

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 240-2012-OEFA /TFA

Lima, 13 NOV. 2012

VISTO:

El Expediente N° 127-2011-DFSAI/PAS, que contiene el recurso de apelación interpuesto por FÉNIX POWER PERÚ S.A.¹ (en adelante, FÉNIX POWER) contra la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de febrero de 2012 y el Informe N° 257-2012-OEFA-TFA/ST de fecha 12 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de febrero de 2012 (Fojas 90 a 94), notificada con fecha 17 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a FÉNIX POWER una multa de doce con cincuenta y ocho centésimas (12.58) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir el Estudio de Impacto	Numeral 3.14 del Anexo 3 de la Escala		12.58 UIT

¹ FENIX POWER PERÚ S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20509514641, es una empresa generadora de Tipo 1.

Al respecto, conforme se desprende de las abreviaturas y terminologías generales de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, son empresas eléctricas de Tipo 1, aquellas que desarrollan actividad de Generación cuya producción del año anterior fue inferior o igual a 50 millones kWh.

Ambiental de la Central Térmica de Chilca, aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AAE, al no emplear agua de mar para mantener la humedad del suelo.	de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD ² .	
MULTA TOTAL		12.58 UIT³

2. Mediante escrito de registro N° 005808 presentado con fecha 09 de marzo de 2012, FÉNIX POWER interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de febrero de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) FÉNIX POWER al adquirir la titularidad del proyecto de la Central Térmica de Gas de Chilca, asumió el compromiso propuesto por la EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE CHILCA S.A. (titular del proyecto durante el proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental - EIA), consistente en utilizar agua de mar para mantener la humedad del suelo y así evitar la generación de material particulado.

En tal sentido, considerando que dicho compromiso tiene como finalidad principal mantener la humedad de los suelos para evitar la generación de material particulado y no regular el tipo de agua a utilizar, la impugnante no ha incurrido en situación de incumplimiento ya que se logró el objetivo primordial de la obligación.

- b) Los compromisos contenidos en un EIA no constituyen un fin en sí mismos, sino medios destinados a evitar y/o mitigar la generación de impactos ambientales negativos, de modo tal que aseguren el desarrollo más adecuado del proyecto de inversión.

² RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD. ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE LA GERENCIA DE FISCALIZACIÓN. ELÉCTRICA.

ANEXO 3 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO A LA NORMATIVIDAD EN EL SECTOR ELÉCTRICO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE				
N°	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN	E. Tipo 1
3.14	Por no cumplir con los compromisos considerados en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA)	Arts. 13° y 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-94-EM	De 1 a 1000 UIT	- (M)Hasta 200 UIT

³ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción se observó lo señalado en el Informe N° 001-2012-OEFA/DFSAI/SDSI de fecha 30 de enero de 2012, elaborado por la Sub-Dirección de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, obrante a fojas 79 a 84 del expediente. Asimismo, cabe agregar que el referido Informe Técnico empleó como marco conceptual la teoría de la Ejecución Pública de las Leyes, el cual busca corregir la conducta de los administrados frente al incumplimiento de las normas ambientales con la aplicación de sanciones.

- c) FÉNIX POWER optó por usar una medida alterna al uso de agua de mar, toda vez que de esa manera: (i) se generaría un menor daño al ambiente; (ii) se optimizaría el proceso productivo de FÉNIX POWER; y (iii) se controlaría la emisión de material particulado.
- d) De acuerdo al artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, el objetivo principal de la gestión ambiental es prevenir, vigilar y minimizar la degradación ambiental; asimismo, el artículo I de la misma sección, establece que toda persona tiene el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental, lo que ha ocurrido en el presente caso, pues la apelante empleó una medida ambientalmente más eficiente.
- e) La utilización de agua distinta a la de mar para mantener la humedad de los suelos no requiere de la modificación del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AEE, al no calificar dentro de los supuestos de modificación del estudio ambiental.

En efecto, de acuerdo al artículo 18° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, las modificaciones de los proyectos que conlleven la generación de nuevos o mayores impactos ambientales negativos, deberán sujetarse al proceso de evaluación ambiental, el cual podría implicar la presentación de un nuevo instrumento de gestión ambiental.

En este caso, el cambio realizado no cumple con las condiciones de generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos.

- f) El que FENIX POWER no haya utilizado agua de mar no ha significado beneficio alguno, toda vez que no se encontraba obligado a realizar la modificación del EIA contemplada en el literal b) del artículo 18° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.
- g) Como consecuencia de los hechos imputados, la impugnante no ha generado daño alguno al interés público ni al bien jurídico protegido, no se ha causado perjuicio económico al Estado ni a terceros; asimismo, no ha sido sancionada anteriormente por el incumplimiento de alguno de los compromisos contenidos en su EIA, habiendo actuado en beneficio del ambiente y cumpliendo con el deber de evitar su degradación.

Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁴, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y

⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).

4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵, 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 en materia ambiental.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 001-2011-OEFA/CD, publicada el 03 de marzo de 2011, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad del OSINERGMIN al OEFA, el 04 de marzo de 2011.

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.

⁵ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

⁶ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Primera Disposición Complementaria Final

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (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.

7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁷, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁸, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD⁹, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por FÉNIX POWER, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.

⁷ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.**

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como últimas instancias administrativas del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

⁹ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

¹⁰ **LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 003-2011-OEFA/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares eléctricos.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹¹.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹²:

“(…) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos

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.

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

¹² La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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).

*El medio ambiente se define como “(...) **el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos**”.*

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...). (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, 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 otros¹³.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁴:

¹³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RETREPO:

“Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)”

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

- a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
- b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

En este contexto, cabe indicar que, el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

“Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (El resaltado en negrita es nuestro).

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la energética, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Con relación al cálculo de la multa

- 11. En este respecto cabe indicar que, de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el Principio de Legalidad contenido el numeral 1.1 del mismo articulado, los administrados gozan, entre otros, del derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente¹⁵.

¹⁵ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

A su vez, de acuerdo al Principio de Razonabilidad, reconocido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa que impliquen la imposición de sanciones deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁶.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 regula el Principio de Razonabilidad aplicable en el marco de la potestad sancionadora administrativa, precisando que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, prescribe que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación¹⁷:

- 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

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo

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

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

¹⁶ **LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

¹⁷ **LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

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

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En este orden de ideas, se advierte que la determinación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores y bajo determinados parámetros claramente definidos a nivel normativo, se encuentra dentro del ámbito de las potestades discrecionales con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa.

En esa línea, conviene citar a MORÓN URBINA, quien señala lo siguiente: "(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margin de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa"¹⁸. (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, la sanción impuesta se encuentra prevista en el Numeral 3.14 del Anexo 3 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD y sus modificatorias, las que prevén multas de hasta doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de acuerdo a las empresas eléctricas de Tipo 1.

Así las cosas, a efectos de determinar y graduar las sanciones aplicables dentro de los márgenes citados en el párrafo precedente, se observó la siguiente fórmula descrita en numeral 4 del Informe N° 001-2012-OEFA/DFSAI/SDSI de fecha 30 de enero de 2012, elaborado por la Sub-Dirección de Sanción y Aplicación de Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos¹⁹:

¹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Novena Edición. Gaceta Jurídica. Pág. 699

¹⁹ De acuerdo al numeral 3 del Informe N° 001-2012-OEFA/DFSAI/SDSI el marco conceptual que sustenta la metodología empleada viene dado por la Teoría de la Ejecución Pública de las Leyes, la cual considera que el Estado tiene la función de detectar y sancionar a los infractores de la normatividad, así como lograr que todos los agentes que conforman la sociedad cumplan con dichas disposiciones a través de la imposición de sanciones y penalidades.

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 4 del citado Informe N° 001-2012-OEFA/DFSAI/SDSI, en el presente caso se ha utilizado el modelo de multa ex – ante, la misma que considera como multa óptima aquella que iguala los beneficios de la empresa y el costo de no prevenir las infracciones a las normas ambientales, de modo que la empresa no tenga incentivos para infringir la ley.

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

Donde "B" es el beneficio ilícito derivado de la infracción, "p" representa la probabilidad de detección y "F_i" los factores atenuantes y agravantes, a que se refiere el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Al respecto, este Tribunal Administrativo considera oportuno señalar que si bien al OEFA, como Organismo Técnico Especializado, se le ha otorgado un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos en cada tipo de infracción, lo cual le autoriza a emplear la metodología que resulte coherente con los fines de su potestad punitiva, el uso de tal discrecionalidad debe ser acompañado de una debida aplicación de los factores que integran la metodología señalada.

