que NEMO CORPORATION cuenta con la certificación internacional de la organización internacional "Friends of the sea", corresponde señalar que dichos documentos no desvirtúan el contenido de los medios de prueba de la comisión de los hechos imputados al interior del presente procedimiento sancionador; toda vez que al no guardar relación con los hechos objeto de prueba y en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar dicho argumento por inconducente²⁹; manteniéndose de esta manera la sanción impuesta.

En consecuencia, carecen de fundamento los argumentos expuestos por la apelante.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el

²⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

²⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163°.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (El subrayado es nuestro)

Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la empresa NEMO CORPORATION S.A.C. contra la Resolución Directoral N° 1643-2011-PRODUCE/DIGSECOVI de fecha 19 de abril de 2011; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa impuesta ascendente a tres (03) UIT 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 al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a NEMO CORPORATION S.A.C. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA, para los fines correspondientes.

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


.....
HECTOR ADRIAN GNAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental