



EXPEDIENTE : N° 127-2011-DFSAI/PAS
ADMINISTRADO : FÉNIX POWER PERÚ S.A.
CENTRAL : CENTRAL TERMOELÉCTRICA DE CHILCA
UBICACIÓN : PROVINCIA DE LIMA Y DEPARTAMENTO DE LIMA
SECTOR : ELECTRICIDAD

Lima, 22 FEB. 2013

SUMILLA: *Se sanciona a la empresa Fénix Power Perú S.A. por incumplir la obligación de utilizar agua de mar para mantener la humedad del suelo.*

SANCIÓN: 132 UIT

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AE de fecha 28 de abril de 2005, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, DGAAE) aprobó el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA) de la Central Termoeléctrica de Chilca (en adelante, CT Chilca) operada por la empresa Fénix Power Perú S.A. (en adelante, Fénix Power).
2. Con fecha 29 de abril de 2011, la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) realizó una visita de supervisión especial a las instalaciones de la CT de Chilca, con la finalidad de evidenciar el cumplimiento de los compromisos ambientales establecidos en el EIA.
3. La Dirección de Supervisión del OEFA con fecha 23 de mayo de 2011 emitió el Informe de Supervisión N° 004/05/2011/JPM, en el cual concluye que la empresa Fénix Power hacía uso de agua de pozo para mantener la humedad del suelo, incumpliendo así su obligación ambiental comprometida en el EIA.
4. Con Carta N° 308-2011-OEFA/DFSAI, notificada el 21 de setiembre de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA comunicó a la empresa Fénix Power el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, por supuesto incumplimiento a los compromisos considerados en el EIA.
5. El 05 de octubre de 2011, la empresa Fénix Power presentó su escrito de descargos, señalando que si bien la empresa no viene utilizando agua de mar para mantener la humedad del suelo, la obligación contenida en el EIA es de evitar la generación de material particulado, lo cual viene realizando.
6. A través de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA sancionó a la empresa Fénix Power, al haberse acreditado el incumplimiento de su Estudio de Impacto Ambiental en lo referido al no uso de agua de mar para mantener la





humedad del suelo, imponiendo una sanción de multa ascendente a 12.58 Unidades Impositivas Tributarias.

7. La empresa Fénix Power, con fecha 09 de marzo de 2012, interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI.
8. Mediante Resolución N° 240-2012-OEF/TFA del 13 de noviembre de 2012, el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA (en adelante, el Tribunal) declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI toda vez que la metodología utilizada para cuantificar el beneficio ilícito no era la idónea, ordenando a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA emitir un nuevo pronunciamiento.
9. En ese sentido, corresponde a esta Dirección emitir una nueva resolución de primera instancia, en atención a lo ordenado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

10. Mediante la presente resolución se pretende determinar si la empresa Fénix Power incumplió con su EIA, en el extremo referido a utilizar agua de mar para mantener la humedad del suelo y evitar la generación del material particulado.

III. ANÁLISIS

III.1 Determinación de responsabilidad

11. Respecto de la imputación relacionada con el incumplimiento de sus obligaciones ambientales, la empresa Fénix Power señaló en su escrito de descargos lo siguiente:

- a) La obligación ambiental contenida en el EIA no era el empleo de agua de mar, sino evitar la generación de material particulado, por lo que el real compromiso desprendido de dicho instrumento de gestión ambiental, consiste en evitar que se generen daños al medio ambiente por la emisión de material particulado.
- b) En la zona donde se ubica la CT de Chilca no existen proveedores locales de agua de mar, por lo que para cumplir el compromiso en cuestión, resultaría necesario captar directamente el agua del mar, debiendo ejecutarse determinadas obras civiles para ello, generando mayores impactos. Por lo que, en aplicación de los artículos I y VI del Título Preliminar de la Ley N° 28611- Ley General del Ambiente, los cuales hacen referencia a que el administrado tiene el deber de cuidar del medio ambiente, así como prevenir y mitigar los posibles daños, la empresa decidió no emplear agua de mar.
- c) El empleo de agua distinta a la de mar se dio única y exclusivamente a fin de cumplir con su deber de evitar la degradación del medio, no habiéndose producido daño ambiental, por lo que, de acuerdo con el principio de Responsabilidad Ambiental establecido en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley N° 28611- Ley General del Ambiente, no resulta pasible de sanción la decisión tomada.





- d) Al emplear agua de mar para humedecer el suelo, no se ha generado daño a bien jurídico protegido alguno ni al interés público. Asimismo, dicho hecho no constituye un perjuicio económico para nadie ni ha significado beneficio alguno para la empresa.
- e) Se debe tomar en consideración que no ha sido sancionada anteriormente por incumplimiento de alguno de los compromisos contenidos en su EIA; y que la decisión de no emplear agua de mar fue tomada para dar cumplimiento al deber de evitar la degradación del medio ambiente.

12. Al respecto, es preciso indicar que si bien la Ley General del Ambiente establece que toda persona tiene el deber de proteger el medio ambiente¹, también precisa:

"Artículo 25.- De los Estudios de Impacto Ambiental

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

Artículo 18.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos."

13. En tal sentido, las obligaciones contenidas en el EIA resultan plenamente exigibles a la empresa Fénix Power. Asimismo, resulta fiscalizable el cumplimiento de lo establecido en el Informe N° 073-2005 –MEME-AAE/MU, el cual forma parte integrante de la resolución que aprobó el EIA y precisa lo siguiente:

"Observación N° 47 ABSUELTA

(...)

Se indica que para mantener la humedad se utilizará agua de mar. Bajo ningún concepto se perforarán pozos para extraer agua subterránea."

14. Sin embargo, durante la visita de supervisión realizada el 29 de abril de 2011 se presencié el suministro de agua de pozo a la empresa Fénix Power, por parte de la empresa HIDROCHIL S.R.L.².
15. En relación al compromiso asumido por la empresa Fénix Power en el EIA, el Tribunal señaló lo siguiente:

"Luego de la lectura y del análisis realizado de los informes citados líneas arriba, se concluye que el compromiso ambiental asumido por FÉNIX POWER es mantener la humedad del área del proyecto mediante el uso de agua de mar, teniendo en cuenta la

¹ Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 28611.

² Folio 11 (reverso) del Expediente, Informe de Supervisión N° 004/05/2011/JPM.



escasez del agua en la zona, razón por la cual se indica que por ningún motivo podrán perforar pozos para extraer agua subterránea.

En este contexto, considerando que en el presente caso la obligación incumplida consistió en el uso de agua de mar para humedecer la zona en caso de movimiento de tierras y por el tránsito fluido de vehículos, con el fin de evitar la generación de material particulado, el escenario de cumplimiento a considerar, a efectos de realizar la estimación del factor materia de análisis, viene dado por la ejecución efectiva de las acciones de humedecimiento mediante el empleo de agua de mar.”

16. Por lo tanto, de lo expuesto podemos concluir que los argumentos de defensa presentados por la empresa Fénix Power no desvirtúan el hecho imputado, es decir, el incumplimiento a las obligaciones ambientales contenidas en el EIA de la CT de Chilca, toda vez que no hizo uso del agua de mar para mantener el suelo húmedo.
17. La citada infracción es pasible de sanción con una multa ascendente de 1 a 1, 000 Unidades Impositivas Tributarias³, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3.14 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.
18. Respecto de la graduación de la sanción, debemos precisar que el Tribunal considera que las sanciones deben ser impuestas tomando en cuenta los criterios dictados en aplicación del principio de razonabilidad⁶, por lo que deben ser evaluados: (i) los medios utilizados para imponer la sanción y, (ii) el fin público que se busca proteger; ello, a fin de evitar que resulte ser más ventajoso incumplir las normas frente a la posibilidad de ser sancionado por dicho incumplimiento.

En el presente caso, el Tribunal considera que la metodología aplicada para el cálculo de la multa debe tomar en cuenta la acción de humedecer el suelo con agua de pozo, hecho que constituye la conducta imputada como infracción.

³ La supervisión de campo se realizó durante la etapa de construcción de la Central Térmica de propiedad de la empresa Fenix Power correspondiendo el tipo 1 de la norma referida al ser una empresa que dedica sus actividades a la generación de electricidad.

⁶ 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.

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.





20. Por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto por el Tribunal, a continuación presentamos el cálculo de multa.

III.2 Cálculo de la multa aplicable

21. Mediante el Informe N° 001-2013/LLG se efectuó el análisis para la determinación de la multa a imponerse a Fénix Power por incumplir las obligaciones comprometidas en el EIA.
22. La fórmula para el cálculo de la multa a ser aplicada en este caso considera que existe un beneficio ilícito obtenido por la empresa al incumplir las normas, la cual está relacionada con la probabilidad de detección asociada a la capacidad institucional de realizar el control y seguimiento ambiental; además de factores de Atenuantes y Agravantes de la sanción contemplados en el artículo 230° de la Ley N° 27444.

La fórmula es la siguiente¹¹:

$$Multa = \frac{B}{p} \left(1 + \sum_{i=1}^6 \frac{F_i}{100} \right)$$

Donde:

B = Beneficio ilícito obtenido

p = Probabilidad de detección

F_i = Factores de Atenuantes y Agravantes de la Sanción

23. La conducta infractora se encuentra tipificada en el numeral 3.14 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica aprobada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD y tiene un rango de sanción de 1 a 1000 UIT, toda vez que se verificó que la empresa Fénix Power no utilizó agua de mar para mantener la humedad del suelo, incumpliendo el compromiso que forma parte del EIA de la CT de Chilca. Al respecto, se tomaron en cuenta los siguientes factores para el cálculo de la multa:

i. Beneficio ilícito

24. Para el cálculo del beneficio ilícito, se planteará un escenario en el cual la empresa realiza una construcción de una estructura hidráulica simple que

¹¹ La expresión más simple del modelo implica que un administrado se enfrenta a dos posibles escenarios, cumplir la normativa ambiental o no cumplirla; así, al incumplir las normas el agente podría ser atrapado (con una probabilidad p , siendo merecedor a una multa M), o bien podría no serlo quedando impune su incumplimiento. Con lo anterior puede derivarse la fórmula de multa óptima:

$$B^{**p} = p(B - M) + (1 - p)B$$

$$B^{**p} = B - pM, \text{ se espera que } B^{**p} = 0 \rightarrow M^* = \frac{B}{p}$$





permita extraer el agua de mar para mitigar la generación de material particulado, conforme a lo establecido en el EIA.

25. El costo estimado ha sido ajustado a la fecha de detección de la infracción (abril del 2011), teniendo en cuenta la inflación; adicionalmente se actualizó, con la tasa del Costo de Oportunidad del Capital para el sector, a la fecha de cálculo de la multa¹² (Detalles del costeo ver Anexo 1).

Los resultados se muestran a continuación:

Cuadro N° 1

CALCULO DEL BENEFICIO ILCITO - B

COMPONENTES	VALOR
C ₁ : Construcción de sistema hidráulico (a)	117,442 US\$
Costo evitado a fecha de detección (abril 2011): CE = C₁ - C₂	117,442 US\$
Período de actualización: abril 2011 - enero 2012 = n (en meses)	9
COK en US\$ (anual) (b)	12%
COK en US\$ (meses): $(1+COK_{anual})^{1/12} - 1$	0.949%
Costo Evitado Actualizado por COK (enero 2012) : CEA=CE*(1+COK_{mensual})ⁿ	127,861 US\$
Tipo de cambio (Promedio 12 últimos meses) (c)	2.7547
Beneficio Ilícito (S/.)	S/. 352,219.3
Unidad Impositiva Tributaria - UIT ₂₀₁₃ (d)	S/. 3,700
Beneficio Ilícito (UIT)	95.19 UIT

Notas:

- Ver anexo 1. Fuente: Revista Costos N° 214 Enero 2012. MTPE, Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios a empresas privadas de 10 y más trabajadores.
- Tasa de actualización sector eléctrico, artículo 79° de la LCE, Ley N° 25844.
- Banco Central de Reserva del Perú - TC promedio bancario venta (enero - diciembre 2011)
- Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT, Índices y tasas

26. De la evaluación se tiene que el beneficio ilícito asciende a 95.19 UIT.

ii. Probabilidad de detección

27. El valor de la probabilidad de detección es ascendente a 0.75, debido a que se presentó en un escenario de alta probabilidad de ser detectado. La infracción se detectó de una supervisión especial realizada en atención al oficio múltiple N° 021-2011-PCM/OGCSS del 08 de marzo del 2011, remitido

¹² El periodo de actualización del beneficio ilícito, será a partir de abril del 2011 (fecha en que se detecto la infracción) hasta el mes de enero del 2012; esto debido a que en esa fecha se calculó la multa por el mismo concepto. (Ver RD N° 029-2012-OEFA/DFSAI).





por la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales de la Presidencia de Consejo de Ministros, en relación a la oposición de un sector de la población de Las Salinas, localidad donde se encuentra ubicada la mencionada central.

iii. Factores de Atenuantes y Agravantes de la Sanción

28. Los factores de Atenuantes y Agravantes de la sanción, enmarcados en el artículo 230° de la Ley N° 27444 se muestran en el Anexo N° 3. Los resultados de la calificación establecen un factor estimado de 1.04.

Cuadro N° 2

RESUMEN FACTORES ATENUANTES Y AGRAVENTES - F _i	
FACTORES	CALIFICACIÓN
F ₁ = Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido	0
F ₂ = El perjuicio económico causado ^(a)	4
F ₃ = La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción	0
F ₄ = Las circunstancias de la comisión de la infracción	0
F ₅ = El beneficio ilegalmente obtenido	0
F ₆ = La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor	0
Valor total: $(1 + \sum F_i / 100)$	1.04

(a) El impacto ocurre en una zona con incidencia de pobreza total mayor a 19.6% hasta 39.1% (El distrito de Chilca presenta una pobreza del 24.2%), por tanto el factor agravante es cuatro (4). Fuente: Mapa de Pobreza 2009 - INEI

iv. Valor de la sanción económica al incumplimiento detectado

29. Reemplazando los valores calculados, la multa resultante es **132.00 UIT**

Cuadro N° 3

CALCULO DE MULTA	
COMPONENTES	VALOR
Beneficio Ilícito (B)	95.19 UIT
Probabilidad de detección (p)	0.75
Factores agravantes y atenuantes $(1 + \sum F_i / 100)$	1.04
Multa $(B/p)(1 + \sum F_i / 100)$	132.00 UIT

En uso de las facultades conferidas en el literal n) del artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA; aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

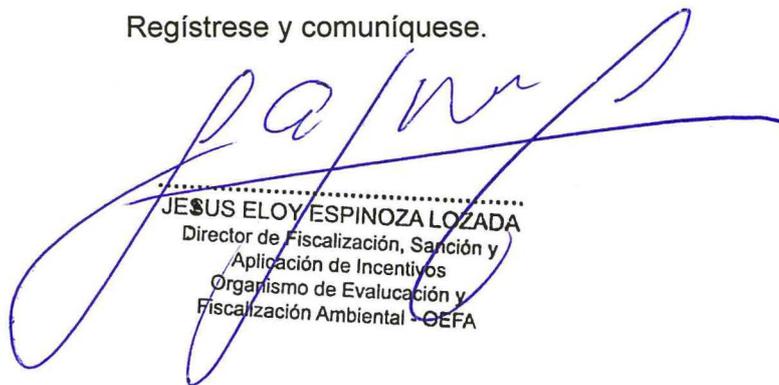
**SE RESUELVE:**

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa Fenix Power Perú S.A., por incumplir las obligaciones ambientales comprometidas en el Estudio de Impacto Ambiental de la Central Termoeléctrica de Chilca, con una multa ascendente a quince con treinta y siete centésimas (132) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de pago.

Artículo 2°.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación en moneda nacional, importe que deberá cancelarse en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental del pago realizado.

Artículo 3°.- Contra la presente Resolución es posible la interposición de un recurso de apelación ante la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Regístrese y comuníquese.



JESUS ELOY ESPINOZA LOZADA
Director de Fiscalización, Sanción y
Aplicación de Incentivos
Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA