

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 065-2013-OEFA/TFA

Lima, 12 MAR. 2013

VISTOS:

El Expediente N° 2010-071¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por ELECTRICIDAD DEL PERU S.A.² (en adelante, ELECTROPERU) contra la Resolución Directoral N° 316-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de octubre de 2012 y el Informe N° 070-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 08 de marzo de 2013; y,

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 316-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de octubre de 2012 (Fojas 188 a 200), notificada con fecha 04 de octubre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a ELECTROPERU una multa de ciento cuarenta y cinco con noventa y siete centésimas (145.97) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir el Plan de Manejo Ambiental de Centrales Térmicas para la capacidad adicional de generación del Sistema Eléctrico	Literal k) del artículo 42° del Decreto Supremo N° 029-94-EM ³	Numeral 3.20 del Anexo N° 3 de la Resolución N° 028-2003-	136.98 UIT

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión de fecha 19 y 20 de marzo de 2010, llevada a cabo en las instalaciones de la Central Térmica de Emergencia Trujillo, ubicada en el distrito La Esperanza, provincia de Trujillo y departamento de La Libertad, de titularidad de ELECTRICIDAD DEL PERU S.A., contenidos en el Informe Técnico N° GFE-USMA-903-2010 de fecha 14 de abril de 2010 y Acta de Supervisión N° F7-GFE-USMA-PE-01 de fecha 14 de marzo de 2008 (Fojas 001 a 020).

² ELECTRICIDAD DEL PERU S.A.- ELECTROPERU identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20100027705.

³ DECRETO SUPREMO N° 29-94-EM. REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LAS ACTIVIDADES ELÉCTRICAS.

<p>Interconectado Nacional de la Subestación Trujillo Norte" aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE, por cuanto:</p> <p>a) El almacén de residuos peligrosos no cuenta con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados y se encuentra a la intemperie</p> <p>b) No se ha implementado el sumidero de contingencia en el lugar donde los camiones cisterna se ubican para la descarga de combustible</p> <p>c) Las chimeneas no han sido diseñadas conforme a los resultados obtenidos en el modelamiento atmosférico, el cual señaló la implementación de 8 chimeneas de 1,1 metros de diámetro y 12 metros de altura</p> <p>d) No se efectúa el monitoreo continuo de emisiones de óxido de nitrógenos (NOx)</p>	<p>Artículo 40° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM⁴</p> <p>Literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844⁵</p>	<p>OS/CD⁶</p>	
<p>Ejecutar actividades diferentes a las contenidas en el Plan de Manejo Ambiental de Centrales</p>	<p>Literal h) del artículo 31° del Decreto Ley N°</p>		<p>8.99 UIT</p>

Artículo 42°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones y aquéllos que tengan Proyectos Eléctricos en operación, deberán cumplir con las siguientes prescripciones:

k. Desarrollar planes de contingencia para el depósito y limpieza de derrames de combustible, materiales tóxicos y otros materiales peligrosos como parte de EIA y/o PAMA's. Los desechos peligrosos serán almacenados adecuadamente de manera que se proteja la salud de los trabajadores y se prevenga el impacto adverso sobre el ambiente.

⁴ **DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM. REGLAMENTO DE LA LEY DE RESIDUOS SÓLIDOS.**

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

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

3. Contar con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados;

⁵ **DECRETO LEY N° 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**

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

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

⁶ **RESOLUCIÓN N° 028-2003-OS/CD. TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE OSINERG.**

ANEXO 3 - MULTAS POR INCUMPLIMIENTO A LA NORMATIVIDAD EN EL SECTOR ELÉCTRICO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.

Infracción	Base Normativa	Sanción Pecuniaria
<p>3.20. Cuando el titular de la concesión o autorización no cumpla con las disposiciones ambientales contempladas en la Ley y el Reglamento o las normas emitidas por la DGAA y OSINERG</p>	<p>Art. 31° inc. h) de la Ley. Art. 3° del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. 029-94-EM</p>	<p>De 1 a 1000 UIT</p>

Térmicas para la capacidad adicional de generación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional de la Subestación Trujillo Norte" aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE sin la previa modificación correspondiente, esto es no haber adecuado dicho Plan de Manejo Ambiental.	25844		
MULTA TOTAL			145.97 UIT⁷

2. Con escrito de registro N° 023062 presentado con fecha 26 de octubre de 2012 (Fojas 202 a 237), ELECTROPERU interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 316-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de octubre de 2012, en atención a los siguientes fundamentos:

a) Respecto a las infracciones que se indican:

- El almacén de residuos peligrosos no cuenta con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados y además se encuentra a la intemperie.
- No se ha implementado el sumidero de contingencia en el lugar donde los camiones cisterna se ubican para la descarga de combustible.

Tales infracciones fueron subsanadas inmediatamente después de detectadas, lo cual debió considerarse para reducir el monto de la multa impuesta a mérito del artículo 13° de la Resolución N° 233-2009-OS/CD que dispone tomar en cuenta la subsanación voluntaria como criterio de graduación de la multa.

- b) Respecto de la supuesta infracción referida a que las chimeneas no fueron diseñadas conforme a los resultados del modelamiento atmosférico del Plan de Manejo Ambiental (PMA), debe considerarse que dichos resultados se basan en una información errónea respecto al nivel de emisiones que fue proporcionada por el fabricante, quien la corrigió poco tiempo después.
- c) Durante la vigencia del Decreto de Urgencia N° 109-2009, ELECTROPERU ha solicitado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (en adelante DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas, la modificación del Plan de Manejo Ambiental (PMA), para la adecuación del compromiso establecido referido a la altura de la chimenea, teniendo en cuenta las nuevas simulaciones realizadas por la empresa CESEL S.A. con los reportes de los monitoreos ambientales reales. Sin embargo, dicha modificación ha sido denegada por la DGAAE del MEM, al haberse ya ejecutado la modificación del proyecto en mención y porque no se ha producido daño ambiental alguno.

⁷ Para la determinación y graduación de la multa impuesta, la resolución recurrida se sustentó en el Informe N° 061-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de setiembre de 2012, elaborado por la Sub Dirección de Sanción e Incentivos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (Fojas 174 a 185).

- d) El Informe N° 192-2010-MEM-AAE-NAE/KPV señala que el Decreto de Urgencia N° 109-2009 invocado por ELECTROPERU no le es aplicable por cuanto la empresa, con los equipos instalados y las chimeneas construidas de seis (06) metros de altura, cumple con los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) establecidos en el Decreto Supremo N° 074-2001-PCM, por lo que la elevación de las chimeneas era innecesaria.
- e) ELECTROPERU ratifica lo expuesto en las comunicaciones y escritos presentados ante la DGAAE en el sentido que no se ha modificado el proyecto respecto a la altura de la chimenea, siendo que los equipos fueron instalados desde su montaje con las chimeneas diseñadas y recomendadas por el fabricante, conforme consta en las figuras 1, 2 y 3 del presente recurso, y que durante la operación comercial no se han superado los ECA y no se ha causado daño ni perjuicio alguno.
- f) La configuración propuesta en el PMA acerca de conectar las chimeneas cada 05 generadores y elevar una chimenea de 12 metros, no era técnicamente viable por la contrapresión que se produciría en cada grupo generador, lo que podría causar una grave falla en el equipo y por ende la indisponibilidad definitiva de la Central Térmica.
- g) No se ha evidenciado que la imputación por no efectuar el monitoreo continuo de emisiones de óxido de nitrógeno, haya generado algún daño ambiental, pues en los reportes trimestrales de monitoreo ambiental presentados en cumplimiento del PMA a la DGAAE durante toda la fase de operación de la CTE Trujillo 60 Mw, se acredita que los ECA fueron cumplidos.
- h) ELECTROPERU y su contratista a cargo de la operación de la CTE, APR ENERGY LLC SUCURSAL DEL PERU, presentaron los respectivos descargos a la observación realizada por OSINERGMIN con ocasión de la supervisión efectuada, en el sentido que los Informes Técnicos N° APR-002-2010 y N° APR-004-2010 mostraron de modo fundamentado que lo propuesto en el PMA acerca de efectuar el monitoreo continuo de emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) era confuso. Al respecto:

- Para el parámetro NOx, el periodo de muestreo es anual (promedio aritmético anual) y 1 hora (NE⁸ más de 24 veces al año), no existiendo norma de referencia que establezca un periodo de muestreo de 24 horas continuas, tal como señala el PMA.
- La tecnología a ser utilizada en el monitoreo de NOx (Quimiluminiscencia) es normalmente aplicable para estudios de medición de calidad de aire, no para mediciones directas de emisiones gaseosas en las chimeneas de los equipos, por lo cual la observación de OSINERGMIN se contradice al entender el monitoreo continuo de NOx como aplicable al monitoreo de emisiones gaseosas.

⁸ NE: No exceder.

- La interpretación de que la emisión continua de NOx corresponde al monitoreo de "emisiones gaseosas", implicaría el monitoreo continuo en cada chimenea de los cuarenta (40) generadores, lo cual es desproporcional a las características operacionales de la Central Térmica de Emergencia (CTE) Trujillo, teniendo en cuenta la temporalidad, emergencia y frecuencia de la operación.
- El compromiso del monitoreo continuo de NOx se enmarca en el ítem 1.4.1 Calidad de Aire, y no en el ítem 1.4.2 Emisiones Gaseosas del PMA.
- El requerimiento del monitoreo continuo de NOx no es compatible con la frecuencia de operación de la CTE Trujillo, que no es de veinticuatro (24) horas de operación continua.

Ante ello, se considera conveniente una metodología distinta para el cumplimiento del monitoreo continuo del parámetro NOx establecido en el PMA respecto a Calidad de Aire.

- i) El monitoreo continuo de NOx sí se ejecutó desde mayo de 2010 hasta noviembre de 2011, pues en los meses de diciembre de 2011 y enero de 2012 no hubo programa de generación para la CTE.
 - j) En la recurrida no se explica claramente por qué la interpretación del PMA propuesta no es correcta ni por qué el monitoreo efectuado por ELECTROPERU no es correcto.
 - k) No existe impedimento para que los titulares de las actividades eléctricas puedan implementar medidas adicionales y/o mayores a las previstas en el PMA, no existiendo norma legal que obligue a solicitar una modificación del PMA para efectuar las mismas.
 - l) Se ha vulnerado los Principios de Legalidad y Tipicidad toda vez que se establecieron medidas adicionales al PMA para mitigar el impacto sonoro de las actividades de ELECTROPERU, a solicitud de la Municipalidad Distrital de La Esperanza, las cuales no pueden ser imputadas como infracción por incumplimiento al numeral 3.20 de la Escala de Infracciones aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD.
 - m) Se ha vulnerado el Debido Procedimiento pues no se ha emitido la comunicación previa que señale la intención de sancionar a ELECTROPERU por haber ejecutado actividades diferentes a las previstas en el PMA, motivo por el cual no se ha dado la oportunidad de presentar los descargos respectivos, tal como señala el numeral 3.2.1 de la resolución recurrida.
3. Asimismo, cabe agregar que mediante segundo otrosí del escrito de registro N° 023062 presentado con fecha 26 de octubre de 2012 (Foja 217), ELECTROPERÚ solicitó el uso de la palabra, el cual fue concedido mediante Carta N° 020-2013-OEFA/TFA de fecha 14 de febrero de 2013 (Foja 251), llevándose a cabo el 26 de febrero de 2013, conforme se acredita en el Acta de Audiencia de Informe Oral obrante en el expediente (Fojas 260 y 261).

Competencia

4. 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 Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁹.
5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 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 temas ambientales¹⁰.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en el tema ambiental serán asumidas por el OEFA¹¹.
7. 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,

⁹ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
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. (...)

¹⁰ 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.

¹¹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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. (...)

se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos y electricidad del OSINERGMIN al OEFA, el 04 de marzo de 2011.

8. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA-CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA¹².

Norma procedimental aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta 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 intervinientes¹³.

¹² 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.

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 administrativa 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:

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

RESOLUCIÓN 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.

¹³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

10. A la fecha de inicio del presente procedimiento, se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD; siendo aplicable posteriormente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012¹⁴.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

11. 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 ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares de actividades energéticas.

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 “el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁵.

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 siguiente¹⁶:

“(…) 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 naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un

puebas 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.

¹⁴ RESOLUCION N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACION Y FISCALIZACION AMBIENTAL- OEFA. Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

¹⁶ La sentencia emitida en el Expediente 0048-2004-AI, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (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 otros¹⁷.

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 por¹⁸:

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

¹⁷ 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.

¹⁸ La sentencia emitida en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

En ese sentido, la primera manifestación implica que toda intervención del ser humano en el ambiente no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación existente entre los elementos que lo integran, de modo tal que éste conserve características adecuadas para el desarrollo de la persona y su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Por su parte, en la segunda acepción el derecho a la preservación del ambiente entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; obligaciones que alcanzan también a los particulares, sobre todo a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración toda vez 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 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 ‘ambiente’ respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas las actividades eléctricas, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre el incumplimiento de los compromisos establecidos en el Plan de Manejo Ambiental

12. Respecto a lo alegado en los literales a) al j) del considerando 2 de la presente Resolución, cabe indicar que de acuerdo al Decreto de Urgencia N° 037-2008, se establecieron disposiciones necesarias para asegurar, en el corto plazo, el abastecimiento oportuno de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional- SEIN, estableciendo en el literal a) de los sub numerales

8.1 y 8.2 del artículo 8° que, como instrumento de gestión ambiental, se deberá presentar el Plan de Manejo Ambiental por parte del titular de la actividad de electricidad en el caso de alguna congestión o restricción temporal declarada por el Ministerio de Energía y Minas¹⁹.

Además, el Anexo 1 del Decreto de Urgencia N° 037-2008 establece que el Plan de Manejo Ambiental para Congestionamientos y Restricciones Temporales declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, contendrá entre otros:

- VI. Programa de Monitoreo del Proyecto, Obra o Actividad.

¹⁹ DECRETO DE URGENCIA N° 037-2008. SE DICTAN MEDIDAS NECESARIAS PARA ASEGURAR EL ABASTECIMIENTO OPORTUNO DE ENERGÍA ELÉCTRICA AL SISTEMA ELÉCTRICO INTERCONECTADO NACIONAL (SEIN).

Artículo 8°.- Aspectos ambientales aplicables en situaciones de congestión

8.1 En el caso de alguna congestión declarada por el Ministerio de Energía y Minas que afecte el suministro de gas natural, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) El titular de la Actividad de Hidrocarburos presentará un Plan de Manejo Ambiental (PMA) a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas antes de iniciar cualquier actividad (es) destinada (s) a implementar las acciones necesarias a fin de superar la congestión presentada. Asimismo, el PMA deberá ser presentado a la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional correspondiente, a la Municipalidad Provincial y Distrital del lugar y Comunidades del Área de Influencia Directa donde se ejecutarán la (s) actividad (es) destinada a superar la congestión.
- b) La Dirección General de Hidrocarburos (DGH) calificará si la actividad propuesta por el titular, se enmarca en la contingencia declarada, en un plazo de dos (02) días.
- c) El contenido del Plan de Manejo Ambiental (PMA) para congestiones declaradas por el Ministerio de Energía y Minas será de acuerdo a lo especificado en el Anexo 01, el cual forma parte integrante del presente Decreto de Urgencia.
- d) La DGAAE evaluará, y de ser procedente aprobará, el Plan de Manejo Ambiental (PMA) para congestiones declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, en un plazo de quince (15) días calendario y el Titular del Proyecto tendrá cinco (5) días calendario para el levantamiento de las observaciones, de ser el caso.
- e) El proceso de participación ciudadana para el PMA para congestiones declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, se dará a través de avisos publicados en el Diario Oficial El Peruano y otro de mayor circulación de la zona, de acuerdo al formato proporcionado por la DGAAE, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la presentación del PMA en el Ministerio de Energía y Minas; y a través de cuatro (4) anuncios diarios en medios radiales y televisivos de mayor sintonía de la zona durante 5 días después de publicado los avisos en los diarios. Los mencionados avisos deben precisar los lugares en que el PMA se encuentra a disposición de los interesados para su información y señalar que las observaciones y/o sugerencias sobre el PMA se remitan a la DGAAE en un plazo de tres (3) días calendario.

8.2 En el caso de alguna restricción temporal declarada por el Ministerio de Energía y Minas que afecte el suministro de electricidad, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) El titular de la Actividad de Electricidad presentará un Plan de Manejo Ambiental (PMA) a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas antes de iniciar cualquier actividad (es) destinada (s) a implementar las acciones necesarias a fin de superar la restricción temporal presentada. Asimismo, el PMA deberá ser presentado a la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional correspondiente, a la Municipalidad Provincial y Distrital del lugar y Comunidades del Área de Influencia Directa donde se ejecutarán la (s) actividad (es) destinada a superar la restricción temporal.
- b) La Dirección General de Electricidad (DGE) calificará si la actividad propuesta por el titular, se enmarca en la restricción temporal declarada, en un plazo de dos (02) días.
- c) El contenido del Plan de Manejo Ambiental (PMA) para restricciones temporales declaradas por el Ministerio de Energía y Minas será de acuerdo a lo especificado en el Anexo 01, el cual forma parte integrante del presente Decreto de Urgencia.
- d) La DGAAE evaluará y de ser procedente aprobará el Plan de Manejo Ambiental (PMA) para restricciones temporales declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, en un plazo de quince (15) días calendario y el Titular del Proyecto tendrá cinco (5) días calendario para el levantamiento de las observaciones, de ser el caso.
- e) El proceso de participación ciudadana para el PMA para las restricciones temporales declaradas por el Ministerio de Energía y Minas, se dará a través de avisos publicados en el Diario Oficial El Peruano y otro de mayor circulación de la zona, de acuerdo al formato proporcionado por la DGAAE, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la presentación del PMA en el Ministerio de Energía y Minas; y a través de cuatro (4) anuncios diarios en medios radiales y televisivos de mayor sintonía de la zona durante 5 días después de publicado los avisos en los diarios. Los mencionados avisos deben precisar los lugares en que el PMA se encuentra a disposición de los interesados para su información y señalar que las observaciones y/o sugerencias se remitan a la DGAAE en un plazo de tres (3) días calendario.

Para verificar el cumplimiento de los estándares de calidad ambiental establecidos en las normas vigentes.

Evaluar mediante indicadores de desempeño ambiental previsto del proyecto, obra o actividad, la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo ambiental adoptadas y la pertinencia de medidas correctivas necesarias y aplicables en cada caso en particular.

- IX. Medidas de Prevención, Mitigación, Corrección y Compensación de Impactos Ambientales Negativos

Los impactos que pueda ocasionar el proyecto al ambiente en las fases de construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación del proyecto o actividad.

En atención a las consideraciones expuestas, es válido concluir que el incumplimiento de cada compromiso, obligación o medida prevista en el PMA aprobado, por inexecución total, parcial o distinta a la forma, modo y/o plazo previstos para su ejecución, constituye infracción sancionable por la autoridad fiscalizadora, de acuerdo a la normativa sancionadora vigente.

De otro lado, cabe precisar que de acuerdo al literal d) del artículo 11° de la Ley N° 29325, la función fiscalizadora y sancionadora correspondiente a este Organismo Técnico Especializado le autoriza a investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de las denominadas obligaciones ambientales fiscalizables derivadas de la legislación ambiental, instrumentos de gestión ambiental así como los mandatos y disposiciones emitidas en el marco de sus atribuciones²⁰.

Por tal motivo, a efectos de fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, corresponde identificar las medidas, obligaciones o compromisos específicos, así como la forma, modo y/o plazo de ejecución y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental aprobado por la autoridad sectorial competente, a efectos de determinar si los hechos verificados durante las acciones de supervisión constituyen incumplimiento o no de las obligaciones asumidas por el titular del proyecto supervisado.

Sobre el particular, considerando que las infracciones materia de cuestionamiento por parte de ELECTROPERU se refieren al incumplimiento del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, del Decreto Supremo N° 29-94-EM y al Plan de Manejo Ambiental (PMA) de Centrales Térmicas para la Capacidad Adicional de Generación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional de la Subestación

²⁰ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL 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.

Cabe agregar que en reiterados pronunciamientos, este Tribunal Administrativo ha señalado que las "obligaciones ambientales fiscalizables" son aquellas obligaciones exigibles a las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA, cuyo incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas restrictivas de sus derechos.

Trujillo Norte aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE del 15 de mayo de 2009 (PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE), corresponde realizar un análisis conjunto sobre el contenido de los compromisos y la configuración de los hechos que sustentaron su incumplimiento.

i. **Respecto del almacén de residuos peligrosos y el sumidero de contingencia:**

Al respecto, el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, señala lo siguiente:

7.9 PROGRAMA DE MANEJO DE RESIDUOS SOLIDOS

7.9.3 Metodología

E. Almacenamiento Central

(...)

*"El área de almacenamiento es el lugar de contención temporal de residuos donde los residuos están a la espera de ser reciclados, tratados o llevados para su disposición final en un relleno sanitario. Esta área debe estar aislada y señalizada. **Debe ser cubierta, cerrada y ventilada** (...)*

*La instalación para almacenamiento temporal de residuos peligrosos tendrá piso de hormigón y una barrera continua de hormigón de aproximadamente 15 cm. de altura alrededor del perímetro del piso, **una canaleta de recolección de posibles derrames de líquido y/o agua y un sumidero de capacidad adecuada para el almacenamiento de estos líquidos.***

El lugar de almacenamiento tendrá un techo para proteger los tambores de la intemperie, tendrá iluminación y ventilación adecuada y contará con elementos de lucha contra incendios. (lo resaltado en negrita es nuestro)

Además, el inciso k del artículo 42° del Decreto Supremo N° 29-94-EM establece que aquellos que tengan proyectos eléctricos en operación deberán desarrollar planes de contingencia para el depósito y limpieza de derrames de combustible, materiales tóxicos y materiales peligrosos.

Por su lado, el artículo 40° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM establece que el almacenamiento central para residuos peligrosos debe estar cerrado y cercado y que debe reunir algunas condiciones tales como contar con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados.

Sobre el particular, el Informe Técnico N° GFE-USMA-903-2010, elaborado con ocasión de la supervisión realizada en las instalaciones de la Central Térmica de Emergencias (CTE) de Trujillo, llevada a cabo los días 19 y 20 de marzo de 2010, señala (Foja 18):

5. Observaciones Ambientales

1. ELECTROPERU S.A. no ha cumplido los compromisos establecidos en el PMA de la CTE Trujillo aprobado con R.D. N° 169-2009-MEM/AAE, tales como:



- a) El almacén de residuos peligrosos no cuenta con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados y se encuentran a la intemperie.**
b) No se ha implementado el sumidero de Contingencia en el lugar donde los camiones cisterna se ubican para la descarga de combustible.” (Lo resaltado en negrita es nuestro)

De este modo, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en este extremo, toda vez que por disposición del numeral 22.5 del artículo 22° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD²¹, la información contenida en los Informes de Supervisión se presume cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió.

Al respecto, ELECTROPERU alega que las infracciones imputadas fueron subsanadas inmediatamente después de detectadas, lo cual debió considerarse para reducir el monto de la multa impuesta a mérito del artículo 13° de la Resolución N° 233-2009-OS/CD, el cual dispone considerar la subsanación voluntaria como criterio de graduación de la multa.

Sobre el particular, cabe mencionar que el sub numeral 13.3.3 del numeral 13.3 del artículo 13° de la Resolución N° 233-2009-OS/CD²² establece que el órgano sancionador podrá considerar la subsanación voluntaria del acto imputado como criterio complementario para la graduación de la multa, cuando ésta se efectúa hasta antes del vencimiento del plazo para efectuar descargos.

En el caso particular, mediante el Oficio N° 2456-2010-OS-GFE de fecha 03 de mayo de 2010 notificado con fecha 07 de mayo de 2010 (Fojas 22 a 24), se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, otorgando quince (15) días hábiles para presentar sus descargos, plazo que venció el 28 de mayo de 2010.

Sin embargo, ELECTROPERU ha informado que la finalización de los trabajos fue el 30 de junio de 2010, con lo que se acredita que la subsanación no se efectuó hasta el vencimiento de plazo para efectuar los descargos.

²¹ RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA Y MINERIA OSINERGMIN N° 233-2009-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN.

Artículo 22°.- Inicio del Procedimiento

22.5. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

(...)

²² RESOLUCIÓN N° 233-2009-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 13°.- Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción

13.3 El Órgano Sancionador podrá establecer criterios complementarios para la graduación, los que serán debidamente sustentados al caso específico, pudiendo considerarse entre ellos:

13.3.3. La subsanación voluntaria del acto u omisión constitutivo de la infracción administrativa, la reparación del daño o realización de medidas correctivas y urgentes, o la subsanación de irregularidades en que se hubiere incurrido, realizadas hasta antes de vencido el plazo para presentar descargos.

ii. **Respecto del diseño de las chimeneas:**

Del levantamiento de observaciones formuladas al PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, mediante Informe N° 022-2009-MEM/JCRA-JOCW de fecha 21 de abril de 2009, se señala lo siguiente:

7.14 Programa de control de Emisiones Atmosféricas

7.14.3 Metodología

Medidas Mitigadoras

Para las emisiones de los Generadores

Se debe tomar en cuenta las estimaciones según el Modelamiento de la altura de la chimenea. El sistema de control de las emisiones deberá ser operado y calibrado en base a las recomendaciones de la Guía Sectorial del Ministerio de Energía y Minas, como referencia las Guías de la EPA. Los problemas serios de operación y calibración serán revisados conjuntamente con el MEM. (...)

Se recomienda la agrupación de generadores de 4 – 5 en una chimenea, en ese sentido se ha considerado la instalación de 08 chimeneas.(...)

Observación 19:

Mencionar el ancho o diámetro de las chimeneas a construir

Respuesta:

De acuerdo a los resultados obtenidos en el modelamiento atmosférico se ha recomendado 8 chimeneas de 1.1 m. de diámetro de un alto efectivo de 12 m. (lo resaltado en negrita es nuestro)

En este contexto, se acredita que ELECTROPERU debía contar con ocho (8) chimeneas de un alto efectivo de doce (12) metros.

Sobre el particular, corresponde precisar que el Informe Técnico N° GFE-USMA-903-2010, elaborado con ocasión de la supervisión realizada en las instalaciones de la Central Térmica de Emergencias de Trujillo, llevada a cabo los días 19 y 20 de marzo de 2010, señala (Foja 18):

“5. Observaciones Ambientales

1. ELECTROPERU S.A. no ha cumplido los compromisos establecidos en el PMA de la CTE Trujillo aprobado con R.D. N° 169-2009-MEM/AAE, tales como:

c) Las chimeneas no han sido diseñadas conforme a los resultados obtenidos en el modelamiento atmosférico, el cual recomendó 8 chimeneas de 1,1 m de diámetro y 12 m de altura (respuesta a observación 19).”

De este modo, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en este extremo, toda vez que por disposición del numeral 22.5 del artículo 22° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se presume cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió.

Sin embargo, ELECTROPERU alega que durante la vigencia del Decreto de Urgencia N° 109-2009, solicitó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas, la modificación del PMA, para la adecuación del compromiso establecido referido a la altura de la chimenea, teniendo en cuenta las nuevas simulaciones realizadas por la empresa CESEL S.A. con los reportes de los monitoreos ambientales reales. Sin embargo, dicha modificación fue denegada por la DGAAE del Ministerio de Energía y Minas.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 109-2009²³ establece que el generador que opere plantas o centrales instaladas al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008 tendrá un plazo de ciento veinte (120) días para adecuar sus instrumentos de gestión ambiental, a efectos de minimizar el impacto causado por la operación de dichas centrales.

Sin embargo, está acreditado que mediante Carta G-196-2010 de fecha 24 de febrero de 2010 (Foja 212) ELECTROPERU solicitó la modificación del PMA solo en el extremo referido a la altura de la chimenea, mas no la adecuación del mismo en virtud del Decreto de Urgencia N° 109-2009.

Así, mediante Resolución Directoral N°190-2012-MEM/AAE de fecha 21 de mayo de 2010 (fojas 206 y 207) se declara INFUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por ELECTROPERU contra el Oficio N° 616-2010-MEM/AAE de fecha 12 de marzo de 2010 que remite el Informe N° 111-2010-MEM-AAE-NAE/KPV (Foja 210), el cual concluye que no procede la modificación del Plan de Manejo Ambiental solicitada, ni aprobar un Instrumento de Gestión Ambiental, dado que las modificaciones efectuadas al mismo ya fueron ejecutadas sin contar con la aprobación de la DGAAE.

Por lo demás, respecto a lo alegado por ELECTROPERU en el sentido que la modificación del PMA habría sido denegada por la DGAAE debido a la inexistencia de daño ambiental, cabe precisar que ello no es exacto, dado que la determinación de la existencia o no de daño ambiental es competencia de la entidad fiscalizadora, y no una atribución del apelante.

Siendo ello así, el compromiso fiscalizable por la autoridad fiscalizadora es el que figura en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, el mismo que se ha incumplido.

Además, se acredita el incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 109-2009, al no haberse adecuado o actualizado el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE.

²³ DECRETO DE URGENCIA N° 109-2009. DICTAN DISPOSICIONES PARA FACILITAR LA EXPORTACION TEMPORAL DE ELECTRICIDAD Y REDUCIR CARGOS A LOS USUARIOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD.

Artículo 6°.- Adecuación de instrumentos de gestión ambiental

El Generador que opere plantas o centrales instaladas al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008, tendrá, sin perjuicio de su entrada en operación, un plazo de ciento veinte (120) días contados a partir del día siguiente de la entrada en vigencia de la presente norma, para adecuar sus instrumentos de gestión ambiental, a efectos de minimizar el impacto causado por la operación de dichas centrales y/o evitar que se excedan los Estándares de Calidad Ambiental.

Por otro lado, la recurrente alega que el Informe N° 192-2010-MEM-AAE-NAE/KPV señala que el Decreto de Urgencia N° 109-2009, invocado por ELECTROPERU no le es aplicable por cuanto cumple con los Estándares de Calidad Ambiental establecidos por el Decreto Supremo N° 074-2001-PCM, teniendo en cuenta los equipos instalados y las chimeneas construidas de seis (6) metros de altura, siendo que la elevación de las chimeneas es innecesaria.

Al respecto, cabe señalar que el Informe N° 192-2010-MEM-AAE-NAE/KPV de fecha 19 de mayo de 2010 (Fojas 202 a 206) que evaluó la solicitud de modificación del PMA referido, es un acto no vinculante, de conformidad con el numeral 171.2 del artículo 171° de la Ley N° 27444²⁴, según el cual los dictámenes e informes se presumen facultativos y no vinculantes, con aquellas excepciones previstas en la Ley.

Con relación a los informes facultativos, MORÓN URBINA plantea que de acuerdo a los efectos derivados del contenido de los informes, éstos pueden clasificarse en vinculantes y no vinculantes²⁵. Al respecto, señala:

“Como principio, la autoridad no se encuentra sujeta a las conclusiones o recomendaciones contenidas en el informe que se solicitó. El rol asesor del informe se mantiene en su propia esencia de servir de orientación al instructor pero no le impone una decisión o le sustituye en el juicio. En este lugar conocemos a los informes no vinculantes que no obligan a ser observados por las instancias consultantes, quienes mantienen discrecionalidad para, bajo su responsabilidad, seguir o apartarse del parecer contenido en el informe con una motivación expresa y suficiente (...)”

Por su parte, el numeral 1.2.1 del artículo 1° de la Ley N° 27444²⁶, establece que no constituyen actos administrativos los actos de administración interna destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios; los cuales, según AGUSTÍN GORDILLO, contienen opiniones de los funcionarios y no generan efectos jurídicos²⁷.





²⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 171°.- Presunción de la calidad de los informes

171.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.

²⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 8° edición, 2009. p. 498

²⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 10°.- Concepto de acto administrativo

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

²⁷ GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. El Acto Administrativo. Tomo III. Novena Edición. Buenos Aires. F.D.A. 2007. Página III.2.

Siendo así, el Informe N° 192-2010-MEM-AAE-NAE/KPV no genera efectos jurídicos para el administrado y no tiene la naturaleza de un acto administrativo, razón por la cual este Colegiado no se encuentra obligado a seguir su contenido.

Además, ELECTROPERU alega que no se ha modificado el proyecto respecto a la altura de la chimenea, siendo que los equipos fueron instalados desde su montaje con las chimeneas diseñadas y recomendadas por el fabricante, lo que pretende acreditar con las vistas fotográficas de las figuras 1, 2 y 3 del recurso presentado (Fojas 231 y 232), y que durante la operación comercial no se han superado los ECA y no se ha causado daño ni perjuicio alguno.

Al respecto, cabe señalar que lo alegado por la apelante no se encuentra plasmado en el compromiso descrito en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, el mismo que no alude a recomendación alguna del fabricante, siendo que los medios probatorios invocados muestran la llegada de un generador a la CTE Trujillo (Figura 1), la instalación de una chimenea con seis (06) metros de altura (Figura 2) y la vista de una chimenea con seis (06) metros de altura (Figura 3), lo que no desvirtúa el compromiso del PMA de que la altura de las chimeneas deba ser de doce (12) metros de altura, y por el contrario acredita el incumplimiento del mismo.

Por lo demás, no es materia de imputación el incumplimiento de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) o haber ocasionado algún daño, sino que la imputación es incumplir el compromiso establecido en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, el mismo que no se adecuó de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 109-2009.

Finalmente, ELECTROPERU alega que la configuración propuesta en el PMA de conectar las chimeneas, cada 05 generadores y elevar una chimenea de 12 metros, no era técnicamente viable por la contrapresión que se produciría en cada grupo generador, causando una grave falla en el equipo y por ende la indisponibilidad definitiva de la Central Térmica.

Al respecto, no corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la viabilidad técnica de la configuración del sistema de control de emisiones propuesta por ELECTROPERU para el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, el mismo que corresponde ser evaluado y autorizado en su oportunidad por la autoridad competente.

iii. **Respecto del monitoreo continuo de emisiones de óxido de nitrógeno:**

En el levantamiento de observaciones formuladas al PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, mediante Informe N° 022-2009-MEM/JCRA-JOCW de fecha 21 de abril de 2009, se señala lo siguiente:

8.5 Monitoreo durante la etapa de Operación y Mantenimiento

A. Calidad de Aire

Descripción de los Métodos de Muestreo y Análisis a emplear

Observación 20:

*Dado que las centrales térmicas contribuyen a la emisión de óxidos de nitrógeno y debido a la proliferación de éstas en la zona de estudio, **realizar el monitoreo continuo para NOx**, por lo que se requiere se mencione las características del equipo en mención.*

Respuesta:

Para la etapa de operación, el contratista deberá realizar el monitoreo de emisión continua de Óxidos de Nitrógeno NOx.

A continuación se presentan las características del equipo:

Este equipamiento debe utilizar las tecnologías aprobadas por la USEPA y normas europeas para el análisis de los contaminantes más comunes como NOx, SO2, CO, O3, H2S y NH3.

Las tecnologías usadas son Fluorescencia y Quimiluminiscencia UV e Infrarrojo. Equipos de referencia USEPA.

(...)

Este instrumento se emplea para la medición de óxidos de nitrógeno en aire ambiente de interiores y exteriores. (lo resaltado en negrita es nuestro)

En este contexto, se acredita que ELECTROPERU debía realizar el monitoreo continuo del óxido de nitrógeno utilizando la metodología de Fluorescencia y Quimiluminiscencia UV e Infrarrojo con Equipos de referencia USEPA.

Sobre el particular, corresponde precisar que el Informe Técnico N° GFE-USMA-903-2010, elaborado con ocasión de la supervisión realizada en las instalaciones de la Central Térmica de Emergencias de Trujillo, llevada a cabo los días 19 y 20 de marzo de 2010, señala (Foja 18):

“5. Observaciones Ambientales

1. ELECTROPERU S.A. no ha cumplido los compromisos establecidos en el PMA de la CTE Trujillo aprobado con R.D. N° 169-2009-MEM/AAE, tales como:

d) No se efectúa el monitoreo continuo de emisiones de Óxidos de Nitrógeno (NOx).

De este modo, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en este extremo, toda vez que por disposición del numeral 22.5 del artículo 22° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se presume cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe.

Al respecto, ELECTROPERU alega que no se ha evidenciado que la imputación por no efectuar el monitoreo continuo de emisiones de óxido de nitrógeno haya generado algún daño ambiental, pues en los reportes trimestrales de monitoreo ambiental presentados en cumplimiento del PMA a la DGAAE durante toda la fase de operación de la CTE Trujillo 60 Mw, se acredita que los ECA fueron cumplidos.

Sobre el particular, cabe reiterar que no es materia de imputación el incumplimiento de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) o haber ocasionado algún daño, sino que la imputación es incumplir el compromiso establecido en el PMA, el mismo que no se adecuó de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 109-2009.

De otro lado, ELECTROPERU alega haber presentado los respectivos descargos a la observación realizada por OSINERGMIN a la supervisión efectuada, de efectuar el monitoreo continuo de emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx), en el sentido que los Informes Técnicos N° APR-002-2010 y N° APR-004-2010 mostraron de modo fundamentado que lo propuesto en el PMA era confuso, por la diferencia que debe existir para el monitoreo de NOx tanto en la medición de calidad de aire como en la medición de emisiones gaseosas, respecto a los periodos de muestreo y las tecnologías a ser utilizadas.

Sobre el particular, no corresponde a este Colegiado pronunciarse respecto de la confusión que se alega, cuestión que corresponde a la autoridad competente. Sin perjuicio de ello, de la supervisión efectuada y la revisión del levantamiento de observaciones al compromiso del PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE, se entiende que la infracción imputada refiere al incumplimiento del monitoreo continuo de NOx en la medición de calidad de aire, dadas las características del equipo y la tecnología a emplear.

En efecto, en la respuesta a la observación N° 20, ELECTROPERU señala que el Equipo (Quimiluminiscencia) de referencia USEPA se emplea para la medición de óxidos de nitrógeno en aire ambiente de exteriores e interiores, con lo cual no podría emplearse para la medición de emisiones gaseosas en las chimeneas.

Asimismo, ELECTROPERU alega que el requerimiento del monitoreo continuo de NOx no es compatible con la frecuencia de operación de la CTE Trujillo, la misma que no es de veinticuatro (24) horas de operación continua, por lo que considera conveniente una metodología distinta para el cumplimiento del monitoreo continuo del parámetro NOx solicitado en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE respecto a la Calidad de Aire.

En este sentido, se reitera que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la compatibilidad o no de la metodología propuesta distinta al compromiso asumido en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE, siendo que el compromiso fiscalizable por la autoridad fiscalizadora es el que figura en dicho PMA, el mismo que se ha incumplido.

Además, ELECTROPERU alega que el monitoreo continuo de NOx sí se ejecutó desde mayo de 2010 hasta noviembre de 2011, pues en los meses de diciembre de 2011 y enero de 2012 no hubo programa de generación para la CTE.

Al respecto, lo alegado por ELECTROPERU confirma la infracción imputada pues acredita que a la fecha de supervisión (19 y 20 de marzo de 2010) no se efectuaba el monitoreo continuo de NOx.

Por lo demás, no se acredita que se haya ejecutado el monitoreo continuo de NOx a partir de mayo de 2010 conforme se alega, ni en el expediente, ni en los Reportes Trimestrales de Monitoreo Ambiental de Calidad de Aire durante el tercer y cuarto trimestre del año 2009 y primer trimestre del año 2010 (Fojas 40 a 43), presentados en el escrito de descargos. Estos monitoreos fueron efectuados bajo la metodología de muestreadores activos (trenes de muestreo), lo cual confirma el incumplimiento del compromiso, al haberse acreditado el uso de equipos y metodologías distintas a lo comprometido en el PMA.

Finalmente, ELECTROPERU alega que en la recurrida no se explica claramente por qué la interpretación del PMA propuesta no es correcta, ni por qué el monitoreo efectuado por ELECTROPERU no es correcto.

Al respecto, corresponde indicar que el sustento de lo alegado se encuentra en los literales e) al g) del rubro iv) del sub numeral 3.1.2 del numeral 3.2 de la Resolución recurrida, en el sentido que el cuestionamiento que hace la apelante sobre el compromiso establecido en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE, no justifica el incumplimiento de dicho compromiso y por tanto, no desvirtúa la infracción imputada.

En consecuencia, corresponde mantener la infracción sancionada en estos extremos, careciendo de sustento lo alegado por la impugnante.

Sobre el desarrollo de actividades diferentes a las contenidas en el Plan de Manejo Ambiental para el control de ruidos

13. Con relación a los argumentos contenidos en los literales k) y l) del considerando 2 de la presente Resolución, cabe señalar que el artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 109-2009 estableció que el generador que opere plantas o centrales instaladas al amparo del Decreto de Urgencia N° 037-2008 tenía que adecuar sus instrumentos de gestión ambiental, a efectos de minimizar el impacto causado por la operación de dichas centrales en un plazo de ciento veinte (120) días.

En ese contexto, el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE señala:

7.8 Programas de Prevención y/o Mitigación para las Actividades del Proyecto –Operación

7.8.3 Metodología

En los módulos de los grupos electrógenos:

Los grupos deberán estar implementados por un sistema de descarga de gases que incluye silenciadores de escape a ser instalado fuera del edificio. En términos generales, cada silenciador tendrá propiedades atenuadoras de ruido, adecuadas para instalaciones de áreas industriales.

Sobre el particular, corresponde precisar que el Informe Técnico N° GFE-USMA-903-2010, elaborado con ocasión de la supervisión realizada en las instalaciones de la Central Térmica de Emergencias de Trujillo, llevada a cabo los días 19 y 20 de marzo de 2010, señala (Foja 18):

"5. Observaciones Ambientales

2. ELECTROPERU S.A. ha implementado medidas para minimizar el impacto sonoro causado por la operación de la CTE Trujillo, sin efectuar la modificación aprobada por la DGAAE del Plan de Manejo Ambiental correspondiente."

Asimismo, en el Acta de Supervisión con Código F7-GFE-USMA-PE-01 de fecha 20 de marzo de 2010, se señala como Observación N° 5 (Foja 15):

"La empresa no ha adecuado el Plan de Manejo Ambiental de la CTE Trujillo, a pesar de haber implementado medidas para minimizar el impacto sonoro causado por la operación de dicha central.

A la fecha de la inspección se ha verificado la implementación de:

- Un silenciador en cada uno de los 40 grupos electrógenos*
- Puertas de madera en la entrada de aire de los 40 grupos electrógenos*
- Capots de madera para el bloqueo parcial de aire de enfriamiento y combustión en 12 grupos electrógenos*
- Barrera acústica en el muro lado norte".*

En efecto, se advierte que la implementación de un silenciador en cada uno de los 40 grupos electrógenos, está implicada en el compromiso establecido en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AE; pero las demás medidas implementadas para minimizar el impacto causado por la operación de la central térmica no estaban previstas en el PMA.

Siendo ello así, ELECTROPERU estaba obligada a adecuar su PMA en aplicación del artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 109-2009, lo que no ocurrió.

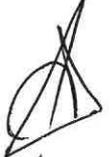
Al respecto, ELECTROPERU alega que no hay impedimento para que los titulares de las actividades eléctricas puedan implementar medidas adicionales y/o mayores a las previstas en el Plan de Manejo Ambiental, ya que no existiría norma legal que obligue a solicitar una modificación del PMA para realizar tales medidas.


Sobre el particular, conforme lo analizado en párrafos anteriores, lo alegado por ELECTROPERU no resulta exacto, pues el Decreto de Urgencia N° 109-2009 sí establece la obligación de adecuar las medidas para minimizar los impactos causados, otorgando un plazo de ciento veinte (120) días para realizar dicha adecuación. Por tanto, la recurrente sí estaba impedida de implementar medidas adicionales sin haber adecuado su Plan de Manejo Ambiental en el plazo establecido, por lo que no se han vulnerado los Principios de Legalidad y Tipicidad.



Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre la vulneración al Debido Procedimiento

- 
14. Con relación a los argumentos contenidos en el literal m) del considerando 2 de la presente Resolución, corresponde indicar que de acuerdo al Principio del Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y
- 

2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho²⁸.

En este contexto, considerando que ELECTROPERU cuestiona que no se le ha remitido la comunicación previa señalando la intención de sancionarla por haber ejecutado actividades diferentes a las previstas en el PMA, motivo por el cual no se le ha dado la oportunidad de presentar los descargos respectivos, corresponde analizar esta alegación.

Al respecto, lo alegado por ELECTROPERU no resulta exacto, pues mediante Oficio N° 2456-2010-OS-GFE de fecha 03 de mayo de 2010 notificado con fecha 07 de mayo de 2010 (Fojas 22 a 24), en el punto 2 de los hechos que se imputan, se comunicó a ELECTROPERU el inicio del procedimiento administrativo sancionador, por ejecutar actividades diferentes a las contenidas en el PMA de la CTE Trujillo sin la previa modificación correspondiente, esto es, no haber adecuado el PMA de la CTE Trujillo, otorgándosele un plazo de 15 días hábiles para efectuar sus alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico y presentar los descargos que correspondieran.

Así, mediante escrito con Registro N° 1357629 de fecha 28 de mayo de 2010 (Fojas 25 a 62), ELECTROPERU cumplió con efectuar los descargos respectivos, mas en ellos no se refirió a la imputación realizada por ejecutar actividades diferentes a las contenidas en el PMA aprobado por Resolución Directoral N° 169-2009-MEM/AAE, hecho que fue indicado en el numeral 3.2.1 de la resolución recurrida.

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por la apelante, sí se cumplió con emitir la comunicación previa a la emisión de la Resolución Directoral N° 316-2012-OEFA/DFSAL que sancionó ELECTROPERU, razón por la cual corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

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 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 OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA-CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización del OEFA.

SE RESUELVE:

²⁸ 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:
(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. contra la Resolución Directoral N° 316-2012-OEFA/DFSAI de fecha 03 de octubre de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa impuesta ascendente a ciento cuarenta y cinco con noventa y siete centésimas (145.97) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente Resolución a ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

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



.....
VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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