

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 185-2013-OEFA/TFA

Lima, 29 AGO. 2013

VISTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por FÉNIX POWER PERÚ S.A. contra la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 22 de febrero de 2013, en el Expediente N° 127-2011-DFSAI/PAS; y el Informe de N° 156-2013-OEFA/TFA/ST del 1 de julio de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo del 29 de abril al 18 de mayo de 2011¹ en las instalaciones de la Central Térmica de Chilca de titularidad de FÉNIX POWER PERÚ S.A. (FÉNIX POWER)², ubicada en el distrito de Chilca, provincia de Cañete y departamento de Lima; en la cual se detectó un presunto incumplimiento a la normativa ambiental.

¹ Fojas 2 a 39.

² Registro Único de Contribuyente N° 20509514641.

2. Mediante Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI³, notificada el 17 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) resolvió imponer a FÉNIX POWER una multa de doce con cincuenta y ocho centésimas (12,58) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
3. Mediante escrito presentado el 9 de marzo de 2012, FÉNIX POWER interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI.
4. Mediante Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA⁴ notificada el 20 de noviembre de 2012, el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA) resolvió declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI del 15 de febrero de 2012 y, en consecuencia, devolver los actuados a la DFSAI, a fin de que se reformule el cálculo de la multa impuesta.
5. Mediante Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS⁵, notificada con fecha 13 de marzo de 2013⁶, la DFSAI resolvió imponer a FÉNIX POWER una multa de ciento treinta y dos (132) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo al siguiente detalle:

| HECHOS IMPUTADOS | NORMA INCUMPLIDA | TIPIFICACIÓN | SANCION |
|---|--|--------------|----------------------------|
| No cumplir las obligaciones ambientales comprometidas en el Estudio de Impacto Ambiental de la Central Termoeléctrica de Chilca, aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AEE. | Numeral 3.14 del Anexo 3 de la de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD ⁷ . | | 132 UIT |
| MULTA TOTAL | | | 132 UIT⁸ |

³ Fojas 129 a 133.

⁴ Fojas 166 a 173.

⁵ Fojas 193 a 196.

⁶ De la revisión de los actuados en el expediente, mediante Cédula de Notificación N° 128-2013 de fecha 13 de marzo de 2013 se tiene por correctamente notificada la Resolución N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS.

⁷ Resolución N° 028-2003-OS/CD que aprueba la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, publicada el 12 de marzo de 2003.-

| Anexo 3 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO A LA NORMATIVIDAD EN EL SECTOR ELÉCTRICO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE | | | | |
|---|--|--|-----------------|-------------------|
| N° | Tipificación de la infracción | Base Legal | Sanción | E. Tipo 1 |
| 3.14 | Por no cumplir con los compromisos considerados en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) | Arts. 13° y 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM | De 1 a 1000 UIT | (M) Hasta 200 UIT |

⁸ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción aplicable se observó lo señalado en el Informe N° 004-2012/FMVS, elaborado por la Sub-Dirección de Sanción e Incentivos (Fojas 218 a 227).

6. Mediante escrito presentado el 20 de marzo de 2013⁹, FÉNIX POWER interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS de fecha 22 de febrero de 2013, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Respecto de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador

- a) FÉNIX POWER señala que la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS es nula, toda vez que la DFSAI se ha avocado a una causa pendiente en sede judicial, vulnerando el Artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al respecto, FÉNIX POWER señala que la Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA ha sido impugnada judicialmente mediante demanda contencioso administrativa presentada el 20 de febrero de 2013, solicitándose la nulidad total de dicha decisión y que se ordene al TFA emitir una nueva resolución pronunciándose sobre todos los aspectos de la apelación formulada contra la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI.

Respecto de la reforma peyorativa

- b) La Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS vulnera el principio de *non reformatio in peius*, toda vez que la DFSAI, de manera arbitraria, decide aumentar el monto de la multa que impuso anteriormente mediante Resolución Directoral N° 029-2013-OEFA/DFSAI.

Sobre el particular, FÉNIX POWER señala que, en virtud de la denominada reforma peyorativa indirecta, la DFSAI no podía agravar la situación del administrado cuando su primera decisión – luego de haber sido apelada por el administrado – había sido anulada por razones estrictamente formales como es la graduación incorrecta de la sanción.

Respecto de la exigibilidad del compromiso establecido en el Estudio de Impacto Ambiental

- c) En relación a la infracción al 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, FÉNIX POWER señala que el compromiso asumido establecía la utilización de agua de mar para mantener la humedad del suelo y evitar la generación de material particulado.

Al respecto, FÉNIX POWER señala que los compromisos asumidos tienen una finalidad consistente en evitar que se generen daños al medio ambiente por el desarrollo de una determinada actividad. En tal sentido, se debe entender que estas obligaciones no constituyen un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el desarrollo adecuado de un proyecto de inversión.

⁹ Fojas 227 a 275.

Sobre el particular, FÉNIX POWER manifiesta que el compromiso asumido tiene como finalidad regular la forma en que se iba a minimizar la generación de material particulado y no el tipo de agua a utilizarse.

- d) FÉNIX POWER manifiesta que optó por un mecanismo alternativo al uso de agua de mar, toda vez que de esa manera se generaría un menor daño al ambiente, se optimizaría el proceso productivo y se controlaría la emisión de material particulado.

Respecto de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental

- e) La utilización de agua distinta a la de mar para mantener la humedad de los suelos no requiere de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental, toda vez que esta acción no califica dentro de los supuestos de modificación establecidos en la normativa vigente.

FÉNIX POWER señala que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, las modificaciones de los proyectos que conlleven la generación de nuevos o mayores impactos ambientales negativos, deberán sujetarse al proceso de evaluación ambiental, el cual podría implicar la presentación de un nuevo instrumento de gestión ambiental o la modificación del instrumento de gestión ambiental aprobado, dependiendo de la magnitud de la modificación. Al respecto, FÉNIX POWER manifiesta que al haber optado por un cambio que conlleva una optimización y aminora los impactos inicialmente evaluados, no se encontraba obligado a solicitar la modificación del EIA.

Asimismo, menciona que en virtud del artículo 30° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, los cambios que impliquen la optimización de la actividad productiva, no requieren de la modificación del instrumento de gestión ambiental, sino de una actualización al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto.

Respecto de la afectación al ambiente

- f) FÉNIX POWER indica que no se ha acreditado la existencia de una afectación o daño al medio ambiente; en consecuencia, OEFA no puede sancionar por el supuesto incumplimiento de un compromiso asumido en el EIA a menos que verifique la existencia de un daño al ambiente.

Respecto al cálculo de la multa

- g) En relación al cálculo de la multa, FÉNIX POWER señala que no se ha demostrado ni motivado los montos señalados en los Cuadros N° 1, 2 y 3 de la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS, limitándose simplemente a indicar montos, lo cual genera un estado de indefensión.

II. Competencia

7. 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 Ambiente¹⁰, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
8. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹¹, 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 ambiental.
9. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA¹².

¹⁰ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.-

"Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde."

¹¹ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.-

"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

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

c) Función Fiscalizadora y Sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

(...)"

¹² Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. *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 OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades."*

10. 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 Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 001-2011-OEFA/CD, publicada el 2 de marzo de 2011, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad del OSINERGMIN al OEFA, el 4 de marzo de 2011.
11. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹³, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁴, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD¹⁵, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma Procedimental Aplicable

12. Previamente al análisis de los argumentos formulados por FÉNIX POWER, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido

¹³ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento, y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a Ley.

¹⁴ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM - Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.-

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:

- 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.
- Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley."

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 02 de agosto de 2013.-

Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defectos de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia".

procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.

13. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental N° 003-2011-OEFA/CD; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁶.

IV. Análisis

IV.1. Protección constitucional al ambiente

14. De acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁷, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".
15. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

*"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares"*¹⁸.

¹⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD que aprueba el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.-

"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."

¹⁷ 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.

(...)"

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

16. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado "Constitución Ecológica"¹⁹, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

*"Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras"*²⁰. (Resaltado nuestro)

*"(...) 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"*²¹ (Resaltado nuestro)

17. En ese sentido, Sen advierte que: "un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones"²².

18. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*"(...) 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)"*²³.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

²¹ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²² SEN, Amartya: "Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns". Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

19. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²⁴, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
20. En tal 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. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
21. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2. Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo sancionador

22. Conforme se ha señalado en el Literal a) del Considerando 6 de la presente resolución, la empresa recurrente sostiene que la DFSAI se ha avocado a una causa pendiente de resolver en sede judicial, vulnerándose el Artículo 4° del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS; toda vez que la Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA ha sido impugnada judicialmente mediante demanda contencioso administrativa presentada el 20 de febrero de 2013. En dicha demanda se solicitó la nulidad total de dicha decisión y que se ordene al TFA emitir una nueva resolución pronunciándose sobre todos los aspectos de la apelación formulada contra la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI.
23. Al respecto, cabe señalar que de acuerdo al Artículo 64° de la Ley N° 27444, la autoridad administrativa sólo podrá inhibirse de conocer el procedimiento administrativo, declarando la suspensión, en aquellos casos en que durante su tramitación se suscite una cuestión litigiosa entre dos (02) administrados sobre determinadas relaciones de Derecho Privado que deban ser esclarecidas por parte

²⁴ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.-

"Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al "ambiente" o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros."

del órgano jurisdiccional, y siempre que exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre ambos procesos (administrativo y judicial)²⁵.

24. En tal sentido, y siguiendo a MORÓN URBINA, constituyen presupuestos específicos para la configuración de la inhibición y la consecuente suspensión del procedimiento, los siguientes²⁶:

- Una cuestión contenciosa suscitada entre dos particulares dentro de un procedimiento administrativo
- Que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado
- Necesidad objetiva de obtener el pronunciamiento judicial previo para resolver el asunto planteado ante la administración
- Identidad de sujetos, hechos y fundamentos"

25. De la revisión de la demanda contencioso administrativa presentada por FÉNIX POWER ante el Poder Judicial²⁷, se advierte que la pretensión es que se declare la nulidad de la Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA de fecha 13 de noviembre de 2012 que declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI del 15 de febrero de 2012. Cabe señalar que ésta última había resuelto sancionar a FÉNIX POWER con una multa ascendente a doce con cincuenta y ocho centésimas (12.58) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

26. Los fundamentos de la demanda contenciosa administrativa fueron los siguientes:

- a. Presunta afectación al Numeral 4 del Artículo 3° de la Ley N° 27444, por cuanto no existe una debida motivación, pues la Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA no evalúa el fundamento del escrito de apelación dirigido a cuestionar la imputación, sino se limita a evaluar la cuantía de la multa impuesta y;
- b. Vulneración al principio de legalidad establecido en el Numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la precitada Ley, al concluir que FÉNIX POWER ha

²⁵ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso."

²⁶ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica S.A. Novena edición, 2011.p. 314 – 315.

²⁷ Fojas 260 a 275.

incurrido en responsabilidad ambiental por utilizar agua distinta a la de mar, sin haber obtenido la modificación de su EIA.

27. Como puede verse, la pretensión de la demanda contencioso administrativa tramitada en el Expediente N° 01341-2013-0-1801-JR-CA-03 no versa sobre relaciones de Derecho Privado, sino de carácter eminentemente público, teniendo como titulares de la relación jurídico procesal a FÉNIX POWER y al OEFA. En tal sentido, al no ser una cuestión litigiosa entre dos (2) administrados sobre determinadas relaciones de Derecho Privado, no correspondía ni corresponde actualmente al OEFA, inhibirse de conocer y resolver el presente procedimiento administrativo sancionador.
28. Además de lo expuesto, cabe agregar que el Artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, establece que toda persona o autoridad se encuentra obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa emanadas de autoridad judicial competente, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos²⁸.
29. A su vez, el Artículo 13° del mismo dispositivo legal, establece que cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiere de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública; se suspende aquél por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio²⁹.
30. Sobre el particular, corresponde señalar que si bien la apelante ha presentado demanda contencioso administrativa tramitada en el Expediente N° 01341-2013-0-1801-JR-CA-03; ello no constituye causal de suspensión del presente administrativo sancionador, toda vez que en el expediente no obra medio probatorio alguno donde

²⁸ Decreto Supremo N° 017-93-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de junio de 1993.-

"Artículo 4°.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia. Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia."

²⁹ Decreto Supremo N° 017-93-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

"Artículo 13°.- Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.

Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso."

se acredite que el órgano jurisdiccional ha emitido decisión judicial que deba ser acatada por este órgano colegiado³⁰.

31. Finalmente, resulta necesario precisar que en atención a lo establecido en los Artículos 8° y 9° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³¹, todo acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico es válido y se presume como tal hasta que su nulidad no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, por lo que el hecho que se encuentre en trámite la demanda contencioso administrativa interpuesta contra la Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA, mediante la cual el TFA declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI, a través de la cual la DFSAI resolvió sancionar a FÉNIX POWER por la comisión de una infracción al Numeral 3.14 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD; no amerita la suspensión del presente procedimiento administrativo sancionador.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo solicitado por la recurrente en este extremo.

IV.3. Sobre la reforma peyorativa

32. Conforme se ha señalado en el Literal b) del Considerando 6 de la presente Resolución, la empresa recurrente sostiene que la DFSAI no podía agravar la situación del administrado cuando su primera decisión, luego de haber sido apelada por el administrado, ha sido anulada por razones estrictamente formales como la graduación incorrecta de la sanción.
33. La reforma peyorativa está orientada a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia, sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.
34. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional, en los considerandos N° 25 y 26 de la Sentencia N° 1803-2004-AA/TC de fecha 25 de agosto del 2004, ha señalado lo siguiente³²:

³⁰ Cabe precisar que de la revisión del sistema de consultas de expedientes implementado por el Poder Judicial, se constata que al interior del referido proceso judicial se expidió la Resolución N° 2 de fecha 24 de abril de 2013, a través de la cual se admite a trámite la demanda presentada.

³¹ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 8°.- Validez del acto administrativo
Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 9°.- Presunción de validez
Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda."

³² Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de agosto de 2004, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01803-2004-AA.html>

"La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación".

35. De este modo, la reforma peyorativa prohíbe que la Autoridad Administrativa empeore la situación del administrado cuando éste solicite una nueva decisión.
36. Para el presente caso se emitió la Resolución N° 240-2012-OEFA/TFA del 13 de noviembre de 2012, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI que sancionó a FENIX POWER con una multa de doce con cincuenta y ocho centésimas (12.58) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y se ordenó reformular el cálculo de la multa impuesta. Posteriormente, se emitió una nueva Resolución Directoral (Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI), a través de la cual se sancionó a FÉNIX POWER con una multa ascendente a ciento treinta y dos (132) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
37. En tal sentido, si bien la nueva Resolución Directoral estableció una multa mayor a la impuesta mediante Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI; cabe precisar que la mencionada resolución fue declarada nula, por lo que debe entenderse que nunca existió la citada resolución, conforme a lo dispuesto por el Numeral 12.1 del Artículo 12° de la Ley N°27444³³, según el cual los efectos de la declaración de nulidad son declarativos y retroactivos a la fecha del acto.
38. En efecto, cuando un acto administrativo es declarado nulo, no es susceptible de generar efectos jurídicos válidos para el administrado, siendo la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI (resolución objeto de apelación) la que recién es considerada como resolución sancionadora dictada en primera instancia.
39. En relación a ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 03155-2007-PHC/TC de fecha 7 de noviembre de 2007, señaló que no existe vulneración del principio de la interdicción de la reforma en peor cuando habiéndose declarado la

³³

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1. La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro."

nulidad de la primera sentencia emitida, se ordena que se efectúe un nuevo juicio oral³⁴ y producto de ello se emite una nueva sentencia condenatoria.

40. Al respecto, conviene precisar que en el ámbito penal, la invocación del principio prohibitivo de la reforma en peor requiere tener una pena previa que sirva como medida de la actuación del órgano jurisdiccional *ad quem*; sin embargo, cuando dicha pena ha sido declarada nula no puede servir de límite para la acción de la facultad sancionadora del Estado en el segundo proceso, pues de lo contrario se legitimarían los graves vicios por los que fue anulado el primer proceso, lo cual evidentemente constituiría una incongruencia de la judicatura³⁵.
41. En ese sentido, en el ámbito penal, en el supuesto que se declarase nulo un proceso donde se condenó a una persona por un determinado delito y se le aplicó una determinada pena, debe considerarse que el segundo proceso iniciado contra dicha persona, aun cuando el origen de éste se fundamente en la nulidad del primero, puede válidamente agravar la pena o modificar la calificación del delito (no configurándose vulneración en modo alguno del principio de la interdicción de la *reformatio in peius*); puesto que en estricto, constituiría el único proceso condenatorio, toda vez que el primero devino en inexistente.
42. En efecto, aplicando el mismo razonamiento en el ámbito administrativo sancionador, se entiende que no existe reforma en peor si la primera resolución de sanción es declarada nula, toda vez que ésta debe ser considerada como inexistente (nula), y por tanto, la segunda sanción sería el único acto administrativo existente.
43. Por tanto, lo alegado por FÉNIX POWER no resulta procedente dado que el Numeral 237.3 del Artículo 237 de la Ley N° 27444 no es aplicable en el presente caso, toda vez que no existe segunda instancia por la cual se haya visto empeorada la situación de la apelante respecto al quantum de la sanción³⁶.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 07 de noviembre de 2007, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03155-2007-HC.html>

³⁵ ALIAGA CASTILLO, César A. 2008. Principio de la Interdicción de la *reformatio in peius*: alcances y límites. RAE Jurisprudencia, p. 183-196.

³⁶ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
"Artículo 237.- Resolución
(...)
237.3. Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado."

IV.4 Sobre la exigibilidad del compromiso establecido en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AAE

44. Conforme se ha señalado en los Literales c), y d) del Considerando 6 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que cumplió su compromiso referido a mantener la humedad y evitar la generación de material particulado, utilizando agua distinta a la de mar, hecho que no constituiría causal para solicitar la modificación del EIA.
45. Al respecto, los instrumentos de gestión ambiental (incluyendo el EIA) se encuentran dentro de un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de los proyectos de inversión. Este sistema es denominado "Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental" (SEIA), de acuerdo al Literal a) del Artículo 1° de la Ley N° 27446³⁷.
46. Con respecto a las actividades económicas comprendidas en el SEIA, los Artículos 2° y 3° de la citada Ley³⁸, prescriben que se encuentran comprendidos dentro del SEIA todos aquellos proyectos de inversión públicos y privados que impliquen el desarrollo de actividades, realización de construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, de modo tal que se encuentra prohibida su ejecución sin contar previamente con la Certificación Ambiental respectiva.
47. Posteriormente, a través del Numeral 17.2 del Artículo 17°, y del Artículo 24° de la Ley N° 28611³⁹, Ley General del Ambiente, se ratificó la evaluación del impacto

³⁷ Ley N° 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 2001.-

"Artículo 1°.- Objeto de la ley,

La presente Ley tiene por finalidad:

- a) La creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión."

³⁸ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-

"Artículo 2°.- Ámbito de la ley

Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, los proyectos de inversión públicos y privados que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, según disponga el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 3°.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

A partir de la entrada en vigencia del Reglamento de la presente Ley, no podrá iniciarse la ejecución proyectos incluidos en el artículo anterior y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente."

³⁹ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-

"Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

(...)

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación

ambiental como instrumento de gestión aplicable obligatoriamente a toda actividad humana que implique construcciones y obras susceptibles de causar impactos ambientales significativos; precisándose, además, que aún aquellos proyectos o actividades no comprendidos dentro del SEIA debían cumplir con las normas ambientales específicas.

48. Respecto al alcance de sus obligaciones, los Artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611, establecen que los instrumentos de gestión ambiental incorporan compromisos específicos, mecanismos, programas, además de plazos y cronogramas de cumplimiento obligatorio, los cuales tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas⁴⁰.

ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

Artículo 24°.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia."

⁴⁰ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-

"Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

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."

49. En este contexto, corresponde al titular de la actividad garantizar el cumplimiento de todos y cada uno de los compromisos asumidos en el instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad sectorial competente, más aún cuando éstos regulan cada uno de los aspectos y fases relacionados a la actividad de que se trate, estableciendo las medidas de prevención, mitigación, y control, entre otras aplicables.
50. Al respecto, FENIX POWER cuenta con un EIA de la Central Termoeléctrica de Gas, aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AAE. Dicho estudio ambiental comprende el Informe N° 073-2005-MEM-AAE/MU, donde se señala el siguiente compromiso ambiental:

"Observación N° 47: Absuelta

Se indica que el paso de camiones prevé un mínimo impacto en virtud de que toda la ruta estará asfaltada. Asimismo los materiales extraídos no deben permanecer por mucho tiempo acumulados y a la intemperie del ambiente (viento), si el caso fuese de esa manera y si se trata de una zona de riesgo ambiental se procederá a recubrir los cúmulos de tierra con una manta de polipropileno o plástico

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

51. Así las cosas, se verifica que uno de los compromisos establecidos en el mencionado estudio ambiental era el uso de agua de mar para mantener la humedad de los suelos.
52. En tal sentido, queda desestimado el argumento de FENIX POWER, ya que era un compromiso asumido por dicha empresa el uso de agua de mar y no otra agua de distinta fuente.

IV.5 Respecto a la necesidad de modificar el EIA

53. En relación a lo recogido en el Literal e) del Considerando 6 de la presente resolución, la recurrente señala que su actuar estaba justificado porque el mecanismo alterno que utilizó generaría un menor daño al ambiente, se optimizaría el proceso productivo y se controlaría la emisión de material particulado, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 18° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM⁴¹, situación por la cual no correspondía la modificación del EIA.

⁴¹ Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM - Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.-

"Artículo 18°.- Políticas, planes, programas y proyectos que se someten a evaluación ambiental

Se sujetan al proceso de evaluación ambiental:

- a) *Los nuevos proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que sean susceptibles de generar impactos ambientales negativos significativos, los cuales se encuentran señalados en el Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al SEIA, comprendido en el Anexo II.*
- b) *Las modificaciones, ampliaciones o diversificación de los proyectos señalados en el inciso anterior, siempre que supongan un cambio del proyecto original que por su magnitud, alcance o circunstancias, pudieran*

54. Al respecto, cabe precisar que mediante Informe N° 098-2012-MEM-AAE-NAE/MEM⁴², la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) manifestó:

" (...) según el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, una vez aprobada dicha certificación ambiental, el titular se encuentra obligado a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales incluidas en el EIA. De ello se desprende que el titular no puede cambiar unilateralmente las obligaciones a las que se ha comprometido, más bien si deseara realizar cualquier cambio en el EIA (incluidas las medidas que constan en el Plan de Manejo Ambiental) debe recabar la autorización previa de esta Dirección General.

(...) en el literal b) del artículo 18° de la norma mencionada se establece las modificaciones de los proyectos señalados en el cambio del proyecto original que por su magnitud, alcance o circunstancias, pudieran generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos (en función de los criterios que determine el MINAM o la DGAAE en este caso), están sujetos al proceso de evaluación ambiental (...). Es así, que si el titular estuviese planificando un cambio en el EIA, primero y a efectos de determinar la dimensión y magnitud de los impactos de dicha modificación, deberá presentar su solicitud de clasificación a esta Dirección General, luego de lo cual se le señalará el instrumento de gestión ambiental idóneo que deberá presentar para su evaluación correspondiente". (Resaltado agregado)

55. En este orden de ideas y conforme a la interpretación de la autoridad competente respecto a los Artículos 18° y 55° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM⁴³, los nuevos o mayores impactos ambientales

generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos, de acuerdo a los criterios específicos que determine el Ministerio del Ambiente - MINAM o la Autoridad Competente que corresponda.

- c) *Los proyectos que se reubiquen o trasladen, a otras partes del territorio nacional.*
d) *Las políticas, planes, programas públicos con implicaciones ambientales significativas, incluyendo entre otros, los procesos que impliquen la reubicación de ciudades y centros poblados."*

- ⁴² Informe obrante a fojas 177 remitido como respuesta a las consultas realizadas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas:

- a) Oficio N° 033-2012-OEFA/TFA/ST del 19 de abril de 2012
b) Oficio N° 086-2012-OEFA/TFA/ST del 16 de julio de 2012.

- ⁴³ Decreto Supremo N° 019-2009-EM - Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.-

"Artículo 18.- Políticas, planes, programas y proyectos que se someten a evaluación ambiental

Se sujetan al proceso de evaluación ambiental:

- a) *Los nuevos proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que sean susceptibles de generar impactos ambientales negativos significativos, los cuales se encuentran señalados en el Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al SEIA, comprendido en el Anexo II.*
b) *Las modificaciones, ampliaciones o diversificación de los proyectos señalados en el inciso anterior, siempre que supongan un cambio del proyecto original que por su magnitud, alcance o circunstancias, pudieran generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos, de acuerdo a los criterios específicos que determine el Ministerio del Ambiente - MINAM o la Autoridad Competente que corresponda.*
c) *Los proyectos que se reubiquen o trasladen, a otras partes del territorio nacional.*
d) *Las políticas, planes, programas públicos con implicaciones ambientales significativas; incluyendo entre otros, los procesos que impliquen la reubicación de ciudades y centros poblados.*

negativos que pudiera generar un proyecto deben ser evaluados previamente por la DGAAE, y no ser unilateralmente determinados por el titular del proyecto⁴⁴.

56. En tal sentido, FÉNIX POWER se encontraba obligada a cumplir el compromiso relativo a la utilización de agua de mar para mantener la humedad del suelo y; en caso de considerar necesaria la variación en el tipo de agua a utilizar, debió presentar la solicitud correspondiente a efectos de que la DGAAE evaluara los posibles impactos ambientales, determinando si procedía o no alguna modificación.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de la recurrente en este extremo.

IV.6 Sobre la existencia de una afectación o daño al ambiente


57. Conforme se ha señalado en el Literal f) del Considerando 6 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que no se ha probado la existencia de una afectación o daño al ambiente; en consecuencia OEFA no puede proceder a sancionar a FÉNIX POWER por el supuesto incumplimiento de un compromiso asumido en el EIA, a menos que se verifique y acredite la existencia de un daño al ambiente.
58. Al respecto, cabe indicar que el presente procedimiento se inició por no cumplir los compromisos asumidos en el EIA, lo cual constituye infracción sancionable de

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley. (El subrayado es nuestro)

 44 Cabe señalar que mediante Decreto Supremo N° 054-2013-PCM se precisaron los casos en los que se considera necesario requerir un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.

Decreto Supremo N° 054-2013-PCM – Aprueban disposiciones especiales para ejecución de procedimientos administrativos, publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de mayo de 2013.-

"Artículo 4°.- Disposiciones ambientales para los proyectos de inversión

En los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.

El titular del Proyecto está obligado a hacer un informe técnico sustentando estar en dichos supuestos ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles. En caso que la actividad propuesta modifique considerablemente aspectos tales como, la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas, dichas modificaciones se deberán evaluar a través del procedimiento de modificación."

acuerdo al Numeral 3.14⁴⁵ del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 028-2003-OS/CD.

59. En tal sentido, el supuesto de hecho materia de imputación no incluye el daño, toda vez que está referido al incumplimiento de las obligaciones asumidas en el EIA, situación que ha sido reconocida por la recurrente y acreditada mediante los medios probatorios analizados a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionador.
60. Así, se tiene que el daño constituye un factor que es tomado en cuenta al momento de efectuar el cálculo de la sanción, constituyendo ésta una etapa posterior a la acreditación de la conducta que se subsume en el supuesto de hecho tipificado.

Por tanto, no corresponde estimar los argumentos esgrimidos por la apelante en este extremo.

IV.7 Sobre el cálculo de la multa


61. Conforme se ha señalado en el Literal g) del Considerando 6 de la presente resolución, la empresa recurrente alegó que no se ha demostrado ni motivado los montos señalados en los Cuadros N° 1, 2 y 3 de la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS.
62. Al respecto, conviene señalar que 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, 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.
63. Por su parte, el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444⁴⁶ regula el principio de razonabilidad aplicable en el marco de la potestad sancionadora administrativa,

⁴⁵ Ver nota a pie de página 7.



⁴⁶ 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:
(...)
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."

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 observarse 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.
64. 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, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa.
65. Sobre el particular, se tiene que la sanción impuesta se encuentra prevista en el Numeral 3.14 del Anexo 3 de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD, la que prevé multas de hasta mil (1000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
66. Así las cosas, a efectos de determinar y graduar las sanciones aplicables dentro de los márgenes citados en el párrafo precedente, se aplicó la siguiente fórmula descrita en Numeral 4 del Informe N° 001-2013/LLG, elaborado por la Sub-Dirección de Sanción y Aplicación de Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos:


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

67. En la mencionada fórmula, "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° 27444⁴⁷.



⁴⁷ En este extremo, conviene señalar que de la revisión del contenido del Informe N° 001-2013/LLG, se constata que los valores de referencia utilizados por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos se sustentaron, entre otros, en datos técnicos relativos a tasas, precios de insumos y materiales para la construcción de una estructura hidráulica; información proveniente de la Dirección de Evaluación del OEFA, así como valores establecidos por el Banco Central de Reserva.

68. De este modo, el diseño y aplicación de la fórmula materia de análisis, bajo los parámetros previamente definidos, encuentra justificación en el marco de la potestad discrecional, reconocida a partir del propio principio de razonabilidad, en concordancia con el Artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado por Resolución N° 003-2011-OEFA/CD⁴⁸.
69. De otro lado, tratándose de los puntos cuestionados por la recurrente, cabe indicar que conforme se aprecia de los cuadros N° 1, 2 y 3 del Informe N° 001-2013/LLG⁴⁹, en el cálculo del monto de la multa fijada para la infracción sancionada, sí se aplicaron los criterios de graduación previstos en el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, en el orden de prelación señalado por dicho dispositivo legal.
70. En efecto, de la revisión de los mencionados cuadros se desprende que el Cuadro N° 1 – Cálculo del Beneficio ilícito – B⁵⁰ ha considerado los datos obtenidos por la DFSAI para estimar el beneficio ilícito, lo cual dio como resultado que el beneficio ilícito ascendía a trescientos cincuenta y dos mil doscientos diecinueve y 30/100 nuevos soles (S/. 352 219,30).
71. Sin embargo, de la revisión del Anexo N° 1 del Informe N° 001-2013/LLG, se advierte que dicho monto estaría sobreestimado por el costo correspondiente al salario del ejecutivo. Asimismo, no se tomó en cuenta los gastos realizados por la empresa para efectuar el riego con agua dulce.
72. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el Informe de Supervisión N° 004/05-2011/JPM se constató que la recurrente utilizaba agua dulce con el fin de mantener la humedad y evitar la presencia de material particulado en el aire; por lo que para calcular el beneficio ilícito correspondía aplicar el costo diferencial en que incurrió la empresa para abastecerse de agua dulce y cumplir su obligación de minimizar la emisión de material particulado.
73. En tal sentido, el costo promedio de suministro de agua dulce sería el siguiente:

⁴⁸ Resolución N° 003-2011-OEFA/CD - Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, publicado el 14 de mayo de 2011.-

"Artículo 13.- Criterios para graduar la sanción.

Para graduar la sanción, se deberá observar los criterios establecidos en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General."

⁴⁹ Fojas 181 a 186.

⁵⁰ Página 6 de la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS obrante en foja 195.

| Abastecimiento de agua para el control de material particulado | | | |
|--|---|---|---|
| m ³ (a) ⁵¹ | S/./m ³ Ene-2012 (b) ⁵² | US\$/m ³ Ene-2012 ⁵³ | US\$/m ³ Abr-2011 ⁵⁴ |
| 17,555.00 | 15.34 | 5.696 | 5.651 |

Costo = 17,555 m³ x 5.651 US\$/M³ = 99,209.92 US\$

74. Por tanto, en virtud de lo expuesto en los considerandos 71 al 73 de la presente Resolución, el cálculo del nuevo beneficio ilícito asciende a treinta y tres mil cuatrocientos dieciséis y 08/100 nuevos soles (S/. 33 416,08), correspondiendo fijar el monto de la multa en doce con cincuenta y dos centésimas (12,52) Unidades Impositivas Tributarias, por el incumplimiento del compromiso ambiental referido a la utilización de agua de mar.
75. Cabe indicar que se ha efectuado el cálculo de sanción teniendo en consideración que, por primera vez en esta instancia, se ha contado con información suficiente proporcionada por el órgano resolutor⁵⁵. Asimismo, resulta oportuno señalar que este cálculo se ha realizado sin perjuicio de que en otras situaciones donde el costo diferencial sea mayor, se aplique una metodología específica de acuerdo a las circunstancias concretas, para garantizar una efectiva fiscalización ambiental.
76. Por otro lado, en cuanto al factor "p", el mencionado Informe le asignó un valor de 1. En adición a ello, el Cuadro N° 3 – Cálculo de Multa⁵⁶, se elaboró reemplazando los valores expresados en los Cuadros N° 1 y 2.
77. A su vez, del Cuadro N° 2 - Resumen de Factores Atenuantes y Agravantes F_i⁵⁷ se desprende que la DFSAI consideró lo siguiente:
- a) Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, se le asignó un valor igual a cero (0) ya que de la información disponible no se evidenció la existencia de un impacto o daño al ambiente.

⁵¹ m³ de agua abastecido a la empresa Fenix Power para el control de polvo. Fuente: Informe de Supervisión N° 004/05-2011/JPM.

⁵² En enero de 2012 la empresa contrata un suministro de 14m³ a S/. 214.76. De acuerdo a lo anterior se calculó la tarifa de 15.34 S/./m³. Fuente: Empresa Transportes D'Pedro – Cotización N° 001-002516.

⁵³ Tipo de Cambio a 2.693 (Enero 2012), Fuente: BCRP – TC promedio bancario venta.

⁵⁴ Para el ajuste de los costos se utilizó los índices CPI (Consumer Price Index). Fuente: US Department of Labor Bureau of Labor Statics – Consumer Price Index (1982-84=100).

⁵⁵ El Informe N° 001-2013/LLG contiene la valorización de la construcción del sistema hidráulico, costo que recién fue proporcionado por primera instancia con la emisión del citado informe.

⁵⁶ Página 7 de la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS obrante en foja 196.

⁵⁷ Página 7 de la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS obrante en foja 196.

- b) Perjuicio económico causado, se le asignó un valor igual a cuatro (4) ya que 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%).
- c) Repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se le asignó un valor igual a cero (0) ya que no quedó acreditado que FÉNIX POWER hubiera realizado la conducta imputada de modo repetitivo o continuado.
- d) Circunstancias de la comisión de la infracción, se le asignó el valor de cero (0) ya que no se determinó la existencia de un error inducido por la administración.
- e) Beneficio ilegalmente obtenido, se le asignó un valor de cero (0) al no haber generado un beneficio ilegalmente obtenido.
- f) Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, se le asignó un valor de cero (0) al no haberse acreditado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

Por lo expuesto, los cuadros señalados por la recurrente han sido debidamente motivados de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 001-2013/LLG.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por FÉNIX POWER PERÚ S.A. contra la Resolución Directoral N° 087-2013-OEFA/DFSAI/PAS del 22 de febrero de 2013, por los fundamentos expuestos en los considerandos 71 al 74 de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo segundo.- FIJAR el monto de la multa en doce con cincuenta y dos centésimas (12,52) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), el mismo que será depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a FÉNIX POWER PERÚ S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



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



.....
JOSE 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