En tal sentido, conforme se desprende de la fórmula empleada, uno de los factores de cálculo es el Beneficio Ilícito, el cual representa el ahorro que obtiene el infractor al evadir y/o postergar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a que se encuentra sujeto. Este componente de la multa posee la mayor importancia para mantener la justicia e imparcialidad de la aplicación de la sanción, lo cual asegura que las empresas que cumplan con los compromisos y regulaciones ambientales tengan incentivos económicos para hacerlo²⁰.

Asimismo, a efectos de realizar el cálculo del Beneficio Ilícito se deben estimar los costos de los componentes necesarios para garantizar el cumplimiento de las normas, esto es, desarrollando un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado de costos de cumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable en la forma, modo y/o oportunidad en que ésta debe ejecutarse.

A su vez, conviene indicar que la metodología de cálculo para estimar la variable B toma como punto de partida el BENMODEL, esquema desarrollado por la *Office Of Enforcement and Compliance Assurance de la U.S. Environmental Protection Agency (EPA)*, modelo que tiene por objetivo cuantificar los beneficios económicos derivados del incumplimiento de los compromisos ambientales por parte de empresas privadas.

²⁰ A efectos de conceptualizar el beneficio económico, este Tribunal Administrativo ha recurrido al Documento de Trabajo 20: Sistema de Sanciones por Daños Ambientales para la Fiscalización en la Industria de Hidrocarburos en el Perú, elaborado por la Oficina de Estudios Económicos del OSINERGMIN, disponible en: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/DT20_OSINERG.pdf

En este contexto, a efectos de valorar si se realizó una correcta determinación del Beneficio Ilícito resulta oportuno identificar el compromiso ambiental incumplido por FENIX POWER y verificar su modo ejecución, según las especificaciones contenidas en el mismo, pues esta información es la que determina el escenario de cumplimiento que debe considerarse para el factor B de la fórmula empleada.

Sobre el particular, si bien la EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE CHILCA S.A. - EGECHILCA fue la que solicitó y obtuvo la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la Central Termoeléctrica de Gas, a través de la Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AAE, de fecha 28 de abril de 2005; FENIX POWER adquirió la titularidad de dicho proyecto en el año 2009, razón por la cual ésta empresa asumió la obligación de cumplir todos los compromisos establecidos en el EIA aprobado.

En efecto, en el marco del artículo 7°²¹ de la Ley N° 28611, el nuevo titular se encuentra sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones ambientales fiscalizables derivadas de la normatividad ambiental, los instrumentos de gestión así como las recomendaciones y mandatos dictados por la autoridad fiscalizadora existentes a la fecha de adquisición, de modo tal que es éste el responsable de continuar con su ejecución, antes exigibles al transferente.

En ese contexto, de la revisión del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AAE se advierte que dentro del proceso de aprobación de dicho estudio la autoridad evaluadora realizó observaciones a través del Informe N° 042-2005-MEM-AAE/MU, entre las cuales se encuentra la Observación N° 47 (Folio 45) que indicó lo siguiente:

“Observación N° 47: Presentar las medidas de mitigación por generación de material particulado que impactan la calidad del aire, ocasionando por movimiento de tierras y tránsito fluido de vehículos.”(SIC)

Luego de ello, a través del Informe N° 065-2005-MEM-AAE/MU (Foja 47) que evaluó el levantamiento de observaciones establecidas en el Informe N° 042-2005-MEM-AAE/MU, el Ministerio de Energía y Minas indicó lo siguiente en su numeral 14 del punto V. Conclusiones, sobre la Observación N° 47:

“14. Observación N° 47 No Absuelta
Se deberá precisar lo siguiente:

²¹ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 7.- Del carácter de orden público de las normas ambientales

7.1 Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

7.2 El diseño, aplicación, interpretación e integración de las normas señaladas en el párrafo anterior, de carácter nacional, regional y local, se realizan siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en la presente Ley y, en forma subsidiaria, en los principios generales del derecho.

Precisar cuáles son las buenas prácticas operacionales.

Precisar cómo se mantendrá el nivel adecuado de humedad para evitar generación de material particulado considerando la escasez de agua en la zona.”

Finalmente, el Informe N° 073-2005-MEM-AAE/MU (Foja 49), evaluó el levantamiento de observaciones del Informe N° 065-2005-MEM-AAE/MU, teniendo por absuelta la Observación materia de análisis, con el siguiente tenor:

“Observación N° 47 ABSUELTA

Se indica que el paso de camiones prevé un mínimo impacto en virtud que toda la ruta estará asfaltada. Asimismo los materiales extraídos no deben permanecer por mucho tiempo acumulados u a la intemperie del ambiente (viento), si el caso fuese de esa manera u si se trata de una zona de riesgo ambiental se procederá a recubrir los cúmulos de tierra con una manta de polipropileno o plástico.

Se indica que para mantener la humedad se utilizará agua de mar. Bajo ningún concepto se perforarán pozos para extraer agua subterránea.” (El subrayado es nuestro)

Luego de la lectura y del análisis realizado de los informes citados líneas arriba, se concluye que el compromiso ambiental asumido por FÉNIX POWER es mantener la humedad del área del proyecto mediante el uso de agua de mar, teniendo en cuenta la escasez del agua en la zona, razón por la cual se indica que por ningún motivo podrán perforar pozos para extraer aguas subterráneas.

En este contexto, considerando que en el presente caso la obligación incumplida consistió en el uso de agua de mar para humedecer la zona en caso de movimiento de tierras y por el tránsito fluido de vehículos, con el fin de evitar la generación de material particulado, el escenario de cumplimiento a considerar, a efectos de realizar la estimación del factor materia de análisis, viene dado por la ejecución efectiva de las acciones de humedecimiento mediante el empleo de agua de mar.

Sin embargo, de la revisión del inciso i) del literal c) del sub-numeral 3.1.3 del numeral 3.1 del Rubro III de la parte considerativa de la resolución recurrida, se constata que contrariamente a lo indicado en el párrafo anterior, para el cálculo del factor Beneficio Ilícito se consideró como contexto de cumplimiento del compromiso la modificación del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 0157-2005-MEM/AAE, de fecha 28 de abril de 2005, lo que constituye una aplicación incorrecta de la metodología diseñada para el cálculo de la multa.

Por lo tanto, dado que este aspecto de la Resolución ha sido determinado incorrectamente y que no es posible determinar a cuánto asciende el Beneficio Ilícito, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los

actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado la vulneración del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dada la deficiencia detectada en la aplicación de la metodología elaborada para el cálculo de la multa; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de febrero de 2012, en el extremo referido al cálculo de la multa impuesta, análisis contenido en el sub-numeral 3.1.3 del numeral 3.1 del Rubro III de su parte considerativa, al haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley²².

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde devolver los actuados al Órgano de primera instancia a efectos de que reformule el cálculo de la multa impuesta.

12. En atención a la declaración de nulidad realizada en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre los argumentos contenidos en los literales a), b), c), d), e), f) y g) del numeral 2.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del

²² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

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

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.



Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los Vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas, Francisco José Olano Martínez, Héctor Adrián Chávarry Rojas y la abstención de la Vocal Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

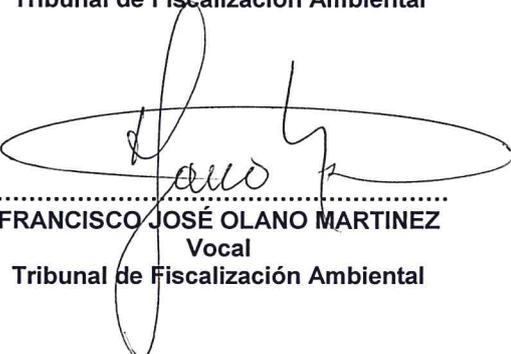
Artículo Primero.- Declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 029-2012-OEFA/DFSAI de fecha 15 de febrero de 2012, y, en consecuencia, devolver los actuados a la Dirección de Fiscalización Sanción y Aplicación de Incentivos para que reformule el cálculo de la multa impuesta, por los fundamentos expuestos en el numeral 11 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- **NOTIFICAR** la presente resolución a FÉNIX POWER PERÚ S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


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

