

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 089-2013-OEFA/TFA

Lima, 10 ABR. 2013

VISTO:

El Expediente N° 2011-039¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por ELECTRICIDAD DEL PERÚ ELECTROPERÚ S.A.² (en adelante, ELECTROPERÚ) contra la Resolución Directoral N° 235-2012-OEFA/DFSAI del 10 de agosto de 2012 y el Informe N° 090-2013-OEFA/TFA/ST del 08 de abril de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 235-2012-OEFA/DFSAI del 10 de agosto de 2012 (Fojas 87 a 94), notificada el 10 de agosto de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a ELECTROPERÚ una multa de mil (1000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008, el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m ³ /s	Artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-84-EM en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 ³	Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución N° 028-2009-OS/CD ⁴	1000 UIT

¹ El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión de fecha 13 de julio de 2010, llevada a cabo en las instalaciones de la Presa Tablachaca de la Central Hidroeléctrica del Mantaro, ubicada en el distrito de Acoria, provincia y departamento de Huancavelica, de titularidad de ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A., contenidos en el Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 del 13 de enero de 2011 (Fojas 009 a 016).

² ELECTRICIDAD DEL PERÚ ELECTROPERÚ S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20100027705.

³ DECRETO SUPREMO N° 029-94-EM. REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LAS ACTIVIDADES ELÉCTRICAS.

Artículo 37°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones y aquellos que tengan Proyectos Eléctricos en etapa de diseño, construcción o instalaciones en operación, considerarán los efectos potenciales de los mismos, sobre niveles de aguas superficiales y subterráneas. Estos serán diseñados, construidos y operados de tal manera que se

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-018647 presentado el 03 de setiembre de 2012 (Fojas 109 a 124) complementado con escrito de registro N° 2013-E01-005427 presentado el 14 de febrero de 2013 (Fojas 130 a 149), ELECTROPERÚ interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 235-2012-OEFA/DFSAI, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) El presente procedimiento sancionador se inicia en virtud al Informe de Supervisión N° 054/2010-2010-08-01 del 19 de agosto de 2010, que presenta vicios de forma, toda vez que no se encuentra suscrito por el responsable de la fiscalización y no se siguieron las formalidades señaladas en el artículo 27° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras.

Además dicho Informe se sustenta en el Acta de Supervisión del 13 de julio de 2010, la misma que no se encuentra suscrita por el responsable de la fiscalización, sino sólo por los denunciantes, por lo que dicho documento debe tratarse como una declaración de parte.

b) El Acta de Supervisión del 13 de julio de 2010 vulnera el derecho de defensa de ELECTROPERÚ.

c) El Informe de Supervisión N° 054/2010-2010-08-01 del 19 de agosto de 2010, presenta contradicciones en su contenido pues en un rubro se señala que la Supervisión Especial se desarrolló el 13 de junio y en otro rubro se señala que ésta se desarrolló el 13 de julio de 2010, es decir, se mencionan dos fechas para un único hecho; situación que resta credibilidad a lo consignado en el documento referido, al no tenerse fecha cierta de lo que allí se consigna.

d) La resolución impugnada adolece del requisito de debida motivación según lo previsto en el numeral 4) del artículo 3° de la Ley N° 27444, pues sus considerandos presentan razonamientos contradictorios, al señalar en un momento que el Informe de Supervisión no es vinculante. Sin embargo, sus fundamentos fueron tomados en cuenta, es decir, que sí tenían carácter vinculante.

minimicen sus efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, calidad estética, hábitat acuático, etc.), que protejan la vida acuática.

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 RESOLUCION N° 028-2003-OS/CD. ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN ELÉCTRICA ANEXO 3 MEDIO AMBIENTE

	Infracción	Base Normativa	Sanción Pecuniaria
3.20.	Cuando el titular de la concesión o autorización no cumpla con las disposiciones ambientales contempladas en la Ley y el Reglamento o las normas emitidas por la DGAA y OSINERG	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

Asimismo, existen razonamientos contradictorios con relación a la aplicación de los Reglamentos aprobados por Resoluciones N° 205-2009-OS/CD y 233-2009-OS/CD, toda vez que ELECTROPERÚ invocó al primero de ellos para acreditar los vicios cometidos en los actos que inician el presente procedimiento sancionador.

