



**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera**

RESOLUCIÓN N° 464-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE N° : 373-2018-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE
INCENTIVOS
ADMINISTRADO : ENGIE ENERGÍA PERÚ S.A.
SECTOR : ELECTRICIDAD
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 2337-2018-OEFA/DFAI

SUMILLA: Se confirma la Resolución Directoral N° 2337-2018-OEFA/DFAI del 28 de setiembre de 2018, que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Engie Energía Perú S.A. por la comisión de la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente Resolución, y ordenó el cumplimiento de la medida correctiva detallada en el Cuadro N° 2 de la misma; quedando agotada la vía administrativa.

Lima, 26 de diciembre de 2018

I. ANTECEDENTES

1. Engie Energía Perú S.A.¹ (**Engie**) es titular de una autorización para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica a través de la Central Termoeléctrica Chilca 1 (en adelante, **CT Chilca 1**).
2. Respecto a la CT Chilca 1, objeto del hallazgo que motivó la imputación de la conducta infractora que viene siendo cuestionada por el administrado, este se comprometió a cumplir las obligaciones contenidas en el Programa de Manejo Ambiental de la Conversión a Ciclo Combinado CT Chilca 1, aprobado con Resolución Directoral N° 123-2010-MEM/AE del 5 de abril de 2010 (en adelante, **PMA CT Chilca 1**).
3. El 6 y 7 de abril de 2015, la Dirección de Supervisión (**DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (**OEFA**) realizó una acción de supervisión regular a la CT Chilca 1, con la finalidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de Engie (en adelante,

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20333363900.

Supervisión Regular 2015).

4. Los hechos detectados durante la Supervisión Regular 2015 se encuentran recogidos en el Acta de Supervisión Directa s/n suscrita el 7 de abril de 2015² (**Acta de Supervisión**), el Informe de Supervisión N° 042-2015-OEFA/DS-ELE del 30 de junio de 2015³ (**Informe de Supervisión**), y el Informe Técnico Acusatorio N° 1475-2016-OEFA/DS de fecha 30 de junio de 2016 (**ITA**)⁴.
5. Sobre esa base, se emitió la Resolución Subdirectoral N° 608-2018-OEFA/DFSAI/SFEM del 12 de marzo de 2018⁵, a través de la cual la Subdirección de Fiscalización en Energía y Minas (**SFEM**) de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (**DFAI**) del OEFA dispuso el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador contra Engie.
6. Luego de la evaluación de los descargos presentados por el administrado⁶, la SFEM emitió el Informe Final de Instrucción N° 840-2018-OEFA/DFAI/SFEM de fecha 28 de mayo de 2018⁷ (**Informe Final de Instrucción**).
7. De forma posterior a la evaluación de los descargos presentados por el administrado contra el Informe Final de Instrucción⁸, la DFAI expidió la Resolución Directoral N° 2337-2018-OEFA/DFAI del 28 de setiembre de 2018⁹ (en adelante, **Resolución Directoral**), a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Engie por la comisión de la conducta infractora detallada en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1: Detalle de la conducta infractora

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	Engie no realizó un programa de	Artículo 24° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (LGA) ¹⁰ ;	Numeral 2.2 del Cuadro de Tipificación de

² Páginas 18 a 19 del disco compacto que obra en el folio 5.

³ Páginas 1 a 31 del disco compacto que obra en el folio 5.

⁴ Folios 1 al 4.

⁵ Folios 6 al 8. Esta resolución fue notificada al administrado el 14 de marzo de 2018.

⁶ Folios 22 al 37. Registro N° 433322. Estos descargos fueron recibidos el 11 de mayo de 2018.

⁷ Folios 38 al 44.

⁸ Folios 46 al 69. Registro N° 56035. Estos descargos fueron presentados el 3 de julio de 2018. Asimismo, el administrado remitió información adicional el 28 de setiembre de 2018 (Registro N° 79911 folios 72 al 131).

⁹ Folios 140 al 147. Esta resolución fue notificada al administrado el 4 de octubre de 2018.

¹⁰ **LGA**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre de 2005.

Artículo 24.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2. Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
	vigilancia ambiental que permita verificar que el vertido proveniente de la desaladora no genera impactos irreversibles sobre el medio marino; incumpliendo su compromiso asumido en su instrumento de gestión ambiental.	artículo 15° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446 (LSNEIA) ¹¹ ; artículos 13° y 29° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (RLSNEIA) ¹² ; artículos 5° y 13° del Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, Decreto Supremo N° 29-94-EM (RPAAE) ¹³ ; y literal h) del artículo 31° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844 (LCE) ¹⁴ .	Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los Instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD ¹⁵ .

Fuente: Resolución Subdirectoral N° 608-2018-OEFA/DFSAI/SFEM.
Elaboración: Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA)

¹¹ LSNEIA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2001.

Artículo 15.- Seguimiento y control

- 15.1 La autoridad competente será la responsable de efectuar la función de seguimiento, supervisión y control de la evaluación de impacto ambiental, aplicando las sanciones administrativas a los infractores.
- 15.2 El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica.

¹² RLSNEIA, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de setiembre de 2009.

Artículo 13°. – Instrumentos de gestión ambiental complementaria al SEIA

Los instrumentos de gestión ambiental no comprendidos en el SEIA son considerados instrumentos complementarios al mismo. Las obligaciones que se establezcan en dichos instrumentos deben ser determinadas de forma concordante con los objetivos, principios y criterios que se señalan en la Ley y el presente Reglamento, bajo un enfoque de integralidad y complementariedad de tal forma que se adopten medidas eficaces para proteger y mejorar la salud de las personas, la calidad ambiental, conservar la diversidad biológica y propiciar el desarrollo sostenible, en sus múltiples dimensiones.

Artículo 29.- Medidas, compromisos y obligaciones del titular del proyecto

Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.

¹³ RPAAE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de junio de 1994

Artículo 5.- Durante el ejercicio de las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución, los Titulares de las Concesiones y Autorizaciones, a que se refieren los Artículos 3 y 4 de la Ley, tendrán la responsabilidad del control y protección del medio ambiente en lo que a dichas actividades concierne.

Artículo 13.- En la solicitud de una Concesión definitiva, el solicitante presentará ante la DGE del Ministerio, un EIA de conformidad con el inciso h) del Artículo 25 de la Ley y con las normas que emita la DGAA, sin perjuicio de lo dispuesto en el cumplimiento del Artículo 19.

¹⁴ LCE, aprobada con Decreto Ley N° 25844, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de noviembre de 1992, y modificatorias.

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

¹⁵ Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zona prohibidas, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD

INFRACCIÓN (SUPUESTO DE HECHO DEL TIPO INFRACCIÓN)	BASE LEGAL REFERENCIAL	CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN	SANCIÓN NO MONETARIA	SANCIÓN MONETARIA
2.	DESARROLLAR ACTIVIDADES INCUMPLIENDO LO ESTABLECIDO EN EL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL			
2.2	Incumplir lo establecido en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados, generando daño potencial a la flora o fauna.	Artículo 24° de la Ley General del Ambiente, Artículo 15 de la Ley del SEIA, Artículo 29° del Reglamento de la Ley de SEIA.	Grave	De 10 a 1 000 UIT

8. Asimismo, mediante la Resolución Directoral, la DFAI ordenó a Engie el cumplimiento de la siguiente medida correctiva:

Cuadro N° 2: Detalle de la medida correctiva

N°	Conducta infractora	Medida correctiva		
		Obligación	Plazo de cumplimiento	Forma y plazo para acreditar el cumplimiento
1	Engie no realizó un programa de vigilancia ambiental que permita verificar que el vertido proveniente de la desaladora no genera impactos irreversibles sobre el medio marino; incumpliendo su compromiso asumido en su instrumento de gestión ambiental.	<p>1) Acreditar la realización del programa de vigilancia ambiental durante el funcionamiento de la desaladora, con una frecuencia trimestral y presentación del informe anual, para el cuarto trimestre del año 2018.</p> <p>2) Acreditar la realización del programa de vigilancia ambiental durante el funcionamiento de la desaladora, con una frecuencia trimestral y presentación del informe de manera anual, para el periodo correspondiente al año 2019.</p>	<p>- En referencia a la obligación del numeral 1), el administrado deberá presentar el Informe Anual del Programa de Vigilancia Ambiental hasta el último día hábil del mes de enero de 2019.</p> <p>- Respecto de la obligación del literal 2), el administrado deberá presentar el informe Anual del Programa de Vigilancia Ambiental hasta el último día hábil del mes de enero del 2020.</p>	<p>Remitir a la DFAI del OEFA, en el mismo plazo para el cumplimiento de la medida correctiva, la siguiente información:</p> <p>Un Informe Anual del Programa de Vigilancia Ambiental, correspondiente al cuarto trimestre del año 2018 y para el periodo correspondiente al año 2019; conteniendo los reportes de ensayo de laboratorio con los resultados de las mediciones realizadas, así como los certificados vigentes de calibración de los equipos de monitoreo y fotografías de fecha cierta con coordenadas UTM (WGS84), que acrediten la ejecución del proceso de vigilancia ambiental.</p>

Fuente: Resolución Directoral N° 2337-2018-OEFA/DFAI
Elaboración: TFA.

9. Para efectos de la determinación de la responsabilidad y la imposición de la medida correctiva antes detallada, la Resolución Directoral se sustentó en los siguientes fundamentos:

Único hecho imputado

- (i) Respecto a las alegaciones de Engie, que realizó monitoreos regulares y, por tanto, cumpliría con la finalidad del programa de vigilancia ambiental, la DFAI indicó que estos tienen una finalidad distinta al programa de vigilancia previsto en el PMA CT Chilca 1.
- (ii) Mientras los monitoreos tienen por finalidad dar cumplimiento a los Límites Máximos Permisibles y realizar un seguimiento sobre la calidad del agua con respecto a los Estándares de Calidad Ambiental, el programa de vigilancia tiene por fin verificar la no generación de impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino por la descarga del efluente de la desaladora.

- (iii) Respecto a lo alegado por el administrado, que realiza el control establecido para el seguimiento de calidad ambiental de los factores ambientales y presenta los reportes de monitoreo al MINEM y OEFA, la DFAI indicó que esto corresponde a un compromiso ambiental distinto al imputado en el presente caso.
- (iv) De acuerdo a la DFAI, de la documentación adjuntada por Engie no queda acreditado una vigilancia de efectos de la planta desaladora al componente hidrobiológico mediante una frecuencia optima de comparación y verificación de la evolución de los posibles impactos al medio marino.

Medida correctiva

- (v) Para la imposición de la medida correctiva, la DFAI manifiesta que se ha tenido en cuenta el tiempo necesario para que el administrado realice la contratación de los servicios que le permitan cumplir con las obligaciones objeto de dicha medida.
10. Mediante escrito presentado el 26 de octubre de 2018¹⁶, Engie interpuso un recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 2337-2018-OEFA/DFAI, planteando los siguientes argumentos:

Respecto al único hecho imputado

- (i) Engie vendría cumpliendo con el compromiso ambiental de llevar a cabo un programa de vigilancia ambiental para verificar si el vertido de la Planta Desalinizadora no produce impactos negativos sobre el medio marino, a través de la presentación de reportes de los resultados de los monitoreos de LMP y ECA – Agua al MINEM (con copia al OEFA), que los presenta producto de un compromiso asumido dentro del Programa de Monitoreo de su instrumento de gestión ambiental. De acuerdo a los resultados que reporta Engie, se cumpliría con lo establecido en las normas sobre LMP y ECA – Agua.
- (ii) El OEFA considera que la realización de monitoreos de salinidad y su evaluación, así como la caracterización hidrobiológica (tomando la información que se reporta a DICAPI) tampoco son suficiente evidencia para afirmar que Engie sí cumple su compromiso de realizar un programa de vigilancia ambiental para verificar que el vertido proveniente de la desaladora no produce impactos negativos. Con esto, el OEFA interpretaría que el administrado debe realizar monitoreos biológicos y de salinidad, creándole una nueva obligación o una obligación adicional, más allá de lo previsto en el instrumento de gestión ambiental aprobado.

¹⁶ Folios 149 al 162. Registro N° 087926.

- (iii) De acuerdo a la matriz de identificación de impactos ambientales, el PMA CT Chilca 1 califica la perturbación de la fauna marina como de muy baja significancia; de ahí, que los impactos por los cuales se declara la responsabilidad administrativa de Engie (sin que se haya declarado o demostrado siquiera un impacto leve) tienen una calificación muy baja.

Respecto a la medida correctiva

- (iv) Sin aceptar la responsabilidad administrativa imputada y sin perjuicio de cumplir la medida señalada por el OEFA, Engie cuestiona que se califique la medida administrativa impuesta como una medida correctiva, pues, según lo señalado por la propia Autoridad Decisora, este tipo de medidas son dictadas cuando la conducta infractora ha producido un efecto nocivo en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas; supuestos que no se habrían dado en el procedimiento administrativo.
- (v) Para Engie, la medida administrativa debería llamarse “medida adicional” o simplemente “medida administrativa”, a fin de no confundir conceptos cuando se trata de hechos que sí han impactado en el ambiente.
11. Adicionalmente, el administrado solicitó en su recurso de apelación el uso de la palabra a efectos de exponer oralmente sus alegatos¹⁷.
12. El 8 de noviembre de 2018, se informó al administrado la programación de la fecha de realización de la audiencia de informe oral.
13. El 15 de noviembre de 2018, se realizó la audiencia de informe oral solicitada por Engie, en la cual reiteró los argumentos presentados en sus descargos.

II. COMPETENCIA

14. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente¹⁸, se creó el OEFA.
15. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (**Ley del SINEFA**)¹⁹, modificada

¹⁷ Folio 151.

¹⁸ **Decreto Legislativo N° 1013, 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. - Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente

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.

¹⁹ **Ley del SINEFA, aprobada con Ley N° 29325**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo de 2009,

por la Ley N° 30011, 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.

16. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del SINEFA 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 OEFA²⁰.
17. De esta manera, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin²² al OEFA. Siendo que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD²³ se estableció que el

modificada por la Ley N° 30011, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril de 2013.

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: (...)

- 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 emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

²⁰ **Ley del SINEFA**

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.

²¹ **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.

²² **Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de Supervisión y Fiscalización de las actividades mineras al Osinerg**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2007.

Artículo 18°.- Referencia al Osinerg

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

²³ **Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD, aprueban aspectos objeto de la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, entre OSINERGMIN y el OEFA**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de marzo de 2011.
Artículo 2°.- Determinar que la fecha en la que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, transferidas del OSINERGMIN, será el

OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad desde el 4 de marzo de 2011.

18. Por otro lado, en el artículo 10° de la Ley del SINEFA²⁴, y en los artículos 19° y 20° del Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA²⁵, se disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

19. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta Sala 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)²⁶.

20. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley General del Ambiente (LGA)²⁷ prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos,

4 de marzo de 2011.

²⁴ **Ley del SINEFA**

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.

²⁵ **Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre de 2017.

Artículo 19°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

19.1 El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano resolutivo que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos; y está integrado por Salas Especializadas en los asuntos de competencia del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

19.2 La conformación y funcionamiento de las Salas del Tribunal de Fiscalización Ambiental es regulada mediante Resolución del Consejo Directivo del OEFA.

Artículo 20°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental tiene las siguientes funciones:

- Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.
- Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Emitir precedentes vinculantes que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de las normas de competencia del OEFA, cuando corresponda.
- Ejercer las demás funciones que establece la normativa vigente sobre la materia.

²⁶ Fundamento jurídico 27 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC.

²⁷ **LGA**, aprobada por Ley N° 28611, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre de 2005.

Artículo 2°.- Del ámbito (...)

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al "ambiente" o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico

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.

21. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. Así pues, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, ya que el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
22. En el sistema jurídico nacional, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional las normas que tutelan 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 ambiente²⁸.
23. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental²⁹, cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y el derecho a que dicho ambiente se preserve³⁰; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³¹.
24. 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, 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.

²⁸ Fundamento jurídico 33 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁹ **Constitución Política del Perú de 1993.**

Artículo 2º.- 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.

³⁰ 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”.

³¹ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia N° 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.

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.

25. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³².
26. Bajo dicho marco normativo, que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. ADMISIBILIDAD

27. El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles de notificado el acto impugnado y cumple con los requisitos previstos en los artículos 218° y 219° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³³ (**TUO de la LPAG**), por lo que es admitido a trámite.

V. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

28. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Engie por no haber realizado un programa de vigilancia ambiental que permita verificar si el vertido proveniente de la desaladora no genera impactos irreversibles sobre el medio marino, incumpliendo el compromiso asumido en su instrumento de gestión ambiental (PMA CT Chilca 1).
 - (ii) Determinar si corresponde modificar la calificación de la medida correctiva impuesta a Engie, en tanto el administrado no se opone al cumplimiento de la

³² Fundamento jurídico 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC.

³³ **TUO de la LPAG, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS**, publicado el 20 de marzo de 2017, que incluye las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, así como también las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 de junio de 2008, entre otras.

Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

Artículo 219.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 122 de la presente Ley.

obligación que contiene esta medida sino solo a su calificación como medida correctiva.

VI. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

VI.1. Determinar si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Engie por no haber realizado un programa de vigilancia ambiental que permita verificar si el vertido proveniente de la desaladora no genera impactos irreversibles sobre el medio marino, incumpliendo su compromiso asumido en su instrumento de gestión ambiental (PMA CT Chilca 1)

29. Previamente al análisis de los argumentos expuestos por Engie en su recurso de apelación, esta Sala considera importante exponer el marco normativo que regula el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los administrados en su instrumento de gestión ambiental y los criterios sentados por este Tribunal al respecto.

Sobre el marco normativo que regula el cumplimiento del PMA CT Chilca 1

30. Conforme a lo establecido en los artículos 16°, 17° y 18° de la LGA, los instrumentos de gestión ambiental incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas a ser realizadas por los administrados³⁴.

³⁴

LGA.

Artículo 16°.- De los instrumentos

- 16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.
- 16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

- 17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.
- 17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.
- 17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

31. Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29° y en el artículo 55° del RLSNEIA³⁵, una vez aprobados los instrumentos de gestión ambiental por la autoridad competente y obtenida la certificación ambiental, es responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, compromisos y obligaciones contenidos en ellos para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en dicho instrumento y con aquellas que se deriven de otras partes de dichos instrumentos que quedan incorporados a los mismos.
32. En esa línea, respecto al sector electricidad, los artículos 5° y 13° del RPAAE³⁶ disponen que, durante el ejercicio de las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución, los titulares de las concesiones y autorizaciones tendrán la responsabilidad del control y protección del ambiente en lo que a dichas actividades concierne, para lo cual la solicitud de una concesión definitiva presentada por el administrado deberá incluir un estudio de impacto ambiental.
33. Interpretando este marco normativo, el Tribunal del OEFA ha manifestado, en anteriores oportunidades, que los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual deben ser efectuados conforme fueron aprobados por la autoridad de certificación ambiental. Ello es así, toda vez que se encuentran orientados a prevenir, mitigar o revertir en forma progresiva, según sea el caso, la generación y el impacto negativo al ambiente que puedan ocasionar las actividades productivas³⁷.

35

RLSNEIA

Artículo 29°.- Medidas, compromisos y obligaciones del titular del proyecto

Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.

Artículo 55.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su incumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley.

36

RPAAE

Artículo 5.- Durante el ejercicio de las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución, los Titulares de las Concesiones y Autorizaciones, a que se refieren los Artículos 3 y 4 de la Ley, tendrán la responsabilidad del control y protección del medio ambiente en lo que a dichas actividades concierne.

Artículo 13.- En la solicitud de una Concesión definitiva, el solicitante presentará ante la DGE del Ministerio, un EIA de conformidad con el inciso h) del Artículo 25 de la Ley y con las normas que emita la DGAA, sin perjuicio de lo dispuesto en el cumplimiento del Artículo 19.

37

Ver numeral 31 de la Resolución N° 067-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 16 de marzo de 2018, así como las Resoluciones N°s 048-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 15 de noviembre de 2016, 051-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 24 de noviembre de 2016, N° 037-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 27 de setiembre de 2016, 015-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 8 de junio de 2017, 017-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 15 de junio de 2017 y 018-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 22 de junio de 2017.

34. Sobre esta base, el Tribunal del OEFA también ha manifestado que, a efectos de determinar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de un instrumento de gestión ambiental, corresponde no solo identificar el compromiso relevante, sino también y, desarrollando un análisis progresivo, las especificaciones contempladas para su cumplimiento, relacionadas al modo, forma y tiempo; para, luego de ello, evaluar el compromiso desde la finalidad que busca, la cual está orientada a la prevención de impactos negativos al ambiente³⁸.
35. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, debe indicarse que en el numeral 11.5.4.2 del apartado 11.5 (Programa de Prevención y Mitigación Ambiental) del PMA CT Chilca 1 se establece a Engie la obligación de contar con un programa de vigilancia, como parte de las medidas para minimizar los efectos de la descarga marina. Así, en dicho numeral se señala lo siguiente:

Medidas para minimizar efectos por descarga marina

- Asegurar que la descarga se efectuó en áreas muy hidrodinámicas, donde las olas y corrientes actúan dinámicamente mezclando las diferentes capas de salinidad.
- Realizar un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental durante el funcionamiento de la desaladora, en el que se verifique que su vertido no produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino.
- EnerSur dentro del alcance de su Plan de Relaciones Comunitarias puede establecer, la puesta en información y promoción de la playa y/o otras áreas con valor turístico, para lo cual coordinará con la Municipalidad.
- Se informará el inicio de las operaciones de la descarga al municipio, a la Federación o Asociación de Pescadores Artesanales, junta de vecinos y al personal de la Autoridad Marítima, en el Marco del Programa de Relaciones Comunitarias que tiene implementado EnerSur para las operaciones de la Central Termoeléctrica Chilca 1.

36. No obstante, durante la Supervisión Regular 2015, la DS detectó el siguiente³⁹:

Hallazgo N ° 1:

No se ha demostrado que el efluente (salmuera) de la desaladora no produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino, como lo establece el PMA Conversión a Ciclo Combinado CT Chilca 1.

37. Conforme a ello, la DFAI determinó que Engie era responsable administrativamente por no haber realizado un programa de vigilancia ambiental que permita verificar si el vertido proveniente de la desaladora no genera impactos irreversibles sobre el medio marino, incumpliendo su compromiso asumido en su instrumento de gestión ambiental (PMA CT Chilca 1).
38. En su recurso de apelación, Engie manifiesta que viene cumpliendo con su compromiso ambiental pues realiza determinados tipos de monitoreos; de ahí, que mantener la interpretación del OEFA implicaría crear una nueva obligación o una

³⁸ Ver considerando 31 de la Resolución N° 324-2018-OEFA/TFA-SMEPIM de fecha 12 de octubre de 2018.

³⁹ Página 18 el disco compacto que obra en el folio 5.

obligación adicional más allá de lo previsto en el instrumento de gestión ambiental aprobado.

39. Al respecto, es preciso señalar que la imputación a Engie se sustenta en la Supervisión Regular 2015, en cuya acta se indica que el administrado no demostró que el efluente salmuera de la desaladora no producía impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino⁴⁰, lo que evidenciaría un incumplimiento de su obligación de contar con un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental sobre la desaladora.
40. Sobre este punto, debe señalarse que Engie no ha demostrado en este procedimiento administrativo sancionador haber realizado un programa específico de vigilancia ambiental sobre el vertido de la desaladora. En efecto, desde la Supervisión Regular 2015⁴¹ hasta el recurso de apelación⁴², la defensa de Engie se ha circunscrito a lo siguiente: el administrado cumple con su compromiso de llevar a cabo un programa de vigilancia ambiental pues realiza monitoreos ambientales.
41. En tal sentido, resulta necesario determinar si los monitoreos a los que hace alusión Engie permiten verificar, de forma correcta y estricta, si durante el funcionamiento de la desaladora su vertido no produce impactos negativos e

⁴⁰ En el Acta de Supervisión (página 18 el disco compacto que obra en el folio 5) se indica lo siguiente:

Nº	Hallazgos
1	No se ha demostrado que el efluente (salmuera) de la desaladora no produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino, como lo establece el PMA Conversión a Ciclo Combinado CT Chilca 1.

⁴¹ Al respecto, en las declaraciones del administrado contenidas en el documento que forma parte del Acta de Supervisión (página 20 el disco compacto que obra en el folio 5), se indica lo siguiente:

Hallazgo 1:

“No se ha demostrado que el efluente (salmuera) de la desaladora no se produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino como lo establece el PMA Conversión a Ciclo Combinado CT Chilca 1”

Respecto al hallazgo 1 Enersur considera que los monitoreos ambientales ejecutados de manera trimestral tanto para calidad de agua, calidad de efluentes e hidrobiológicas son sustento suficiente para demostrar que no se produce impactos ambientales e irreversibles sobre el medio marino puesto se cumple los Estándares de Calidad Ambiental (Categoría 4: Conservación del Ambiente Acuático) y los Límites Máximos Permisibles. Se mostraron al supervisor los informes IA-110-2014, IA-145-2014, IA-111-2014, IA-044-2014, IA-043-2014, IA-144-2014 ejecutados por el CERPER S.A., laboratorio acreditado por INDECOPI, que ejecuta monitoreos de calidad de agua, calidad de efluentes e hidrobiológicas. Así mismo el compromiso del Plan de Manejo Ambiental no considera la ejecución de ningún documento adicional al cumplimiento de los ECA Agua que advierte que no se produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino. El Plan de Manejo Ambiental no regula como se demostrará que el efluente (salmuera) de la desaladora no se produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino.

⁴² De acuerdo al numeral 7 del recurso de apelación (folio 150):

Sobre la base de lo señalado, consideramos que Engie viene cumpliendo con el compromiso ambiental de llevar a cabo un programa de vigilancia ambiental que verifica que el vertido de la Planta Desalinizadora no produce impactos negativos sobre el medio marino a través de la presentación de los reportes de los resultados de los monitoreos de LMP y ECA-Agua, los cuales, lógicamente, se encuentran dentro de lo establecido en las normas de la materia.

irreversibles sobre el medio marino, ya que esta sería la finalidad de la obligación cuyo incumplimiento se imputa al administrado⁴³.

42. Este análisis resulta indispensable pues, como ha manifestado este Tribunal en anteriores oportunidades, para sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental es necesario también evaluar el compromiso desde la finalidad que se busca, la cual está orientada a la prevención de impactos negativos al ambiente⁴⁴.
43. En este orden de ideas, Engie señala que cumpliría con su obligación de llevar a cabo un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental debido a que realiza los siguientes monitoreos:
- (i) Primer tipo de monitoreos: Monitoreos de LMP y ECA – Agua, cuyos resultados Engie reporta al MINEM (con copia al OEFA).
 - (ii) Segundo tipo de monitoreos: Monitoreos de salinidad y su evaluación, así como la caracterización hidrobiológica (tomando la información que se presenta a DICAPI), recogidos en documentación complementaria (el informe CERPER).
44. Ahora bien, para determinar si dichos monitoreos cumplen con la finalidad del compromiso de Engie, corresponde establecer previamente qué se entiende por vigilancia ambiental, y sobre esta base, determinar el marco de referencia para el desarrollo y fiscalización de programas de vigilancia ambiental.
45. En ese sentido, conforme al artículo 80° del RLSNEIA⁴⁵, dentro de cuyo marco fue elaborado y aprobado el PMA CT Chilca 1⁴⁶, la vigilancia en el ámbito del SEIA

⁴³ No está demás mencionar que la obligación materia de análisis forma parte del Programa de prevención y mitigación ambiental contenido en el numeral 11.5 del PMA CT Chilca 1, el cual tiene por finalidad "la protección del entorno que podría ser afectado por las actividades del proyecto tanto durante la construcción como en la operación del Proyecto Ciclo Combinado".

⁴⁴ Ver considerando 31 de la Resolución N° 324-2018-OEFA/TFA-SMEPIM de fecha 12 de octubre de 2018.

⁴⁵ **RLSNEIA.**

Artículo 80.- Vigilancia en el ámbito del SEIA

La vigilancia en el ámbito del SEIA comprende la realización de acciones para evaluar, monitorear y controlar los efectos sobre el ambiente en áreas públicas, que se derivan de acciones y proyectos, con la finalidad de impulsar las acciones correctivas que corresponda.

Están a cargo de la vigilancia, el MINAM respecto del funcionamiento del SEIA y las Autoridades Competentes de acuerdo a sus respectivas funciones y facultades. La vigilancia ciudadana complementa el accionar del Estado.

Los resultados de la vigilancia que recaigan sobre actuaciones u omisiones relacionadas con autoridades públicas del gobierno nacional, los gobiernos regionales o locales deben ser comunicados al titular de la Autoridad Competente que corresponda y a la Contraloría General de la República, para los fines consiguientes.

En caso de encontrarse evidencias acerca de la posible comisión de un delito, el hecho será puesto en conocimiento de la Fiscalía Ambiental o de Prevención del Delito, según corresponda.

Si como resultado de la vigilancia se identifican posibles infracciones a las normas y disposiciones del SEIA, los hallazgos obtenidos deben ser comunicados a la autoridad a cargo de las funciones de fiscalización y sanción correspondientes, para las acciones que correspondan de acuerdo a ley.

⁴⁶ Conforme al numeral C.1 del apartado Introducción del PMA CT Chilca 1 (página 4), el RLSNEIA forma parte del marco normativo general del PMA CT Chilca 1.

comprende la realización de acciones para: (i) evaluar, (ii) monitorear y (iii) controlar los efectos sobre el ambiente, con la finalidad de impulsar las acciones correctivas que corresponda.

46. De forma más específica, en el Anexo IV del RLSNEIA se establece que el plan de vigilancia ambiental debe incluir:

(...) los mecanismos de implementación del sistema de vigilancia ambiental y la asignación de responsabilidades específicas para asegurar el cumplimiento de las medidas contenidas en el Plan de manejo ambiental, considerando la evaluación de su eficacia y eficiencia mediante indicadores de desempeño. Asimismo, este Plan incluirá el Programa de monitoreo ambiental, el cual señalará las acciones de monitoreo para el cumplimiento de los límites máximos permisibles u otros establecidos en las normas nacionales vigentes o normas de nivel internacional.

47. Como se observa, en términos generales, las acciones, programas y planes de vigilancia ambiental tienen una finalidad más amplia que las de monitoreo pues no solo comprenden a estas últimas, sino que también implican la adopción de mecanismos que permitan evaluar y controlar los efectos sobre el ambiente para adoptar las acciones correctivas que correspondan.

48. Siendo esto así, los monitoreos efectuados por el administrado no cumplirían la finalidad de la obligación cuyo incumplimiento se le imputa: realizar un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental que permita verificar si, durante el funcionamiento de la desaladora, su vertido no produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino. En específico, estos monitoreos no cumplen esta finalidad por lo siguiente:

- (i) Primer tipo de monitoreos (monitoreos de LMP y ECA – Agua): Sobre este punto, es preciso indicar que los monitoreos de LMP y ECA – Agua, aludidos por el administrado, forman parte de un compromiso ambiental distinto a la realización de un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental⁴⁷. En todo caso, de lo expuesto en párrafos precedentes puede concluirse que estos monitoreos forman parte del programa de monitoreo, el cual a su vez debe incluirse en el programa de vigilancia ambiental, pero no lo abarcan ni cumplen su finalidad de forma correcta y estricta, tal como exige el compromiso asumido por el administrado en el PMA CT Chilca 1.

Así, estos monitoreos permiten verificar el cumplimiento de las medidas propuestas por Engie en el Programa de Monitoreo Ambiental del PMA CT Chilca 1 y realizar un seguimiento sobre la calidad del agua con respecto a los parámetros ambientales. Sin embargo, dichos monitoreos no permiten determinar, de forma correcta y estricta, la no generación de impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino por la descarga del efluente de la desaladora de la CT Chilca 1. Para cumplir dicha finalidad, el programa

⁴⁷ Estos monitoreos forman parte del Programa de monitoreo ambiental contenido en el apartado 6.0 del PMA CT Chilca 1, mientras que el programa de vigilancia ambiental se encuentra previsto en el numeral 11.5.4.2 del apartado 11.5 (Programa de Prevención y Mitigación Ambiental) del citado PMA.

de vigilancia ambiental exige, de acuerdo a la normativa aplicable, que se cuente con mecanismos que permitan evaluar y controlar los efectos de la descarga del efluente de la desaladora, en caso llegaran a producirse.

- (ii) Segundo tipo de monitoreos (monitoreos de salinidad e hidrobiológicos): Engie ha adjuntado dentro del procedimiento los resultados de salinidad realizado en el 2009 como parte del levantamiento de información para la Línea Base del PMA CT Chilca 1, comparándolos con los resultados de los monitoreos de salinidad reportados a DICAPI entre los años 2012 y 2017, tanto para el punto de control como para el punto de impacto⁴⁸.

Asimismo, el administrado ha adjuntado también un informe de monitoreo hidrobiológico de agosto de 2018, donde se detalla la comparación de los resultados de la Línea Base del PMA de la CT Chilca 1 con los resultados de los monitoreos realizados en julio de 2012, noviembre 2013, y mayo y noviembre 2014; presentando resultados comparativos de la calidad del agua para los meses de julio de 2012; mayo y noviembre de 2014; febrero, mayo y noviembre de 2015; y mayo, agosto y noviembre 2016⁴⁹.

Del análisis realizado a los resultados de los monitoreos detallados en los párrafos anteriores, se advierte que no presentan información sobre el desarrollo de una metodología adecuada para la correcta evaluación de impactos negativos producto de las descargas de la desaladora y, además, corresponden a compromisos distintos al hecho imputado. En ese sentido, estos monitores tampoco cumplen con la finalidad de programa de vigilancia ambiental.

49. De esta manera, se concluye que en el presente caso los monitoreos efectuados por el administrado no cumplirían la finalidad de realizar un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental que permita verificar si, durante el funcionamiento de la desaladora, su vertido no produce impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino. Por tal motivo, contrario a lo alegado por el administrado, al exigirse a Engie el cumplimiento estricto del citado programa, no se crea una nueva obligación o una obligación adicional más allá de lo previsto en el instrumento de gestión ambiental aprobado.
50. De otro lado, Engie señala que, de acuerdo con la matriz de identificación de impactos ambientales, el PMA califica la perturbación de la fauna marina como de muy baja significancia; por tanto, los impactos por los cuales se declara la responsabilidad administrativa de Engie (sin que se haya declarado o demostrado siquiera un impacto leve) tienen una calificación muy baja.
51. Sobre este argumento, debe mencionarse que una cosa es la calificación otorgada en la matriz de identificación de impactos ambientales a la perturbación de la fauna marina, y otra distinta es la obligación ambiental cuyo incumplimiento se imputada

⁴⁸ Folios 52 al 60.

⁴⁹ Folios 87 al 131.

a Engie. Esto es así, pues la citada matriz constituye un análisis a priori contenido en el PMA; mientras que la obligación de realizar un correcto y estricto programa de vigilancia exige que, durante el funcionamiento de la desaladora, se verifique de forma correcta si se produce o no impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino.

52. En efecto, de acuerdo a la obligación materia de análisis, la finalidad del programa de vigilancia ambiental es verificar de forma correcta y estricta la ocurrencia de impactos negativos e irreversibles. En ese sentido, para evaluar el cumplimiento de esta obligación no resulta necesario determinar si estos impactos llegaron o no a ocurrir.
53. Por tanto, en el presente caso ha quedado demostrado que, durante la Supervisión Regular 2015, Engie incumplió su compromiso ambiental contenido en el PMA CT Chilca 1, referido a realizar un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental que permita verificar que el vertido proveniente de la desaladora no genera impactos negativos e irreversibles sobre el medio marino.

Sobre el daño potencial a la flora o fauna ocasionado por el incumplimiento de Engie

54. De conformidad con la normativa ambiental, un daño potencial es la contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas⁵⁰.
55. De ello se desprende que, para que se configure un daño potencial, basta que se produzca el riesgo de un impacto negativo a la flora o fauna; caso contrario a lo que ocurre con el daño real, en el cual, para su configuración, sí debe producirse un impacto negativo⁵¹.
56. En el caso materia de análisis, el incumplimiento de Engie sí ocasiona un daño potencial. Se concluye de este modo debido a que, al no haberse ejecutado un correcto y estricto programa de vigilancia, se generó un riesgo de producción de un impacto negativo sobre el medio marino, ya que pudo haberse monitoreado este tipo de impactos, pero no se contaba con los mecanismos para afrontarlos.

⁵⁰ Criterio adoptado por el Tribunal de Fiscalización del OEFA en la Resolución N° 208-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 24 de julio de 2018 (numeral 60).

⁵¹ **Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-0EFA/CD, que aprobó los Lineamientos para la Aplicación de las Medidas Correctivas previstas en el Literal D) del numeral 22.2 del artículo 22° de la Ley N° 29325:**
a.1) **Daño real o concreto:** Detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio actual y probado, causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas.
a.2) **Daño potencial:** Contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

57. Así, el hecho que no se haya generado en el presente caso un daño o impacto negativo concreto, no implica que no haya existido un riesgo, proximidad o eventualidad de que esto ocurra producto de la no ejecución de un correcto y estricto programa de vigilancia por parte de Engie.
58. Por lo tanto, en atención a los fundamentos expuestos en los considerandos de la presente Resolución, se confirma el extremo de la Resolución Directoral referido a la determinación de responsabilidad administrativa.

VI.2. Determinar si corresponde modificar la calificación de la medida correctiva impuesta a Engie, en tanto el administrado no se opone al cumplimiento de la obligación que contiene esta medida sino solo a su calificación como medida correctiva

Sobre el marco normativo de las medidas correctivas

59. Previamente al análisis del pedido contenido en el recurso de apelación, esta Sala considera pertinente exponer el marco normativo concerniente al dictado de las medidas correctivas.
60. Sobre el particular, debe indicarse que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 22.1 del artículo 22° de la Ley de SINEFA, el OEFA podrá ordenar el dictado de las medidas correctivas que resulten necesarias para revertir o disminuir en lo posible el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas⁵².
61. En esta misma línea, este Tribunal considera necesario destacar que el literal f) del numeral 22.2 del mencionado precepto se dispone, además, que el OEFA podrá considerar el dictado de medidas correctivas orientadas a evitar los efectos nocivos que la conducta infractora pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

⁵²

Ley del SINEFA.

Artículo 22°. - Medidas correctivas

22.1 Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

22.2 Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:

- a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
- d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.
- f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas. (...)

62. Del marco normativo expuesto se desprende que las medidas correctivas pueden dictarse no solo cuando resulte necesario revertir, remediar o compensar los impactos negativos generados al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Este tipo de medidas también pueden imponerse ante la posibilidad de una afectación al ambiente, una vez determinada la responsabilidad del administrado por la comisión de una conducta infractora en la cual se ha generado un riesgo ambiental⁵³.

Sobre los argumentos del administrado

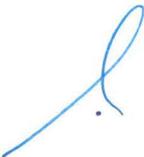
63. En su recurso de apelación, Engie no discute la obligación contenida en la medida correctiva impuesta. El administrado se limita a cuestionar la calificación de esta medida como correctiva, pues, según afirma, este tipo de medidas son dictadas cuando la conducta infractora ha producido un efecto nocivo en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.
64. Para Engie, la medida administrativa debería llamarse “medida adicional” o simplemente “medida administrativa”, a fin de no confundir conceptos cuando se trata de hechos que sí han impactado en el ambiente.
65. Al respecto, debemos señalar que, dentro del marco de un procedimiento administrativo sancionador llevado a cabo ante el OEFA, se puede dictar solo dos tipos de medidas administrativas⁵⁴: (i) medidas cautelares: que son disposiciones orientadas a asegurar la eficacia de la resolución final y evitar daños ambientales irreparable; y (ii) medidas correctivas: que, según se ha explicado, son disposiciones contenidas en la Resolución Final dictada por la DFAI, a través de las cuales se impone al administrado una obligación para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

⁵³ Criterio seguido por este tribunal en anteriores pronunciamientos, como, por ejemplo, en la Resolución N° 051-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 18 de octubre de 2017, así como en la Resolución N° 392-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 19 de noviembre de 2018.

⁵⁴ **Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 027-2017-OEFA-CD**, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de octubre de 2017

TÍTULO IV
MEDIDAS ADMINISTRATIVAS
Capítulo I
Medidas Cautelares
Artículo 15°.- Alcance
15.1 Las medidas cautelares son disposiciones a través de las cuales se impone al administrado una orden para prevenir un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas, ante la detección de la comisión de una presunta infracción (...)

Capítulo II
Medidas correctivas
Artículo 18.- Alcance
Las medidas correctivas son disposiciones contenidas en la Resolución Final, a través de las cuales se impone al administrado una orden para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas (...).

- 
- 
- 
66. De lo anterior se advierte que, conforme al marco legal vigente, en un procedimiento administrativo el OEFA solo puede imponer dos (2) tipos de medidas administrativas: cautelares y correctivas; de ahí, que no resulte viable imponer “medidas adicionales” como solicita Engie.
67. Por otro lado, respecto a lo manifestado por el administrado —que no procede imponer medidas correctivas pues estas son dictadas cuando la conducta infractora ha producido un efecto nocivo—, se ha explicado en la presente Resolución que dichas medidas no solo son dictadas ante la verificación de un efecto nocivo concreto. Una medida correctiva también puede ser impuesta ante la posibilidad de afectación al ambiente, una vez determinada la responsabilidad del administrado por la comisión de una conducta infractora que ha generado un riesgo ambiental, es decir, un daño potencial⁵⁵.
68. En el presente caso, se ha determinado que, producto del incumplimiento de Engie, existe un daño potencial que necesita ser revertido. En ese sentido, esta Sala considera que la medida correctiva impuesta a Engie resulta razonable con relación a dicho incumplimiento.
69. Según se ha establecido en el procedimiento, Engie ha incumplido con su compromiso de realizar un correcto y estricto programa de vigilancia ambiental durante el funcionamiento de la desaladora; por tanto, resulta razonable que se imponga como medida correctiva que el administrado acredite: (i) la realización del programa de vigilancia ambiental durante el funcionamiento de la desaladora, con una frecuencia trimestral y presentación del informe anual, para el cuarto trimestre del año 2018; y (ii) la realización del programa de vigilancia ambiental durante el funcionamiento de la desaladora, con una frecuencia trimestral y presentación del informe de manera anual, para el periodo correspondiente al año 2019.
70. Sobre lo anterior, se considera pertinente reiterar que, en su recurso de apelación, el administrado no ha discutido la razonabilidad del contenido de la citada medida⁵⁶, sino únicamente la variación de la calificación como medida correctiva; sin embargo, según se ha explicado, este pedido no resulta legalmente viable.
71. Por lo tanto, en atención a los fundamentos expuestos en los considerandos de la presente Resolución, se confirma el extremo de la Resolución Directoral referido a la medida correctiva.

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización

⁵⁵ Para que se configure un daño potencial, basta que se produzca el riesgo de un impacto negativo a la flora o fauna, caso contrario a lo que ocurre con el daño real, en el cual sí se produce un impacto negativo. Criterio adoptado por el Tribunal de Fiscalización del OEFA en la Resolución N° 208-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 24 de julio de 2018 (numeral 61).

⁵⁶ Por el contrario, en el recurso de apelación Engie “señala que dará cumplimiento a la medida administrativa señalada en la Resolución Impugnada” (folio 151).

Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la Resolución Directoral N° 2337-2018-OEFA/DFAI del 28 de setiembre de 2018, que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Engie Energía Perú S.A. por la comisión de la conducta infractora descrita en el Cuadro N° 1 de la presente Resolución, así como la medida correctiva detallada en el Cuadro N° 2, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO. - Notificar la presente resolución a Engie Energía Perú S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos del OEFA, para los fines correspondientes.

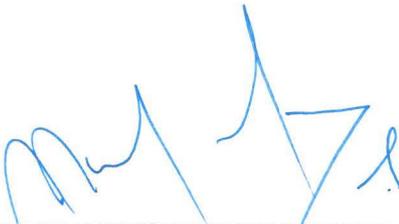
Regístrese y comuníquese



.....
RAFAEL MAURICIO RAMÍREZ ARROYO
Presidente
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental



CARLA LORENA PEGORARI RODRÍGUEZ
Vocal
**Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera**
Tribunal de Fiscalización Ambiental



MARCOS MARTIN YUI PUNIN
Vocal
**Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera**
Tribunal de Fiscalización Ambiental

Cabe señalar que la presente página forma parte integral de la Resolución N° 464-2018-TFA-SMEPIM, la cual tiene 23 páginas.