

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 072-2014-OEFA/TFA

EXPEDIENTE : N° 948-2013-OEFA/DFSAI/PAS

ADMINISTRADO : EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A.

SECTOR : ELECTRICIDAD

APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 548-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "La Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI es nula respecto a las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8 por cuanto Osinergmin las dio por levantadas cuando aún contaba con la función de fiscalización y sanción en materia ambiental y respecto a la imputación N° 4, toda vez que la referida resolución vulneró el principio del *Non bis in idem* dado que DFSAI sancionó a EGASA por un hecho que Osinergmin archivó. Finalmente corresponde recalcular la multa por los hechos imputados N° 5, 6 y 7."

Lima, 29 ABR. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.¹ (en adelante, EGASA) es operadora de la Central Termoeléctrica Chilina (en adelante, CT Chilina), Central Termoeléctrica Mollendo (en adelante, CT Mollendo) y Central Hidroeléctrica Charcani V (en adelante, CH Charcani V), ubicadas en el departamento de Arequipa.

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20216293593.

2. El 26, 27, 28 y 29 de octubre de 2009, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica (en adelante, GFE) del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) realizó una supervisión regular a las referidas centrales.
3. La supervisión identificó varios hechos relacionados al inadecuado almacenamiento de residuos sólidos peligrosos así como otros relativos a la afectación al medio ambiente, conforme se desprende del Informe de Supervisión con Código N° EGA-081-2009-11-01 (en adelante, Informe de Supervisión)².
4. El 14 de diciembre de 2009, la GFE mediante el Oficio N° 6476-2009-OS/GFE remitió a EGASA el Informe de Supervisión y el "Informe de Disposiciones y Plazos". En dicho oficio se otorgó a EGASA un plazo de quince (15) días hábiles para presentar sus descargos.
5. El 30 de diciembre de 2009, mediante la carta N° GG/GE-384/2009-EGASA, EGASA presentó su "Informe de descargo de observaciones Osinergmin referencia: Oficio N° 6476-2009-OS/GFE".
6. El 21 de mayo de 2010, la GFE mediante el Oficio N° 2798-2010-OS/GFE, comunicó a EGASA que mantenía ocho (8) observaciones pendientes de subsanar. Para dicho fin, le solicitó información de las acciones llevadas a cabo para la subsanación de las mencionadas observaciones.
7. El 16 de junio de 2010, mediante el Oficio N° 3425-2010-OS-GFE, la GFE inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de EGASA por dos hechos: (i) en la CH Charcani V la empresa habría mantenido cilindros de aceite usado en los tres niveles de la casa de máquinas, los cuales no cumplirían con las medidas de seguridad para el almacenamiento temporal de residuos y por (ii) superar los Límites Máximos Permisibles de emisiones de efluentes líquidos para las actividades de electricidad. A dicho oficio, la GFE acompañó el Informe Técnico N° GFE-UMA-917-2010³.
8. El 1 de marzo de 2011, mediante la Resolución de Gerencia General de Osinergmin N° 010489, la Gerencia General resolvió *Sancionar* a EGASA con una multa de una con cincuenta y dos centésimas (1,52) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) respecto a los Límites Máximos Permisibles y *Archivar* el procedimiento administrativo en el extremo referido a que EGASA mantendría cilindros de aceite usado en los tres niveles de la casa de máquinas.

² Fojas 1 a 36.

³ Fojas 560 a 572.

9. El 25 de octubre de 2013, la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) remitió a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del OEFA el Informe Técnico Acusatorio N° 325-2013-OEFA/DS⁴ (en adelante, ITA N° 325-2013-OEFA/DS) que recomendó el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra EGASA, por presuntos incumplimientos a la normativa ambiental.
10. El 25 de octubre de 2013, la Subdirección de Instrucción e Investigación de la DFSAI notificó a EGASA la Resolución Subdirectoral N° 982-2013-OEFA/DFSAI/SDI⁵, comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por incumplimientos a la normatividad ambiental, atendiendo a lo descrito en el Informe de Supervisión⁶:
11. El 18 de noviembre de 2013, mediante Carta N° GG/AL.-161/2013-EGASA, EGASA presentó su escrito de descargos⁷ respecto a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Subdirectoral N° 982-2013-OEFA/DFSAI/SDI y precisada mediante la Resolución Subdirectoral N° 998-2013-DFSAI/SDI.
12. El 29 de noviembre de 2013, la DFSAI expidió la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI que dispuso sancionar a EGASA con una multa ascendente a sesenta y cinco con treinta y nueve centésimas (65,39) UIT; conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1: Cuadro de Sanciones

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
1	En la parte posterior de las salas de convertidores de la Central Termoeléctrica Chilina, EGASA ha almacenado cilindros de aceites usados que han sido colocados sobre piso permeable, sin medidas de seguridad (señalización)		Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias ¹⁰ .	1,04 UIT
2	En la Central Termoeléctrica Mollendo, EGASA ha almacenado cilindros conteniendo residuos sólidos peligrosos (aceites y derivados de los hidrocarburos) en áreas que carecen de			1,66 UIT

⁴ Fojas 224 a 237.

⁵ Fojas 238 a 249.

⁶ Cabe señalar que con fecha 4 de noviembre de 2013, la Subdirección de Instrucción e Investigación de la DFSAI notificó a EGASA la Resolución Subdirectoral N° 998-2013-DFSAI/SDI, en cuyo artículo 1° resuelve precisar el contenido de las infracciones recogidas en la Resolución Subdirectoral N° 982-2013-OEFA/DFSAI/SDI (fojas 250 a 263).

⁷ Fojas 264 a 377.

	señalización y piso impermeable.	Artículos 40° y 41° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ⁸ , concordado con el literal h) del		
--	----------------------------------	---	--	--

¹⁰ Resolución de Consejo Directivo 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. 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

⁸ 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 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:

1. Estar separadas a una distancia adecuada de acuerdo al nivel de peligrosidad del residuo respecto de las áreas de producción, servicios, oficinas, almacenamiento de insumos o materias primas o de productos terminados, de acuerdo a lo que establezca el sector competente;
2. Ubicarse en lugares que permitan reducir riesgos por posibles emisiones, fugas, incendios, explosiones o inundaciones;
3. Contar con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados;
4. Los pasillos o áreas de tránsito deben ser lo suficientemente amplias para permitir el paso de maquinarias y equipos, así como el desplazamiento del personal de seguridad, o de emergencia;
5. Contar con sistemas contra incendios, dispositivos de seguridad operativos y equipos e indumentaria de protección para el personal de acuerdo con la naturaleza y toxicidad del residuo;
6. Los contenedores o recipientes deben cumplir con las características señaladas en el artículo 37 del Reglamento;
7. Los pisos deben ser lisos, de material impermeable y resistentes;
8. Se debe contar con detectores de gases o vapores peligrosos con alarma audible, cuando se almacenen residuos volátiles;
9. Debe implementarse una señalización que indique la peligrosidad de los residuos, en lugares visibles; y
10. Otros requisitos establecidos en el Reglamento y normas que emanen de éste.

Artículo 41°.- Almacenamiento en las unidades productivas

El almacenamiento en las unidades productivas, denominado almacenamiento intermedio, podrá realizarse mediante el uso de un contenedor seguro y sanitario; el cual deberá estar ubicado en las unidades donde se generan los residuos peligrosos, en un área apropiada, de donde serán removidos hacia el almacenamiento central. Este almacenamiento, debe cumplir con los aspectos indicados en el artículo anterior, según corresponda."

3	En el área de almacenamiento temporal de residuos sólidos peligrosos de la Central Termoeléctrica Mollendo, EGASA ha sido perforado por un costado, de manera tal que se ha creado un drenaje, el cual no resulta ser apropiado.	artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 ⁹ .		5,01 UIT
4	En la Central Hidroeléctrica de Charcani V, EGASA mantiene cilindros de residuos sólidos peligrosos (aceites usados) en un área que no contaría con sistema contraincendios y señalización.			16,94 UIT
5	En el Almacén temporal de residuos sólidos de la Central Termoeléctrica Chilina, EGASA no ha llevado un registro de ingreso de los residuos sólidos peligrosos.	Artículo 39° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ¹¹ , concordante con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844.		1,06 UIT
6	En el almacén temporal de residuos sólidos de la Central Termoeléctrica Mollendo, EGASA no ha llevado un registro de los residuos sólidos peligrosos.		1,06 UIT	
7	En la Central Termoeléctrica Mollendo, EGASA ha realizado una excavación en una zona aledaña a la poza de separación de aceite API, ocasionando un impacto al suelo (presencia de manchas de aceites en una zona que abarca más de 1 m2)	Artículo 33° del Decreto Supremo N° 029-94-EM ¹² , concordante con el literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844.		27,16 UIT
8	EGASA ha realizado actividades de abandono en la segunda etapa de la Central Termoeléctrica Mollendo sin haber gestionado previamente el Plan de Abandono correspondiente ante la	Numeral 8.11.3 del Capítulo VIII – Plan de Manejo Ambiental de la Resolución Directoral N° 289-2007-MEM/AEE, concordante con el	Numeral 3.14 del Anexo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N°	11,46 UIT

⁹ Decreto Ley N° 25844. Ley de Concesiones Eléctricas.
"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."

¹¹ Decreto supremo N° 057-2004-PCM
"Artículo 39.- Consideraciones para el almacenamiento
Está prohibido el almacenamiento de residuos peligrosos:
1. En terrenos abiertos;
2. A granel sin su correspondiente contenedor;
3. En cantidades que rebasen la capacidad del sistema de almacenamiento;
4. En infraestructuras de tratamiento de residuos por más de cinco (5) días; contados a partir de su recepción; y,
5. En áreas que no reúnan las condiciones previstas en el Reglamento y normas que emanen de éste.
Los movimientos de entrada y salida de residuos peligrosos del área de almacenamiento deben sistematizarse en un registro que contenga la fecha del movimiento así como el tipo, característica, volumen, origen y destino del residuo peligroso, y el nombre de la EPS-RS responsable de dichos residuos.

¹² Decreto Supremo N° 29-94-EM. Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 1994.
"Artículo 33°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones, deberán considerar todos los efectos potenciales de sus Proyectos Eléctricos sobre la calidad del aire, agua, suelo y recursos naturales. El diseño, la construcción, operación y abandono de Proyectos Eléctricos deberán ejecutarse de forma tal que minimicen los impactos dañinos."

autoridad correspondiente.	literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844.	028-2003-OS/CD ¹³	
MULTA TOTAL			65,39 UIT

Fundamentos jurídicos de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI

- i) De acuerdo al artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD¹⁴, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD) si durante la visita de supervisión, el supervisor constata un hecho que constituye de por sí infracción administrativa no será necesario esperar al incumplimiento de su subsanación para iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
- ii) El presente procedimiento administrativo se rige por las disposiciones contempladas en la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD,

¹³ Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

N°	INFRACCION	BASE LEGAL	SANCION	MULTAS EN UIT			
				E.Tipo 1	E.Tipo 2	E.Tipo 3	E.Tipo 4
3.14	Por no cumplir con los compromisos considerados en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA).	Art. 13° y 20° del Reglamento de Protección Ambiental.	De 1 a 1000 UIT	- (M) Hasta 200 UIT	- (M) Hasta 300 UIT	- (M) Hasta 500 UIT	- (M) Hasta 1000 UIT

¹⁴ Resolución N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.-

"Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

28.1.- La revisión y evaluación de los informes de Supervisión que se presenten a OSINERGMIN serán realizadas por las respectivas Gerencias de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, según corresponda, en forma posterior y aleatoria, según las especialidades. Dicha revisión se efectuará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General.

28.2.- En caso que la actividad supervisada cuente con un procedimiento específico, se obtendrá la información y se procesarán los informes, tal como lo señale dicho procedimiento, aplicándose supletoriamente el presente en lo que no está expresamente señalado.

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo".

Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD), en tanto fue iniciado el 25 de octubre de 2013.

- iii) El cese de la conducta infractora o la subsanación voluntaria de los efectos de la misma con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos no sustrae la materia sancionable, sin perjuicio de ser considerada como factor atenuante, de conformidad con los artículos 5° y 35° de la Resolución de Consejo Directivo N 012-2012-OEFA/CD¹⁵.
- iv) En la Carta N° GG/GE-384/2009-EGASA (carta de levantamiento de observaciones) y en su escrito de descargos, EGASA reconoce y ratifica lo evidenciado por el supervisor en la visita de supervisión respecto de cada una de las imputaciones efectuadas en el presente procedimiento sancionador.

Almacenar cilindros de aceites en un área que no cuenta con piso impermeabilizado ni señalización en la CT Chilina y en la CT Mollendo

- v) Durante la visita de supervisión realizada en la CT Chilina y en la CT Mollendo, se constató que EGASA realizó el almacenamiento de residuos sólidos peligrosos en un área que no reunía las condiciones exigidas en el ordenamiento legal dado que los cilindros que contienen residuos sólidos peligrosos (aceites) se encuentran almacenados en un área que carece de piso impermeabilizado y de señalización que permita identificar el tipo de residuo.
- vi) Ambas observaciones detectadas en la CT Chilina y en la CT Mollendo fueron subsanadas por EGASA antes del inicio del presente procedimiento sancionador. Para el caso de la CT Chilina, la empresa presentó el Acta de Intervención de Materiales del 1 de diciembre de 2009 y tomas fotográficas del 28 de diciembre del mismo año, de las cuales se evidencia que EGASA

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA-CD. Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.

"Artículo 5°.- No sustracción de la materia sancionable

El cese de la conducta que constituye infracción administrativa no sustrae la materia sancionable. La reversión o remediación de los efectos de dicha conducta tampoco cesa el carácter sancionable, pero será considerada como un atenuante de la responsabilidad administrativa, de conformidad con lo indicado en el Artículo 35 del presente Reglamento.

Artículo 35°.- Circunstancias atenuantes especiales

Se consideran circunstancias atenuantes especiales las siguientes:

- (i) La subsanación voluntaria por parte del administrado del acto u omisión imputados como supuesta infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos;
- (ii) Cuando el administrado acredite haber cesado la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de ella e inició las acciones necesarias para revertir o remediar sus efectos adversos; u,
- (iii) Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular."

dispuso el retiro de los cilindros que contienen aceites usados. En cuanto a la CT Mollendo el Osinergmin, a través del Informe Técnico N° 054/2010-2010-05-01, que evaluó los documentos presentados por EGASA en sus descargos de abril de 2010, concluyó que dicha empresa subsanó la observación detectada al retirar los cilindros de las zonas correspondientes.

No contar con un sistema de drenaje apropiado en el área de almacenamiento temporal de residuos sólidos peligrosos de la CT Mollendo

- vii) En la CT Mollendo se constató que el área de almacenamiento temporal de residuos sólidos peligrosos no contaba con un sistema de drenaje apropiado por cuanto de las fotografías que la sustentan se observa una perforación en el murete de almacenamiento temporal de residuos sólidos peligrosos que genera la salida de éstos al suelo ocasionando afectación al ambiente.
- viii) El Osinergmin, a través del Informe Técnico N° 054/2010-2010-05-01, concluyó que EGASA subsanó la observación detectada al rehabilitar el almacén de residuos sólidos peligrosos de la CT Mollendo.

Almacenar aceites usados en un área que no cuenta con un sistema contraincendios ni señalización en la CH de Charcani V.

- ix) Durante la visita de supervisión se detectó que EGASA realizó el almacenamiento de residuos sólidos peligrosos en un área que carece de un sistema contraincendios y señalización.
- x) Si bien la recurrente en la Carta N° GG/GE-384/2009-EGASA y en sus descargos manifiesta que a fin de subsanar la observación ha implementado un almacén de cilindros con aceites con sus respectivos drenajes y poza para recuperar los lixiviados, no se advierte que haya presentado medio probatorio alguno que permita determinar si cumplió con subsanar la referida observación.

No llevar un registro de ingreso de los residuos sólidos peligrosos en el almacén temporal de residuos sólidos de la CT Chilina y la CT Mollendo

- xi) EGASA no ha llevado un control de ingreso de los residuos sólidos peligrosos almacenados en el almacén temporal de la CT Chilina ni en la CT Mollendo.
- xii) A fin de subsanar la observación detectada, EGASA en su escrito de descargos presentó la "Hoja de Control de Internamiento de Residuos Sólidos" con modificaciones, no obstante, ha tomado parcialmente los datos dispuestos

por el artículo 39° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM¹⁶, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos (en adelante, Decreto Supremo N° 057-2004-PCM), en tanto no ha consignado la fecha de salida del residuo peligroso ni el nombre de la EPS-RS, por tanto dicha observación no se encuentra subsanada.

Realizar excavación en una zona aledaña a la poza de separación de aceite API, ocasionando un impacto al suelo en la CT Mollendo

- xiii) EGASA no acredita que efectivamente haya realizado la disposición final de los residuos sólidos peligrosos (suelos contaminados) ni que haya implementado las acciones destinadas al mejoramiento de la poza separadora de grasas de la CT Mollendo. Por tanto dicha observación no ha sido subsanada

Realizar actividades de abandono en la segunda etapa de la CT Mollendo sin haber gestionado, previamente, el Plan de Abandono ante la autoridad correspondiente

- xiv) Mediante la Resolución Directoral N° 289-2007-MEM/AAE, de fecha 20 de marzo de 2007, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Reubicación de los Equipos de Turbogas de la Central Térmica de Mollendo a Independencia – Pisco (en adelante, EIA) a favor de la empresa EGASA.

- xv) De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 8.11.3 del EIA, EGASA debía realizar las gestiones necesarias ante el MINEM a fin de contar con el Plan de Abandono aprobado por la autoridad competente que le permitiera realizar el abandono de aquellas instalaciones que pretendía dejar de operar.

- xvi) Se ha demostrado que EGASA realizó actividades de abandono en la segunda etapa de la CT Mollendo, reubicando equipos turbogas a Pisco, sin contar previamente con el Plan de Abandono correspondiente aprobado por el MINEM.

¹⁶ Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.
Artículo 39.- Consideraciones para el almacenamiento
Está prohibido el almacenamiento de residuos peligrosos:

1. En terrenos abiertos;
2. A granel sin su correspondiente contenedor;
3. En cantidades que rebasen la capacidad del sistema de almacenamiento;
4. En infraestructuras de tratamiento de residuos por más de cinco (5) días; contados a partir de su recepción; y,
5. En áreas que no reúnan las condiciones previstas en el Reglamento y normas que emanen de éste.

Los movimientos de entrada y salida de residuos peligrosos del área de almacenamiento deben sistematizarse en un registro que contenga la fecha del movimiento así como el tipo, característica, volumen, origen y destino del residuo peligroso, y el nombre de la EPS-RS responsable de dichos residuos.


xvii) EGASA, en su escrito de descargos, señaló que procedió a contratar a la empresa OIKOS S.A.C. para elaborar un Plan de Abandono Parcial de la CT Mollendo aprobado mediante Resolución Directoral N° 254-2010-MEM/AE del 15 de julio de 2010; no obstante, el referido plan establece medidas para la conclusión de actividades de los equipos turbogas que quedaban por desmontar, pero no incluye a las actividades de abandono ya realizadas por la recurrente a través del desmontaje de los equipos turbogas ya trasladados a Pisco. Por tanto, no se considera subsanada la observación.

13. El 23 de diciembre de 2013, EGASA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI¹⁷. Los fundamentos jurídicos del recurso de apelación son los siguientes:

a) En aplicación de los numerales 28.3 y 28.4 del artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD¹⁸ no debía iniciarse un procedimiento administrativo sancionador en su contra en tanto las observaciones que lo motivaron ya fueron subsanadas según las disposiciones y dentro de los plazos establecidos por el Osinergrmin.

b) No resulta aplicable lo dispuesto por el numeral 28.5 del artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD¹⁹, dado que el supervisor detectó observaciones de carácter subsanable, razón por la cual Osinergrmin le remitió el "Informe de Disposiciones y plazos" con el objeto de subsanar las observaciones. Del documento no se demuestra que dicho organismo consideró los hechos como ilícitos administrativos que merezcan el inicio de un


¹⁷ Fojas 465 a 592.



¹⁸ Resolución N° 324-2007-OS/CD.
"Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

(...)

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

(...)"


¹⁹ Resolución N° 324-2007-OS/CD.
"Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

(...)

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo

(...)"

procedimiento sancionador, pues de considerarlo así no se le hubiese remitido el mencionado informe.

- c) No resulta aplicable lo dispuesto por los artículos 5° y 35° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, dado que las observaciones fueron subsanadas dentro del plazo previsto para ello. Pretender aplicarlo sin considerar la subsanación de las observaciones vulneraría el principio de irretroactividad establecido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444²⁰, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444).
- d) En el Informe Técnico N° GFE-UMA-917-2010, se consideró a las Observaciones N° 1, 3, 4 y 5 que corresponden a los hechos imputados N° 1, 2, 3 y 8 respectivamente como levantadas.
- e) Sobre el hecho imputado N° 1 (Observación N° 1), el 1 de diciembre de 2009, dentro del plazo previsto por el Osinergmin, subsanó la referida observación ya que retiró los cilindros de aceite. Asimismo, precisó que las razones por las cuales se inició el presente procedimiento administrativo y las razones por las cuales se le sancionó son distintas.
- f) Sobre el hecho imputado N° 2 (Observación N° 3), el 30 de abril de 2013 mediante la Carta N° GG/GE-152/2010-EGASA informó a Osinergmin que el área de mantenimiento térmico realizó las coordinaciones con los proveedores de aceite para el retiro de sus cilindros; y que, con la adecuación del área de almacenamiento de residuos peligrosos se amplió dicha zona y se mejoró las condiciones del almacenamiento para los cilindros de aceite usado. Por tanto, EGASA cumplió con subsanar la observación N° 3 el 30 de abril de 2013 dentro del plazo previsto para ello (que incluía la ampliación del plazo solicitada).
- g) Sobre el hecho imputado N° 3 (Observación N° 4), el 16 de abril de 2010 mediante la Carta N° GG/GE.- 120/2010-EGASA informó a Osinergmin que había realizado la adecuación de la zona de residuos sólidos peligrosos en la CT Mollendo. En ese sentido, subsanó la observación dentro del plazo previsto (incluyendo la ampliación solicitada).

²⁰

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:

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.

- h) Respecto al hecho imputado N° 4 (Observación N° 8), el 8 de julio de 2010, mediante la Carta N° GG/GE.-221/2010-EGASA remitió a Osinergmin el Informe de descargos a las observaciones en el que se indicó como medida correctiva la implementación de bandejas o dispositivos de barrera para evitar potenciales derrames y contaminación al suelo. También adjuntó copia del registro de internamiento de los cilindros de aceite usado en el almacén de residuos sólidos de la Central Charcani V, entre otros documentos.
- i) En relación a los hechos imputados N° 5 y 6, con fecha 30 de diciembre de 2009 presentó ante el Osinergmin la Carta N° GG/GE.-384/2009-EGASA mediante la cual le indicó que se había modificado el formato de control FS15-01-5 "Hoja de control de internamiento de residuos peligrosos". Asimismo se adjuntó el Formato FSI-5-01-5 "Hoja de Control de Ingreso de Residuos Peligrosos" el cual cumple con lo prescrito por el artículo 39° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM. Finalmente, con fecha 24 de junio de 2010 adecuó el formato FSI 5-01-05 en atención a las nuevas sugerencias del Osinergmin, y acorde a las modificaciones del artículo 39° de la referida norma.
- j) Respecto al hecho imputado N° 7, mediante la Carta N° GG/GE.-384/2009-EGASA remitió los descargos a la Observación N° 6 precisando que la disposición efectuada por Osinergmin fue remediar todo el suelo afectado y considerando que el tamaño del suelo abarcaba solamente un metro cuadrado éste fue retirado y almacenado conforme la normativa lo indica; y posteriormente una EPS-RS lo envió a Lima para su disposición final.
- k) Subsano la observación relacionada al hecho imputado N° 8 dado que presentó el Plan de Abandono de la segunda etapa de la CT Mollendo, sin embargo a la fecha no se puede ejecutar dicho instrumento, dado que las instalaciones de dicho plan continúan siendo utilizadas por disposición del Decreto de Urgencia N° 037-2008 y la Resolución Ministerial N° 412-2008-MEM/DM para la instalación de una Central de Emergencia de 60 MW en la CT Mollendo. En ese sentido, EGASA no puede ser sancionado por una observación que a la fecha ya no tiene razón de ser, sin perjuicio de haber cumplido con lo dispuesto por el Osinergmin en su oportunidad.
- l) De acuerdo al Informe Técnico N° GFE-USMA-943-2010 la observación N° 5 o hecho imputado N° 8 se encontraría *LEVANTADA*, así también se indica que la empresa está ejecutando todas las acciones necesarias para la aprobación del Plan de Abandono de la segunda etapa de la C.T. Mollendo.

Respecto al cálculo de la multa

- m) Para el cálculo del Beneficio Ilícito se toman como fuentes la Revista Costos, Sodimac, convocatorias de personal de entidades del sector público, no obstante no son las únicas fuentes de precios.
 - n) La DFSAI calcula jornadas y cantidad de personal adicional para una labor que puede ser realizada por el propio personal de la empresa, por tal motivo no es necesario incurrir en dichos gastos. Asimismo considera como plazo de incumplimiento cuarenta y ocho (48) meses cuando las observaciones fueron subsanadas en fechas anteriores.
 - o) En la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI no se indica cuál ha sido el criterio para calcular los valores del beneficio ilícito, sin perjuicio de ello adjunta un cuadro con los valores reales en los que incurre la empresa para el levantamiento de cada una de las observaciones.
14. El 8 de enero de 2014, mediante la Carta N° GG/AL.-007/2014-EGASA²¹, la recurrente remitió a la DFSAI copia de la Resolución de Gerencia General Osinergmin N° 010489 con el fin de indicar que con dicha resolución el Osinergmin resolvió archivar el procedimiento administrativo sancionador respecto a la observación N° 8 que correspondería al hecho imputado N° 4, por lo que señala que no puede ser sancionado nuevamente de lo contrario considera que se vulneraría el principio del *non bis in idem* de la potestad sancionadora establecida en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444²².

II. COMPETENCIA

15. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y

²¹ Fojas 595 a 599.

²² 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:
(...)
10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.
Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7."

Funciones del Ministerio del Ambiente²³, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

16. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental²⁴ (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.
17. 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 OEFA²⁵.

²³ 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".

²⁴ 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.

(...)"

²⁵ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Disposiciones Complementarias Finales

"PRIMERA. Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades."

18. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²⁶ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN²⁷ 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.
19. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁸, los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM Reglamento de Organización y Funciones del OEFA²⁹, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

²⁶ 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".

²⁷ 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".

²⁸ 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. (...)."

²⁹ 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:

- Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley."

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

20. 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)³⁰.
21. 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)³¹, 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.
22. 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.
23. 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 ambiente³².
24. 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 fundamental³³ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 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 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".

³² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

³³ Constitución Política del Perú de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve³⁴; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³⁵.

25. 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.
26. En el contexto señalado, 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 inciertos³⁶.
27. 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.

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”.

³⁴ 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”.

³⁵ 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.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A RESOLVER

28. 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 planteada³⁷.
29. A juicio del Tribunal, las cuestiones controvertidas en el presente caso, son las siguientes:
- (i) **Primera cuestión controvertida:** Si debía iniciarse un procedimiento administrativo sancionador en contra de EGASA por las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8
- Si a la fecha en que se dio por levantadas las observaciones, el Osinergmin contaba con la función de fiscalización y sanción en materia ambiental
- (ii) **Segunda cuestión controvertida:** Si la DFSAI al sancionar a EGASA por la imputación N° 4 vulneró el principio del *non bis in idem* que recoge la Ley N° 27444
- Si se cumplió la identidad subjetiva, objetiva y causal o de fundamento como presupuestos para la vulneración del referido principio
- (iii) **Tercera cuestión controvertida:** Si los valores establecidos para el cálculo de la multa respecto a las imputaciones N° 5, 6 y 7 son correctos, en virtud al principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

³⁷ 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.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Primera cuestión controvertida: Si debía iniciarse un procedimiento administrativo sancionador en contra de EGASA por las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8

30. En relación a lo recogido en el literal a) del considerando 13 de la presente resolución, EGASA sostiene que la DFSAI no debía iniciar un procedimiento administrativo sancionador en su contra respecto a las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8. Como sustento señala que las observaciones N° 1, 3, 4 y 5, que corresponderían a las referidas imputaciones, fueron levantadas por el Osinergmin al verificar que su empresa las subsanó dentro de los plazos establecidos por dicho organismo.
31. Al respecto para determinar si la DFSAI debía iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador por los hechos imputados N° 1, 2, 3 y 8, este Tribunal considera necesario determinar si dichos hechos corresponden a las observaciones N° 1, 3, 4 y 5 de las que el recurrente alega haber subsanado. Seguidamente determinar si a la fecha en que se dio por levantadas las observaciones, el Osinergmin contaba con la función de fiscalización y sanción en materia ambiental.
32. De acuerdo al Anexo I del Informe de Supervisión³⁸ que recoge los hechos detectados en la visita de supervisión del 26 al 29 de octubre de 2009 y, de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI³⁹, las observaciones 1, 3, 4 y 5, y los hechos imputados N° 1, 2, 3, y 8 consisten en lo siguiente:

Cuadro N° 2: Observaciones y hechos imputados

INFORME DE SUPERVISION		RESOLUCIÓN DE SANCIÓN	
N°	OBSERVACIÓN	N°	HECHO IMPUTADO
1	C.T. Chilina. En la parte posterior de la sala de convertidores se tiene cilindros de aceites usados que han sido colocados sobre piso permeable, sin las medidas de seguridad.	1	En la parte posterior de las salas de convertidores de la Central Termoeléctrica Chilina, EGASA ha almacenado cilindros de aceites usados que han sido colocados sobre piso permeable, sin medidas de seguridad (señalización).
3	C.T. Mollendo. Se mantienen apilados una gran cantidad de cilindros vacíos de aceites en dos zonas distintas (algunos colocados en forma horizontal sobre suelo permeable y otros apilados en forma vertical sobre cemento). Ninguna de estas zonas esta	2	En la Central Termoeléctrica Mollendo, EGASA ha almacenado cilindros conteniendo residuos sólidos peligrosos (aceites y derivados de los hidrocarburos) en áreas que carecen de señalización y piso impermeable.

³⁸ Foja 9 y 10 reverso.

³⁹ Fojas 441 y 442

	señalizada.		
4	C.T. Mollendo. El almacén temporal de residuos peligrosos ha sido perforado por un costado, de tal forma que ha sido creado un drenaje, permitiendo que el suelo permeable sea cubierto por hidrocarburos en una zona de aproximadamente 0,2 m2.	3	En el área de almacenamiento temporal de residuos sólidos peligrosos de la Central Termoeléctrica Mollendo, EGASA ha sido perforado por un costado, de manera tal que se ha creado un drenaje, el cual no resulta ser apropiado
5	C.T. Mollendo. La zona donde se ubicaban los grupos turbogas que han sido reubicados en Pisco ha quedado abandonada, quedando cables, cimentación, canaletas y una caseta que pertenecían a dicha instalación y que ahora se encuentran sin uso.	8	EGASA ha realizado actividades de abandono en la segunda etapa de la CT Mollendo sin haber gestionado previamente el Plan de Abandono correspondiente ante la autoridad correspondiente.

Fuente DFSAI

33. En tal sentido se advierte que las observaciones N° 1, 3, 4 y 5 recogidas en el Informe de Supervisión sí corresponden a los hechos imputados N° 1, 2, 3, y 8 de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI.

Si a la fecha en que se dio por levantadas las observaciones, el Osinergmin contaba con la función de fiscalización y sanción en materia ambiental

34. Con el propósito de valorar adecuadamente la cuestión en discusión en este extremo, resulta pertinente definir el marco legal vigente durante la supervisión desarrollada del 26 al 29 de octubre de 2009 en la CT Mollendo, CT Chilina y CH Charcani V.
35. Al respecto, el artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinergmin (en adelante, Ley N° 27699) y la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento General del Osinergmin (en adelante, Decreto Supremo N° 054-2001-PCM), dicha agencia reguladora se encontraba autorizada a ejercer funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras debidamente calificadas y clasificadas⁴⁰.

⁴⁰ Ley N° 27699; Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de abril de 2002.

"Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. (...)"

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicado en el diario El Peruano el 9 de mayo de 2001.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

36. De igual manera, de acuerdo con el literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Osinergmin (en adelante, Ley N° 26734), modificado por Ley N° 28964, a la fecha de la supervisión del año 2009 correspondía a dicho organismo el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en el sector eléctrico⁴¹.
37. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM se aprobó el inicio de proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, estableciéndose como fecha efectiva de transferencia de dichas funciones en el sector hidrocarburos y electricidad, el 4 de marzo de 2011, conforme a lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD.
38. En tal sentido hasta el 3 de marzo de 2011, Osinergmin contaba con las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental y a partir del 4 de marzo del mismo año, el OEFA asumió dichas funciones.
39. Por otro lado, tanto la Ley N° 27314⁴², Ley General de Residuos Sólidos, como el Decreto Supremo N° 057-2004-PCM⁴³, contienen disposiciones relacionadas a la gestión y manejo de residuos con el objeto de proteger la calidad del medio ambiente.

"Primera.- Empresas Supervisoras

Las funciones de supervisión y fiscalización atribuidas por el presente Reglamento a OSINERG podrán ser ejercidas a través de empresas supervisoras. Las empresas supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por OSINERG. Estas empresas supervisoras serán contratadas y solventadas por OSINERG, de acuerdo a la normatividad vigente. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia."

⁴¹ Ley N° 26734; Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

"Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería".

⁴² Ley N° 27314.

Artículo 1°.- Objeto

La presente Ley establece derechos, obligaciones, atribuciones y responsabilidades de la sociedad en su conjunto, para asegurar una gestión y manejo de los residuos sólidos, sanitaria y ambientalmente adecuada, con sujeción a los principios de minimización, prevención de riesgos ambientales y protección de la salud y el bienestar de la persona humana.

⁴³ Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.

"Artículo 1°.- Objetivo

El presente dispositivo reglamenta la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, a fin de asegurar que la gestión y el manejo de los residuos sólidos sean apropiados para prevenir riesgos sanitarios, proteger y promover la calidad ambiental, la salud y el bienestar de la persona humana."

40. Por tanto, el Osinergmin, en virtud a las normas antes descritas era el organismo competente para verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley N° 27314 y en el Decreto Supremo N° 057-2004-PCM hasta el 3 de marzo de 2011 inclusive.
41. Ahora bien, considerando que la supervisión fue efectuada en el año 2009, se tiene que los principios, criterios, modalidades, sistemas y procedimientos relacionados al ejercicio de la función supervisora del Osinergmin, se encontraban regulados por la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD.
42. Sobre el particular, el numeral 3 del artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, establece que las áreas del Osinergmin se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.
43. Por su parte, el numeral 21.1 del artículo 21° concordado con el numeral 31.1 del artículo 31° de la Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS-CD, vigente a la fecha de la supervisión, establecía que antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador la autoridad correspondiente podía efectuar una instrucción preliminar a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y, en caso de no encontrarse tales circunstancias, **el órgano instructor, mediante un informe, dispondrá, la conclusión y el archivo de la instrucción preliminar**⁴⁴.
44. En el presente caso, de los actuados en el expediente administrativo se observa que la Unidad de Medio Ambiente del Osinergmin con fecha 12 de mayo de 2010 emitió el Informe Técnico N° GFE-UMA-917-2010⁴⁵, el mismo que evaluó las

⁴⁴ Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 640-2007-OS-CD – Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN.-

"Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.1. Antes del inicio del procedimiento sancionador, se podrá desarrollar una instrucción preliminar con la finalidad de realizar las actuaciones previas de investigación, averiguación o inspección, a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio del referido procedimiento. En caso de no encontrarse circunstancias que ameriten el inicio del procedimiento administrativo sancionador, se procederá al archivo de la instrucción preliminar con el correspondiente informe. La instrucción preliminar no es indispensable para el inicio del procedimiento administrativo sancionador. (...)

Artículo 31°.- Archivo

31.1. Procedimiento para archivar una instrucción preliminar

De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1 del presente reglamento, en caso que de la investigación preliminar de los hechos que presuntamente constituyen ilícitos administrativos, no se identifique materia sancionable o no se pueda determinar de forma cierta al presunto infractor o éste se haya extinguido o fallecido, el órgano instructor dispondrá, según corresponda y mediante informe, la conclusión y el archivo de la instrucción preliminar. (...)"

⁴⁵ Fojas 563 a 571.

observaciones detectadas en la visita de supervisión del 26 al 29 de octubre de 2009 dentro de las cuales se encontraba las referidas a las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8 (descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución).

45. Dentro de las conclusiones del mencionado informe se indicó que se levantaba las observaciones 1, 3, 4 y 5 (que corresponden a las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8), recomendando el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por otros hechos distintos a los descritos en las mencionadas imputaciones.
46. Por tal motivo, Osinergmin dio por levantadas las observaciones N° 1, 3, 4 y 5 que corresponden a las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8, cuando aún contaba con la función de fiscalización y sanción en materia ambiental. Por dicha razón, no debía iniciarse un procedimiento administrativo sancionador en contra de EGASA por las imputaciones N° 1, 2, 3 y 8.
47. En relación a ello, conviene indicar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145° de la Ley N° 27444⁴⁶, concordado con lo establecido en el numeral 2.2 del artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, en su calidad de órgano revisor de última instancia administrativa, tiene el deber de velar por el cumplimiento del principio de legalidad, el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento. De lo expuesto, se desprende que si se detectara la existencia de un vicio, correspondería aplicar las medidas correctivas del caso⁴⁷.
48. Por otro lado, cabe mencionar que conforme al principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, concordado con el principio de legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del mismo cuerpo normativo⁴⁸, los pronunciamientos de la autoridad administrativa






⁴⁶ Ley N° 27444.

"Artículo 145°.- Impulso del procedimiento

La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida".

⁴⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

"Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental

(...)

2.2 El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

(...)"

⁴⁸ Ley N° 27444.

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, por lo que debe comprenderse el derecho de los administrados a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

49. En el presente procedimiento, considerando que la DFSAI inició un procedimiento administrativo sancionador contra EGASA por hechos que para Osinergmin, cuando ostentaba la función de fiscalización y sanción, no ameritaban el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, se concluye que se habría vulnerado el principio de debido procedimiento administrativo consagrado en la Ley N° 27444.
50. En ese sentido, habiéndose verificado en el presente procedimiento sancionador que se vulneró el derecho de debido procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar, así como el artículo 6° de la Ley N° 27444, este Tribunal considera que en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la citada Ley, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI del 29 de noviembre de 2013, por haberse incurrido en la causal prevista en los numerales 1 del artículo 10° de la citada Ley⁴⁹.
51. En atención a la declaración de nulidad contenida en el considerando anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por EGASA en los literales b) al h), k) y l) del considerando 13 de la presente resolución.

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
(...)"

⁴⁹ Ley N° 27444.

"Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)"

"Artículo 202°.- Nulidad de oficio

202.1. En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2. La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo (...)"

V.2 **Segunda cuestión controvertida:** Si la DFSAI al sancionar a EGASA por la imputación N° 4 vulneró el principio del *non bis in idem* que recoge la Ley N° 27444

52. EGASA ha señalado en el considerando 14 de la presente resolución, que mediante la Resolución de Gerencia General Osinergmin N° 010489, dicho organismo tramitó un procedimiento administrativo sancionador respecto a la imputación N° 4 por la cual resolvió archivarla, por tanto aduce que no se le puede sancionar nuevamente por el mismo hecho pues se vulneraría el principio del *non bis in idem*. A fin de verificar lo alegado por el recurrente corresponderá evaluar si la resolución de Osinergmin y la resolución directoral de DFSAI contemplan el mismo sujeto, hecho y fundamento.

Si se cumplió la identidad subjetiva, objetiva y causal o de fundamento como presupuestos para la vulneración del referido principio

53. Al respecto debe mencionarse que el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444, recoge el principio del *non bis in idem* el mismo que establece que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento⁵⁰.

54. Asimismo, sobre el contenido del principio *non bis in idem*, implícito en el derecho al debido proceso contenido en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú⁵¹, el Tribunal Constitucional ha señalado que el referido principio tiene una doble configuración, a saber:

"(...) En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma




50

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:

(...)

10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7."

51

Constitución Política del Perú de 1993.-

"Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación."

infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

(...)

En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).⁵² (Resaltado agregado)

55. Dicha perspectiva, ha sido ratificada por el referido órgano constitucional⁵³:

"(...) Y este derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tenor del cual:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Así como en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual:

"(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". (Resaltado y subrayado agregado)

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2003, recaída en el Expediente N° 02050-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico 19.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 3.



56. A su vez, siguiendo lo señalado precedentemente, deviene válido concluir que como presupuesto para la configuración del *non bis in idem* en su vertiente material, se requiere que los hechos imputados hayan sido objeto de un pronunciamiento sobre el fondo, esto es, sobre la responsabilidad del imputado por el ilícito administrativo que estos hechos configuran, sea sobre su culpabilidad o inocencia; caso contrario, no podría operar dicha regla de derecho, toda vez que éstos no habrían sido materialmente juzgados por la autoridad.
57. De igual manera, en su vertiente procesal, con dicho principio se impide la dualidad de procedimientos. Asimismo, se puede decir que el principio *non bis in idem* significa que no puede haber dos procesos jurídicos de sanción contra una persona con identidad de sujeto, hecho y fundamento.⁵⁴
58. De esta forma, los presupuestos de operatividad de este principio, se encuentran referidos a:
- (i) Identidad Subjetiva.- Para que se configure este presupuesto el administrado debe ser el mismo en ambos procedimientos.
 - (ii) Identidad Objetiva.- Los hechos constitutivos de la infracción deben ser los mismos en ambos procedimientos.
 - (iii) Identidad causal o de fundamento.- Identidad entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras⁵⁵.
59. En este sentido, a fin de determinar si se ha producido la vulneración al principio *non bis in idem*, este Órgano Colegiado considera pertinente analizar el contenido de la Resolución de Gerencia General de Osinergmin N° 010489 del 1 de marzo de 2011 y compararlo con el contenido de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI de fecha 29 de noviembre de 2013 a efectos de verificar si se ha producido la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.
60. Al respecto, debe indicarse que bajo el Expediente N° 2010-122, Osinergim, cuando era competente para conocer los incumplimientos de las obligaciones ambientales establecidos en el Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, inició un procedimiento administrativo sancionador contra EGASA por presunto incumplimiento a los artículos 38°, 39° y 41° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.
61. Seguidamente, dicho organismo (sobre la base a los resultados del Informe de Supervisión N° EGA-081-2009-11-01 que contiene los hechos recogidos en la supervisión del día 26 al 29 de octubre de 2009) a través de la Resolución de

⁵⁴ Rubio Correa, Marcial. Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. PUCP - Fondo Editorial. Pág. 357 y 368.

⁵⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica S.A. Editora y Distribuidora OSBAC S.R.L. Primera Edición. Octubre 2001. Lima. Pág.552.



Gerencia General de Osinergmin N° 010489 del 1 de marzo de 2011 resolvió archivar el procedimiento sancionador iniciado a EGASA porque verificó "(...) de los medios probatorios aportados por EGASA (...) que, los cilindros de aceite han sido retirados de la casa de máquinas de la Central Hidroeléctrica de Charcani V (...). En consecuencia, teniendo en cuenta que la concesionaria no ha generado ninguna afectación al medio ambiente (...) corresponde declarar archivado el procedimiento administrativo sancionador en este extremo de las imputaciones." (Resaltado agregado).


62. Es decir, el Osinergmin mediante la Resolución N° 010489 resolvió archivar el procedimiento seguido contra EGASA en este extremo, porque "no generó afectación alguna al medio ambiente". Por tanto, dicho organismo "absolvió" a EGASA de la responsabilidad por el hecho imputado, por lo que no podría ser sometido nuevamente a un mismo procedimiento por el mismo hecho y fundamento, ya que de lo contrario se vulneraría el principio del *non bis in ídem* en su vertiente procesal.
63. Ahora bien, el 25 de octubre de 2013 mediante la Resolución Subdirectoral N° 982-2013-OEFA-DFSAI/SDI, la DFSAI inició el presente procedimiento administrativo sancionador contra EGASA, entre otros, porque en la CH de Charcani V, dicha empresa mantenía cilindros de residuos sólidos peligrosos (aceites usados) en un área que no contaría con sistema contraincendios y señalización" (hecho imputado N° 4). Finalmente dicha empresa fue sancionada mediante la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI, de fecha 29 de noviembre de 2013, por incumplir la obligación establecida en los artículos 40° y 41° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.
64. En consecuencia, se verifica que se ha producido la triple identidad entre la Resolución de Gerencia General de Osinergmin N° 010489 del 1 de marzo de 2011 con la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI de fecha 29 de noviembre de 2013, puesto que se sancionó a la misma empresa (EGASA), por el mismo hecho (mantener cilindros de residuos sólidos peligrosos -aceites usados- en un área que no contaría con sistema contraincendios y señalización) y por el mismo fundamento (el artículo 41° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM que tiene al medio ambiente como bien jurídico protegido).
65. Por tal motivo, la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI vulneró el principio del *non bis in ídem*, establecido en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

66. En aplicación de los numerales 202.1 y 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI de fecha 29 de noviembre de 2013⁵⁶.

V.3 Tercera cuestión controvertida: Si los valores establecidos para el cálculo de la multa respecto a las imputaciones N° 5, 6 y 7 son correctos, en virtud al principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444

67. Al respecto teniendo en cuenta que por un lado los hechos imputados N° 5, 6 y 7 no fueron levantados por Osinergmin y que los mismos fueron reconocidos por EGASA, corresponde a este órgano evaluar los valores del cálculo de la multa cuestionados por dicha empresa en virtud a la función de fiscalización y sanción que OEFA asumió a partir del proceso de transferencia de fecha 4 de marzo de 2011.
68. Sobre el particular en los literales i), j) y m) al o) del considerando 13 de la presente resolución, EGASA sostiene que existen otras fuentes de precios distintas a la Revista Costos y Sodimac. Asimismo cuestiona que se considere personal adicional para una labor que puede ser realizada por su propio personal. Finalmente, indicó que el tiempo de incumplimiento es menor a de cuarenta y ocho (48) meses.
69. Cabe precisar que en cuanto al principio de razonabilidad, establecido 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 deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
70. Por su parte, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁵⁷ regula el principio de razonabilidad aplicable en el marco de la potestad sancionadora administrativa, y



⁵⁶ Ley N° 27444.
"Artículo 202°.- Nulidad de oficio
202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.
202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.
Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo."


⁵⁷ 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

precisa que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, prescribe que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios, que en orden de prelación, se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

71. En el caso bajo análisis, respecto a los hechos imputados N° 5 y 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución referido a que EGASA en las CT Chilina y CT Mollendo no llevó un registro de los residuos sólidos peligrosos, debe señalarse que la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI consideró dentro del beneficio ilícito como costo evitado la contratación de un ingeniero para el diseño y supervisión del procedimiento de registro por siete (7) días y un apoyo técnico para la aplicación periódica del mismo por veinte (20) días.
72. Al respecto, es necesario precisar que el Beneficio Ilícito⁵⁸, es el beneficio obtenido o que espera obtener el infractor al no cumplir una obligación ambiental fiscalizable, es decir, es lo que percibe, percibiría o pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción, así como lo que ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar cometiendo la infracción, de ese modo el costo evitado, como típico concepto que integra el beneficio ilícito, es entendido como el ahorro al incumplir las obligaciones fiscalizables.
73. En relación a las imputaciones N° 5 y 6, para llevar un registro de ingreso de residuos sólidos que cuente con los requisitos establecidos en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM (fecha del movimiento, tipo, característica, volumen, origen y destino del residuo peligroso, así como el nombre de la EPS-RS responsable) basta que se consigne dichos datos en un documento de registro para

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”.

⁵⁸ Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD – Aprueba la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, conforme a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM.

que la disposición legal sea satisfecha pues con ello se busca información del ingreso y salida de los residuos sólidos peligrosos.

74. En ese sentido, considerando que contar con el registro de ingreso de los residuos sólidos peligrosos implica la contratación de personal a cargo de ello, se entiende que el beneficio ilícito estará constituido por el costo que ahorraría la empresa de contar con dicho personal. Y teniendo en cuenta que la tarea del mismo implica sólo el registro de datos no es razonable que para dicho fin, se requiera la contratación de un ingeniero para el diseño y supervisión del procedimiento de registro así como de un apoyo técnico para su aplicación periódica.
75. En ese sentido, se ha estimado la contratación de servicios de un ingeniero encargado del registro de residuos sólidos por cinco (5) días a razón de \$ 10,00 por hora x 8 horas/día, lo que equivale en su defecto al uso del costo alternativo; esto es, la asignación de un ingeniero de planta como ahorro forzoso de la misma empresa pero que distrae la programación de sus horas reales de producción.
76. En cuanto al tiempo de incumplimiento, la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI, consideró un periodo de cuarenta y ocho (48) meses contados desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha del cálculo de la multa.
77. No obstante, de los documentos obrantes en el expediente se advierte que EGASA dio cumplimiento a la observación efectuada por el supervisor en cuanto a este extremo, en tanto cumplió con presentar el registro de **ingreso** de los residuos sólidos peligrosos de la CT Chilina y de la CT Mollendo el 30 de diciembre de 2009. En ese sentido, se advierte que desde la fecha de detección (octubre de 2009) a la fecha en que subsanó la observación, es decir el 30 de diciembre de 2009, transcurrieron sólo tres (3) meses.
78. Por tanto corresponde calcular el monto de la multa tomando en cuenta dicho periodo así como el costo evitado señalado en los considerandos precedentes tanto para la CT Chilina como para la CT Mollendo; correspondiendo a cada CT:

Cuadro N° 3: Recalculo del Beneficio Ilícito (CT Chilina y CT Mollendo)

DETALLE DEL RECALCULO DEL BENEFICIO ILÍCITO	
Descripción	Valor
CE1: Costo Evitado de llevar el registro de ingreso de residuos sólidos en el almacén temporal de la CT a la fecha de incumplimiento (octubre 2009) ^a	S/. 1120,00
CET:CE1:	S/. 1120,00
T: meses transcurridos desde la fecha de incumplimiento(octubre 2009) hasta la fecha de cálculo de levantamiento (diciembre 2009)	3.00
COK en USS (anual)	12.00%
COK en USS (mensual)	0.95%
COK en USS (diario)	0.03%
Beneficio ilícito a la fecha del cálculo de la multa	S/.1152.22
Tipo de cambio (12 últimos meses)	
Beneficio ilícito (S/.)	S/.1152.22
Unidad Impositiva Tributaria al año 2014 - UIT ₂₀₁₄	S/. 3,800.00
BENEFICIO ILÍCITO (UIT)	0.30 UIT

(a) Sólo se ha estimado la contrata de servicios de un ingeniero para el registro de residuos sólidos peligrosos registros para 5 días a razón de \$10/hora x 8 horas/día y al TC.S/.2.80. Lo que equivale a la asignación de un ingeniero de planta, como ahorro forzoso de la misma empresa, pero que distrae su producción. En Europa el costo del consultor es 21.51 Euros/hora, en E.U \$31.35/hora y en América Latina \$19.19/hora.

Fuente: Informe N° 016(1)-2014-OEFA/TFA/ST/ECON e Informe N° 016(2)-2014-OEFA/TFA/ST/ECON

79. En tal sentido, considerando que los demás valores utilizados en la resolución materia de impugnación no sufren variación alguna, este Tribunal considera que corresponde fijar el monto de la multa en sesenta centésimas (0,60) Unidades Impositivas Tributarias para cada uno de los hechos imputados N° 5 y 6⁵⁹.
80. Por otro lado, en relación al hecho imputado N° 7 del Cuadro N° 1 de la presente resolución referido a que EGASA en la CT Mollendo afectó el suelo (manchas de aceite en una zona que abarca más de 1 m²) por realizar una excavación en una zona aledaña a la poza de separación de aceite API, la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI consideró como costo evitado la contratación de un (1) ingeniero y un apoyo técnico para la supervisión durante el periodo que se realice la obra de mejoramiento de la poza API y tres (3) operarios y adquisición de implementos necesarios para la limpieza de suelo y traslado de residuos para su almacenamiento.

59

RESUMEN DE LA SANCION IMPUESTA	VALOR
Beneficio Ilícito (β)	0,30
Probabilidad de Detección (P)	0,50
Suma defactores agravantes y atenuantes ($1+\sum Fa/100$)	100%
Multa en UIT	0,60

81. Al respecto debe precisarse que el hecho detectado por el supervisor consistió en que a consecuencia de los trabajos de ampliación que estaban realizando en la poza API⁶⁰ (excavación en la zona cercada a la poza de separación de aceite API) se afectó al componente suelo en tanto se observaron manchas de aceites en una zona de aproximadamente más de 1 m².
82. En ese sentido, teniendo en cuenta que EGASA **al momento de operar sus instalaciones** (como el referido a la excavación de una determinada zona por trabajos de ampliación) **debía ejecutarla de forma tal que minimice los impactos dañinos**, se considerará como beneficio ilícito el costo estimado que la empresa debió invertir para prevenir la mancha de los aceites en el componente suelo.
83. Por dicha razón se considerará como costo evitado el ahorro que la empresa incurrió para la contratación de un (1) ingeniero supervisor como encargado de supervisar las labores de excavación, así como un (1) operario para la limpieza de suelo y traslado de residuos para su almacenamiento considerando el área afectada de suelo (1 m² aproximadamente). Al respecto, cabe precisar que estos costos son inevitables aun cuando la empresa utilizara sus propios recursos, porque la asignación de personal distrae la producción que se tiene prevista, por ello se considerará la asignación de personal para este servicio el mismo que comprende un (1) ingeniero supervisor con S/. 2000.00 y un (1) operario con S/. 1000.00.
84. Finalmente en cuanto al tiempo de incumplimiento no corresponde un periodo de 48 meses ya que de acuerdo al anexo 1E⁶¹ adjunto al recurso de apelación se aprecia que con fecha 24 de junio de 2010, EGASA presentó Copia de la Orden de Servicio N° 000300, copia de la Guía de Remisión N° 004-0000487 de Residuos Sólidos peligrosos y fotografía de dicha fecha. De dichos documentos se advierte que EGASA procedió a eliminar los referidos residuos peligrosos retirando el suelo contaminado de la zona de trabajos de mejoramiento de la poza de separación de aceite. Por tanto corresponde un periodo de once (11) meses de incumplimiento.
85. En consecuencia, corresponde calcular el monto de la multa tomando en cuenta dicho periodo así como el costo evitado señalado en los considerandos precedentes:

⁶⁰ Foja 27.

⁶¹ Fojas 498 a 501.

Cuadro N° 4: Recalculo del Beneficio Ilícito

DETALLE DEL CALCULO DEL BENEFICIO ILÍCITO	
Descripción	Valor
CE1: Costo Evitado por actividades de limpieza de poza API y traslado de los residuos generados, a fecha de incumplimiento (octubre 2009) ^a	S/. 3 000
CET:CE1:	S/. 3 000
T: meses transcurridos desde la fecha de incumplimiento (octubre 2009) hasta la fecha de cálculo de levantamiento (junio 2010)	9.00
COK en USS (anual)	12.00%
COK en USS (mensual)	0.95%
COK en USS (diario)	0.03%
Beneficio ilícito a la fecha del cálculo de la multa	S/. 3 266.47
Tipo de cambio (12 últimos meses)	
Beneficio ilícito (S/.)	S/3 266.47
Unidad Impositiva Tributaria al año 2014 - UIT ₂₀₁₄	S/. 3,800.00
Beneficio ilícito (UIT)	0,86 UIT

- a) La contratación de servicios (del ingeniero y operario) es por 6 días a razón de \$14,88/hora x 8 horas/día y al TC.S/. 2.80. Además, la contrata comprende los servicios de un operario calificado por 10 días a razón de S/. 100/día por 8hrs/día.
Fuente: Informe N° 016(3)-2014-OEFA/TFA/ST/ECON

86. En tal sentido, considerando que los demás valores utilizados en la resolución materia de impugnación no sufren variación alguna, este Tribunal considera que corresponde fijar el monto de la multa en una con setenta y dos centésimas (1,72) Unidades Impositivas Tributarias respecto al hecho imputado N° 7⁶².
87. Por todo lo expuesto, se concluye que la multa por la comisión de las tres (3) infracciones asciende a dos con noventa y dos centésimas (2,92) UIT.

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

62

RESUMEN DE LA SANCION IMPUESTA	VALOR
Beneficio Ilícito (B)	0,86
Probabilidad de Detección (P)	0.50
Suma de factores agravantes y atenuantes($(1+\sum Fa/100)$)	100%
MULTA EN UIT	1,72

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.- Declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 548-2013-OEFA/DFSAI del 29 de noviembre de 2013 en el extremo referido a los hechos imputados N° 1 al 4 y 8 del cuadro N° 1 de la presente resolución por los fundamentos expuestos en los considerandos del 30 al 66 de la presente resolución y **REVOCARLA** en el extremo referido al cálculo de la multa impuesta respecto a los hechos imputados 5, 6 y 7.

Artículo segundo.- **FIJAR** el monto de la multa en dos con noventa y dos centésimas (2,92) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y **DISPONER** que 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 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.

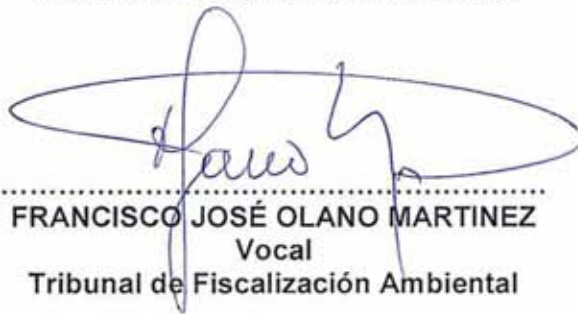
Regístrese y comuníquese.



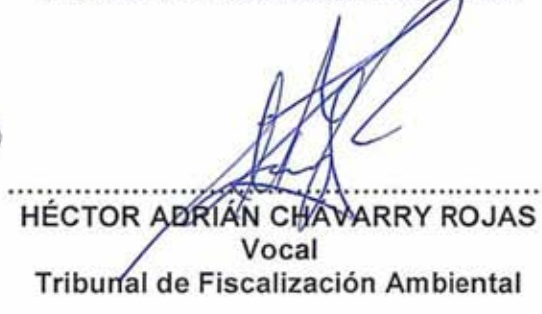
.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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



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