- e) La resolución impugnada no ha considerado que se alegó la vulneración de los artículos 27° y 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD y ha calificado los informes impugnados como no vinculantes. Sin embargo, el presente procedimiento se inició en base al Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 del 13 de enero de 2011, documento que no existe en los actuados, y que hace suyos los dos informes viciados.
- f) Se imputa la comisión de una infracción en el año 2008, en base a una supervisión realizada in situ en el año 2010, es decir, dos años después de cometida la presunta infracción.
- g) La denuncia realizada por los representantes de la Municipalidad de Acoria fue presentada en el mes de junio de 2010, la misma que no obedece a la falta de caudal, sino a la presencia de mosquitos en la zona, que en realidad es causada por la basura que es arrojada al río por la propia comunidad afectada.

En dicha denuncia, se solicita además la rebaja de la tarifa eléctrica y la compensación por la contaminación ambiental supuestamente realizada por las operaciones de ELECTROPERÚ, lo cual no ha sido acreditado.

- h) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pues no existe relación lógica entre las disposiciones que se citan como normas incumplidas y el hecho observado por el supervisor, pues el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-84-EM y el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, no contienen disposición alguna respecto al caudal remanente ni menos al valor que éste deba registrar; hecho que demuestra que la primera instancia pretende forzar la aplicación de dichas normas a un hecho que no está en el ámbito de su aplicación.

En este sentido, se ha iniciado un procedimiento contra ELECTROPERÚ por tener un caudal remanente de la represa Tablachaca cercano o igual a cero, pero se termina sancionando por causar daños al ambiente y obtener beneficios ilícitos, sin desarrollar la conexión lógica ante tales imputaciones.

- i) La resolución impugnada carece de debida motivación, al señalar que los remanentes de aguas estancadas en el cauce del río Mantaro son generados por las tomas en demasía por parte de los operadores de la Central Hidroeléctrica Tablachaca, a cargo de ELECTROPERÚ. Sin embargo, no se ha acreditado la relación de causalidad entre la ocurrencia del hecho (volumen mínimo en el caudal remanente registrado en el año 2008) y sus consecuencias (existencia de aguas estancadas observadas en el 2010).

Tampoco se ha acreditado impacto negativo alguno en la vida acuática, como consecuencia de las operaciones de ELECTROPERÚ, pues dadas las condiciones naturales del río Mantaro, son pocas las probabilidades de presencia de hábitats acuáticos, pues dichas aguas presentan contaminación por las actividades mineras que se desarrollan aguas arriba mucho antes del desarrollo de las operaciones de ELECTROPERÚ.

- j) No existe norma que obligue a ELECTROPERÚ a tener un caudal remanente distinto al que registró en el año 2008. Asimismo, en el PAMA tampoco existe compromiso ambiental alguno que considere los límites del caudal.

En este sentido, el OSINERGMIN reconoció que la Autoridad Nacional del Agua – ANA era quien debía determinar los criterios para fijar los caudales autorizados a fin de poder distinguir los límites permitidos de los caudales, labor que el ANA no ha realizado.

- k) El bien jurídico protegido en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-84-EM es la vida acuática, para lo cual quien realice operaciones que haga uso del agua, deberá hacerlo de forma tal, que se minimice el impacto a las especies que se desarrollen o puedan desarrollarse. En el presente caso, se imputa a ELECTROPERU que sus operaciones no minimizan el impacto con su entorno natural, sin precisar en qué grado, proporción o valor respecto de algún parámetro legal.
- l) La resolución impugnada vulnera el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues se ha sancionado a ELECTROPERU con el máximo de la Escala de Multas y Sanciones, sin haber tomado en cuenta en el cálculo de la multa que no se ha ocasionado daño a la flora, fauna, o la vida acuática y tampoco han puesto en riesgo a éstas.

En tal sentido, se calcula la multa sin establecer los supuestos daños al ambiente y sin la obtención de beneficios ilícitos por parte de ELECTROPERÚ.



Competencia

- 
3. 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)⁵.
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 Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho

⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
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.

(...)



público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental⁶.

5. 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 OEFA⁷.
6. 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, publicada el 03 de marzo de 2011, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos y electricidad del OSINERGMIN al OEFA, el 04 de marzo de 2011.
7. 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, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁸.

⁶ 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.

⁷ 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. (...)

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.

Norma Procedimental Aplicable

8. 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 intervinientes⁹.
9. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 233-2009-OS/CD del 11 de diciembre de 2009; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁰.

Análisis

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 última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- 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 normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

RESOLUCIÓN 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.

⁹ 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.

¹⁰ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren.

Protección constitucional al ambiente

10. 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 “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 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)

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

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>

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.

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 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 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

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 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.

¹⁴ 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>

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

Con relación a la validez del procedimiento administrativo sancionador

11. Respecto a lo alegado en los literales a) al e) del considerando 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el numeral 22.2 del artículo 22° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, aplicable al presente caso, establece que los procedimientos administrativo sancionadores se inician de oficio, sea como resultado de un proceso de supervisión, por denuncia o por comunicación de cualquier órgano del OSINERGMIN que haya detectado la presunta comisión de una infracción¹⁵.

En el presente caso, el procedimiento administrativo sancionador seguido contra ELECTROPERÚ por incumplimiento de normas de protección ambiental, se inició en base al Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 del 13 de enero de 2011, emitido por la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN (Fojas 13 a 16).

En dicho informe se analiza el contenido del Informe de Supervisión N° 054/2010-2010-08-01 del 19 de agosto de 2012 (Fojas 370 a 380 del Expediente N° DEAM-137) con ocasión de la supervisión especial desarrollada el 13 de julio de 2010, así como los descargos emitidos por ELECTROPERÚ mediante carta s/n presentada con Registro N° 1419472 del 29 de octubre de 2010 (Fojas 07 a 09).

Como resultado del análisis efectuado, se determina que ELECTROPERÚ ha incumplido el artículo 37° del Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM y del literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, dejándose como recomendación el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en virtud a estos incumplimientos.

En el caso particular, la recurrente alega la nulidad del presente procedimiento, toda vez que los documentos analizados por la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN adolecen de vicios formales.

¹⁵ RESOLUCIÓN N° 233-2009-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE OSINERGMIN.

Artículo 22°.- Inicio del Procedimiento

(...)

22.2. El procedimiento administrativo sancionador se inicia de oficio, ya sea por propia iniciativa como resultado del proceso de supervisión o por denuncia o por comunicación de cualquier órgano de OSINERGMIN que haya detectado la presunta comisión de una infracción o por instrucción de la Gerencia General.

Sin embargo, lo alegado respecto a la omisión de la firma del responsable de la fiscalización en el Informe de Supervisión N° 054/2010-2010-08-01 resulta inexacto, pues la firma del supervisor se encuentra en la última hoja de dicho Informe (Foja 370 del Expediente N° DEAM-137).

Asimismo, el Acta de Supervisión del 13 de julio de 2010 se encuentra suscrita por el responsable de la fiscalización, tal como se acredita a fojas 366 y 367 del Expediente N° DEAM-137.

Adicionalmente, cabe señalar que no se ha incumplido lo previsto en el artículo 27° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD¹⁶, toda vez que la visita realizada fue una supervisión especial, como consecuencia de una denuncia formulada en contra de ELECTROPERÚ.

Además, las supuestas contradicciones sobre la fecha del Informe de Supervisión N° 054/2010-2010-08-01 no son tales, pues tanto en los rubros 2, 5.1 y 6 del referido informe, como en el Acta de Supervisión se señala claramente que la Supervisión Especial se desarrolló el 13 de julio de 2010.

Por otro lado, con relación al carácter vinculante o no del Informe de Supervisión N° 054/2010-2010-08-01 del 19 de agosto de 2012 elaborado con ocasión de la supervisión especial desarrollada el 13 de julio de 2010, el artículo 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD establece que los Informes de Supervisión son presentados en calidad de recomendación, esto es, que su contenido no es vinculante para la autoridad supervisora¹⁷.

