

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 200-2013-OEFA/TFA

Lima, 30 SET. 2013

VISTOS:

El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AGUAS Y ENERGÍA PERÚ S.A. contra la Resolución Directoral N° 125-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 12 de marzo de 2013, en el Expediente N° 078-2010-DFSAI/PAS; y el Informe N° 205-2013-OEFA/TFA/ST del 21 de agosto de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión realizada el 27 de octubre de 2009, en las instalaciones del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Pías I (CH Pías I) de titularidad de la empresa AGUAS Y ENERGÍA PERÚ S.A.¹ (AYEPSA), ubicado en el distrito de Pías, provincia de Pataz, departamento de La Libertad; en la cual se detectaron infracciones a la normativa ambiental.
2. Por Resolución Directoral N° 125-2013-OEFA/DFSAI, del 12 de marzo de 2013², la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (DFSAI) impuso a AYEPSA una multa de dos con quince centésimas (2,15) de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

¹ Registro Único del Contribuyente N° 20339687952

² Fojas 396 a 402.

Hecho Imputado	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
En el punto de control del efluente líquido Pías (efluente doméstico del campamento Pías), que descarga a la laguna Pías, se obtuvieron los siguientes resultados para los parámetros: Aceites y grasas, 51.6 mg/l y Sólidos Totales Suspendidos (SST) 182 mg/l, superando así los Límites Máximos Permisibles - LMP establecidos en la norma	Inciso l) del Artículo 42° del D.S 029-94-EM ³ y Anexo 1 de la R.D. 008-97-EM/DGAA ⁴	Numeral 3.20 del punto 3 del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD	2,15 UIT
MULTA TOTAL			2,15 UIT

3. Mediante escrito presentado el 11 de abril de 2013⁵, AYEPSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 125-2013-OEFA/DFSAI del 12 de marzo de 2013, argumentando lo siguiente:

- a) La administración incurrió en error de hecho y de derecho toda vez que la fórmula utilizada para calcular la multa impuesta no se encuentra recogida en una norma tipificadora. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) debió publicar previamente la fórmula utilizada como proyecto de norma, conforme lo dispone el Artículo 39° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM.
- b) Para determinar el beneficio ilícito, el OEFA indicó que se debe considerar lo dejado de invertir con el incumplimiento de implementar: i) un estanque regulador de flujos para el caso de aceites y grasas y ii) un estanque regulador de flujos y accesorios para el caso de SST; que pudieron evitar el exceso de LMP, pese a que la empresa no estaba obligada a implementarlos por no encontrarse como compromiso en su Estudio de Impacto Ambiental - EIA.

³ Decreto Supremo N° 029-94-EM – Aprueban el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 1994.-

"Artículo 42°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones y aquellos que tengan Proyectos Eléctricos en operación, deberán cumplir con las siguientes prescripciones:

(...)

l. Minimizar la descarga de desechos sólidos, líquidos y gaseosos. La descarga de desechos será adecuadamente tratada y dispuesta de una manera que prevenga impactos negativos en el ambiente receptor."

⁴ Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA - Aprueban niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de marzo de 1997.-

"ANEXO 1

Niveles Máximos Permisibles de Emisión de Efluentes Líquidos para las Actividades de Electricidad"

PARÁMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y menor que 9	Mayor que 6 y menor que 9
Aceites y Grasas (mg/l)	20	10
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25

⁵ Fojas 404 a 414.

- c) Para el cálculo del beneficio ilícito, el OEFA utilizó criterios y factores arbitrarios, no aprobados por una norma y sin carácter oficial; los mismos que se encuentran citados como fuentes en el cuadro N° 1: "Resumen del cálculo del beneficio ilícito Esperado – B", tales como: i) la revista Costos N° 209 - agosto 2011, ii) Grupo Novem Sistemas de Agua, Bombas Superficiales agua limpia, Sistema de Bombeo, 2012; y, iii) Empresa Durman.
- d) Se cometieron errores al calcular la probabilidad de detección, pues no se tomó en cuenta que la empresa había sido objeto de otras supervisiones por parte del OEFA, anteriores a la supervisión que dio origen a la resolución de multa en las que pudo identificar el supuesto ilícito, consecuentemente el factor asignado (0,75), debió ser menor.
- e) Respecto de los agravantes y atenuantes de la sanción resulta cuestionable la aplicación de la clasificación 2 a los factores 1.3 "reversibilidad/recuperabilidad" y 1.4 "según la extensión", debido a que éstos están relacionados con algún daño al ambiente, por lo que la clasificación para ambos casos debió ser 0.
- f) Respecto al factor 2.1 "Incidencia de pobreza Total, donde el impacto ocurre en una zona con incidencia de pobreza total mayor a 58.7% hasta 78.2%"; el OEFA omitió identificar el área que se tomó en cuenta para esta asignación y la fuente que respalda los porcentajes señalados, por lo que en este caso la clasificación también debió ser 0, debido a que no existe impacto negativo que se haya demostrado en la supervisión.

