

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 231 -2013-OEFA/TFA

Lima, 30 OCT. 2013

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. contra la Resolución Directoral N° 296-2012-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 18 de setiembre de 2012, en el Expediente 2009-127; y el Informe N° 238-2013-OEFA/TFA/ST del 18 de setiembre de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de las observaciones detectadas en la visita de supervisión llevada a cabo del 13 al 15 de noviembre de 2008, en las instalaciones eléctricas de las Centrales Hidroeléctricas (CH) Charcani I, II, III, IV, V, VI, Almacén Central Charcani V, Presa Cincel, Presa Campanario y Presa Pillones de titularidad de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A.¹ (en adelante, EGASA), ubicada en el distrito de Cayma, provincia de Caylloma, departamento de Arequipa; en las cuales se detectaron infracciones a la normativa ambiental. Como producto de dicha visita de supervisión se elaboró el Informe Técnico N° GFE-USMA-813-2009².
2. Mediante Resolución Directoral N° 168-2012-OEFA/DFSAI del 9 de julio de 2012³, notificada el 13 de julio de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante,

¹ Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20216293593.

² Fojas 1 a 16.

³ Fojas 188 a 193.

DFSAI) impuso a EGASA una multa de setecientos ochenta y cuatro con veinte y seis centésimas (784.26) Unidades Impositivas Tributarias (UIT); conforme se detalla a continuación⁴:

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	En el manejo de las centrales Charcani no se cumple con el caudal ecológico indicado en el "Estudio de Dinámica Fluvial del Río Chili", mostrando un cauce nulo en el tramo desde el Embalse Puente Cíncel hasta la descarga de la Central Hidroeléctrica Charcani VI.	Artículos 37° y 41° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM ⁵ , en concordancia con el Literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 ⁶	Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución N° 028-2003-OS-CD ⁷	750 UIT
2	En la presa Pillones, el monitoreo efectuado por la apelante no contempló el parámetro aceleraciones sísmicas	Resolución Ministerial N° 344-2002-EM/DGAA ⁸ y el Literal p) del Artículo 201° del Decreto	Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución N° 028-2003-OS-CD	34.26 UIT

⁴ De acuerdo al artículo 2° de la Resolución Directoral N° 168-2012-OEFA/DFSAI del 09 de julio de 2012, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción de la Resolución N° 344-2002-EM/DGAA y el Literal p) del Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, en el extremo que EGASA no contempló los parámetros hidrológicos, lecho del río, biológicos y descargas y crecidas.

⁵ Decreto Supremo N° 029-94-EM - Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 1994.-

"Artículo 37°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones y aquéllos que tengan Proyectos Eléctricos en etapa de diseño, construcción o instalaciones en operación, considerarán los efectos potenciales de los mismos, sobre niveles de aguas superficiales y subterráneas. Estos serán diseñados, construidos y operados de tal manera que se minimicen sus efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, habitat acuático, etc.), que protejan la vida acuática.

"Artículo 41°.- Los Proyectos Eléctricos serán diseñados, construidos y operados de tal manera que minimicen pérdidas del hábitat o la capacidad reproductiva de especies valiosas de la flora y fauna, sin producir impactos negativos en especies raras en peligro de extinción."

⁶ Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1992.-

"Artículo 31°.- Tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización, están obligados a:
(...)

h. Cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación."

⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD - Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2003.-

Infracción	Base Normativa	Sanción Pecuniaria
3.20	Art. 31° inc h) de la Ley. Art. 3° del reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. N° 029-94-EM	De 1 a 1000

⁸ Resolución del 13 de noviembre de 2002, que aprueba Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Presa Pillones.

	Supremo N° 009-93-EM ⁹ , en concordancia con el literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844	
MULTA TOTAL		784.26 UIT

3. Mediante escrito del 6 de agosto de 2012¹⁰, EGASA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 168-2012-OEFA/DFSAI del 9 de julio de 2012.
4. Por Resolución Directoral N° 296-2012-OEFA/DFSAI del 18 de setiembre de 2012, notificada el 19 de setiembre de 2012, la DSFAI declaró infundado el recurso de reconsideración¹¹.
5. Mediante escrito del 5 de octubre de 2012¹², EGASA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 296-2012-OEFA/DFSAI, en base a los siguientes argumentos:

Infracción N° 1: Sobre el cauce nulo en el tramo desde el Embalse Puente Cincel hasta la descarga de la Central Hidroeléctrica Charcani VI

- a) Se sanciona bajo el supuesto de que el hecho imputado puede generar potencialmente una inestabilidad del ecosistema, pero no sobre hechos concretos evidenciados objetivamente, como es el caso del "Estudio de Caudal Ecológico en el tramo Dique Puente Cincel – Charcani VI", donde se acredita que en dicho tramo existe flora y fauna.

Asimismo, agrega que el Estudio de Dinámica Fluvial del Río Chili, que sirvió de base para sustentar la infracción no lo acredita, carece de validez científica y técnica dado que está referida a las condiciones geodinámicas del río Chili, y no dispone de una metodología adecuada que pudiera establecer la relación hidrológica y biológica para determinar el caudal ecológico.

⁹ Decreto Supremo N° 009-93-EM - Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de febrero de 1993.-

"Artículo 201°: El OSINERG sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, y/o clientes libres, así como al COES cuando incumpla sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 2 000 000 kilovatios-hora, en los siguientes casos, según corresponda:

p) Por incumplimiento de las normas y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección, el OSINERG y la Comisión."

¹⁰ Fojas 195 a 292.

¹¹ Fojas 303 a 309.

¹² Fojas 311 a 330.

b) No existe norma que tipifique como infracción el incumplimiento del caudal ecológico. Las normas que presuntamente se han incumplido no lo mencionan; por ello, tal imputación es arbitraria e ilegal.

c) No existen medios probatorios que acrediten los hechos imputados, toda vez que no se han realizado informes especializados sobre caudal ecológico y pérdida de hábitat.

Tampoco está determinado por la autoridad competente cuál es el caudal mínimo necesario, por lo que existe un vacío legal sobre el tema.

d) En sus respectivos instrumentos de gestión ambiental (Programa de Adecuación y Manejo Ambiental de EGASA y Estudio de Impacto Ambiental del "Proyecto Presa Pillones", aprobado por Resolución Directoral N° 344-2002-EM/DGAA), no se hace referencia alguna a la obligación de monitorear el caudal ecológico en el Río Chili.

Infracción N° 1: Sobre la graduación de la multa por mantener un caudal nulo

e) No se puso en conocimiento de EGASA el Informe Técnico N° GFE-USMA-914-2010, que sustentó el cálculo de la multa; por ello, no se le ha permitido verificar si el flujo de caja utilizado para determinar el supuesto beneficio ilícito es el adecuado o no, vulnerándose de esta manera su derecho al debido procedimiento, previsto en el Numeral 2 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

Infracción N° 2: Sobre la omisión de contemplar el parámetro aceleraciones sísmicas

f) EGASA venía realizando los monitoreos respectivos, excepto el de aceleraciones sísmicas, debido a que una tormenta eléctrica destruyó el acelerógrafo en el año 2007. Agrega que la destrucción del acelerógrafo se debió a un evento fortuito que lo exime de responsabilidad, al tratarse de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, conforme a lo estipulado en el Artículo 1315° del Código Civil.

Asimismo, no se ha tomado en consideración que EGASA es una empresa pública de derecho privado; por ello, la adquisición de un nuevo acelerógrafo estaba condicionada a la disponibilidad presupuestal de la contratación.

II. Competencia

6. 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 Ambiente¹³, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
7. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁴, 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.
8. 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 OEFA¹⁵.

¹³ 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

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."

¹⁴ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 05 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.

(...)"

¹⁵ 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. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁶ 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 (en adelante, OSINERGMIN¹⁷) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁸, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
10. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁹, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²⁰, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de

¹⁶ 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".

¹⁷ 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 OSINERGMIN en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN".

¹⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.-

"Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010."

¹⁹ 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. (...)."

²⁰ 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"

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."*


Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD²¹, 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

11. Previamente al análisis de los argumentos formulados por EGASA, 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° 27444²², establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
12. 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 N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012²³.

IV. Análisis


IV.1 Protección constitucional al ambiente



²¹ Resolución de Consejo Directivo N° 032 - 2013-OEFA/CD - Aprueban 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 defecto de tramitación y otras funciones que el asigne la normativa de la materia."




²² 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.*

"(...)."



²³ 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."

13. De acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú²⁴, toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
14. El Tribunal Constitucional señala 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”²⁵.

15. Asimismo, dicho Tribunal 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 ambiente, denominado “Constitución Ecológica”²⁶, 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 al ambiente tal como se aprecia a continuación:

“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”²⁷. (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”²⁸ (Resaltado nuestro)

²⁴ 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.

(...).”

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

²⁸ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

16. 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"*²⁹.

17. En adición, el Tribunal Constitucional ha definido al 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)"*³⁰.

18. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente³¹ 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.

19. 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 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.

20. 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.

²⁹ 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)

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1° de abril de 2005, reaida en el Expediente 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico 27.

³¹ 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."*

IV.2 Infracción N°1: Sobre el cauce nulo en el tramo desde el Embalse Puente Cincel hasta la descarga de la Central Hidroeléctrica Charcani VI

21. En referencia a lo señalado en los Literales a), b), c) y d) del Considerando 5 de la presente Resolución, EGASA sostiene que se la sanciona bajo el supuesto de que el hecho imputado puede generar potencialmente una inestabilidad del ecosistema, pero no sobre hechos concretos evidenciados objetivamente, como es el caso del "Estudio de Caudal Ecológico en el tramo Dique Puente Cincel – Charcani VI", donde se acredita que en dicho tramo existe flora y fauna. Asimismo agrega que el Estudio de Dinámica Fluvial del Río Chili, que sirvió de base para sustentar la infracción, no acredita la existencia de flora y fauna, toda vez que está referida a las condiciones geodinámicas del río Chili, y no dispone de una metodología adecuada que pudiera establecer la relación hidrológica y biológica para determinar el caudal ecológico.
22. Al respecto, el Artículo 37° del Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, establece que es obligación del titular eléctrico, durante la etapa de diseño, construcción o instalaciones en operación, minimizar los efectos adversos sobre la morfología de los lagos, corrientes de aguas y otros que protejan la vida acuática. De igual modo, el Artículo 41° del citado Reglamento establece como obligación evitar las pérdidas del hábitat o la capacidad reproductiva de las especies de flora y fauna, sin producir impactos negativos en especies raras en peligro de extinción.
23. A su vez, el Literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas, establece que todo titular de una concesión eléctrica está obligado a cumplir con las normas de conservación del ambiente.
24. De una lectura integral de los artículos previamente citados, se aprecia que tienen por finalidad la protección de la vida acuática o técnicamente del "ecosistema acuático". Un ecosistema acuático es un medio donde se interrelacionan plantas (sumergidas, emergentes y flotantes), animales acuáticos, y microorganismos sobre un cuerpo hídrico, cuyas existencias y fluctuaciones pueden ejercer importantes efectos en las condiciones del ambiente donde se desarrollan³². Así para mantener en óptimas condiciones un ecosistema acuático, es necesario cumplir las medidas que aseguren su preservación, siendo una de éstas el mantenimiento de un caudal adecuado o caudal ecológico.
25. Al respecto, el Numeral 153.1 del Artículo 153° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG, señala que el caudal ecológico es el volumen de agua que se debe mantener en las fuentes naturales de

³² Óscar Sánchez, Mónica Herzig, Eduardo Peters, Roberto Márquez-Huitzil y Luis Zambrano (2007). Perspectivas sobre conservación de ecosistemas acuáticos en México. Mexico: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales Instituto Nacional de Ecología U.S. Fish & Wildlife Service Unidos para la Conservación, A.C. Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo, pp. 12-13.

agua para la protección o conservación de los ecosistemas involucrados³³. Por ello, el propósito del caudal ecológico es mantener de forma sostenible la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y de los ecosistemas terrestres asociados, contribuyendo a alcanzar el buen estado potencial ecológico en ríos o aguas de transición³⁴.

26. Ahora bien, en consideración a lo señalado, OSINERGMIN solicitó como medida que EGASA cumpla con un caudal ecológico, el mismo que no debía tener un flujo nulo en el tramo desde el Embalse Puente Cincel hasta la descarga de la CH Charcani VI, a fin de minimizar pérdidas de hábitat o la capacidad reproductiva de especies valiosas; sin embargo, ello no se cumplió conforme lo señalado en el Informe Técnico N° GFE-USMA-813-2009.
27. Asimismo, como consecuencia de la visita de supervisión en las Centrales Hidroeléctricas (C.H.) Charcani I, II, III, IV, V, VI, el Almacén Central Charcani V, la presa Cincel, Presa Campanario y Presa Pillones, el supervisor reportó el siguiente hallazgo:

"CH Charcani: En el manejo de las centrales de Charcani no se cumple con el caudal ecológico indicado en el estudio de Dinámica Fluvial del Río Chili, mostrándose un cauce nulo en el tramo desde el Embalse Puente Cincel hasta la descarga de la CH Charcani VI." (Resaltado agregado).

28. De lo antes expuesto, se desprende que EGASA mantuvo un caudal nulo en el cauce que va desde el tramo Embalse Puente Cincel hasta la descarga de la CH Charcani VI; por ello, no ha cumplido con la medida destinada a minimizar posibles impactos adversos sobre el ecosistema acuático.
29. En cuanto a lo alegado por EGASA referido a que no existe norma que tipifique como infracción el incumplimiento del caudal ecológico; debe señalarse que en el presente procedimiento administrativo sancionador el hecho imputado no está referido a incumplir el volumen del caudal en el río Chili, sino por incumplimiento de las normas ambientales que buscan adoptar acciones o medidas, como es la de mantener un caudal que no sea nulo, con la finalidad de prevenir o minimizar potenciales pérdidas de hábitat y la capacidad de reproducción de especies de flora y fauna.
30. En lo referente a que no existen medios probatorios que acrediten los hechos imputados, en la medida que no se han realizado informes especializados sobre caudal

³³ Decreto Supremo N° 001-2010-AG - Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de marzo de 2010.-

"Artículo 153.- Caudal ecológico"

153.1 Se entenderá como caudal ecológico al volumen de agua que se debe mantener en las fuentes naturales de agua para la protección o conservación de los ecosistemas involucrados, la estética del paisaje u otros aspectos de interés científico o cultural."

EMBID IRUJO, Antonio. "El Agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico" en "Agua y Energía". Editorial Civitas, Primera Edición, Noviembre 2010, pp. 59.

ecológico y pérdida de hábitat; debe indicarse que conforme se ha señalado en el Considerando 24 de la presente Resolución, para mantener el ecosistema acuático era necesario mantener un caudal; por ello, al haberse detectado en el presente procedimiento administrativo sancionador un caudal nulo, se ha incumplido el deber de minimizar los posibles impactos adversos sobre el ecosistema acuático, por lo que la conducta imputada ha quedado acreditada.

31. Asimismo, EGASA señala que no está determinado por la autoridad competente cuál es el caudal mínimo necesario, por lo que existe un vacío legal sobre el tema. Al respecto debe señalarse que si bien tal alegación no es materia de discusión en el presente procedimiento administrativo sancionador, la determinación del caudal en los diferentes cuerpos de agua será realizada por la Autoridad Nacional del Agua y el Ministerio del Ambiente, conforme lo señala el Numeral 153.2 del Artículo 153° del Decreto Supremo N° 001-2010-AG³⁵.
32. Por último, EGASA alega que en sus respectivos instrumentos de gestión ambiental no se hace referencia alguna a la obligación de monitorear el caudal ecológico en el río Chili. Sobre el particular, debe señalarse que tal argumento resulta impertinente, en la medida que el hecho imputado no está referido a incumplimiento de un instrumento de gestión ambiental, sino al incumplimiento de los Artículos 37° y 41° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM.
33. Por lo tanto, EGASA incumplió lo dispuesto por los Artículos 37° y 41° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM, así como el Literal h) del Artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, en la medida que se detectó un caudal nulo durante la supervisión, verificándose que EGASA no consideró los efectos potenciales de sus operaciones sobre el agua superficial a fin de minimizar las pérdidas de hábitat o la capacidad reproductiva de especies valiosas de la flora y fauna.

Sobre la base de lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

IV.3 Infracción N° 1: Sobre la graduación de la multa por mantener un caudal nulo

34. En relación a lo señalado en el Literal e) del Considerando 5 de la presente Resolución, EGASA sostiene que no se le puso en conocimiento el Informe Técnico N° GFE-USMA-914-2010 que sustentó el cálculo de la multa; por ello, no se le ha permitido verificar si el flujo de caja utilizado para determinar el supuesto beneficio ilícito fue el adecuado o no, vulnerándose así el derecho al debido procedimiento.

³⁵ Decreto Supremo N° 001-2010-AG- Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos.-

"Artículo 153°.- Caudal ecológico

(...)

153.2 En cumplimiento del principio de sostenibilidad, la Autoridad Nacional del Agua, en coordinación con el Ministerio del Ambiente, establecerá los caudales de agua necesarios que deban circular por los diferentes cursos de agua, así como, los volúmenes necesarios que deban encontrarse en los cuerpos de agua, para asegurar la conservación, preservación y mantenimiento de los ecosistemas acuáticos estacionales y permanentes."

35. Al respecto, debe señalarse que no era obligatorio poner en conocimiento de EGASA el informe que sustentó el cálculo de la multa, debido a que dichos valores se encuentran plasmados en la Resolución Directoral N° 168-2012-OEFA/DFSAI del 9 de julio de 2012, mediante la cual se impuso a EGASA una multa de 784.26 UIT. En tal sentido, no se ha vulnerado el derecho al debido procedimiento.
36. Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe señalar que el cálculo de la sanción fue realizado en estricto cumplimiento del principio de razonabilidad, regulado en el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444³⁶. El mencionado principio, aplicable a la graduación de sanciones, establece el cumplimiento de los siguientes criterios:
- 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.
37. Fue en base a ello que se graduó la multa de 784.26 UIT impuesta a EGASA, conforme se observa del Numeral 4 de la Resolución Directoral N° 168-2012-OEFA/DFSAI del 9 de julio de 2012.

Sobre la base de lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

IV.4 Infracción N° 2: Sobre la omisión de contemplar el parámetro aceleraciones sísmicas

38. En relación a lo señalado en el Literal f) del Considerando 5 de la presente Resolución, EGASA sostiene que venía realizando los monitoreos respectivos excepto el de aceleraciones sísmicas, debido a que una tormenta eléctrica destruyó el acelerógrafo en el año 2007, atribuyendo dicha circunstancia a un evento fortuito que lo exime de su responsabilidad.

³⁶

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."*

39. Sobre el particular, debe señalarse que mediante Resolución Ministerial N° 344-002-EM/DGAA del 13 de noviembre de 2002, se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Presa Pillones", en el cual se estableció la obligación ambiental de realizar en forma permanente el monitoreo del parámetro aceleraciones sísmicas.
40. Ahora bien, como consecuencia de la visita de supervisión en las Centrales Hidroeléctricas (C.H.) Charcanis I, II, III, IV, V, VI, Almacén Central Charcani V, Presa Cincel, Presa Campanario y Presa Pillones, el supervisor detectó el siguiente hallazgo:

"Presa Pillones.- El monitoreo efectuado por EGASA no contempló los parámetros establecidos: hidrológicos, lecho de río, biológicos, aceleraciones sísmicas y descargas y crecidas." (El resaltado es nuestro).

41. De lo antes expuesto, se desprende que EGASA incumplió la obligación de monitorear el parámetro aceleraciones sísmicas. No obstante, la empresa señala que el incumplimiento se debió a un caso fortuito consistente en que una tormenta eléctrica destruyó el acelerógrafo en el año 2007; en tal sentido, se deberá evaluar si existió ruptura del nexo causal en el presente hecho imputado como consecuencia del factor tormenta eléctrica.
42. Al respecto, el principio de causalidad previsto en el Numeral 8 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
43. A su vez, en los Numerales 4.2 y 4.3 del Artículo 4° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, prevé que la responsabilidad administrativa aplicable al procedimiento administrativo sancionador es objetiva, siendo que el administrado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero³⁷.
44. De acuerdo a Guzmán Napurí, *"dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa del administrado, la única forma a través de la cual dicho administrado podría eximirse de responsabilidad estriba en acreditar una fractura en el nexo causal. (...) El caso más conocido de fractura de nexo causal (...) es el caso fortuito. Conocido*

³⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD -- Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"Artículo 4°.- Responsabilidad administrativa del infractor

(...)

4.2 El tipo de responsabilidad administrativa aplicable al procedimiento administrativo sancionador regulado en el presente Reglamento es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

4.3 En aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura de nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

(...)"

inicialmente como "acto de Dios", el caso fortuito implica un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, proveniente de la naturaleza (...)."

45. En ese contexto, para considerar un evento como fortuito y eximente de responsabilidad, debe determinarse, en primer lugar, la existencia del evento y, adicionalmente, que este revista las características de extraordinario, imprevisible e irresistible.
46. Sobre el particular, cabe señalar que de la documentación que obra en el expediente no se advierte medio probatorio alguno que acredite que una tormenta eléctrica haya destruido el acelerógrafo en el año 2007; por lo tanto, las afirmaciones de EGASA constituyen meras declaraciones de parte, que no desvirtúan los medios probatorios aportados por la Administración en el presente procedimiento administrativo sancionador.
47. Siendo ello así, no corresponde evaluar si la destrucción del acelerógrafo a causa de una tormenta eléctrica constituye un evento fortuito, que cumpla con las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, pues no se cuenta con los elementos de prueba para poder determinar la veracidad de dichas afirmaciones.
48. Por último, respecto a que EGASA es una empresa pública de derecho privado y por ello la adquisición del nuevo equipo estaba condicionada a disponibilidad presupuestal; debe señalarse que desde el momento que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Presa Pillones", EGASA tenía la obligación de monitorear el parámetro aceleraciones sísmicas, debiendo mantener en buen estado sus equipos y prever las contingencias que se pudieran generar.

Sobre la base de lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado por EGASA en este extremo.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA; 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.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 296-2012-OEFA/DFSAI del 18 de setiembre de 2012, 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 setecientos ochenta y cuatro con veinte y seis centésimas (784.26) 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 EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



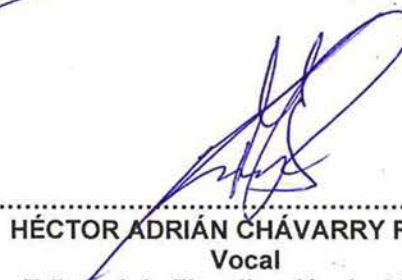
.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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



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