Al respecto, cabe precisar que si bien el contenido del Informe de Supervisión ha servido de base para la elaboración del Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 emitido por la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN (Fojas 13 a 16), este último no recoge todo el contenido del referido Informe de Supervisión. Es importante indicar que el

¹⁶ RESOLUCIÓN N° 205-2009-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 27°.- Asignaciones

27.1.- Designadas las Empresas Supervisoras, la respectiva Gerencia de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, en lo que corresponda, procederá a asignarles las funciones a realizar y las actividades y empresas materia de supervisión y, de ser el caso, realizar la debida presentación, para que ésta les brinde las facilidades que sean necesarias, bajo responsabilidad.

OSINERGMIN determinará, de manera aleatoria, los agentes y/o actividades que serán objeto de supervisión, para efectos de definir la programación de sus actividades de supervisión.

27.2.- En caso que las Empresas Supervisadas se negaran a brindar las facilidades, tales como: el ingreso a sus instalaciones, la entrega de información y las demás facilidades que sean necesarias para el desarrollo del trabajo encomendado a la Supervisoras, serán sujetos a sanción administrativa; sin perjuicio de ser denunciadas por el Delito de Resistencia a la Autoridad, tipificado en el Código Penal vigente.

¹⁷ RESOLUCIÓN N° 205-2009-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 28°.- Informes de Supervisión

(...)

Los informes son presentados en calidad de recomendación; por lo que no resultan vinculantes para OSINERGMIN, y deberán contener una descripción detallada tanto de los hechos constatados, en calidad de hallazgos, así como de las obligaciones verificadas materia de supervisión.

Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 fue remitido a la recurrente mediante el Oficio N° 840-2011-OS-GFE (Foja 20), a través del cual se comunicó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, es preciso señalar que en el presente caso no se ha producido la vulneración del derecho de defensa de ELECTROPERÚ, pues dicha empresa tuvo la oportunidad de presentar sus descargos al oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador y pronunciarse respecto del contenido de los medios probatorios que sustentan la comisión de la infracción en el Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011, como en efecto ocurrió.

En consecuencia, el presente procedimiento administrativo sancionador por presunto incumplimiento de las normas de protección ambiental por parte de ELECTROPERU se inicia a mérito del Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 en base al contenido del Informe de Supervisión, lo cual no significa que éste haya adoptado el carácter de vinculante, sino que luego de una evaluación se determinó que, respecto a los hallazgos constatados en la supervisión efectuada, existen elementos que constituyen presuntos incumplimientos a las normas ambientales.

Por lo tanto, no se ha vulnerado el Debido Procedimiento, correspondiendo desestimar los argumentos de la recurrente en este extremo.

Con relación al contenido de la denuncia formulada por la Municipalidad Distrital de Acoria.

12. Con relación a los argumentos contenidos en el literal g) del considerando 2 de la presente resolución, cabe señalar que lo alegado por ELECTROPERÚ no se vincula con los hechos materia de imputación en el presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444¹⁸, corresponde desestimar lo alegado por impertinente.

Con relación a la tipicidad de la conducta atribuida a ELECTROPERÚ

13. Con relación a lo alegado en el literal h) del considerando 2 de la presente resolución, se debe indicar que el literal d) del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332¹⁹ establece dentro del ámbito de competencia de los organismos

¹⁸ 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)

¹⁹ LEY N° 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 3°.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...)

reguladores, la función fiscalizadora y/o sancionadora, la misma que comprende la facultad de imponer sanciones, dentro del ámbito de su competencia, por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

Por tanto, teniendo en cuenta el marco legal a partir del cual OSINERGMIN ejerce sus facultades, en el presente caso es sancionable el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 37° de Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, en virtud del Oficio N° 5311-2010-OS-GFE, a través del cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, documento que en la parte referida a la calificación de la infracción precisa que la imputación se vincula al incumplimiento de lo dispuesto en el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, norma que representa la base legal para aplicar lo establecido en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

En ese sentido, el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 establece que todo titular de una concesión eléctrica está obligado a cumplir con las normas de conservación del ambiente. Es así que el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha obligación, toda vez que el artículo 9° del Decreto Ley N° 25844²⁰ establece que el Estado previene la conservación del ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación, así como el uso racional de los recursos naturales en el desarrollo de las actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

En este marco, el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, en concordancia con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, sí cumple con el Principio de Tipicidad, toda vez que el hecho imputado significa el incumplimiento por parte de ELECTROPERÚ, en su calidad de titular de la concesión eléctrica, de las disposiciones ambientales contempladas en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, norma que tiene como finalidad el uso racional de los recursos naturales en el desarrollo de las actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

Asimismo el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD establece un rango de multa de 1 a 1000 UIT, dentro del cual se ha sancionado a ELECTROPERÚ por mantener de julio a diciembre de 2008 un caudal remanente de la Represa Tablachaca con valores diarios cercanos a 0 m³/s, incumpliendo con la obligación de minimizar los efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua,

d. Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

²⁰ DECRETO LEY N° 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.

Artículo 9°.- El Estado previene la conservación del ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación, así como el uso racional de los recursos naturales en el desarrollo de las actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, hábitat acuático, etc.) que protejan la vida acuática.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Con relación a las obligaciones incumplidas por ELECTROPERÚ

14. Con relación a los argumentos contenidos en el literal f), así como de los literales i) al k) del considerando 2 de la presente resolución, cabe señalar que el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, establece que los solicitantes de concesiones y autorizaciones, y aquellos que tengan proyectos eléctricos en etapa de diseño, construcción o instalaciones en operación, considerarán los efectos potenciales de los mismos, sobre los niveles de aguas superficiales y subterráneas. Estos serán diseñados, construidos y operados de tal manera que se minimicen sus efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, hábitat acuático, etc.) que protejan la vida acuática. (lo subrayado es nuestro)

Sobre la vida acuática indicada en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, debe señalarse que en este caso particular, en el rubro (1) del subnumeral 3.1.2 del numeral 3.1 Componente Físico del capítulo III Evaluación Ambiental, del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (en adelante, el PAMA) de la Central Hidroeléctrica Mantaro, aprobado por Resolución Directoral N° 021-97-EM/DGE del 23 de enero de 1997, se señala que la descarga promedio anual del río Mantaro es de 171,4 m³/s, concentrándose el 50% del volumen durante los meses de avenidas (mediados de diciembre hasta marzo). Además, en los literales a) al c) del rubro (1) del subnumeral 3.2.1 del numeral 3.2 Componente Biológico del Capítulo III del PAMA, se señala que en el ámbito de la Represa Tablachaca hay vegetación, fauna terrestre y fauna marina (pejerreyes y bagres).

En tal sentido, contrariamente a lo alegado por ELECTROPERÚ, queda acreditado que al elaborarse y aprobarse el PAMA se consideró la existencia de vida acuática en el ámbito de la Represa Tablachaca del Río Mantaro, por lo que se tenía la obligación de mantener un caudal que permitiera la protección de las especies acuáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM.

Sin embargo, el Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 señala que, habiéndose autorizado a ELECTROPERU el uso de un caudal máximo mediante Resolución Directoral N° 005-94-ATDRM/AAH²¹, para la producción energética con fines públicos en la Central Hidroeléctrica del Mantaro, se verificó que en el año 2008 la empresa había superado el uso del caudal autorizado en 101 oportunidades, registrándose un caudal remanente cercano o igual a 0 m³/s. Esto

²¹ Mediante Resolución Directoral N° 005-94-ATDRM/AAH del 16 de Febrero de 1994 (Fojas 152 a 155), se otorga licencia a ELECTROPERÚ para el uso de hasta 100,000 litros por segundo de agua proveniente del Río Mantaro, para la producción energética con fines públicos en la Central Hidroeléctrica del Mantaro, ubicado entre los distritos de Mariscal Cáceres y Colcabamba de la provincia de Tayacaja, Sub Región Andrés Avelino Cáceres, de acuerdo a los requerimientos de 24 horas/día, 365 días/año; equivalente a una masa anual de 3,027'456,800 metros cúbicos.

significó reducir los niveles de agua superficiales al mínimo, provocando de esta manera la formación de aguas estancadas en diversos puntos del río, lo cual podría estar afectando los recursos naturales del río Mantaro y otros usos del mismo.

Al respecto, del Registro del Caudal Autorizado (Toma Represa Tablachaca) del Sistema de Información para el Procedimiento de Supervisión Ambiental de las Empresas Eléctricas²², se advierte que durante los meses de julio a diciembre de 2008 dicho caudal máximo, conforme a lo indicado en el párrafo que antecede, superó los 100 m³/s en varias oportunidades (Fojas 25 a 30); mientras que el caudal remanente (caudal circulante aguas abajo de la Presa Tablachaca) era de 0.03 m³/s (Fojas 37 a 41).

En tal sentido, teniendo en cuenta que en la supervisión realizada in situ en el año 2010 se verificaron hechos cuyo origen está relacionado directamente con los resultados contenidos en los reportes oficiales históricos del caudal remanente que ELECTROPERU dejaba en el río en el año 2008, sí era posible imputar en el año 2010 la comisión de una infracción cometida en el año 2008.

Siendo ello así, ha quedado acreditado que ELECTROPERÚ no adoptó las medidas necesarias para minimizar los efectos adversos de sus operaciones sobre los otros usos del agua (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, hábitat acuático, etc.) y, de este modo, proteger la vida acuática, de conformidad con lo indicado en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, toda vez que el uso de agua por la recurrente excedió el caudal autorizado, dejando un caudal remanente que no era suficiente para minimizar los efectos adversos al agua y la vida acuática.



En consecuencia, la referida empresa ha incumplido la obligación de prever los efectos potenciales de sus operaciones sobre los niveles de aguas superficiales del Río Mantaro, contraviniendo lo previsto en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM.



Es preciso señalar que correspondía a ELECTROPERÚ el deber de prevención y búsqueda del mínimo impacto en el ambiente, por lo que esta empresa debió aplicar el método más adecuado a fin de no afectar el caudal regular del Río Mantaro, y minimizar los impactos en el ecosistema acuático de la zona y en las personas y comunidades que dependen del mismo.



Por tanto, habiéndose acreditado la relación de causalidad entre las operaciones de ELECTROPERÚ y la existencia de aguas estancadas, se concluye que la resolución recurrida ha sido debidamente motivada.

Finalmente, es preciso señalar que la infracción materia de imputación en el presente procedimiento es el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM y no el incumplimiento de compromisos del PAMA. Al respecto, si bien es cierto, no existe

²² Disponible en: <http://publico.oefa.gob.pe/GFEMA/JPage?page=login>

un caudal mínimo establecido en dicho instrumento de gestión ambiental, es obligación de ELECTROPERÚ mantener un caudal mínimo tal que minimice los efectos adversos al agua y la vida acuática existente, lo que no ocurrió.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos de la recurrente en este extremo y mantener la infracción imputada.

Con relación al cálculo de la multa impuesta a ELECTROPERÚ

15. Con relación a los argumentos contenidos en el literal l) del considerando 2 de la presente resolución, cabe indicar 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 en el numeral 1.1 del mismo articulado, los administrados gozan 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 vigente²³.

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 cometido²⁴.

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 graduación²⁵:

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

- 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 URBINA, 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"²⁶. (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, la sanción impuesta se encuentra prevista en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, 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 (1000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de acuerdo a las empresas eléctricas de Tipo 4.

Así las cosas, a efectos de determinar y graduar las sanciones aplicables dentro de los márgenes citados en el párrafo precedente, se observó en la primera instancia la siguiente fórmula descrita en numeral 4 del Informe N° 045-2012-OEFA/DFSAI/SDSI del 02 de agosto de 2012, elaborado por la Sub-Dirección de Sanción y Aplicación de Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA:

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

²⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Novena Edición. Gaceta Jurídica. Pág. 699.

$$Multa = \left(\frac{B}{p} \right) * \left[1 + \frac{\sum_{i=1}^n F_i}{100} \right]$$

- Donde "B" es el beneficio ilícito derivado de la infracción, "p" representa la probabilidad de detección y "F_i" los factores atenuantes y agravantes, a que se refiere el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Al respecto, este Tribunal Administrativo considera oportuno señalar que si bien se le ha otorgado al OEFA, como Organismo Técnico Especializado, un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos en cada tipo de infracción, lo cual le autoriza a emplear la metodología que resulte coherente con los fines de su potestad punitiva, el uso de tal discrecionalidad debe ser acompañado de una debida aplicación de los factores que integren la metodología utilizada, como es el caso de la señalada en el presente caso.

En tal sentido, conforme se desprende de la fórmula empleada, uno de los factores de cálculo es el Beneficio Ilícito, el cual representa el ahorro que obtiene el infractor al evadir y/o postergar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a que se encuentra sujeto. Este componente de la multa posee la mayor importancia para mantener la justicia e imparcialidad de la aplicación de la sanción, lo cual asegura que las empresas que cumplan con los compromisos y regulaciones ambientales tengan incentivos económicos para hacerlo.

Asimismo, a efectos de realizar el cálculo del Beneficio Ilícito se debe estimar los costos de los componentes necesarios para garantizar el cumplimiento de las normas, esto es, desarrollando un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado de costos de cumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable en la forma, modo y/u oportunidad en que ésta deba ejecutarse.

En el presente caso, la obligación incumplida consistió en mantener un caudal remanente adecuado para minimizar los efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, hábitat acuático, etc.), de modo tal que se garantice la protección de la vida acuática.

Por ello, el escenario de cumplimiento a tener en cuenta a efectos de realizar la estimación del factor materia de análisis viene dado por el caudal mínimo que se debió mantener en el curso del río en las operaciones de ELECTROPERÚ, con la finalidad de cumplir con la obligación antes referida, considerando para ello el período comprendido entre julio y diciembre de 2008.

Sin embargo, de la revisión del Cuadro N° 1 del inciso d) del literal (i) del sub-numeral 3.2.1 del numeral 3.2 del Rubro III de la parte considerativa de la resolución recurrida, se advierten algunas inconsistencias para el cálculo del factor Beneficio Ilícito:

- En el precio regulado de energía (S/. Mhw), no se acredita haber descontado de la utilidad operativa, los impuestos y participaciones.
- Si bien los métodos aplicados en la resolución recurrida para el cálculo del caudal son los adecuados, no se ha tomado en cuenta o no se indica el resultado óptimo del límite mínimo de caudal para establecer el Beneficio Ilícito²⁷.
- El periodo a tomar en cuenta para medir el caudal (m³/s) debe estar referido al período durante el cual se produjo el incumplimiento; esto es, de julio a diciembre de 2008.

Por lo tanto, considerando que la Resolución ha sido emitida incorrectamente y que no es posible determinar el monto al que asciende el Beneficio Ilícito, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado la vulneración del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dada la deficiencia detectada en la aplicación de la metodología utilizada para el cálculo de la multa; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de febrero de 2012, al haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley²⁸.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 217.2 del artículo 217° de la Ley N° 27444, corresponde devolver los actuados al órgano de primera instancia a efectos de que reformule el cálculo de la multa impuesta²⁹.

²⁷ Ver Anexo N° 3 del Informe N° 045-2012-OEFA/DFSAI/SDSI, (Fojas 72 y 73). Se indica que los resultados están en el Gráfico N° 01, pero no se señala cuáles son dichos resultados.

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

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

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

Artículo 10°.- Causales de nulidad

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

Artículo 202°.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

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

Artículo 217°.- Resolución

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

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 Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA y la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

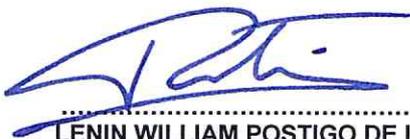
Con la participación de los vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas, Francisco José Olano Martínez y Héctor Chávarry Rojas y la abstención de la vocal Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la Resolución Directoral N° 235-2012-OEFA/DFSAI de fecha 10 de agosto de 2012, por los fundamentos expuestos en el numeral 15 de la parte considerativa de la presente resolución, debiendo devolverse los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para que reformule el cálculo de la multa impuesta conforme a ley.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a ELECTRICIDAD DEL PERU ELECTROPERU S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA, 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



.....
HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

