



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 135 -2012-OEFA/DFSAI

Lima, 10 AGO. 2012

VISTOS:

El Oficio N° 840-2011-OS-GFE del 28 de enero de 2011 y notificado el 2 de febrero de 2011 por el que se inicia procedimiento administrativo sancionador a la empresa Electricidad del Perú Electroperú S.A., el escrito de descargo con registro N° 201100033735 y los demás actuados en el Expediente N° 2011-039; y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 13 de julio de 2010 se revisó los reportes de monitoreo presentados por Electricidad del Perú Electroperú S.A. (en adelante, ELECTROPERÚ) al OSINERGMIN, con la finalidad de verificar el cumplimiento de la normativa ambiental en las instalaciones de la Presa Tablachaca de la Central Hidroeléctrica del Mantaro, perteneciente a ELECTROPERÚ.
- 1.2 Mediante Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 del 13 de enero de 2011, se evaluó los hechos verificados durante la revisión de los reportes de monitoreo, y se recomendó iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra ELECTROPERÚ (folio 01 al 16 del expediente N° 2011-039).
- 1.3 Mediante Oficio N° 840-2011-OS-GFE del 28 de enero de 2011 y notificado el 02 de febrero de 2011, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante OSINERGMIN) comunicó a ELECTROPERÚ el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en su contra, al haberse detectado una presunta infracción a la normativa ambiental vigente (folios 01 al 20 del expediente N° 2011-039).
- 1.4 Mediante escrito de registro N° 201100023523, ELECTROPERÚ solicitó ampliación de plazo para la presentación de los descargos correspondientes al procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra (folio 21 y 23 del expediente N° 2011-039).
- 1.5 A través Oficio N° 1550-2011-2011-OS-GFE del 28 de febrero de 2011 y notificado el 02 de marzo de 2011, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica otorgó la prórroga solicitada (folio 24 del expediente N° 2011-039).
- 1.6 Por medio del escrito de registro N° 201100033735 recibida por el OSINERGMIN el 16 de marzo de 2011, ELECTROPERÚ remitió los descargos correspondientes al procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante el Oficio N° 840-2011-OS-GFE (folios 25 al 54 del expediente N° 2011-039).
- 1.7 A través de carta N° 380-2012-OEFA/DFSAI/SDI notificada el 28 de junio de 2012, se comunicó una precisión al oficio N° 840-2011-OS-GFE por el que se inició el presente procedimiento administrativo sancionador.



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

- 1.8 Mediante carta G-551-2012 presentada el 6 de julio de 2012, ELECTROPERÚ respondió la precisión realizada en la carta N° 380-2012-OEFA/DFSAI/SDI.
- 1.9 A través de carta N° 413-2012-OEFA/DFSAI/SDI notificada el 18 de julio de 2012, se comunicó una aclaración a la carta N° 380-2012-OFA/DFSAI/SDI.
- 1.10 Con fecha 25 de julio de 2012, ELECTROPERÚ absolvió el traslado de lo comunicado en la carta N° 413-2012-OEFA/DFSAI/SDI.
- 1.11 Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013¹ que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.
- 1.12 Al respecto, el artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental², establece como funciones generales del OEFA, la función evaluadora, supervisora directa, la función supervisora de entidades públicas, la función fiscalizadora, sancionadora y normativa.
- 1.13 Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325³, establece que el OEFA asumirá las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental que las entidades sectoriales se encuentran ejerciendo.
- 1.14 Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se inicia el 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.
- 1.15 En este sentido, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD publicada el 03 de marzo de 2011, se aprobó los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad entre el OSINERGMIN y el OEFA, estableciéndose como fecha efectiva de transferencia de funciones el 04 de marzo de 2011.

II. IMPUTACION

¹ Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente
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.

² Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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

³ Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325

Disposiciones Complementarias Finales

Primera.-

(...)

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia.



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N°235 -2012-OEFA/DFSAI

- 2.1 Presunto incumplimiento del artículo 37^{o4} del Decreto Supremo N° 029-94-EM, Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas (en adelante RPAAE), lo que infringe a su vez el literal h)⁵ del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE): En la Presa Tablachaca, desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008, el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s.

El presunto ilícito administrativo es pasible de sanción de acuerdo con el numeral 3.20⁶ del Anexo 3 de a Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

III. DESCARGOS Y ANÁLISIS

- 3.1 Presunto incumplimiento del artículo 37° del Decreto Supremo N° 029-94-EM, Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas (en adelante RPAAE), lo que infringe a su vez el literal h) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE): En la Presa Tablachaca, desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008, el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s

3.1.1 Descargos

- (i) Sobre la invalidez del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador
- a) La empresa indica que los procedimientos administrativos sancionadores deben iniciarse mediante un informe técnico en el que el OSINERGMIN a través del supervisor contratado, justifique razonable y legalmente los hechos por los cuales considera que debe iniciarse un procedimiento sancionador en contra de ELECTROPERU S.A. No obstante, no obra dicho informe como sustento para el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador
- b) Al respecto, la empresa indica que lo obrante es un "Acta de Supervisión", que si bien consigna el nombre del supervisor Ing. Ronald Enrique Ordaya Pando, no está suscrita por el supuesto Supervisor. A pesar de ello, la empresa agrega que sí existe la firma puesta de los denunciante señores Hugo Sedan, Ing. Enrique De La Meza

⁴ Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 29-94-EM

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

⁵ Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada Mediante Decreto Ley N° 25844

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

(...)

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

⁶ Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD
ANEXO 3 MEDIO AMBIENTE

Infracción	Base Normativa	Sanción Pecuniaria
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



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

Abregú y Nicolás Cusi Delgado, situación que invalida al supuesto documento, tanto más si se tiene en cuenta que tampoco obra firma de representante alguno de ELECTROPERU S.A., tampoco se cumple con el requisito de justificar razonable y legalmente la propuesta que considere debe iniciarse el inicio de un procedimiento sancionador en mérito a los hechos supuestamente constatados.

- c) La empresa señala que este documento es apócrifo al no contar con la firma del responsable precisamente de llevar adelante la supuesta supervisión ni menos la del representante de ELECTROPERU S.A. por lo que pretender usarlo constituye una flagrante violación y vulneración al texto expreso de la ley, esto es, contrariar las disposiciones expresas contenidas en los artículos 27° y 28° del Reglamento de Supervisión actividades mineras y energéticas.
- d) En ese sentido, la empresa indica que la ausencia de la firma del supervisor en "un acta de supervisión" infringe la norma contenida en el artículo 28 del Reglamento de Supervisión que establece que los supervisores deben firmar los informes que presenten ante el OSINERGMIN por tanto al haberse infringido esta norma, el acto administrativo es nulo de pleno derecho, no puede ser subsanado.

(ii) ELECTROPERÚ no incumple con su autorización de uso de aguas

- a) ELECTROPERÚ indica que la Resolución Directoral N° 005-94-ATDRM/AAH los autorizó a utilizar hasta 100 000 litros por segundo de aguas provenientes del río Mantaro, estableciendo una masa anual de 3 027 456, 800 de metros cúbicos. La forma de aplicar la autorización otorgada depende de la época del año. En efecto, al realizarse la fiscalización de las cantidades del uso de agua debe tenerse en cuenta si se está dentro del periodo de avenida o estiaje, distinción que no se hizo según se desprende del documento que sustenta el inicio del presente procedimiento sancionador.
- b) Asimismo, manifiestan que la distinción es importante porque la operación de la Central Hidroeléctrica del Mantaro dependerá de si se trata de periodo de avenida o estiaje. Esto es así porque la mencionada central está conformada por una presa de regulación de agua para tomar el agua necesaria y suficiente para cubrir la demanda según las necesidades del SEIN. En tal orden de ideas, en época de avenida el agua que naturalmente se produce en exceso a consecuencia de las lluvias y que no se puede aprovechar en la generación de energía debe ser eliminada a través de los vertederos y aliviós.
- c) En el caso de la época de estiaje, la operación de la presa es indispensable para controlar eficientemente el agua en las dos actividades principales que son acumular o descargar el agua según como lo requiera la demanda en cada momento del día. Este manejo eficiente del uso del agua se observa en el registro de las aguas turbinadas en los días anteriores a los picos por encima de los 100 m³/seg, cuando el caudal es apreciablemente menor porque se está acumulando agua para soltarla en el momento adecuado. Se debe tener en cuenta que los caudales indicados en el cuadro "Uso de caudal 2008" de la página 3 del informe técnico N° GFE-USMA-008-2011 considera los valores de los caudales turbinados.
- d) Indican también que el informe que sustenta al inicio del procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra desconoce el funcionamiento de la presa de la Central Hidroeléctrica del Mantaro porque en primer lugar no toma en cuenta la diferencia en la forma de operar, la cual es necesaria y obligatoria para supervisar adecuadamente la autorización del uso de agua que de hacerlo le permitiría darse



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235-2012-OEFA/DFSAI

cuenta que no es lo mismo medir la cantidad del uso del agua en época de estiaje que en época de avenida.

- e) En segundo lugar, al tener en cuenta esa diferencia indican que el supervisor se precipitaría en afirmar que ELECTROPERU incumple con las disposiciones de la autorización de uso de agua, porque ese supuesto uso indebido de agua es parte del caudal turbinado que no afecta la descarga a través de los vertederos y alivios de la presa en la época de avenida o es el agua acumulada que se turbinó en la época de estiaje para cubrir la demanda del momento.
- f) Asimismo, manifiestan que es importante destacar y reiterar que la autorización de uso de agua no sólo está referida a los 100 m³/seg, sino también a la masa anual que puede ser utilizada de 3 027 456, 800 de metros cúbicos, los cuales nunca han superado.

(iii) ELECTROPERU no ha incumplido el límite del caudal remanente

- a) Como primer punto, la empresa indica que no existe ninguna resolución expedida por autoridad alguna que haya determinado a cuánto debe ascender el caudal remanente de ELECTROPERU así que es imposible que pueda cometer la infracción que se le imputa.
- b) No obstante lo anterior, manifiestan que de acuerdo al numeral 6.3.1 del Procedimiento para la Supervisión Ambiental de las Empresas Eléctricas, éstas deben tener un punto de control, el cual permita realizar el monitoreo ambiental de sus actividades; establece además que los puntos de control serán los que se hayan declarado en normas vigentes, instrumentos de gestión ambiental (EIA, PAMA), etc. o los que la propia empresa haya identificado. En el caso de ELECTROPERU no existen puntos de control declarados bajo ninguno de los supuestos contemplados por la citada Resolución porque al momento en que obtuvo su licencia de funcionamiento y la aprobación de su PAMA no existía la obligación de declarar puntos de control, motivo por el cual el supervisor de OSINERGMIN -encargado del sistema intranet para declarar los puntos de control- exigió a ELECTROPERU que declare puntos de control referenciales, tomando como tales al caudal remanente y al caudal turbinado.
- c) Una vez que se determinó conceptualmente cuáles eran los puntos de control ficticios, correspondía expresarlos cuantitativamente, optándose para el caso del caudal remanente declarar los 0.03 m³/seg. del caudal natural que fluye aguas debajo de la presa; en la época de avenida al mencionado caudal remanente se le suma el exceso de agua que se vierte a través de la presa, al no ser turbinado.
- d) Por último, con la finalidad de cumplir con el procedimiento exigido en la Resolución Directoral N° 245-2007-OS/CD, la empresa reportó un caudal remanente de 0.03 m³/s (se bajó el nivel del embalse de la presa Tablachaca), debido a una fuga de agua en una de las compuertas de purga de las naves del desarenador.

(iv) ELECTROPERU respeta los compromisos ambientales asumidos en su Plan de Adecuación de Manejo Ambiental - PAMA

- a) ELECTROPERU manifiesta que cuenta con un PAMA debidamente aprobado en el cual se encuentran sus compromisos ambientales, los que no han sido incumplidos, dado que la operación de la Central de Mantaro respeta por un lado la autorización de uso de agua concedida a su empresa y por otro lado, ésta ha mantenido como caudal



remanente lo declarado permanentemente; no obstante no haber acto administrativo alguno que haya impuesto a la empresa un caudal por dicho concepto.

- b) Asimismo, mencionan que su representada cumple y respeta el medio ambiente contribuyendo con la sostenibilidad del mencionado río operando de la forma más eficiente y provechosa en la ejecución de sus actividades como empresa generadora de energía. Alega que es falso que la empresa utilice el agua del río Mantaro más allá de los límites permitidos; así como tampoco es cierto que haya disminuido la descarga de aguas al río; siendo estas consideraciones el resultado de apreciaciones subjetivas que no han tomado en cuenta la forma en que opera una presa de regulación de agua como es la de la Central Hidroeléctrica de Mantaro.

(v) Vulneración del Principio de Tipicidad

- a) ELECTROPERU considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador se vulnera el Principio de Tipicidad porque no existe norma expresa en la cual se ampare la sanción imputada por la GFE.
- b) Indican que la imputación hecha por la Administración está forzando el ámbito de aplicación del numeral 3.2. del anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones, siendo esto una evidente vulneración al Principio de Tipicidad contemplado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- c) En consecuencia, de acuerdo a todo lo señalado afirman de manera categórica que el presente intento de sanción es nulo porque ha sido emitido vulnerando los Principios de Legalidad, Tipicidad, los cuales se encuentran dentro del ámbito de protección del debido proceso administrativo.

3.1.2 Cuestión previa

- a) Con respecto a la invalidez del presente procedimiento administrativo sancionador alegada por la empresa, en tanto falta la firma del supervisor en el "acta de supervisión" adjunto al informe de supervisión, señalamos que en el artículo 28° del Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 205-2009-OS-CD (en adelante, RSAEM) se indica que los informes presentados por las empresas supervisoras a la empresa supervisada y al OSINERGMIN tienen calidad de recomendación; por lo que no resultan vinculantes para OSINERGMIN, y deberán contener una descripción detallada tanto de los hechos constatados, en calidad de hallazgos, así como de las obligaciones verificadas materia de supervisión.
- b) De acuerdo a lo mencionado, el Informe de Supervisión elaborado por el Ing. Ronald Ordaya no tenía carácter vinculante, por lo que necesitaba ser revisado y evaluado por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN (órgano de línea del OSINERGMIN), independientemente de los vicios formales que pueda recoger éste informe.
- c) En mérito a esta revisión y evaluación es que se elaboró el Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 del 13 de enero de 2011, el cual fue suscrito por el Ing. Juan Peralta Medina, encargado de la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, cumpliéndose con lo dispuesto en el inciso 29.1 del artículo 29° del RSAEM. A partir de este momento, es que la Gerencia de Fiscalización Eléctrica decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador a ELECTROPERÚ, al considerar que los hechos detectados y considerados en el



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 constituían ilícitos administrativos sancionables, conforme con el inciso 29.5 del artículo 29° del RSAEM.

- d) En tal sentido, se aprecia el estricto cumplimiento del procedimiento establecido en el RSAEM.
- e) A mayor abundamiento, cabe indicar que el procedimiento establecido en el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 205-2009-OS-CD no es el único aplicable para el presente caso, sino también lo dispuesto en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 233-2009-OS/CD.
- f) Al respecto, en el numeral 22.2. del artículo 22° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 233-2009-OS/CD, se indica que el procedimiento administrativo sancionador se inicia de oficio, ya sea por propia iniciativa como resultado del proceso de supervisión o por denuncia o por comunicación de cualquier órgano de OSINERGMIN que haya detectado la presunta comisión de una infracción o por instrucción de la Gerencia General.
- g) En tal sentido, se aprecia que el procedimiento administrativo sancionador puede ser iniciado: (i) por resultado del proceso de supervisión; o (ii) por denuncia; o (iii) por comunicación de cualquier órgano de OSINERGMIN que haya detectado la presunta comisión de una infracción; o (iv) por instrucción de la Gerencia General.
- h) Para el presente caso, mediante oficio N° 001-CG/DA-2010-A presentado el 3 de junio de 2010, los representantes de la Alcaldía Distrital de Acoria y de la Comunidad presentaron una denuncia ante el OSINERGMIN, solicitando una inspección técnica por una supuesta contaminación ambiental en el Eje Tablachca, río Mantaro. Fue en mérito a esta comunicación que se programó la visita de supervisión especial, la que derivó en el Informe Técnico N° GFE-USMA-008-2011 del 13 de enero de 2011 suscrito por el Ing. Juan Peralta Medina, encargado de la Unidad de Seguridad y Medio Ambiente de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.
- i) Por consiguiente, se verifica que el presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado también en mérito a una denuncia presentada por terceros, por los resultados de la subsecuente inspección especial y posterior análisis por parte del órgano competente; y en tal sentido, se ha cumplido con lo establecido en el inciso 22.2. del artículo 22° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución N° 233-2009-OS/CD.

3.1.3 Análisis

- a) En el artículo 37° del RPAAE, se indica que los solicitantes de concesiones y autorizaciones y aquéllos que tengan proyectos eléctricos en etapa de diseño, construcción o instalaciones en operación, considerarán los efectos potenciales de los mismos, sobre niveles de aguas superficiales y subterráneas. Estos serán diseñados, construidos y operados de tal manera que se minimicen sus efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua y otros usos (potable, suministro de agua, agricultura, acuicultura, recreación, cualidad estética, hábitat acuático, etc.), que protejan la vida acuática.
- b) Asimismo, el inciso h) del artículo 31° de la LCE, aprobada por Decreto Ley N° 25884, indica en que tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización, están



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

obligados a cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación.

- c) De los preceptos mencionados, se desprende que las empresas eléctricas deberán operar sus instalaciones, considerando los efectos potenciales sobre las aguas superficiales y subterráneas, con el fin de minimizar los efectos adversos sobre la morfología de lagos, corrientes de agua u otros usos, a fin de proteger la vida acuática. Esto es, existe una obligación de minimizar los efectos adversos sobre los cuerpos receptores hídricos para proteger la vida acuática, como por ejemplo, el mantener un caudal mínimo con la finalidad de proteger el ecosistema acuático.
- d) Con la finalidad de verificar dicha obligación ambiental, el 13 de julio de 2010 se revisó los reportes de monitoreo presentados por ELECTROPERÚ al OSINERGMIN, correspondientes a las instalaciones de la Represa Tablachaca. El hecho detectado fue el siguiente:

"En el año 2008 el 73% del tiempo del caudal remanente de la Represa Tablachaca ha registrado valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s"

- e) Al respecto, de acuerdo a lo informado por la empresa en el documento "Escrito N° 1 presentado el 29 de setiembre de 2010", la época de avenida es de diciembre hasta fines de mayo, y de estiaje es de junio hasta fines de noviembre.
- f) En consideración a ello y conforme a lo apreciado en los reportes enviados por ELECTROPERU en el escrito de registro N° 1419472 ingresado al OSINERGMIN el 29 de setiembre de 2010 (folio 9 vuelta del expediente N° 2011-039) y en los descargos en el presente procedimiento administrativo sancionador, se verifica que el caudal remanente entre el 10 de abril al 31 de diciembre del año 2008 se tiene un valor numérico de 0.03m³/s. A mayor detalle, se presenta el siguiente recuadro (folio del 37 al 44 del expediente N° 2011-039):

Código de la instalación Primaria	Nombre de Instalación Primaria	Código Punto de Control	Descripción Punto Control	Tipo Punto de Control	Fecha de muestreo	Caudal expresado en m ³ /s
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	10/04/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/05/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/06/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	30/06/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/07/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	31/07/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/08/2008	0.03



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	31/08/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/09/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	30/09/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/10/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	31/10/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/11/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	30/11/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	01/12/2008	0.03
11014293	CH Antúnez de Mayolo (Mantaro)	PC_13141	Caudal circulante aguas abajo-Presa Tablachaca	CAGR	31/12/2008	0.03

- g) En tal sentido, se evidencia que en entre los meses de junio y noviembre del 2008 (época de estiaje), el valor numérico es de 0.03 m³/s y durante el mes de diciembre del mismo año (época de avenida) los valores obtenidos son los mismos; por lo que se concluye que la presa Tablachaca presentaba valores cercano a 0.00 m³/s (casi nulos). Por lo expuesto, se evidencia que la empresa operó sus instalaciones (presa Tablachaca) sin considerar los efectos adversos potenciales sobre las aguas superficiales y subterráneas, al no resguardar un caudal que garantice la protección de la vida acuática de la zona; lo cual infringe el artículo 37° del RPAAE.
- h) Por otro lado, con respecto a que la Resolución Directoral N° 005-94-ATDRM/AAH, autorizó a ELECTROPERÚ a utilizar hasta 100 000 l/s anual y que se estaría cumpliendo con las disposiciones de la autorización de uso de agua (no existiendo un supuesto uso indebido de agua), debemos indicar que la presente imputación está referida a minimizar los efectos adversos que su actividad tenga sobre las corrientes de agua con la finalidad de proteger la vida acuática (hábitat), independientemente del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los títulos habilitantes otorgados para el uso de los recursos naturales (como por ejemplo, la autorización administrativa de uso máximo de agua).
- i) Con respecto a que no está fijado a cuánto debe ascender el caudal remanente de ELECTROPERU, por lo que es imposible que pueda cometer la infracción que se le imputa, debemos indicar que la disminución de caudales circulantes puede ocasionar un proceso de sedimentación que reduciría el tamaño del cauce y una pérdida de calidad del hábitat (vida acuática). Por ello, la empresa debió prever o garantizar un caudal que minimice las potenciales pérdidas de hábitat y la capacidad de reproducción de especies de flora y fauna.
- j) Para el presente caso, la empresa ha mantenido un caudal remanente de 0.03m³/s tanto en época de avenida como de estiaje, en el período comprendido desde el 10 de abril hasta el 31 de diciembre del año 2008, lo cual hubiera podido generar una potencial inestabilidad en el ecosistema y en el hábitat de las especies. Por ello, era



necesario que los caudales circulantes fueran mayores en las épocas críticas y, en caso de ser mínimos, debían fluctuar de unas estaciones del año a otras. Esto es, resulta evidente que la empresa no garantizó un caudal mínimo durante la operación de su presa, a fin de no originar efectos adversos potenciales sobre la vida acuática y las especies de dicho ecosistema.

- k) Con respecto a que los niveles de descarga en el río Mantaro no han disminuido, por no tratarse de un acto discrecional de la empresa sino por cuestiones naturales (épocas del año) o de terceros (contaminación de las aguas por relaves mineros), debe resaltarse que la empresa tiene la obligación de conservar un caudal para el bienestar de la vida acuática (hábitat), razón por la cual debió prever el diseño, la estructura y demás facilidades para la concretización de dicha finalidad. En efecto, ELECTROPERU es responsable de minimizar los efectos adversos que se pudiera ocasionar al ambiente, como la disminución del caudal remanente a valores diarios cercanos o iguales a cero m³/s, que potencialmente podría causar un efecto negativo sobre el ecosistema.
- l) Con respecto a que no se cumple con la reserva de ley que establece el principio de tipicidad de la potestad sancionadora, indicamos que en el numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada mediante Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), se establece como excepción a la regla general que la tipificación podrá ser por vía reglamentaria en caso que la Ley lo permita. En efecto, fue mediante el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERG, aprobado mediante Ley N°27699, que se dispuso lo siguiente:

Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

(...)

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.(subrayado agregado)

- m) En consideración a la mencionada facultad tipificadora, fue que el Consejo Directivo del OSINERG emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, que contiene la actual Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica en materia ambiental. Por consiguiente, no existe vulneración al principio de tipicidad consagrado en la LPAG.
- n) Con respecto a que no existe norma expresa en la cual se ampare la sanción imputada por la GFE y se está forzando el ámbito de aplicación del numeral 3.20 del anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones, indicamos que no es indispensable contar con una transcripción de cada una de las obligaciones en las normas tipificadoras de infracciones administrativas, siempre y cuando las consecuencias por los incumplimientos se encuentren establecidas de manera precisa. En el presente caso, la obligación fiscalizable se encuentra prevista en el artículo 37° del RPAAE y en el literal h) del artículo 31° de la LCE; y la consecuencia por el incumplimiento de dicha obligación se encuentra prevista en el numeral 3.20 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD.
- o) En tal sentido, podemos afirmar que las normas sancionadoras administrativas, se construyen sobre la base de mandatos y prohibiciones integradas en el ordenamiento jurídico, las mismas que pueden encontrarse en el mismo cuerpo legal o completarse mediante remisiones a prescripciones de carácter normativo contenidas en instrumentos o cuerpos legales distintos.



- p) Esto ocurre en el presente procedimiento administrativo sancionador, tal como se evidencia del análisis realizado en los párrafos precedentes, por lo que no es posible afirmar que se afecte el nivel de precisión y claridad de la tipicidad de la conducta prohibida. Sobre el particular, el tratadista Alejandro Nieto García ha señalado que, en cuanto la tipificación en derecho administrativo: *"una ley auténticamente tipificadora sería interminable, además, habría de ser alterada sin cesar"*⁷. En atención a las consideraciones expuestas, se advierte el cumplimiento del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230⁸ de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG).
- q) Por último, debemos indicar que la empresa debió adoptar las medidas necesarias para evitar una fuga de agua en las compuertas de purga de las naves del desarenador, causa que, según la empresa, provocó el desnivel del embalse de la presa Tablachaca.
- r) Por tanto, ha quedado acreditado que ELECTROPERÚ ha cometido una infracción al artículo 37° del RPAAE y al literal h) del artículo 31° de la LCE, debido a que el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008. En tal sentido, corresponde sancionar dicha conducta con una sola multa de acuerdo con el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, previa aplicación de los criterios de graduación del principio de razonabilidad, establecidos en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG, entre otros.

3.2 Cálculo de sanción por incumplimientos a la normativa ambiental

- a) En el presente procedimiento administrativo sancionador se ha acreditado que ELECTROPERÚ ha cometido una infracción al artículo 37° del RPAAE, debido a que el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008, lo cual infringe a su vez el literal h) del artículo 31° de la LCE.
- b) Por lo tanto, corresponde graduar la multa a imponer por las imputaciones acreditadas.

3.2.1 ELECTROPERÚ ha cometido una infracción al artículo 37° del RPAAE, debido a que el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008

- a) Corresponde sancionar dicha conducta con una sola multa de acuerdo con el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, previa aplicación de los criterios de graduación del principio de razonabilidad, establecidos en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG, entre otros.

⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005, p.312

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General. 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: (...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria: (...)"



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

(i) Beneficio ilícito

- a) La empresa ELECTROPERÚ incumplió el artículo 37° del RPAAE, aprobado por D.S. N° 29-94-EM, al detectarse que durante los meses de julio a diciembre del año 2008 se registraron valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s. El artículo menciona que los proyectos eléctricos deberían considerar los efectos potenciales de las operaciones realizadas, a fin de proteger el ecosistema acuático.
- b) En este sentido, es obligación de la empresa mantener un caudal mínimo, a fin de preservar la vida acuática y minimizar el impacto de sus operaciones en el medio ambiente. En virtud de lo expuesto, la estimación del beneficio ilícito debe considerar los beneficios económicos que la empresa obtuvo al no mantener un caudal mínimo.
- c) Por lo tanto, se considera que aunque la empresa no ha fijado a cuanto asciende el caudal remanente, debió prever un caudal que minimice las potenciales pérdidas en el ecosistema. Para ello se ha estimado el caudal ecológico⁹ que minimice el impacto en el medio ambiente utilizando el escenario más conservador, los detalles del cálculo se muestran en el Anexo 3 del presente informe.
- d) Los beneficios están expresados en soles de julio del año 2008, fecha de la observación¹⁰, por lo que es necesario actualizarlo a la fecha tomando en cuenta el costo de oportunidad del capital (COK) para el sector electricidad. Los cálculos se muestran en los siguientes cuadros. El cálculo de los beneficios ilícitos se muestra en el cuadro siguiente.

Cuadro N° 1
Cálculo del Beneficio Ilícito
RESUMEN BENEFICIO ILÍCITO

Límite mínimo del Caudal (Calculado por DFSAI)		2.85
Valor obtenido del Caudal	(a)	0.03
m ³ /s usados utilizados ilícitamente		2.82
m ³ usados indebidamente durante el período (julio 2008 - agosto 2012)		44,877,046.75
MWh generados ilícitamente		81,227.45
Precio regulado de energía (S./Mwh)	(b)	91.1
Beneficio Ilícito (en nuevos soles de 2008)		S/. 7,399,821.12
Total Beneficio Ilícito (julio 2008)		S/. 7,399,821.12
Período de actualización (julio 2008 - agosto 2012)	(c)	44
COK del sector eléctrico (anual)	(d)	12%
COK del sector eléctrico (mensual)		0.95%
Valor actual de la Beneficio Ilícito		S/. 11,212,108.82
Impuesto a la Renta (30%)	(e)	S/. 3,363,632.65
Costo neto del beneficio ilícito		S/. 7,848,476.18

(a) Expediente N° 2011-039, Folios (0037-0043)

(b) Fuente: Informe para la Fijación de los Precios en Barra, Período mayo 2008 - abril 2009. OSINERGMIN

(c) Tiempo transcurrido desde la detección del incumplimiento hasta el cálculo de la multa.

(d) Tasa de actualización del sector eléctrico, artículo 79° de la LCE. Ley N° 25844.

⁹ Como lo señalan Reynaldo et ál. (2011), el concepto de "caudal ecológico", se refiere al caudal mínimo que se requiere para conservar la biodiversidad y los servicios ecológicos de los ríos, el cual debe permitir a los organismos desarrollarse y mantener su población en un buen estado.

¹⁰ Informe N° 299-2012-OEFA/DFSAI/SDI (Expediente N° 2011-039)



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

e) De la evaluación se tiene que los beneficios, por ganancias ilícitas, ascienden a 7, 848, 476.18 nuevos soles.

(ii) Probabilidad de detección (p)

a) La probabilidad de detección se determina en 1, debido que es un incumplimiento altamente probable de ser detectado, ya que ELECTROPERU envía reportes referente al monitoreo de las centrales hidroeléctricas.

(iii) Factores de Gradualidad de la Sanción

a) Los factores de gradualidad de la sanción, enmarcados en el artículo 230° de la Ley N° 27444 se muestran en el Anexo N° 2. Los resultados de la calificación establecen un factor estimado de 1.23.

b) La información referida a los factores de gradualidad de la sanción queda resumida en el Cuadro N° 2¹¹.

Cuadro N° 2
Resumen de factores de graduación

FACTORES		CALIFICACIÓN
1. Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido	(a)	4
2. El perjuicio económico causado	(b)	10
3. La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción		0
4. Las circunstancias de la comisión de la infracción		0
5. El beneficio ilegalmente obtenido	(c)	9
6. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor		0
TOTAL		1.23

(a) En cuanto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico, de acuerdo al criterio de graduación 1.3, se le asigna una puntuación de dos (2) porque el impacto negativo puede ser mitigado en el corto plazo (un período menor a un año). De otro lado, de acuerdo al criterio de graduación 1.4, se le asigna una puntuación de dos (2) porque el impacto está localizado en el área de influencia directa del proyecto.

(b) Con relación al perjuicio económico dañado, el criterio de graduación 2.1, se le asigna una puntuación de diez (10) porque el impacto ocurre en una zona con incidencia de pobreza de 76%.

(c) En cuanto al beneficio ilegalmente obtenido se puede mencionar que de acuerdo con el criterio de graduación 5.1, se le asigna una puntuación de nueve (9) porque el volumen estimado de ventas en un año de la empresa más de 150 MM\$US.

Fuente: Sub Dirección de Sanción e Incentivos

Elaboración: Propia

(iv) Valor de la sanción económica al incumplimiento detectado

a) Reemplazando los valores calculados, la sanción a imponer se presenta a continuación en el Cuadro N° 3.

Cuadro N° 3
Sanción propuesta



Para un mayor detalle, revisar el Anexo 2 y el Anexo 3.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

RESUMEN DEL CÁLCULO DE MULTA

Costo neto S/.	7,848,476.18
Probabilidad de detección	1
Daño	0
Factores agravantes y atenuantes	1.23
Multa S/.	9,653,625.70
UIT	3,650.00
MULTA PROPUESTA en UIT	2,644.83

Fuente: Sub Dirección de Sanción e Incentivos

Elaboración: Propia

- b) La sanción asciende a 2, 644.83 UIT, sin embargo según lo estipulado en el numeral 3.20 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD, se señala que la sanción deberá ser hasta 1000 UIT.¹²

3.2.2 Monto de la multa a imponer por la infracción acreditada

- a) La sanción a ser impuesta asciende a: 1000 UIT.

En uso de las facultades conferidas en el inciso n) del Artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA; aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa **ELECTRICIDAD DEL PERU ELECTROPERÚ S.A.** con una multa ascendente a 1000 (Un mil y 00/100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de pago, por haberse acreditado la siguiente imputación:

- (i) Imputación señalada en el numeral 2.1 de la presente Resolución: Presunto incumplimiento del artículo 37° del Decreto Supremo N° 029-94-EM que aprueba el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, lo que infringe a su vez el literal h) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, debido a que en la Presa Tablachaca, desde el mes de julio hasta el mes de diciembre del año 2008, el caudal remanente de la represa Tablachaca registró valores diarios cercanos o iguales a 0 m³/s.

¹² Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.

Infracción	Base Normativa	Sanción Pecuniaria (Empresa 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. 31inc. H) de la Ley. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D. S. 029-94-EM	De 1 a 1000 UIT

De acuerdo con el Anuario Estadístico 2007 publicado por el COES-SINAC, la producción de energía para el año 2007 de la empresa ELECTROPERÚ fue de 7 171.58 GW.h. De este modo la clasificación de la empresa para el año 2007 es de tipo 4, según lo estipulado en la referida norma.

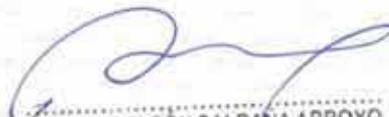


RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 235 -2012-OEFA/DFSAI

Artículo 2°.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, importe que deberá cancelarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo 3°.- Contra la presente Resolución es posible la interposición de los Recursos Impugnativos de Reconsideración y/o de Apelación, ante la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Regístrese y comuníquese.



ABEL NAPOLEÓN SALDANA ARROYO
Director de Fiscalización, Sanción y
Aplicación de Incentivos (e)
Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA