

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 014-2014-OEFA/IFA

EXPEDIENTE : N° 513-2013-OEFA/DFSAI/PAS

ADMINISTRADO : EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD ELECTROSUR S.A.

SECTOR : ELECTRICIDAD

APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 477-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma lo dispuesto mediante la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI respecto al cálculo de la multa"

Lima, 31 ENE. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad - Electrosur S.A.¹ (en adelante, Electrosur) es operadora de la Subestación de Transmisión Parque Industrial (en adelante, SET Parque Industrial) y de la Subestación de Transmisión Ilo (en adelante, SET Ilo).
2. El 11, 12, 13 y 14 de agosto de 2009, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) realizó una supervisión regular en la SET Parque Industrial y SET Ilo.

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20119205949.

3. La supervisión verificó que Electrosur no realizó un adecuado almacenamiento de los residuos sólidos peligrosos debido a que los transformadores que contienen Bifenilo Policlorado (en adelante, PCB) se encontraban sobre superficie permeable, a la intemperie y sin identificar su contenido de PCB, conforme se desprende del "Informe de Supervisión con Código N° ELS-082-2009-08-03 (en adelante, Informe de Supervisión)².
4. El 13 de agosto de 2013, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) notificó a Electrosur la Resolución Subdirectoral N° 669-2013-OEFA/DFSAI/SDI, comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento a disposiciones contenidas en la normativa ambiental, específicamente en el Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM (en adelante, Decreto Supremo N° 057-2004-PCM), atendiendo a los hechos verificados en la supervisión.
5. El 4 de setiembre de 2013, Electrosur presentó al OEFA su escrito de descargos³ respecto a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Subdirectoral N° 669-2013-OEFA/DFSAI/SDI.
6. El 11 de octubre de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del OEFA expidió la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI que dispuso sancionar a Electrosur con una multa ascendente a setenta y ocho con veintidós centésimas (78,22) Unidades Impositivas Tributarias (UIT); conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1 : Cuadro de Sanciones

N°	Hechos Imputados	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
1	En la SET Parque Industrial, Electrosur no habría realizado un adecuado almacenamiento de los residuos sólidos peligrosos, debido a que almacenó transformadores con PCB sobre superficie permeable, a la intemperie y sin identificar su	Numeral 1 del Artículo 39° y los Números 7 y 9 del Artículo 40° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ⁴ ,	Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN,	35,87 UIT

² Fojas 1 a 80.

³ Fojas 131 a 176.

⁴ Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2004.
 "Artículo 39°.- Consideraciones para el almacenamiento
 Está prohibido el almacenamiento de residuos peligrosos:
 1. En terrenos abiertos;
 (...)

	contenido.	concordante con el Literal h) del Artículo 31° de la Ley N° 25844 ⁵ .	aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD ⁶ .	
2	En la SET Ilo, ElectroSur no habría realizado un adecuado almacenamiento de los residuos sólidos peligrosos, debido a que almacenó transformadores con PCB sobre superficie permeable, a la intemperie y sin identificar su contenido.			42,35 UIT
Multa Total				78,22 UIT

Asimismo en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI se impuso a ElectroSur la siguiente medida correctiva:

- 1) Elaborar un Plan de Acción para el manejo y disposición final de los equipos, instalaciones, implementos, materiales, equipos de protección personal, entre otros, que hayan tenido contacto con los PCB, así como la recuperación de los suelos que hayan sido afectados por estas sustancias. El referido Plan debía contener como mínimo lo siguiente:

Artículo 40°.- Almacenamiento central en las instalaciones del generador

El almacenamiento central para residuos peligrosos, en instalaciones productivas u otras que se precisen, debe estar cerrado, cercado y, en su interior se colocarán los contenedores necesarios para el acopio temporal de dichos residuos, en condiciones de higiene y seguridad, hasta su evacuación para el tratamiento o disposición final. Estas instalaciones deben reunir por lo menos las siguientes condiciones

(...)

7. Los pisos deben ser lisos, de material impermeable y resistentes;

9. Debe implementarse una señalización que indique la peligrosidad de los residuos, en lugares visibles; y

(...)"

 5 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".

 6 Resolución N° 028-2003-OS/CD, Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo de 2003.

Anexo 3

Multas por incumplimiento a la normatividad en el Sector Eléctrico sobre el medio ambiente

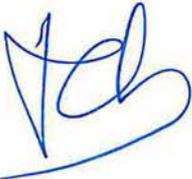
N°	Tipificación de infracción	Base Legal	Sanción	Multas en UIT			
				E. Tipo 1	E. Tipo 2	E. Tipo 3	E. Tipo 4
3.20.	Cuando el titular de la concesión o autorización no cumpla con las disposiciones ambientales contempladas en la Ley y el Reglamento o las normas emitidas por la DGAA y OSINERG.	Art. 31° inc. h) de la Ley N° 25844. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. 029-94-EM	De 1 a 1000 UIT	(M) Hasta 250 UIT	(M) Hasta 500 UIT	(M) Hasta 750 UIT	(M) Hasta 1000 UIT

- a) Un inventario de todos los equipos que contengan PCB que hayan sido utilizados en todas las instalaciones de la empresa, de las infraestructuras temporales o permanentes que estén o hayan estado en contacto con estos equipos, así como de los implementos y materiales utilizados para el mantenimiento, disposición y traslado de los mismos.
 - b) Un cronograma de ejecución.
 - c) Un Plan de Capacitación sobre el manejo, traslado y disposición de residuos que contengan PCB, con la finalidad de evitar o minimizar impactos negativos al ambiente, a la salud y vida de las personas.
 - d) Un procedimiento para el manejo, traslado y disposición final de los residuos que contengan PCB.
- 2) Informar y acreditar documentariamente las acciones que ha tomado, hasta la fecha, para la segregación, almacenamiento, traslado y disposición de todos los equipos, instalaciones, implementos, materiales, equipos de protección personal, entre otros, que hayan contenido o contengan PCB y/o que hayan estado o estén en contacto con dicho compuesto; así como de los implementos y materiales utilizados para el mantenimiento, traslado y disposición de los mismos.

Finalmente se le ordenó que el referido Plan de Acción y la información solicitada debían ser remitidos a la DFSAI dentro de un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.

- 
7. La Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos jurídicos:

Fundamentos jurídicos de la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI

- 
- 
- (i) De acuerdo a la Observación N° 6 descrita en el Informe de Supervisión, y complementada por las fotografías del Anexo II del referido Informe, se constató el inadecuado almacenamiento de cuatro (4) y diez (10) transformadores que contienen PCB en la SET Ilo y en el SET Parque Industrial, respectivamente.
 - (ii) Electrosur reconoce el hecho descrito en la Observación N° 6 del Informe de Supervisión al momento de dar respuesta a las observaciones efectuadas. Al respecto, señaló que adoptaría las medidas necesarias para subsanar la observación, sin embargo no acompañó medio de prueba que evidencie la ejecución de dichas medidas.

- (iii) De las fotografías que Electrosur acompañó a su escrito de descargos se evidencia la existencia de un depósito de materiales peligrosos en la SET Parque Industrial, pero no se acredita que en el referido depósito se encuentren almacenados los transformadores eléctricos que contienen PCB con su respectivo rotulado y/o identificación de su contenido. En relación a la SET Ilo, se evidencia que aún se encuentra en construcción, quedando acreditado que en dicha subestación Electrosur no cuenta con un depósito de residuos sólidos peligrosos para almacenar adecuadamente los transformadores con PCB.
- (iv) Se acreditó que Electrosur infringió lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 39° y los numerales 7 y 9 del artículo 40° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, en concordancia con el literal h) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley N° 25844 (en adelante, Ley N° 25844).

Fundamentos del cálculo de la multa

- (v) Con relación al inadecuado almacenamiento de los residuos sólidos peligrosos en la SET Parque Industrial la multa es de treinta y cinco con ochenta y siete centésimas (35,87) UIT, de acuerdo a la Metodología para el cálculo de la multa base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes, aprobada mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD (en adelante, Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD) que se aplica en la graduación de sanciones:
- (a) Beneficio Ilícito (11,21 UIT): se ha considerado como costo evitado el costo de habilitar un depósito de almacenamiento de residuos sólidos peligrosos en la SET Parque Industrial⁷ (S/. 19 755.56), así como el costo de capacitar a quince (15)⁸ trabajadores de la referida subestación a fin de informarlos sobre la peligrosidad de las sustancias tóxicas (PCB) con las que podrían tener contacto directo al manipular los transformadores, y sobre las medidas de precaución necesarias para realizar un adecuado manejo de tales sustancias. Asimismo, se tomó en cuenta un periodo de incumplimiento de cuarenta y ocho (48) meses, el mismo que comprende desde la fecha de la supervisión (Agosto de 2009) hasta la fecha del cálculo de la multa (Agosto de 2013).

⁷ Para dicho costo de construcción, la DFSAI tomó como base al Contrato suscrito entre Electrosur y Stansow America S.A.C. para la Ejecución de la Obra: Construcción de Depósitos Materiales Peligrosos – Tacna –Ilo Contrato N° ES-C-086-2009 que obra a foja 111.

⁸ La DFSAI consideró a cinco (5) trabajadores por turno, indicando que es razonable que dicha empresa cuente con tres (3) turnos de trabajo, por tal razón consideró a un total de quince (15) trabajadores.

- (b) Probabilidad de Detección (0,5): se ha considerado una probabilidad media, dado que la infracción fue detectada mediante una supervisión regular, la cual es programada por la autoridad en su plan de fiscalización anual con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales.
- (c) Factores agravantes y atenuantes (160%): Como factor agravante se ha identificado la existencia de una potencial afectación a la salud de las personas, por lo que se ha estimado aplicar el ítem 1.7 del factor agravante correspondiente a la gravedad del daño potencial o factor f1.
- (vi) Con relación al inadecuado almacenamiento de los residuos sólidos peligrosos en la SET Ilo la multa es de cuarenta y dos con treinta y cinco centésimas (42,35) UIT de acuerdo a la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD a utilizar en la graduación de sanciones:
- (a) Beneficio Ilícito (13,23 UIT): se ha considerado como costo evitado el costo de construir un depósito de almacenamiento de residuos sólidos peligrosos en la SET Ilo⁹ (S/. 24 504.41) así como el costo de capacitar a quince (15)¹⁰ trabajadores de la referida subestación a fin de informarlos sobre la peligrosidad de las sustancias tóxicas (PCB), con las que podrían tener contacto directo al manipular los transformadores, y sobre las medidas de precaución necesarias para realizar un adecuado manejo de tales sustancias. Asimismo, se tomó en cuenta un periodo de incumplimiento de cuarenta y ocho (48) meses, el mismo que comprende desde la fecha de la supervisión (Agosto de 2009) hasta la fecha de cálculo de la multa (Agosto de 2013).
- (b) Probabilidad de Detección (0,5): se ha considerado una probabilidad media dado que la infracción fue detectada mediante una supervisión regular, la cual es programada por la autoridad en su plan de fiscalización anual con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales.
- (c) Factores agravantes y atenuantes (160%): Como factor agravante se ha identificado la existencia de una potencial afectación a la salud de las personas, por lo que se ha estimado aplicar el ítem 1.7 del factor agravante correspondiente a la gravedad del daño potencial o factor f1.

⁹ Para dicho costo de construcción, la DFSAI tomó como base al Contrato suscrito entre ElectroSur y Servicios de Ingeniería Consultores Ejecutores SRL para la Ejecución de la Obra: Construcción de Depósitos Materiales Peligrosos – Tacna – Ilo Contrato N° ES-C-083-2009 que obra a foja 103.

¹⁰ La DFSAI consideró a cinco (5) trabajadores por turno, indicando que es razonable que dicha empresa cuente con tres (3) turnos de trabajo, por tal razón consideró a un total de quince (15) trabajadores.

8. El 4 de noviembre de 2013, Electrosur interpuso recurso de apelación¹¹ contra la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI.

Fundamentos jurídicos del recurso de apelación

- a) La metodología para el cálculo de la multa empleada por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI solo se aplica a las actividades vinculadas a la gran y mediana minería por tanto ésta no debe aplicarse a Electrosur por ser una empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica, conforme al artículo 2° de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.
- b) Se vulneró el principio de irretroactividad de las normas, dado que OEFA le ha impuesto una multa basada en la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD cuando lo correcto era imponer la sanción en base a lo establecido en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD) por encontrarse vigente al momento de la comisión de la infracción.
- c) Electrosur no ha tenido intención de cometer las infracciones que se le imputan dado que se encontraba realizando las acciones necesarias para cumplir con la normatividad ambiental vigente, las mismas que no han sido consideradas a la hora de determinar el cálculo de la multa. Dichas acciones fueron las siguientes:
1. Limpieza y remodelación de la SET Parque Industrial y de la SET Ilo, tal como se advierte de las fotografías N° 1,2,3,4,5 y 6 para la primera, y fotografías 7,8 y 9 para la segunda, las cuales se adjuntan en el Anexo 1.
 2. Construcción de depósitos de materiales peligrosos al interior de las instalaciones materia de observación, los mismos que cuentan con loza de concreto, tanque de derrames, cerco perimétrico y techo. Los equipos se encuentran debidamente rotulados, conforme se advierte de la copia del contrato e informe de Liquidación de Obra contenidos en el Anexo 2.
- d) El Beneficio Ilícito que se le atribuye por haber dejado de construir los depósitos de materiales peligrosos en la SET Parque Industrial y en la SET Ilo, y por no haber capacitado a su personal, no se ajusta a la realidad, toda vez que Electrosur construyó dichos depósitos en los primeros días del mes de





¹¹ Fojas 209 a 227.

octubre de 2009 y febrero de 2010, asimismo capacitó a su personal en diciembre de 2010, tal como se acreditaba en el Anexo 3 y en el Cuadro N° 1 y N° 2 de su recurso de apelación.

- e) La construcción de los referidos depósitos fue efectuada en octubre de 2009 y terminada en febrero de 2010, por tanto el tiempo de incumplimiento transcurrido solo correspondería seis (6) meses y no a cuarenta y ocho (48) meses.
- f) En referencia a la probabilidad de detección, el factor a considerar debe ser 1 (100%), en tanto dicha situación fue detectada en una supervisión regular del año 2008, para lo cual inició las acciones inmediatas a fin de subsanar las deficiencias.
- g) Respecto a los factores atenuantes y agravantes: Si bien ha quedado acreditado que Electrosur incumplió las normas ambientales, al momento del cálculo de la multa debió tenerse presente lo siguiente:
- Las circunstancias atenuantes a fin de que la multa disminuya, tales como las acciones descritas en el literal c) del considerando 8 de la presente resolución.
 - Las circunstancias agravantes: No habría una potencial afectación a la salud de las personas, dado que no se puede afirmar técnica ni documentalmente que estos equipos estén contaminados con PCB, toda vez que para confirmar la presencia de dicha sustancia en un equipo al que se le ha realizado la prueba Kit CLOR -N- OIL® se requiere realizar un análisis por Cromatografía de Gases, no obstante, la supervisora no realizó un muestreo del aceite de los transformadores y su posterior análisis por Cromatografía de Gases para detectar la presencia de PCB en los transformadores eléctricos.

9. El 29 de noviembre de 2013, mediante Carta N° G-2746-2013¹², Electrosur remitió a la DFSAI documentación relacionada a la medida correctiva impuesta¹³.

¹² Fojas 231 a 323.

¹³ De acuerdo a la referida comunicación la documentación remitida por Electrosur era la siguiente:

1. Guía para el manejo ambiental de equipos, materiales y residuos con PCB.
2. Inventario de Transformadores Electrosur S.A.
3. Inventario de equipos muestreados para descartar PCB.
4. Inventario de equipos contaminados con PCB.
5. Procedimiento para el muestreo de equipos con aceite dieléctrico.

II. COMPETENCIA

10. 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 Ambiente¹⁴, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
11. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁵ (en adelante, Ley N° 29325), 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.
12. 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 OEFA¹⁶.

¹⁴ 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".

¹⁵ 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.

(...)"

¹⁶ Ley N° 29325.

13. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁷ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN¹⁸ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD, publicada el 3 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.
14. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁹, los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM Reglamento de Organización y Funciones del OEFA²⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano

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."

- ¹⁷ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM que aprueba el 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".

- ¹⁸ 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".

- ¹⁹ Ley N° 29325.

"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, 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.

encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

15. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, este Tribunal considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²¹.
16. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, Ley N° 28611)²², 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 esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
18. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación al rango constitucional del conjunto de normas jurídicas que regulan los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente²³.

-
- 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".

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento jurídico 27.

²² Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre del 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".

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

19. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como derecho fundamental²⁴ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve²⁵; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁶.
20. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
21. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos²⁷.
22. Bajo dicho marco constitucional, que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas, así como las obligaciones de los particulares en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.



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 Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente:

"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".

²⁶ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

IV. SOBRE EL ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN

23. Previamente al análisis de los argumentos de la empresa en su recurso de apelación, cabe señalar que de la revisión de lo expuesto por ElectroSur en el considerando 8 de la presente resolución, se verifica que ésta solo impugnó la resolución recurrida en el extremo referido al cálculo de la multa en relación a los criterios beneficio ilícito, probabilidad de detección y factores atenuantes y agravantes, precisando que "(...) ha quedado acreditado que mi representada incumplió con normas medio ambientales (...)"²⁸. En virtud a ello, en aplicación del numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, el cual obliga a una motivación congruente, solo será objeto de pronunciamiento dicho extremo en el presente procedimiento administrativo sancionador²⁹.

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A RESOLVER

24. La resolución de las controversias planteadas en el presente caso se puede realizar a partir del análisis de los aspectos relevantes de las cuestiones controvertidas en el expediente. De acuerdo con esta metodología, las respuestas a las controversias jurídicas, formuladas a modo de preguntas principales que a su vez se pueden sustentar en preguntas y respuestas secundarias, resuelven la controversia planteada³⁰.
25. A juicio del Tribunal, las cuestiones controvertidas principales y secundarias en el presente caso, son las siguientes:

²⁸ Foja 224.

²⁹ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

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

³⁰ Una metodología para el trabajo jurídico similar a la adoptada por el Tribunal es propuesta por Marcial Rubio Correa que señala lo siguiente:

"Del cotejo de los hechos de la realidad y los elementos aportados al caso por el sistema jurídico, aparecen los problemas que deben ser solucionados desde el Derecho.

Los problemas son de dos tipos: principales (o centrales) y accesorios (o secundarios), ambos importantes. El problema principal es aquel cuya respuesta resuelve el caso planteado (...).

Los problemas accesorios son los que contribuyen a resolver el problema principal (...).

Los problemas deben ser formulados clara y distintamente (primera regla de Descartes) y analizados hasta en sus unidades de problema más elementales (segunda regla)".

Ver: RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Sexta Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1993. pp. 360 - 361.

- (i) Primera cuestión controvertida: Si los criterios de graduación para el cálculo de la multa aplicados en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI guardan conformidad con el ordenamiento jurídico.
- (ii) Segunda cuestión controvertida: Si se vulneró el principio de irretroactividad de las normas previsto en la Ley N° 27444.
- (iii) Tercera cuestión controvertida: Si el cálculo de la multa es conforme al principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

VI. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

VI.1 Primera cuestión controvertida: Si los criterios de graduación para el cálculo de la multa aplicados en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI son conformes al ordenamiento jurídico.

- 26. Electrosur en el literal a) del considerando 8 de la presente resolución, refiere que no le son aplicables los criterios para graduar la sanción recogidos en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI, en tanto ésta contiene la metodología para el cálculo de la multa aplicable a empresas cuyas actividades están vinculadas a la gran y mediana minería, pero no a aquellas pertenecientes al sector eléctrico.
- 27. A continuación corresponde verificar a este Tribunal si los criterios de graduación de la sanción recogidos en la resolución apelada por Electrosur, son conformes al ordenamiento jurídico.
- 28. Al respecto, cabe indicar 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 adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido³¹.
- 29. 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,

³¹

Ley N° 27444.

"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."

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.

30. En tal sentido, el principio de razonabilidad 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 graduación³²:

- 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.

31. En este orden de ideas, se advierte que la determinación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos a nivel normativo, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional 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.

32. En esa línea, con relación a la aplicación del principio materia de análisis, Morón Urbina explica 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

³²

Ley N° 27444.

"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"

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 normativa³³. (Subrayado agregado)

33. Bajo dicho contexto, el artículo 33° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD) recoge los criterios para graduar la sanción, así como los demás criterios previstos en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444³⁴.
34. En virtud de lo expuesto, se observa que el OEFA se encuentra habilitado a emitir las normas correspondientes a fin de reglamentar el procedimiento administrativo sancionador, así como a **establecer criterios respecto a la gradualidad de las sanciones correspondientes**, en virtud a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de Ley N° 27444 así como en el numeral 229.2 del artículo 229° de la Ley N° 27444³⁵.

³³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador. Novena Edición. Gaceta Jurídica. P. 699.

³⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
"Artículo 33°.- Criterios para graduar la sanción
Para graduar la sanción se aplicarán los siguientes criterios:
(i) El beneficio ilícito esperado;
(ii) La probabilidad de detección de la infracción;
(iii) El daño potencial a los bienes jurídicos materia de protección;
(iv) El daño concreto a los bienes jurídicos materia de protección;
(v) La extensión de los efectos de la infracción; y,
(vi) Los demás criterios previstos en el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General."

³⁵ Ley N° 27444.
"Título Preliminar
(...)
Artículo II.- Contenido
(...)
2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.
(...)
Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo
229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.
Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo."

35. En el presente procedimiento administrativo, la sanción impuesta respecto al incumplimiento del literal h) del artículo 31° de la Ley N° 25844 se encuentra prevista en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Electricidad contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias.
36. Así las cosas, a efectos de determinar y graduar las sanciones aplicables dentro de los márgenes citados en el párrafo precedente, la DFSAI aplicó la fórmula descrita en el numeral 39 de la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI³⁶ de fecha 11 de octubre de 2013³⁷.
37. En dicha fórmula, la DFSAI consideró los siguientes criterios a fin de graduar la sanción:
- i. Beneficio ilícito derivado de la infracción (B),
 - ii. Probabilidad de detección (p) y
 - iii. factores atenuantes y agravantes (F_i)
38. De lo anterior, se advierte que los referidos criterios considerados por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI se encuentran acordes con los criterios recogidos por el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, así como por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.
39. En ese sentido, de acuerdo al análisis expuesto al inicio del presente numeral, la administración guarda un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos para cada

36

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

37 El marco conceptual que sustenta la metodología empleada viene dado por la Teoría de la Ejecución Pública de las Leyes, la cual considera que el Estado tiene la función de detectar y sancionar a los infractores de la normatividad, así como lograr que todos los agentes que conforman la sociedad cumplan con dichas disposiciones a través de la imposición de sanciones y penalidades.

Sobre la base de ello, este Organismo Técnico Especializado plantea un esquema donde se modela la interacción entre la empresa contaminadora y la agencia reguladora que supervisa el cumplimiento de las normas ambientales *ex - ante* la ocurrencia de daños ambientales y *ex - post* la generación de contaminación ambiental, de modo tal que se aplican *multas ex - ante* para aquellos casos en que los incumplimientos no configuran daño ambiental y *multas ex - post* para aquellas infracciones que sí lo ocasionan. Fórmulas aplicables si y solo si las normas sancionadoras prevén rangos mínimos y máximos de multas a imponer.

Sobre el particular en el presente caso se ha utilizado el modelo de *multa ex - ante*, la misma que considera como multa óptima aquella que iguala los beneficios de la empresa y el costo de no prevenir las infracciones a las normas ambientales, de modo que la empresa no tenga incentivos para infringir la ley.

tipo de infracción, razón por la cual para lograr esta individualización se encuentra autorizada a emplear la metodología que resulte coherente con los fines de su potestad punitiva.

40. Asimismo, es de advertir que la aplicación de los criterios para graduar la sanción establecidos en la Ley N° 27444, así como los recogidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA-CD, no se restringe a una determinada actividad (como las vinculadas a la gran y mediana minería) sino a todas aquellas sujetas al ámbito de fiscalización ambiental de competencia del OEFA, que con motivo del incumplimiento de obligaciones contenidas en la normatividad ambiental, compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental, entre otros, y que constituyen infracción administrativa, son sancionadas con la imposición de una multa.
41. Por tanto, una vez establecida la responsabilidad de parte de un sujeto de derecho que desarrolla actividades económicas sujetas al ámbito de fiscalización ambiental de competencia del OEFA, entre ellas, las de distribución y comercialización de energía eléctrica, la autoridad administrativa estará facultada a la aplicación de los mencionados criterios a fin de aumentar o disminuir el *quantum* de la multa. De ese modo, en el presente caso la DFSAI decidió aplicar al sector electricidad, los criterios recogidos en la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, en cuyo artículo 4°, establece que podrá ser aplicada, supletoriamente, en la graduación de sanciones correspondientes a las actividades no comprendidas a la gran y mediana minería.
42. De este modo, el diseño y aplicación de la fórmula materia de análisis encuentra justificación en el marco de la potestad discrecional reconocida a partir del propio principio de razonabilidad.

En consecuencia, la aplicación de los criterios de graduación para el cálculo de la multa aplicados en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI, es conforme al ordenamiento jurídico, dado que se ha realizado en virtud a la potestad discrecional de la administración.

VI.2 Segunda cuestión controvertida: Si se vulneró el principio de irretroactividad de las normas previsto en la Ley N° 27444.

43. En el literal b) del considerando 8 de la presente resolución, el recurrente manifestó que se habría vulnerado el principio de irretroactividad de las normas previsto en la Ley N° 27444 en tanto, en el presente procedimiento administrativo sancionador, no se aplicó la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD que se encontraba vigente a la fecha de comisión de la infracción sino la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

44. Al respecto, es oportuno señalar que el artículo 103° de la Constitución Política de 1993 así como el artículo III del Título Preliminar del Código Civil³⁸, recogen la regla de la aplicación inmediata de la ley. En virtud de dicha regla, las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes durante su vigencia.
45. En esa línea el principio de irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que solo serán aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes a la fecha de comisión del ilícito administrativo, salvo que las posteriores le sean más favorables³⁹.
46. En ese sentido, Rubio Correa ha señalado que “cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata”⁴⁰; mientras que el Tribunal Constitucional también ha explicado reiteradamente que:

“72. (...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes’ (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”⁴¹. (Subrayado agregado)

47. En el presente caso, Electrosur alegó que no se aplicó la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, vulnerándose el principio de irretroactividad de las

³⁸ Constitución Política del Perú de 1993.

“Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
(...)”

Decreto Legislativo N° 295, Código Civil, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 1984.

Título Preliminar

“Artículo III.- La Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.”

³⁹ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.”

⁴⁰ RUBIO COREA, Marcial. Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P.34

⁴¹ Fundamentos 72, 73 y 74 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC.

normas; no obstante, contrariamente a lo alegado por el recurrente, el presente procedimiento administrativo sancionador se inició con la referida norma tipificadora, conforme se observa de la Resolución de imputación de cargos (Resolución Subdirectorial N° 669-2013-OEFA/DFSAI/SDI del 12 de agosto de 2013), la cual se encontraba vigente al momento de comisión de la infracción.

48. Asimismo mediante la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI, se sancionó a Electrosur con la escala de multas recogida en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, para la infracción materia de evaluación en el presente procedimiento sancionador.
49. Finalmente conviene señalar que, conforme se indicó en los considerandos precedentes, a fin de determinar el *quantum* de la sanción dentro del tope establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, la DFSAI, en virtud de la potestad discrecional de la administración, utilizó la metodología recogida en la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD inspirada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en la Ley N° 27444.

De lo antes expuesto, se concluye que no se vulneró el principio de irretroactividad de las normas previsto en la Ley N° 27444, dado que se sancionó de acuerdo a la escala de multas recogida en la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, la cual se encontraba vigente al momento de comisión de la infracción.

VI.3 Tercera cuestión controvertida: Si el cálculo de la multa es conforme al principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

- 
50. Electrosur, en los literales c) al g) del considerando 8 de la presente resolución, cuestionó el cálculo de la multa desarrollado por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI de fecha 11 de octubre de 2013. A fin de verificar si dicho cálculo es correcto, a continuación se evaluará cada criterio así como el valor otorgado por cada uno de ellos.
 51. En lo que se refiere al Beneficio Ilícito, Electrosur alega que construyó depósitos de materiales peligrosos tanto en la SET Industrial como en la SET Ilo, precisando que estos fueron ejecutados en los primeros días del mes de octubre de 2009 y culminados en febrero de 2010.
 52. Al respecto, previamente, debe señalarse que al momento de efectuada la supervisión (del 11 al 14 de agosto de 2009), se acreditó que Electrosur no había almacenado de forma adecuada sus residuos sólidos peligrosos (transformadores
- 

contaminados con PCB), tal como fue reconocido por la propia empresa en el presente procedimiento administrativo sancionador.

53. Por tanto, la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI consideró como costo evitado la construcción de un depósito de residuos sólidos tanto en la SET Parque Industrial como en la SET Ilo, a fin de que en ellos se almacenen adecuadamente los transformadores con PCB.
54. En cuanto al tiempo en que Electrosur se mantuvo en incumplimiento, éste señala que solo debía considerarse seis (6) y no cuarenta y ocho (48) meses como lo considera DFSAI, dado que los depósitos fueron construidos en febrero de 2010 en la SET Parque Industrial y en la SET Ilo.
55. Sobre ello cabe mencionar que de acuerdo al numeral 2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos, informes, etc⁴².
56. En el caso bajo análisis, de los documentos que presentó Electrosur a lo largo del procedimiento administrativo sancionador se tiene los siguientes:
 - a) La Carta N° G-1324-2009 del 27 de noviembre de 2009 en la que Electrosur indicó que:

"(...)

6.ELECTROSUR no minimiza los impactos dañinos y no considera todos los efectos potenciales sobre la calidad del aire y suelo, ya que se ha constatado transformadores con PCB, diez (10) en el almacén Parque Industrial y cuatro (4) en el almacén Ilo.

Con respecto a esta observación y de acuerdo a lo dispuesto por su representada, estamos procediendo a subsanar esta observación, procediendo a colocar rótulos de identificación a todos los transformadores con PCB. Asimismo, hemos procedido a trasladar a un lugar mas adecuado dichos transformadores, hasta acabar de construir los depósitos de almacenamiento de materiales peligrosos, tanto en la SET Ilo como en la SET.PARQUE INDUSTRIAL⁴³.

⁴² Ley N° 27444.

"Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

⁴³ Foja 114.

No obstante, en la referida carta no se adjuntó documentación que sustente su afirmación, por tanto no existe medio de prueba que acredite que Electrosur subsanó la referida observación recogida en el Informe de Supervisión

Sin perjuicio de ello, se aprecia que en la referida comunicación, Electrosur adjunta, entre otros, documentos denominados "Contrato para la Ejecución de la Obra: Construcción de Depósitos Materiales Peligrosos – Tacna – Ilo Contrato N° ES-C-086-2009" y "Contrato para la Ejecución de la Obra: Construcción de Depósitos Materiales Peligrosos – Tacna – Ilo Contrato N° ES-C-083-2009", celebrados con una empresa contratista el 5 y 3 de agosto de 2009 respectivamente, los cuales tienen por objeto la construcción de depósitos de materiales peligrosos en Tacna e Ilo. Sin embargo, con dichos documentos no es posible verificar que los depósitos hayan sido construidos en la fecha alegada por la referida empresa pues solo constituyen un acuerdo de partes que obliga, a una parte, a construir o ejecutar un trabajo y, a la otra, a pagar una retribución a cambio.

- b) La Carta N° G-1959-2013 del 4 de setiembre de 2013⁴⁴, a través de la cual Electrosur presenta sus descargos e indica que:

"(...) en la S.E.T. Parque Industrial se han colocado de manera ordenada los transformadores y otros equipos presuntamente contaminados con PCB, el mismo (sic) que tiene piso de cemento, cerco perimétrico, techo y un tanque para contener fugas de aceite y/o líquidos que puedan contaminar el suelo, de igual modo se ha procedido a señalar este depósito de Materiales Peligrosos."

(...)

En la S.E.T. Pampa Inalámbrica - Ilo, hemos procedido a construir también el depósito de materiales peligrosos al interior de esta S.E.T., el cual a la fecha consta de una losa y el tanque de contención de derrames de líquidos peligrosos (aceite, agua contaminada, etc.), en esta losa de concreto se han ubicado los transformadores en desuso (...) asimismo se está procediendo a solicitar la ampliación presupuestaria correspondiente par iniciar la construcción del cerco perimétrico y el techo de este Depósito de Materiales Peligrosos y acabar la construcción de esta nueva instalación."

A fin de sustentar sus afirmaciones, Electrosur acompañó a sus descargos fotografías de la construcción de un depósito en la SET Parque Industrial y de solo una losa de concreto en la SET Ilo. No obstante, de ellas no es posible determinar

⁴⁴ Fojas 153 a 176.

que los mencionados depósitos fueron construidos en la fecha indicada por ElectroSur, es decir en febrero de 2010.

57. Por tanto al no haber medio de prueba que sustente los hechos alegados por ElectroSur en referencia al tiempo de incumplimiento, se concluye que este comprende el periodo de agosto de 2009 (fecha de la supervisión) a agosto de 2013 (fecha de cálculo de multa), es decir cuarenta y ocho (48) meses, tal como fue considerado por la DFSAI.
58. En lo que respecta a la probabilidad de detección media de 0,50, aplicada por la DFSAI en el numeral 45 y 55 de la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI, debe indicarse que la probabilidad de detección es la posibilidad de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa.
59. Por tanto, al haberse detectado el incumplimiento a la normativa ambiental por parte del administrado mediante una visita de supervisión regular, se consideró que la probabilidad de detección era media (0,50), puesto que en este tipo de supervisión no se conoce previamente si se va encontrar o no algún incumplimiento al ser programada por la misma autoridad en su plan de fiscalización anual. Asimismo, es de advertir que, contrariamente a lo alegado por el recurrente, en supervisiones anteriores no se detectó hallazgos como los que son materia de evaluación en el presente procedimiento administrativo sancionador⁴⁵.
60. Finalmente en cuanto a los factores atenuantes y agravantes, se aprecia que para el primero de ellos, el recurrente considera que debe tenerse en cuenta que construyó los depósitos de residuos peligrosos para la SET Parque Industrial y para la SET Ilo en febrero de 2010, sin embargo tal como se concluyó en los considerandos precedentes esta aseveración no ha sido sustentada en los medios probatorios pertinentes, tales como un acta de conformidad de obra que señale la fecha de entrega, entre otros.
61. En lo que se refiere al factor agravante, el recurrente señala que no habría afectación a la salud de las personas en tanto no es posible afirmar que los transformadores estén contaminados con PCB, pues en la supervisión no se realizó ningún muestreo del aceite en los transformadores y su posterior análisis por Cromatografía de Gases, a fin de detectar la presencia de dicho compuesto químico en los mencionados equipos.
62. Sin perjuicio de que el propio recurrente reconoce que en el presente procedimiento administrativo sancionador *"incumplió normas medio ambientales"*⁴⁶ (por ello solo

⁴⁵ Así se advierte de Informe de Supervisión en el ítem "Observaciones anteriores" : Foja 53.

⁴⁶ Foja 224.

impugnó el cálculo de la multa) y que el hecho imputado está referido al inadecuado almacenamiento de los residuos sólidos peligrosos, debido a que **almacenó transformadores con PCB sobre superficie permeable, a la intemperie y sin identificar su contenido**; debe señalarse que del Informe de Supervisión, como sustento a la observación N° 6 (la misma que contiene la descripción del hecho imputado en ambas subestaciones de transmisión), se aprecian los resultados de los análisis de Aceite Dieléctrico contaminados con PCB que indican "positivo" la presencia de dicha sustancia en varios de los transformadores eléctricos⁴⁷.

63. Asimismo es de notar que de las vistas fotográficas N° 12 y N° 14 del Informe de Supervisión se consigna que los transformadores muestran fugas de aceite dieléctrico sobre la superficie permeable⁴⁸, adicionalmente a ello se aprecian etiquetas en las que se indica "Equipo contaminado con PCBs"⁴⁹
64. Del mismo modo, en lo que se refiere al tipo de análisis que debe efectuarse al aceite de los transformadores para determinar si estos contienen PCB, el propio recurrente en el documento que presentó denominado "Guía para el Manejo Ambiental de Equipos, Materiales y Residuos con PCBs"⁵⁰ indicó lo siguiente:

"(...) la presencia de cloruros en la muestra no necesariamente significa que se trate de una sustancia contaminada con PCBs ya que podría tratarse de otra fuente de clorados. Sin embargo en la industria eléctrica es sumamente raro que el fluido utilizado en los transformadores se encuentre clorados si no es por presencia de PCB, por lo tanto se puede asegurar que estos métodos [método cualitativo-cuantitativo que se basa en el uso de los Kits CLOR -N- OIL®] son adecuados para detectar PCBs" (Subrayado agregado).

- 
65. Finalmente, de acuerdo al Anexo 4 del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, los materiales que contienen PCB son considerados peligrosos y por ello, podrían afectar a la salud de las personas:

"ANEXO 4
LISTA A: RESIDUOS PELIGROSOS
(...)"

⁴⁷ Fojas 12 al 17.

⁴⁸ Fojas 45 y 46.

⁴⁹ Foja 44.

⁵⁰ Fojas 316 y 317.

A3.0 RESIDUOS QUE CONTENGAN PRINCIPALMENTE
CONSTITUYENTES ORGÁNICOS, QUE PUEDAN CONTENER METALES
Y MATERIA INORGÁNICA
(...)

A3.18 Residuos y artículos que contienen, consisten o están contaminados con bifenilo policlorado (PCB), terfenilo policlorado (PCT), naftaleno policlorado (PCN) o bifenilo polibromado (PBB), o cualquier otro compuesto polibromado análogo, con una concentración igual o superior a 50 mg/kg.

(...)" (Subrayado agregado)

66. Conforme lo antes mencionado, es adecuado considerar como agravante un daño potencial a la salud de las personas conforme lo indicado por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI.

Por todo lo expuesto, se concluye que el cálculo de la multa por cada infracción es conforme al principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, por lo que debe desestimarse lo señalado por la recurrente.

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 - 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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – 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.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 477-2013-OEFA/DFSAI del 11 de octubre 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 setenta y ocho con veintidós centésimas (78,22) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea 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 al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA.



Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD ELECTROSUR 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