II. Competencia

- 4. 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 Ambiente⁶, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- 5. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁷, el OEFA es un

⁶ 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.-

"1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental"

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

⁷ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-

"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:

(...)

organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

6. 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 en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.
7. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM⁹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN¹⁰) al OEFA y mediante Resolución N° 001-2011-OEFA/CD, publicada el 3 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 4 de marzo de 2011.
8. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹¹, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹², y el Artículo 3° del Reglamento Interno del

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

(...)"

- ⁸ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. *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 documental, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades."*

- ⁹ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM – Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.-

"Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA."

- ¹⁰ Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.-

"Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN."

- ¹¹ 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) cuenta 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.*

(...)"

- ¹² Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el 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

Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD¹³, 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

9. Previamente al análisis de los argumentos formulados por AYEPSA, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁴, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.
10. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del 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 2012¹⁵.

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."

 ¹³ 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."

 ¹⁴ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"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 solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)"

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD - Aprueban 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."

IV. Análisis

IV.1. Protección constitucional al ambiente

11. De acuerdo con el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁶, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".
12. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado 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, bajo los siguientes términos:

*"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"*¹⁷.

13. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, 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"¹⁸, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover frente a las actividades humanas que pudieran afectar el ambiente. Al respecto, el Tribunal Constitucional 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"*¹⁹. (El énfasis es agregado)

*"(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor de impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. **La Constitución no***

¹⁶ 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."

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 4.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

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

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 soportarán²⁰ (El énfasis es agregado)

14. En ese sentido, Amartya 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 generaciones²¹.*
15. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha definido el medio ambiente en los siguientes términos:

"(...) 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)²².

16. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²³ 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.
17. En tal contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de

²⁰ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²¹ 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)

²² Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico 27.

²³ 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."

adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.

18. 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. Con relación a la fórmula utilizada en el cálculo de la multa

19. Respecto al Literal a) del Considerando 3 de la presente Resolución, cabe indicar que de acuerdo con el 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 Artículo; 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 vigente²⁴.
20. A su vez, de acuerdo con el 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 adoptarse 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 cometido²⁵.
21. 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



²⁴ 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.
(...)"

²⁵ 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."
(...)"

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 graduación²⁶:

- 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.

22. En este orden de ideas, se advierte que la graduación de las sanciones administrativas aplicables en los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos a nivel normativo, es una facultad con la que cuenta la Administración Pública con el propósito de individualizar la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa.

23. 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 normativa²⁷". (El énfasis es agregado)

24. Sobre el particular, la sanción impuesta a AYEPSA se encuentra prevista en el Numeral 3.2 del punto 3, del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN.

²⁶ 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".

²⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Novena Edición. Gaceta Jurídica. Pág. 699.

25. Es preciso indicar que el OEFA, como Organismo Técnico Especializado, tiene la facultad de determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos en cada tipo de infracción, para lo cual utiliza la metodología que resulte coherente con los fines de su potestad punitiva. El uso de tal facultad debe estar acompañada de una debida aplicación de los factores que integren la metodología para el cálculo de multas base y la aplicación de factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones.
26. En tal sentido, conforme se detalló en el Informe N° 020-2013-BPC²⁸, se procedió a calcular la multa por la infracción establecida en el Literal l) del Artículo 42° del Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, así como en el Anexo 1 de la Resolución Directoral N° 008-97 EM/DGAA, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía.
27. Para determinar la graduación de las sanciones aplicables, dentro de los márgenes citados en los párrafos precedentes, la primera instancia utilizó la siguiente fórmula, descrita en el Numeral 4 del Informe N° 020-2013-BPC, con el fin de calcular la multa que corresponde aplicar a AYEPSA por la infracción materia de este expediente:

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

28. En esta fórmula, "B" representa 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.
29. De este modo, se concluye que el cálculo de la multa impuesta al administrado se ha realizado bajo el amparo legal respectivo, por lo que corresponde desestimar el argumento formulado por la apelante en este extremo.

IV.3. Respecto al Beneficio Ilícito

30. Con relación a los argumentos contenidos en los Literales b) y c) del Considerando 3, de la presente Resolución, referido al cálculo del beneficio ilícito, es preciso indicar que conforme se desprende de la fórmula indicada en el Considerando 27, uno de los factores de cálculo de la multa 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 es importante porque asegura que los agentes económicos tengan incentivos económicos para cumplir con los compromisos y regulaciones ambientales.
31. Ahora bien, para realizar el cálculo del beneficio ilícito se debe estimar los costos de los componentes necesarios para garantizar el cumplimiento de las normas, esto

²⁸ Fojas 392 a 395.

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.

32. En el presente caso, se verificó que la empresa AYEPSA, en el punto de control del efluente líquido Pías (efluente doméstico del campamento Pías), que descarga a la laguna Pías, incumplió con los LMP establecidos en la norma, respecto de los parámetros: i) aceites y grasas, en el que se obtuvo como resultado 51.6 mg/l y, ii) SST para el cual se obtuvo como resultado 182 mg/l. En ambos casos se superó los niveles máximos permisibles establecidos en el Literal l) del Artículo 42° del Decreto Supremo N° 029-94-EM y el Anexo 1 de la Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGAA, citados precedentemente.
33. En tal sentido, para el cálculo del beneficio ilícito, la primera instancia planteó un escenario hipotético, considerando el costo que hubiera representado para la empresa implementar: i) un estanque regulador de flujos para el caso de aceites y grasas y ii) un estanque regulador de flujos y accesorios para el caso de SST; previniendo no exceder los LMP en los parámetros señalados, considerados en el efluente doméstico del campamento.
34. Para el cálculo de costos, la DFSAI, en el Informe N° 020-2013-BPC, consideró el tipo de cambio promedio, el costo de oportunidad del capital (COK) del sector eléctrico de 12% anual, la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), e información técnica recogida de: i) la revista Costos N° 209 - agosto 2011, ii) Grupo Novem Sistemas de Agua, Bombas Superficiales agua limpia, Sistema de Bombeo, 2012, iii) Empresa Durman, precio de trampa para grasa 2012, entre otros; que brindan información actualizada sobre los precios de mercado que permiten realizar un cálculo objetivo de la sanción.
35. Asimismo, cabe señalar que en el Informe N° 020-2013/BPC se verifica que los valores de referencia utilizados por la DFSAI se sustentaron en valores técnicos, utilizados en un escenario propuesto sólo para el cálculo de la multa, mas no para imputar la infracción.

De este modo, conforme a lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de AYEPSA en este extremo.

IV.4. Respecto a la Probabilidad de detección

36. Con relación al Literal d) del Considerando 3 de la presente Resolución, referido al cálculo de la probabilidad de detección, entendida ésta como la posibilidad de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa, debe señalarse que el objetivo de este factor es eliminar un posible comportamiento oportunista por parte de los infractores; lo cual genera la necesidad de relacionar el beneficio ilícitamente obtenido derivado de la infracción con la probabilidad de detección de la conducta.
37. Al ser la probabilidad de detección un denominador de la fórmula del cálculo de multa, significa que mientras más probable sea detectar un incumplimiento, las sanciones necesarias para disuadir al potencial infractor serán más bajas;

asimismo, las infracciones deberán aumentar para tener un efecto disuasivo cuando potenciales infractores perciban que existe una baja probabilidad de detección²⁹.

38. En el presente caso, la posibilidad de que la comisión de la infracción fuera detectada por la autoridad administrativa se determinó sobre la base de que la supervisión se realizó a raíz de la denuncia presentada por pobladores de la región, situación que acredita que el incumplimiento podía ser fácilmente detectado; razón por la que se determinó que el nivel de probabilidad de detección era muy alta, siendo esto así, el factor que correspondía aplicar era del orden del 0,75 (75%).
39. En tal sentido, teniendo en cuenta que las infracciones tenderán a aumentar cuando potenciales infractores perciban que existe una baja probabilidad de detección; es preciso indicar que de acuerdo con la fórmula descrita en el Considerando 27 de la presente resolución, si se aceptara el argumento de AYEPSA, es decir, que el factor asignado (0,75), debía ser menor, la consecuencia sería una multa más alta a la considerada en la Resolución de la primera instancia.

De lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente.

IV.5. Respecto a los factores agravantes y atenuantes

40. Respecto a los argumentos recogidos en los Literales e) y f) del Considerando 3 de esta Resolución referidos a los agravantes y atenuantes de la sanción, así como a la incidencia de la pobreza, corresponde señalar que los factores atenuantes y agravantes, se encuentran referidos a los hechos o circunstancias que tomados en cuenta se incluyen en la fórmula que genera la multa, con la finalidad de aumentar o disminuir el monto de la multa base³⁰.

²⁹ Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD – Aprueba la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, conforme a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, Publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2013.-

"111.3 La probabilidad de detección.-

21. La probabilidad de detección es la posibilidad -medida en términos porcentuales-- de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa.

22. La necesidad de relacionar el beneficio ilícitamente obtenido derivado de la infracción con la probabilidad de detección de la conducta responde al objetivo de eliminar un posible comportamiento oportunista por parte de los infractores.

23. La probabilidad de detección del incumplimiento, al ser un denominador en la fórmula del cálculo de la multa, incrementa su respectiva magnitud; mientras más probable sea detectar un incumplimiento, las sanciones asociadas serán más bajas; asimismo, las infracciones tenderán a aumentar cuando potenciales infractores perciban que existe una baja probabilidad de detección."

³⁰ Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD – Aprueba la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, conforme a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM.-

"IV. Los Factores Atenuantes y Agravantes

29. La conjunción del beneficio ilícito y la probabilidad de detección permite calcular la "multa base" a imponer. Esta, sin embargo, debe ser posteriormente afinada mediante la utilización de los factores atenuantes y agravantes.

30. Los factores atenuantes y agravantes son hechos o circunstancias que al ser tomados en cuenta se incluyen en la fórmula que genera la multa; con la finalidad de aumentar o disminuir el monto de la multa base. Estos factores se encuentran definidos en los Artículos 230° y 236-A de la LPAG"

41. En ese sentido, corresponde la aplicación de la calificación 2 al factor “1.3 reversibilidad/recuperabilidad: cuando el impacto negativo puede ser asimilado por el entorno de forma natural o puede ser mitigado mediante la adopción de medidas específicas en el corto plazo (en un periodo menor de un año)”; debido a que desde el momento que ha quedado acreditado el exceso de LMP, ya se ha generado daño al ambiente, con lo cual se descarta la calificación 0 para este cálculo. Consecuentemente, el siguiente nivel es el que responde a las características del presente caso, por lo que se calificó con 2.
42. Respecto al factor “1.4 según la extensión: El impacto está localizado en el área de influencia directa del proyecto”, la administración consideró que el exceso de LMP estaba acreditado, por consiguiente ya se había generado daño al ambiente, descartando la calificación 0 para este cálculo, circunstancia similar al caso anterior, por lo que se le otorgó la siguiente calificación, que corresponde a 2.
43. Por otro lado, el factor índice de pobreza permite incorporar el perjuicio económico causado a la población, de tal manera que será mayor el perjuicio en una población más desprotegida. En este caso, respecto al factor “2.1 Incidencia de pobreza total, donde el impacto ocurre en una zona con incidencia de pobreza total mayor a 58.7% hasta 78.2%”, éste tiene como fuente el mapa de pobreza elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, por lo que la administración identificó el área y aplicó la calificación establecida.
44. En tal sentido, los valores asignados para cada factor responden a situaciones objetivas recogidas en el Anexo 1 del Informe N° 020-2013-BPC, como parte de la metodología aplicable al cálculo de la sanción.

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

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

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la empresa AGUAS Y ENERGÍA PERÚ S.A. contra la Resolución Directoral N° 125-2013-OEFA/DFSAI del 12 de marzo de 2013, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a dos con quince centésimas (2,15) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución, sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente Resolución a la empresa AGUAS Y ENERGÍA PERÚ S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



.....
HECTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental