

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y Recursos Naturales

**TITULO: LAS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN
AMBIENTAL DEL OEFA COMO CONSECUENCIA DE UN DERRAME DE
HIDROCARBUROS EN EL MAR**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Ambiental y Recursos Naturales**

Autor: Sandra Carolina Lock Benavides

Asesor: Jean Pierre Araujo Meloni

Código de alumno: 20095236

2017

RESUMEN

El objeto del presente artículo académico es determinar si entre los años 2011 a 2015, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ha realizado sus funciones de supervisión y fiscalización ambiental de manera idónea ante la ocurrencia de derrames ocasionados por las actividades de hidrocarburos en el mar y; por tanto, ha cumplido efectivamente con prevenir la producción de daños al ambiente y/o buscar su remediación.

Para tales efectos, se analiza la normativa ambiental vigente que determina las competencias del OEFA para fiscalizar un derrame de hidrocarburos en el mar y las medidas de mitigación y control que pueden ser debidamente exigidas por esta entidad a los titulares de actividades de hidrocarburos ante este supuesto. Asimismo, se evalúan los posibles incumplimientos imputados a los administrados en caso se identificara la generación de un impacto ambiental negativo o un daño ambiental causado por el derrame de hidrocarburos, realizando a su vez una distinción entre estos conceptos.

La evaluación de la aplicación de dicha normativa se desarrolla en base a dos (2) casos concretos de procedimientos administrativos sancionadores a los que se ha tenido acceso y que fueron seguidos por el OEFA debido a derrames de hidrocarburos producidos en el mar durante el período de tiempo previamente señalado.

En ese contexto, de la evaluación realizada en este artículo ha sido posible identificar una serie de vulneraciones a principios administrativos que deberían regir la actuación del OEFA durante la fiscalización ambiental. Siendo este el caso, se concluye que entre los años 2011 y 2015 esta entidad no ha cumplido con ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización ambiental de manera efectiva ante derrames de hidrocarburos en el mar. Por ello, resulta necesario que se implementen mejoras desde la etapa de supervisión para garantizar que sus funciones en materia ambiental sean ejecutadas en observancia del marco regulatorio vigente y permitan lograr el fin de proteger el medio ambiente.

CONTENIDO

I.	Introducción.....	4
II.	Capítulo 1: Las competencias del OEFA y otras autoridades para fiscalizar un derrame de hidrocarburos en el mar.....	7
III.	Capítulo 2: Sobre el cumplimiento de las medidas de mitigación y control exigidas por el OEFA y la aplicación del Plan de Contingencias.....	14
IV.	Capítulo 3: El impacto ambiental negativo producido por un derrame de hidrocarburos en el mar y su distinción con la configuración de un daño ambiental.....	30
V.	Capítulo 4: Respecto a la posible vulneración de los principios administrativos que deben regir la actuación del OEFA durante la fiscalización ambiental.....	41
VI.	Conclusiones.....	49
VII.	Bibliografía.....	55

I. Introducción.

Desde el año 2011, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA ejerce funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de actividades energéticas, es decir, actividades de hidrocarburos y electricidad.

Si bien desde esa fecha el OEFA ha venido aprobando distintas disposiciones y lineamientos específicos que le permitan cumplir adecuadamente sus funciones y garantizar una fiscalización ambiental eficaz que tenga estándares mínimos de calidad y garantice la debida protección del medio ambiente; el tránsito entre el marco normativo vigente antes de que el OEFA asumiera las funciones antes descritas y la regulación implementada, ha implicado que en algunos procedimientos de supervisión y procedimientos administrativos sancionadores se produzcan vulneraciones al marco jurídico y no se observen aspectos esenciales que deberían ser considerados de modo que no se generen afectaciones a los derechos de los administrados supervisados.

En relación a las posibles vulneraciones a la legislación administrativa, se ha debatido respecto a la facultad del OEFA para tipificar infracciones aplicables a los administrados bajo su ámbito de competencia a través de resoluciones emitidas por su Consejo Directivo. Autores como Milagros Maraví y Christian Guzmán Napurí han señalado en el libro “La Fiscalización Ambiental en el Perú. Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA” que las tipificaciones aprobadas por esta entidad se enmarcan dentro de los parámetros establecidos en la Ley No. 30011, Ley que modifica la Ley No. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, observando los principios de tipicidad y legalidad.

Sin embargo, consideramos que este es un tema discutible y controversial pues en un sentido estricto sí podría implicar una vulneración al principio de legalidad establecido por la normativa vigente. Debido a su extensión, no será materia de análisis en esta investigación.

Siendo este el caso, el objetivo del presente artículo académico es identificar cuál es el rol que cumple el OEFA ante la ocurrencia de un supuesto específico que resulta muy probable que suceda durante la ejecución de actividades de hidrocarburos y cuyos efectos negativos en el medio ambiente podrían ser incalculables. Nos referimos a un derrame de hidrocarburos líquidos en el mar.

En ese contexto, en primer lugar buscamos determinar cuáles son las acciones que podría tomar el OEFA en el marco de sus funciones como entidad competente en materia de supervisión y fiscalización ambiental -de acuerdo a sus normas de creación- y qué medidas de mitigación y control podría exigir al titular de las actividades de hidrocarburos que han sido causa del derrame.

Una vez definidas las competencias del OEFA en este escenario, se procederá a analizar cómo esta autoridad verifica si se ha generado una afectación a alguno de los componentes del medio ambiente (i.e. agua, suelo, aire, entre otros) debido al derrame de hidrocarburos líquidos. Para estos efectos, resultará esencial la distinción entre los conceptos de impacto ambiental negativo y daño ambiental, según la normativa ambiental y las disposiciones particulares emitidas por el OEFA.

Sobre este punto en particular, cabe resaltar que la afectación producida al medio ambiente también es un factor de relevancia para que el OEFA determine el valor de la sanción que se impondría a un administrado en el supuesto de un derrame de hidrocarburos en el mar.

Considerando que existen otras autoridades con competencias de fiscalización ambiental que también consideran la afectación al medio acuático como un factor para determinar la sanción de un administrado cuando se produce un derrame de hidrocarburos en el mar (i.e. la Dirección Nacional de Capitanías y Guardacostas – DICAPI), esto último podría generar en algunos casos que se esté sancionando dos veces a un administrado –aunque por distintos fundamentos- tomando como base para el cálculo de la sanción un mismo factor; es decir, la afectación al medio ambiente. Sin embargo, dada la amplitud de este problema que puede dar origen incluso a una investigación aparte, ello no será materia de discusión en el presente artículo.

Finalmente, en base al análisis de todos los aspectos descritos en párrafos anteriores, concluiremos si el OEFA ha estado realizando una supervisión y fiscalización ambiental idónea en materia de actividades de hidrocarburos que cumpla el objetivo de prevenir la producción de daños al ambiente (o en su defecto, buscar su efectiva remediación) o si; por el contrario, las acciones que han sido tomadas por este organismo podrían estar generando algún tipo de vulneración a principios administrativos regulados en las normas vigentes que deberían regir el adecuado cumplimiento de sus funciones.

El período de tiempo que será analizado en el presente artículo es aquel comprendido entre el 4 de marzo del año 2011-fecha en la que el OEFA asumió las funciones de supervisión y fiscalización ambiental de las actividades de hidrocarburos-, y el 18 de agosto del año 2015, día en el cual se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Tipificación de infracciones administrativas y la escala de sanciones aplicables a las actividades desarrolladas por las empresas del subsector hidrocarburos que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo No. 035-2015-OEFA/CD.

Para tales efectos se tomarán como base para la investigación dos (2) expedientes de procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el OEFA –Expediente No. 764-2014-OEFA-DFSAI/PAS y Expediente No. 272-2013-OEFA/DFSAI/PAS– durante este período temporal debido a la ocurrencia de derrames de hidrocarburos líquidos. En el marco de los referidos expedientes será posible analizar cómo ha ejecutado el OEFA sus acciones de supervisión y fiscalización ambiental.

Es importante mencionar que, de la revisión de las fuentes a las que hemos tenido acceso para la elaboración del presente artículo, no ha sido posible identificar otros procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el OEFA que cumplan con las características temporales y cualitativas requeridas para la investigación.

En ese sentido, el análisis realizado se basará en los hallazgos que se han podido determinar en los expedientes antes mencionados, los cuales son de importante relevancia para abordar el tema propuesto por el presente artículo académico.¹

II. Capítulo 1: Las competencias del OEFA y otras autoridades para fiscalizar un derrame de hidrocarburos en el mar.

II.1. Sobre las competencias y funciones del OEFA.

El OEFA fue creado mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No. 1013, publicado con fecha 14 de mayo de 2008, que aprobó la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, como un organismo público técnico especializado, con personería

¹ El Expediente No. 754-2014-OEFA/DFSAI/PAS, ha sido considerado por el OEFA en su libro “*Principales criterios resolutivos adoptados en los procedimientos administrativos sancionadores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) Compilación 2011-2015*”, para establecer una pauta a seguir respecto a las medidas de mitigación y control que debe cumplir un titular de actividades del subsector hidrocarburos para minimizar los impactos ambientales negativos generados por un evento o accidente ambiental, como un derrame de hidrocarburos en el mar.

jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.

Dentro de sus funciones destacan: (i) dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan; (ii) ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda; (iii) realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia; y, (iv) supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente; entre otras.

Así las cosas, a través de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA, Ley No. 29325, modificada mediante Ley No. 30011 (en adelante, "Ley del SINEFA"), publicada con fecha 5 de marzo de 2009, se señaló que el OEFA es el ente rector del SINEFA, el cual tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

En lo que respecta al ejercicio de la fiscalización ambiental para asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, se precisó que el OEFA tenía las siguientes funciones:

- a) Función evaluadora: comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.
- b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.

La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente. Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en este párrafo.²

- 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 (en adelante, “IGA”), 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

² El OEFA ha regulado la aplicación de esta disposición principalmente a través de la Resolución de Consejo Directivo No. 005-2017-OEFA/CD, que aprobó el Reglamento de Supervisión del OEFA.

en el artículo 17 de la Ley del SINEFA. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.³

El OEFA ha venido asumiendo de manera gradual y progresiva (a través de un cronograma), en virtud de la Ley del SINEFA, las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental de las entidades que ejercían estas competencias correspondientes a los sectores económicos de mayor importancia, es decir, del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN (para los sectores minería y energía) y el Ministerio de la Producción – PRODUCE (para los sectores pesquería e industria).

A la fecha, el OEFA cuenta con cuatro sectores transferidos completamente (minería, electricidad, hidrocarburos y pesquería), y un sector transferido parcialmente (industria). La fiscalización ambiental de los sectores no transferidos sigue a cargo de las correspondientes autoridades sectoriales. (Wieland 2017 : 155)

En relación a la transferencia de funciones del OSINERGMIN –entidad antes encargada de la supervisión y fiscalización en materia ambiental de los sectores minería y energía-, mediante Decreto Supremo No. 001-2010-MINAM, publicado con fecha 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia

³ **“Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora**
Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) *El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.*
- b) *El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.*
- c) *El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.*
- d) *El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.*
- e) *Otras que correspondan al ámbito de su competencia.*

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas.(...)”

ambiental del OSINERGMIN al OEFA. Como resultado de dicho proceso, se señaló que se transferirían el acervo documentario, personal, bienes y recursos destinados al ejercicio de dichas funciones, conforme a las disposiciones legales de la materia.

El decreto supremo antes mencionado estableció un plazo de doce (12) meses, contados a partir de su vigencia, para que el OSINERGMIN transfiriera al OEFA las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos y electricidad.

Asimismo, cabe resaltar que se otorgó la facultad al OEFA para que una vez finalizado el proceso de transferencia de funciones pudiera sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiera aprobado dicho organismo regulador.

Esto último será abordado en secciones posteriores del presente artículo, toda vez que durante la aplicación por parte del OEFA de las escalas de sanciones aprobadas por el OSINERGMIN es que se han producido vulneraciones a principios administrativos. Ello posiblemente al tratar de interpretar dichas normas en base a lineamientos desarrollados por el OEFA que no existían cuando se emitieron estas escalas.

En particular, respecto al sector hidrocarburos, mediante Resolución de Consejo Directivo No. 001-2011-OEFA-CD, se aprobaron los 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 OEFA (en adelante, la “Resolución 001”).

Específicamente, en el Acta No. 010-2010-CTOO, que dio origen a la Resolución 001, se señala que para hidrocarburos líquidos se transfieren las

siguientes funciones: (i) supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la normatividad vigente sobre la conservación y protección del medio ambiente en la exploración, explotación, producción, transporte, almacenamiento, procesamiento, distribución y comercialización de combustibles líquidos; y, (ii) la supervisión y fiscalización para el mejor cumplimiento de la normatividad técnica y legal vigente en la seguridad, conservación y protección del medio ambiente y las actividades operativas e incidentes generados en las actividades de hidrocarburos descritas en el numeral (i).

En tal sentido, a partir del 4 de marzo de 2011 –según lo dispuesto en la Resolución 001- el OEFA asumió plenamente la función de supervisión y fiscalización ambiental respecto a la ocurrencia de derrames de hidrocarburos líquidos en el mar, los cuales consideramos como incidentes generados por las distintas actividades de hidrocarburos.

II.2. Sobre las competencias y funciones de otras autoridades.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es importante mencionar que como el presente artículo se refiere concretamente a los derrames de hidrocarburos líquidos en el mar, otras entidades administrativas adicionales al OEFA también cuentan con facultades para su supervisión y fiscalización.

Este es el caso del OSINERGMIN que, según su Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF), aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2016-PCM, conservó -luego del 4 de marzo de 2011- las funciones para supervisar el cumplimiento de la normativa sectorial (técnica y de seguridad) por parte de los agentes que operan las actividades de exploración, explotación, producción, transporte, almacenamiento y procesamiento de combustibles líquidos, en las etapas pre-operativa, operativa y de abandono.

Así, el OSINERGMIN supervisará la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar para determinar si este se ha producido debido al incumplimiento de normas técnicas y de seguridad dentro de su ámbito de competencia (i.e. mantenimiento de las instalaciones para la ejecución de actividades de hidrocarburos).

Asimismo, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú – DICAPI es la entidad competente para supervisar y fiscalizar en materia ambiental y seguridad las actividades que se desarrollen en el área marítima, como sería el caso de actividades de hidrocarburos que se ejecuten en el mar.

Dichas funciones se realizan en virtud del Decreto Legislativo No. 1147 que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 015-2014-DE. Es decir, la DICAPI puede ejercer supervisión y fiscalización en materia ambiental bajo su ámbito de competencia que incluye, entre otros, lo siguiente:

- a) El medio acuático comprendido por el dominio marítimo y las aguas interiores, así como los ríos y los lagos navegables, y las zonas insulares, incluidas las islas ubicadas en el medio acuático del Perú.
- b) Los terrenos ribereños hasta los cincuenta (50) metros medidos a partir de la línea de más alta marea del mar y las riberas hasta la línea de más alta crecida ordinaria en las márgenes de los ríos y lagos navegables.
- c) Las naves y embarcaciones que se encuentren en aguas jurisdiccionales peruanas y las de bandera nacional que se encuentren en alta mar o en aguas jurisdiccionales de otros países, de acuerdo con los tratados de los

que el Perú es parte y otras normas de derecho internacional sobre la materia aplicables al Estado peruano.

- d) Las personas naturales y jurídicas, cuyas actividades se desarrollen o tengan alcance en el medio acuático, sin perjuicio de las atribuciones de los sectores y organismos autónomos competentes.

Siendo ello así, pareciera existir una ligera línea de separación –poco clara– entre las funciones de supervisión y fiscalización ambiental que pueden ejercer tanto el OEFA como la DICAPI ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos líquidos en el mar.

Con la finalidad de delimitar estas funciones, en la sección siguiente se realizará una evaluación respecto a los IGA aplicables y sus medidas de mitigación y control que debería ejecutar todo titular cuando se produce un derrame de hidrocarburos líquidos en el mar.

Del mismo modo, se identificará cuál es la autoridad ambiental con competencias para exigir su cumplimiento, así como los límites que tiene el OEFA para determinar qué medidas específicas deberían ser adoptadas a efectos de evitar afectaciones al medio ambiente.

III. Capítulo 2: Sobre el cumplimiento de las medidas de mitigación y control exigidas por el OEFA y la aplicación del Plan de Contingencias.

En línea con lo señalado en el capítulo anterior, la función fiscalizadora y sancionadora del OEFA 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 IGA, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA.

Así las cosas, el artículo 17 de la Ley del SINEFA establece que constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del OEFA las siguientes conductas: (i) incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental; (ii) incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los IGA señalados en la normativa ambiental vigente; (iii) incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión; (iv) incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA; y, (v) otras que correspondan al ámbito de su competencia.

En otras palabras, ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar, el OEFA solo podría sancionar a un administrado en caso se hubiera producido una vulneración a las obligaciones descritas en el párrafo precedente, las cuales deberían encontrarse expresamente identificadas en la normativa vigente en materia ambiental, los IGA aprobados a favor del administrado y/o las disposiciones emitidas por el OEFA.

En relación a los IGA, esta entidad supervisa y fiscaliza el cumplimiento de los siguientes:

- (i) Aquellos aprobados en el marco de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley No. 27446 (en adelante, “Ley del SEIA”), que entró en vigencia el 25 de setiembre de 2009, así como instrumentos complementarios al SEIA⁴; y,
- (ii) Aquellos aprobados antes de la entrada en vigencia de la Ley del SEIA.

⁴ La Ley del SEIA entró en vigencia en la fecha en la cual se aprobó su reglamento mediante Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM.

La Ley del SEIA establece que los IGA se clasifican en tres (3) categorías:

Categoría	Clase de IGA	Ámbito de Aplicación
Categoría I	Declaración de Impacto Ambiental	Incluye aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo.
Categoría II	Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado	Incluye los proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables.
Categoría III	Estudio de Impacto Ambiental Detallado	Incluye aquellos proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la

		estrategia de manejo ambiental correspondiente.
--	--	---

Sin perjuicio de ello, el artículo 13 del reglamento de la Ley del SEIA, aprobado mediante Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, señala que los IGA 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 del SEIA y el reglamento, bajo un enfoque de integralidad y complementariedad.

Entre dichos IGA complementarios que pueden ser aprobados para las actividades de hidrocarburos cabe hacer mención principalmente a los siguientes dos (2): (i) el Informe Técnico Sustentatorio (ITS) aplicable para modificar componentes o hacer ampliaciones en las actividades de hidrocarburos con certificación ambiental aprobada, que generen impactos ambientales no significativos o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones; y, (ii) el Plan de Abandono, que comprende el conjunto de acciones que realizará el titular para dar por concluida su actividad de hidrocarburos y/o abandonar sus instalaciones, áreas o lote previo a su retiro definitivo de éste a fin de corregir cualquier condición adversa en el ambiente.

Siendo este el caso, el artículo 10 de la Ley del SEIA señala que los IGA aprobados en el marco del SEIA (DIA, EIA-sd, EIA-d) deberán contener, entre otros aspectos, la estrategia de manejo ambiental o la definición de metas ambientales incluyendo, según el caso, el plan de manejo, **el plan de contingencias**, el plan de compensación y el plan de abandono o cierre.

Es sobre el antes mencionado Plan de Contingencia que es necesario hacer un análisis más detallado pues según la Ley No. 28551, Ley que establece la

obligación de elaborar y presentar planes de contingencia, publicada con fecha 19 de junio de 2005, este instrumento de gestión define los objetivos, estrategias y programas que orientan las actividades institucionales para la prevención, la reducción de riesgos, la atención de emergencias y la rehabilitación en casos de desastres.

De esta manera, el Plan de Contingencia permite disminuir o minimizar los daños, víctimas y pérdidas que podrían ocurrir a consecuencia de fenómenos naturales, tecnológicos o de la producción industrial, potencialmente dañinos (i.e. un derrame de hidrocarburos).

En el caso específico del sector hidrocarburos, si bien a partir de la entrada en vigencia de la Ley del SEIA y su reglamento se estableció que los IGA aprobados debían contener un capítulo referido al Plan de Contingencia, otros instrumentos ambientales anteriores a la existencia del SEIA -como podría ser un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA)- en muchas ocasiones no contenían un Plan de Contingencia.

Por otro lado, si dichos IGA contenían un Plan de Contingencia, las obligaciones y medidas de mitigación y control en caso de emergencias que eran descritas en el mismo estaban redactadas de manera poco específica y/o clara.

Asimismo, cabe resaltar que en virtud de la Ley No. 28551, los planes de contingencia deben ser aprobados por la autoridad sectorial que corresponde a la actividad que desarrolla la empresa. Asimismo, las autoridades sectoriales competentes son responsables de fiscalizar el cumplimiento de los planes de contingencia e imponen las sanciones correspondientes ante su incumplimiento, en el marco de sus programas regulares de fiscalización.

En ese contexto, el Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 043-2007-EM,

establecía que las empresas autorizadas para realizar actividades de hidrocarburos están obligadas a contar con un Plan de Contingencias que haya sido elaborado de acuerdo a la normativa vigente y que contemple toda su actividad.

Dicho instrumento será presentado ante el OSINERGMIN y aprobado por esta entidad, de acuerdo al procedimiento que se apruebe. El Plan de Contingencia es de obligatorio cumplimiento y deberá cubrir necesariamente, entre otros aspectos, eventualidades como derrames.

Lo anterior se encontraba alineado con el anterior Reglamento Ambiental para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo No. 015-2006-EM (en adelante, “RPAAH”) –actualmente derogado-. El artículo 60 de esta norma señalaba que los Planes de Contingencia son aprobados por OSINERGMIN, previa opinión favorable de la entidad competente del Sistema Nacional de Defensa Civil, debiendo ser presentados a OSINERGMIN cada cinco (5) años y cada vez que sean modificados.

Resulta importante precisar que esto último ha sido modificado mediante el nuevo RPAAH, aprobado mediante Decreto Supremo No. 039-2014-MEM, publicado con fecha 12 de noviembre de 2014 (en adelante, “Nuevo RPAAH”). El artículo 63 del Nuevo RPAAH establece que el Plan de Contingencia deberá estar incluido en el IGA correspondiente y la autoridad ambiental competente lo remitirá al OSINERGMIN a efectos de obtener la Opinión Técnica Previa, luego de lo cual será aprobado.

Así las cosas, el Nuevo RPAAH se ha adecuando al SEIA y ha establecido que el Plan de Contingencia sí debe estar incorporado como un capítulo del IGA que sea aprobado, teniendo el OEFA competencia integral para fiscalizar las obligaciones y medidas establecidas en el mismo. No obstante, ello resulta

aplicable solo para los IGA que sean presentados para su aprobación a partir de la vigencia del Nuevo RPAAH.

Como hemos señalado anteriormente, para los IGA aprobados con anterioridad a la vigencia de esta norma, así como a la Ley del SEIA y su reglamento, como no existía la obligación de incluir el Plan de Contingencia en su contenido -y además se disponía expresamente que el OSINERGMIN era la entidad competente para aprobar un Plan de Contingencia independiente al IGA-, lo más probable es que no contengan referencias a las medidas de mitigación y/o control aplicables ante una emergencia, como es el caso de un derrame de hidrocarburos en el mar.

Según Vera y Caicedo, los impactos negativos que no han sido identificados ni evaluados en el estudio ambiental, implican que no se ha aprobado alguna medida ambiental específica para atenuarlos, minimizarlos o mitigarlos. Ante estos impactos ambientales no evaluados el titular de la actividad productiva deberá ejecutar su Plan de Contingencia para controlarlos, atenuarlos o anularlos. (2014 : 223-232)

De esta manera, debemos mencionar que, de producirse un derrame de hidrocarburos en el mar, el administrado se encuentra obligado a ejecutar en primer lugar las medidas establecidas en su Plan de Contingencia. Si este instrumento de gestión ha sido aprobado por el OSINERGMIN como uno distinto al IGA, el OEFA no es competente para supervisar ni fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en dicho instrumento.

Sin perjuicio de lo anterior, en concordancia con el Decreto Legislativo No. 1147 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 015-2014-DE, la DICAPI también tiene competencia para aprobar un Plan de Contingencia aplicable en el caso de emergencias durante las actividades llevadas a cabo en su ámbito de competencia, el cual ha sido descrito en el capítulo precedente.

De acuerdo al numeral 285.5 del artículo 285 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE, el Capitán de Puerto debe exigir que toda persona responsable de realizar cualquier actividad vinculada con el ámbito acuático susceptible de causar contaminación por derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas cuente con un Plan de Contingencia Operacional, de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Autoridad Marítima Nacional.

Asimismo, el numeral 276.1 del artículo 276 de dicha norma establece que toda nave, artefacto naval o instalación acuática que realice actividades en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo No. 1147, debe contar como parte del Plan de Contingencia Ambiental, acciones documentadas de colección o recepción de desechos que garantice la adecuada retención, recepción y disposición final de estos.

Siendo ello así, solo DICAPI puede supervisar y fiscalizar la implementación del Plan de Contingencia aprobado por dicha entidad, y –así como en el caso del Plan de Contingencia aprobado por el OSINERGMIN- el OEFA también carece de competencias para exigir el cumplimiento de obligaciones establecidas en este instrumento.

Tomando en cuenta lo antes expuesto, ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar, un administrado puede tener aprobados a su favor una serie de instrumentos (tanto IGA como otros complementarios como el Plan de Contingencia) que establecen medidas de mitigación y control que deben ser ejecutadas para minimizar los impactos generados por esta emergencia. Dichos instrumentos son fiscalizados por distintas entidades dependiendo de sus competencias en la materia.

Si nos centramos en aquello que puede ser supervisado y fiscalizado por el OEFA cuando se produce un derrame de hidrocarburos en el mar, tal como

hemos evidenciado en líneas anteriores, si no existen medidas de mitigación y/o control de derrames de hidrocarburos en el mar en los IGA aprobados, el OEFA solo podría limitarse a determinar la responsabilidad del administrado si se identifica una vulneración a las normas vigentes en materia ambiental.

Sin embargo, en este supuesto no podría señalarse que existe un incumplimiento de compromisos ambientales ni exigirse el cumplimiento de obligaciones que no se encontraban previstas en los IGA aplicables.

Al respecto, aunque se encuentra fuera del ámbito temporal que es materia de análisis en el presente artículo académico, esto último ha quedado precisado a través de la Tipificación de infracciones administrativas y la escala de sanciones aplicables a las actividades desarrolladas por las empresas del subsector hidrocarburos que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo No. 035-2015-OEFA/CD, publicada el 18 de agosto del año 2015, la cual señala lo siguiente:

Artículo 4.- Infracciones administrativas referidas a incidentes y emergencias ambientales

Constituyen infracciones administrativas referidas a incidentes y emergencias ambientales:

[...]

d) No adoptar, en caso de siniestros o emergencias (como derrames), medidas relacionadas con el control y minimización de sus impactos, de acuerdo al Plan de Contingencia; o no efectuar la descontaminación y rehabilitación de las áreas afectadas como consecuencia del siniestro o emergencia. Esta conducta se puede configurar mediante los siguientes subtipos infractores:

(i) Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, será calificada como grave y sancionada con una multa de veinte (20) hasta dos mil (2 000) Unidades Impositivas Tributarias.

(ii) Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana, será calificada como grave y sancionada con una multa de treinta (30) hasta tres mil (3 000) Unidades Impositivas Tributarias.

(iii) *Si la conducta genera daño real a la flora o fauna, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de cuarenta (40) hasta cuatro mil (4 000) Unidades Impositivas Tributarias.*

(iv) *Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de cincuenta (50) hasta cinco mil (5 000) Unidades Impositivas Tributarias.*

[...]. (El subrayado es nuestro)

Así, la nueva escala de infracciones y sanciones aprobada por el OEFA para los titulares de actividades de hidrocarburos bajo su ámbito de competencia señala expresamente que se aplicará una sanción si en el supuesto de una emergencia y/o siniestro (como un derrame de hidrocarburos en el mar) no se adoptan medidas de control y minimización de impactos comprendidas en el Plan de Contingencia.

De ello se puede desprender que el Plan de Contingencia contenido en el IGA es el único instrumento fiscalizable por el OEFA que establece cuáles son las medidas a las que se encuentra obligado un titular a cumplir para mitigar los efectos de un siniestro o emergencia.

Entonces, el OEFA no podría exigir la ejecución de medidas adicionales e inciertas que no han sido contempladas en dicho Plan ni mucho menos medir si estas medidas no consideradas en el IGA aprobado fueron adecuadas o eficaces. De lo contrario, se estaría dando un rango muy amplio a esta entidad para determinar cuándo se ha producido o no un incumplimiento a la normativa ambiental, de manera discrecional.

Del mismo modo, se podría incluso concluir que por más que el titular de las actividades de hidrocarburos ha ejecutado las medidas contenidas en su IGA aprobado por la autoridad competente para prevenir, mitigar y controlar los impactos ambientales negativos generados, esto no es suficiente, lo cual

vulneraría el principio de predictibilidad y seguridad jurídica contemplados por la normativa vigente.

Al respecto, es necesario tomar en cuenta que en la legislación ambiental vigente se ha adoptado el criterio de la responsabilidad ambiental objetiva contenido en el artículo 144 de la LGA, el cual señala lo siguiente:

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplado en el artículo 142 precedente, y a los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los costos de recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

Ello implica que, una vez determinada la existencia de un daño ambiental y la relación de causalidad entre la presunta conducta infractora y dicho daño, el titular de la actividad riesgosa y peligrosa (como sería el caso de la actividad de hidrocarburos), se encuentra obligado a tomar las medidas necesarias para mitigar los efectos de dicho daño, independientemente si existe dolo o culpa.

Siendo ello así, las normas vigentes no han involucrado la calificación de “eficiente” como un patrón que permita medir las medidas de mitigación efectuadas.

Por lo tanto, de incorporarse en la evaluación de la ejecución de medidas de mitigación y/o control la variable de “eficiencia” o “eficacia”, se estaría incorporando indefectiblemente un componente subjetivo para determinar si el titular de las actividades de hidrocarburos implementó medidas suficientes de acuerdo al caso concreto.

Esto último generaría que todo titular de actividades de hidrocarburos sería responsable por los impactos ambientales negativos producidos, a pesar de que implemente y ejecute el Plan de Contingencia que se encuentra a su cargo, siempre que la autoridad de manera discrecional considere que las medidas ejecutadas de acuerdo a dicho instrumento no fueron “eficientes”.

Como se ha señalado a lo largo del presente artículo, bajo el régimen de responsabilidad por la generación de impactos ambientales negativos, no basta que estos se hayan producido sino que además se requiere el incumplimiento de las normas ambientales vigentes o los compromisos establecidos en los IGA aprobados.

Cabe mencionar que la posición expuesta en el párrafo anterior que permitía a la autoridad competente en materia de fiscalización ambiental solicitar a los titulares de actividades de hidrocarburos la ejecución de medidas adicionales no contempladas en sus IGA debidamente aprobados por la entidad competente se veía amparada anteriormente por el artículo 3 del RPAAH, el cual ha sido tomado como base por el OEFA en diversos procedimientos administrativos sancionadores.

Dicha norma señala que los titulares de actividades de hidrocarburos son responsables por:

[...]Las emisiones atmosféricas, las descargas de efluentes líquidos, las disposiciones de residuos sólidos y las emisiones de ruido, desde las instalaciones o unidades que construyan u operen directamente o a través de terceros, en particular de aquellas que excedan los Límites Máximos Permisibles (LMP) vigentes, y cualquier otra regulación adicional dispuesta por la autoridad competente sobre dichas emisiones, descargas o disposiciones. Son asimismo responsables por los Impactos Ambientales que se produzcan como resultado de las emisiones atmosféricas, descargas de efluentes líquidos, disposiciones de residuos sólidos y emisiones de ruidos no regulados y/o de los procesos efectuados en sus

instalaciones por sus actividades. Asimismo, son responsables por los Impactos Ambientales provocados por el desarrollo de sus Actividades de Hidrocarburos y por los gastos que demande el Plan de Abandono. (El subrayado es nuestro)

Esta cláusula de responsabilidad ambiental genérica contenida anteriormente en todos los reglamentos de protección ambiental de distintos sectores daría a entender que los titulares de actividades de hidrocarburos son responsables por todos aquellos impactos ambientales negativos generados por sus proyectos y de ejecutar cualquier tipo de medida considerada adecuada por la entidad de fiscalización ambiental para prevenirlos.

Lo anterior daba a dichas autoridades como el OEFA un amplio margen de discrecionalidad para determinar qué acciones deberían haber sido tomadas por los titulares para evitar que se generen impactos ambientales o en todo caso para controlarlos y/o mitigarlos. Esto último sin importar si los impactos habían sido previstos o no en su IGA o si existían medidas específicas consideradas por el titular para hacerles frente.

Sobre el particular, en el procedimiento administrativo sancionador seguido con el Expediente No. 754-2014-OEFA/DFSAI/PAS, el OEFA señala que ante la ocurrencia de un evento o accidente ambiental, el administrado se encuentra obligado a adoptar medidas de mitigación y/o control con la finalidad de atenuar o minimizar los impactos ambientales negativos generados, y su adopción debe ser inmediata y oportuna. (OEFA 2015 : 167 – 169)

Así, en el caso seguido bajo este expediente en el que se le imputó a un administrado el presunto incumplimiento de los artículos 3 y 9 del RPAAH y el numeral 75.1 del artículo 75 de la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611 (en adelante, “LGA”), por no haber realizado acciones de manera correcta e inmediata para lograr controlar o mitigar el impacto ocasionado por el derrame de hidrocarburos en el mar, el administrado señaló que al identificar el evento

ocurrido, procedió a ejecutar las medidas previstas en su Plan de Contingencia, tomar las acciones correspondientes para limpiar la zona afectada y desviar la producción de las plataformas.

No obstante, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (en adelante, “DFSAI”) en aplicación de las normas comentadas anteriormente, consideró que las acciones adoptadas por el administrado en aplicación de su Plan de Contingencia no eran suficientes y que se deberían haber adoptado de manera inmediata otras acciones de mitigación y/o control que atenúen o minimicen los impactos ambientales negativos generados al ambiente.

Para el OEFA, frente al derrame de hidrocarburos en el mar, estas medidas serían las siguientes: (i) primero, impedir que se continúe derramando hidrocarburos a través del despliegue de barreras de contención para delimitar el área; y, (ii) segundo, delimitar el área y paralizar el derrame de hidrocarburos, proceder a la operación de recuperación mediante el uso de materiales absorbentes o de equipos recuperadores o motobombas portátiles de presión o vacío y tanques.

Como se verificó que el administrado no desplegó la barrera de contención inmediatamente después de producido el derrame de hidrocarburos y no realizó acciones de mitigación, la DFSAI concluyó que quedó acreditada la infracción y declaró la responsabilidad del administrado.

Sin embargo, el OEFA no señala qué criterio utilizó para determinar que las medidas antes mencionadas eran adecuadas e idóneas frente al derrame de hidrocarburos ocurrido ni por qué las acciones ejecutadas por el administrado en cumplimiento de su Plan de Contingencia al identificar el evento ocurrido no eran suficientes y por lo tanto requerían de medidas adicionales establecidas de manera discrecional.

Asimismo, tampoco se precisa qué momento sería considerado inmediato y oportuno por la DFSAI para adoptar acciones ante un siniestro, ya que aparentemente una vez identificado con certeza el evento ocurrido sería ya demasiado tarde.

Mediante el Nuevo RPAAH, se ha modificado la cláusula de responsabilidad ambiental genérica determinando con una mayor precisión las obligaciones ambientales a las que se encuentra obligado a cumplir un titular de actividades de hidrocarburos.

Así, se señala expresamente que estos son responsables de prevenir, minimizar y compensar los impactos ambientales negativos generados por la ejecución de sus actividades y por los daños que pudieran presentarse por una aplicación deficiente de las medidas aprobadas en su IGA y/o instrumentos complementarios, de acuerdo al siguiente detalle:

Artículo 3.- Responsabilidad Ambiental de los Titulares

Los Titulares de las Actividades de Hidrocarburos son responsables del cumplimiento de lo dispuesto en el marco legal ambiental vigente, en los Estudios Ambientales y/o Instrumentos de Gestión Ambiental Complementarios aprobados y cualquier otra regulación adicional dispuesta por la Autoridad Ambiental Competente.

Asimismo, son responsables por las emisiones atmosféricas, las descargas de efluentes líquidos, la disposición de residuos sólidos y las emisiones de ruido, desde las instalaciones que construyan u operen directamente o a través de terceros, en particular de aquellas que excedan los Límites Máximos Permisibles (LMP) y los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) vigentes, siempre y cuando se demuestre en este último caso, que existe una relación de causalidad entre la actuación del Titular de las Actividades de Hidrocarburos y la transgresión de dichos estándares.

Los Titulares de las Actividades de Hidrocarburos son también responsables de prevenir, minimizar, rehabilitar, remediar y compensar los impactos ambientales negativos generados por la ejecución de sus Actividades de Hidrocarburos, y por aquellos daños que pudieran presentarse por la deficiente aplicación de las medidas aprobadas en el Estudio Ambiental y/o Instrumento de Gestión Ambiental Complementario correspondiente, así como por el costo que implique su implementación. (El subrayado es nuestro)

En ese contexto, si los hechos que son parte del procedimiento administrativo sancionador seguido con Expediente No. 754-2014-OEFA/DFSAI/PAS se hubieran producido cuando ya se encontraba vigente el Nuevo RPAAH, probablemente el OEFA no habría podido exigir a la empresa la ejecución de medidas adicionales a las contempladas su Plan de Contingencia.

Ello toda vez que este sería el instrumento aprobado por la autoridad competente para el caso de derrames de hidrocarburos en el mar, y cualquier presunta infracción debería haber sido analizada tomando como base si el administrado había cumplido con ejecutar efectivamente y eficientemente las medidas contempladas en el mismo.

No obstante lo anterior, considerando que en el período temporal que es materia de evaluación en el presente artículo académico las normas vigentes en materia de fiscalización ambiental que debían ser aplicadas por el OEFA ante derrames de hidrocarburos en el mar no se encontraban tan desarrolladas, esta entidad las aplicaba en ocasiones sin tomar en cuenta que estaba produciendo afectaciones a los derechos de los administrados y a principios administrativos como el de predictibilidad y ejercicio legítimo de poder, así como la seguridad jurídica.

Lo antes descrito también ha ocurrido cuando el OEFA ha buscado determinar la ocurrencia de un impacto ambiental negativo generado por un derrame de hidrocarburos en el mar asimilándolo con un daño ambiental (siendo ambos conceptos totalmente diferentes) tal como analizaremos en el siguiente capítulo.

IV. Capítulo 3: El impacto ambiental negativo producido por un derrame de hidrocarburos en el mar y su distinción con la configuración de un daño ambiental.

Según Vera y Caicedo, el impacto ambiental puede ser definido como la diferencia entre las condiciones ambientales que existirían con la implementación de un proyecto y las condiciones ambientales que existen sin el mismo. Esta definición no tiene un contenido técnico o económico, sino una connotación fáctica que se circunscribe en un estado ambiental anterior al proyecto de inversión y una posterior a este. (2014 : 223-232)

De lo antes señalado se desprende que un proyecto de inversión siempre va a generar impactos ambientales, pues su implementación implica modificar el estado ambiental existente.

En esa línea, Martha Aldana señala que “*el impacto ambiental de una actividad de hidrocarburos está dado por las consecuencias que el desarrollo de esta actividad tiene en el ambiente circundante, así como por su efecto en las relaciones existentes en la zona de influencia del proyecto. Estas consecuencias no son necesaria y exclusivamente negativas sino que también pueden ser de carácter positivo [...]*”. (2007 : 247-269)

En ese contexto, el impacto ambiental por tratarse de una alteración a la calidad ambiental, puede ser tanto positivo como negativo. El impacto ambiental negativo es también conocido como degradación ambiental, lo cual está asociado a la idea de la pérdida o deterioro de la calidad ambiental. Siendo ello así, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, la declaración de dicha responsabilidad no se da por la existencia de un impacto ambiental negativo sino por el incumplimiento de una medida ambiental o una acción humana prevista

en un estudio ambiental y/o en obligaciones generales establecidas en las normas. (Vera & Caicedo 2014 : 223-232)

Para identificar cómo entiende el OEFA el concepto de impacto ambiental negativo y de daño ambiental en el marco de un derrame de hidrocarburos en el mar, realizaremos un análisis de los pronunciamientos de dicha entidad en el procedimiento administrativo sancionador seguido con Expediente No. 272-2013-OEFA/DFSAI/PAS en el cual se le imputó una empresa no controlar o mitigar eficientemente el impacto negativo generado en el mar; y en consecuencia el petróleo derramado impactó negativamente en el sedimento de la playa.

En el caso concreto, el OEFA señaló que se había producido un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del RPAAH concordado con el numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA, y sancionable conforme al Rubro 3.3. de la Resolución de Consejo Directivo No. 028-2013-OS/CD que aprobó la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN (en adelante, “Tipificación OSINERGMIN”).

Para concluir que efectivamente se había producido una infracción a las normas vigentes, el OEFA señaló que no resultaba necesario determinar un daño real al ambiente, sino que correspondía que se sancione a la empresa por la producción de un daño potencial.

En ese contexto, resulta necesario determinar si efectivamente la tipificación realizada por el OEFA requería que previamente se determine que la conducta de la empresa presuntamente infractora había generado la existencia de un daño ambiental real o cierto al sedimento de la playa, o si por el contrario únicamente sería necesario acreditar que dicha conducta podría ocasionar el riesgo de un daño, es decir, un daño ambiental potencial.

El artículo 142 de la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611 define al daño ambiental como “todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

Es decir, según Rojas, la definición de daño ambiental recoge dos elementos esenciales: (i) el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes; y, (ii) el referido menoscabo material debe generar efectos negativos que pueden ser actuales o potenciales. (2014 : 245-279)

En otras palabras, para que pueda configurarse un daño ambiental, se requiere indefectiblemente que exista un menoscabo material al ambiente. De esta manera, los efectos que dicho menoscabo al ambiente ha ocasionado o podría ocasionar son los que podrían ser actuales (reales) o potenciales, respectivamente.

No obstante, mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo No. 035-2013-OEFA/PCD, que aprobó la Metodología para para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones (en adelante, la “Metodología”), el OEFA estableció la existencia de dos clases de daño ambiental:

- El daño real o concreto, que es el 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; y,
- El daño potencial, es decir cualquier 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.

Así las cosas, para el OEFA no se requiere la existencia de un menoscabo al medio ambiente y/o sus componentes para que pueda producirse un daño ambiental, sino que el sólo riesgo o peligro que se genere este menoscabo ya implicaría de por sí un daño, el cual ha sido denominado por esta entidad como “daño potencial”. Cabe señalar que esta definición no había sido contemplada por normativa vigente en materia ambiental previa a la Metodología y tal como se ha señalado en esta norma, es un concepto de elaboración propia del OEFA.

Bajo dichas premisas, a efectos de determinar si se requiere la existencia de un daño ambiental cierto para sancionar en el Expediente No. 272-2013-OEFA/DFSAI/PAS, el OEFA realiza una distinción entre norma sustantiva y norma tipificadora. La primera contiene la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa, mientras que la segunda la calificación de dicho incumplimiento como infracción administrativa, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

En ese contexto, las normas sustantivas serían:

- a) El artículo 3 del RPAAH, el cual señala que los titulares de actividades de hidrocarburos son responsables por [...] *los Impactos Ambientales que se produzcan como resultado de las emisiones atmosféricas, descargas de efluentes líquidos, disposiciones de residuos sólidos y emisiones de ruidos no regulados y/o de los procesos efectuados en sus instalaciones por sus actividades [...]*⁵; y,

⁵ De acuerdo al Reglamento Ambiental, es un **Impacto Ambiental** el efecto que las acciones del hombre o de la naturaleza causan en el ambiente natural y social. Pueden ser positivos o negativos.

- b) El numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA, que establece que *el titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones [...]*.

Por otro lado, la norma tipificadora sería el Rubro 3.3 de la Tipificación OSINERGMIN, la cual se refiere al “*incumplimiento de normas relativas a derrames, emisiones, efluentes y cualquier otra afectación y/o daño al medio ambiente*”.

Por ello, de una interpretación sistemática tanto de las normas sustantivas como de la norma tipificadora, resulta evidente que en el caso concreto la norma tipificadora alegada por el OEFA sí exige que se haya producido una afectación y/o daño al medio ambiente generado por el incumplimiento de las normas ambientales referidas a derrames, como sería el artículo 3 del RPAAH y el numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA.

Esto último pues la norma tipificadora expresamente señala que –en caso no se haya producido un incumplimiento de normas relativas a derrames, emisiones o efluentes- para que exista una infracción debe evidenciarse una afectación y/o daño al medio ambiente, que en la definición adoptada en nuestro ordenamiento jurídico implica un menoscabo material al mismo.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, el daño potencial definido por el OEFA no implica en sí una afectación o menoscabo al medio ambiente, sino la contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que estos se produzcan como consecuencia de las actividades humanas, en el presente caso, de las actividades productivas de una empresa de hidrocarburos.

Al respecto, Lorenzo de la Puente menciona que “el Derecho Peruano exige que se produzca un menoscabo material en el ambiente para que se verifique un daño. Esto parece retórica, pero para la Administración Pública no lo es, la cual ha pretendido sancionar por daño ambiental sin verificar la real ocurrencia del menoscabo; es decir, sin demostrar el daño (...)”. (2011 : 295-307)

En el expediente materia de análisis, el OEFA señala que el incumplimiento a la obligación prevista en el artículo 3 del RPAAH, no estaría referida al supuesto daño ambiental generado en la playa, sino a la falta de implementación de medidas de mitigación frente a la advertencia de una mancha oleosa de hidrocarburos en la zona próxima donde la empresa venía realizando actividades de descarga. Ello bastaría para que se configure la infracción pues generaría un daño ambiental potencial.

En línea con lo antes expuesto, esta afirmación sería imprecisa pues al no estar imputándose el incumplimiento de normas referidas a derrames, la tipificación antes mencionada sí requería la demostración de que se había producido una afectación y/o un daño ambiental (es decir, un daño ambiental cierto) en el sedimento de la playa. El daño debería haber sido producido por la ausencia de medidas de mitigación frente a la advertencia de hidrocarburos en el mar.

Por este motivo, el OEFA no ha realizado una correcta subsunción de la conducta infractora en el tipo administrativo, ya que resulta evidente que la redacción de la norma tipificadora se encuentra en línea con la definición de daño ambiental contenida en el artículo 142 de la LGA. En otras palabras, no admite una interpretación extensiva en la cual un daño potencial pueda ser considerado como una afectación al ambiente. Como se ha mencionado anteriormente, para el OEFA este término no es en sí mismo equiparable a un menoscabo, sino al riesgo de que ocurra.

Sobre este punto en particular, alegar sólo un daño ambiental potencial no sería correcto, pues las normas ambientales vigentes durante el procedimiento administrativo sancionador exigen un daño cierto que se exteriorice como un menoscabo material al ambiente, y hacen referencia a la potencialidad únicamente en relación a los efectos que dicho daño podría producir en el presente o futuro.

De acuerdo a De la Puente, *“la certeza de la existencia de un daño, como es evidente, se distingue de la probabilidad de que se cause un daño –a esta probabilidad el TFA (Tribunal de Fiscalización Ambiental) y el OEFA la llaman indebidamente daño potencial. Si bien esta probabilidad puede motivar la actuación tutelar preventiva del Estado –el ámbito de la responsabilidad por generar una situación de riesgo- de ninguna manera tal probabilidad puede ser entendida como un tipo de daño”*. (2014 : 169 – 178)

Al respecto, cabe señalar que mediante la Resolución de Consejo Directivo No. 049-2013-OEFA/CD, el OEFA tipificó las infracciones administrativas y estableció la escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas, las cuales resultan aplicables a todas las actividades que se encuentran bajo el ámbito de competencias del OEFA.

En dicha escala se realizó una distinción entre las sanciones aplicables cuando se producen los siguientes cinco (5) supuestos:

- a) No se genera daño potencial o real a la flora, la fauna, la vida o salud humana.
- b) Se genera daño potencial a la flora o fauna.
- c) Se genera daño potencial a la vida o salud humana.
- d) Se genera daño real a la flora o fauna.
- e) Se genera daño real a la vida o salud humana.

Es decir, a efectos de incluir el concepto de daño potencial en la legislación aplicable en el marco de un procedimiento administrativo sancionador ambiental (a pesar de ser un término que no tiene sustento legal anterior), el OEFA ha aprobado su propia tipificación en la cual la graduación de las sanciones puede ser mayor o menor dependiendo de si se ha producido realmente un daño a la flora, fauna, vida y/o salud humana, o si este daño es solo potencial.

Posteriormente, como mencionamos en el capítulo anterior, mediante Resolución de Consejo Directivo No. 035-2015-OEFA/CD, el OEFA ha tipificado las infracciones administrativas y ha establecido la escala de sanciones aplicables a las actividades desarrolladas por las empresas del subsector hidrocarburos que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA.

En esta escala, el OEFA también ha clasificado el daño como daño real y daño potencial de acuerdo a la definición antes señalada y en específico, respecto a la posible conducta infractora que le sería aplicable a una empresa por el derrame de hidrocarburos.

Esto último implica que en caso la escala aprobada por el OEFA para los titulares de las actividades de hidrocarburos se hubiera encontrado vigente en el momento en que se produjo el derrame de hidrocarburos que originó el Expediente No. 272-2013-OEFA/DFSAI/PAS, el OEFA sí hubiera contado con una tipificación específica (norma tipificadora) que contemplara el daño potencial al sedimento de la playa como un supuesto de responsabilidad ambiental.

Adicionalmente a lo antes expuesto, durante dicho procedimiento administrativo sancionador, el OEFA no generó los suficientes medios probatorios para determinar que efectivamente la ausencia de medidas de mitigación imputada a

la empresa produjo un menoscabo material al ambiente o a alguno de sus componentes. Por este motivo, sólo se limitó a señalar que bastaría un daño ambiental potencial.

Lo anterior implicaría una vulneración a principios administrativos establecidos en la normativa vigente como el de impulso de oficio y verdad material. Ello será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo siguiente del presente artículo académico.

En el caso analizado, las acciones de mitigación que implementó o pudo implementar la empresa están directamente relacionadas con el riesgo de impacto ambiental. Sin embargo, desde mi punto de vista no basta con indicar que el solo derrame de crudo representa un riesgo potencial al medio ambiente (daño potencial), sino que debe probarse su magnitud a fin de establecer si los actos de mitigación realizados o aquellos actos que pudieron realizarse se encuentran dentro del margen de lo razonable.

Ello no fue realizado por el OEFA en el marco del procedimiento administrativo sancionador pues no se tomaron todas las acciones necesarias (principalmente, pruebas de cargo) para que sea posible determinar si efectivamente se produjo un daño real al medio ambiente.

En consideración a todo lo antes expuesto, ambos términos –impacto ambiental negativo y daño ambiental– deberían ser diferenciados en el marco de todo procedimiento administrativo sancionador seguido por el OEFA, y más en aquellos que son iniciados como producto de un derrame de hidrocarburos en el mar, dada la magnitud de las consecuencias que puede generar esta clase de emergencias.

Si bien el concepto de daño ambiental abarca una parte del concepto de impacto ambiental negativo, a pesar de que todo daño ambiental es inicialmente un

impacto ambiental negativo, no todo impacto ambiental negativo puede llegar a ser categorizado como un daño. Esto último pues existen impactos ambientales negativos tolerables generados por las actividades humanas y sólo llegarán a considerarse efectivamente como daños al medio ambiente en caso se acredite el menoscabo material al mismo.

Asimismo, existe una diferencia de vital relevancia entre el régimen de responsabilidad aplicable a la generación de un daño ambiental y un impacto ambiental negativo, o en todo caso un riesgo de daño.

De acuerdo al numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA, el daño ambiental puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica. Ello quiere decir que la antijuricidad de una conducta que produce un daño ambiental no dependerá de la contravención a una disposición establecida legalmente, sino que por sí misma ya se presume antijurídica.

De esta manera, una vez comprobado el daño ambiental cierto y la causalidad entre la conducta de un administrado y dicho daño, la autoridad fiscalizadora se encontraría facultada para sancionar al responsable.

Por el contrario, como mencionan Vera y Caicedo, al tratarse de un impacto ambiental negativo la declaración la responsabilidad administrativa no se da por la existencia de un impacto ambiental negativo sino por el incumplimiento de una medida ambiental o una acción humana prevista en un estudio ambiental y/o en obligaciones generales establecidas en las normas. (2014 : 223-232)

Es decir, no basta la sola existencia del impacto ambiental negativo para sancionar la conducta y esta no se presume antijurídica sino que se requiere además que el responsable haya contravenido lo dispuesto en la normativa ambiental vigente o los IGA debidamente aprobados por la autoridad competente.

Así las cosas, como se ha señalado anteriormente, el marco normativo ambiental vigente al momento en que el OEFA determinó la responsabilidad administrativa la empresa bajo la norma tipificadora aplicada había definido daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, y no el riesgo de que este daño ocurra, como sería el caso del daño potencial.

Por ello, el Rubro 3.3 de la Resolución de Consejo Directivo No. 028-2003-OS/CD determinó que la sanción sería aplicable por incumplimiento a normas relativas a derrames y cualquier otro daño y/o afectación al medio ambiente, entendiéndose esto último como un menoscabo real al mismo.

Para que se pueda determinar que la conducta de la empresa en el marco del Expediente No. 272-2013-OEFA/DFSAI/PAS es pasible de ser sancionada, la norma tipificadora exigía demostrar que la presunta ausencia de medidas de mitigación y control ocasionó un menoscabo material en el ambiente, lo cual implica verificar, a su vez, previamente la existencia de un daño ambiental cierto.⁶

De lo contrario no cabría atribuirle responsabilidad, pues el OEFA estaría dándole arbitrariamente una condición indeterminada a la norma tipificadora para que de ese modo calce el daño potencial como un supuesto que implique una sanción.

⁶ En esa línea, cabe mencionar que, de acuerdo a lo establecido por el OEFA en el Informe Fundamentado No. 79-2013-DFSAI/COFEMA, de fecha de 5 de julio de 2013 y el Oficio No. 821-2013-OEFA/DFSAI, de fecha 18 de setiembre de 2013, que precisó dicho informe -emitidos en el marco de la investigación penal iniciada producto del derrame- se comunicó a la Fiscalía Provincial Especializada en Prevención del Delito y en Materia Ambiental del Callao que “*sobre la base de las acciones de supervisión realizadas, se debe informar que en el presente caso, no existen elementos de juicio a partir de los cuales se pueda señalar si como consecuencia del derrame de hidrocarburos en el mar del Callao se ha producido daño grave al ambiente*”. Es decir, el mismo OEFA determinó que no se había evidenciado un daño real al medio ambiente en el caso concreto.

En conclusión, tal como se ha evidenciado en este capítulo, durante la ejecución de las funciones de supervisión y fiscalización ambiental del OEFA en el expediente administrativo materia de análisis (ante un derrame de hidrocarburos en el mar), no solo se habrían producido vulneraciones a los derechos de los administrados sino a principios que deben regir todo procedimiento administrativo sancionador y la actuación de las autoridades administrativas. Entre ellos, cabe mencionar el principio de tipicidad, el principio de verdad material y el principio de impulso de oficio.

En el capítulo siguiente del presente artículo académico se abordarán con mayor detalle cuáles son los principios administrativos que habrían sido vulnerados (o no considerados) por el OEFA.

V. Capítulo 4: Respeto a la posible vulneración de los principios administrativos que deben regir la actuación del OEFA durante la fiscalización ambiental.

De conformidad con lo antes expuesto, en el Capítulo 2 y el Capítulo 3 del presente artículo académico, en dos (2) procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el OEFA frente a derrames de hidrocarburos en el mar, se han evidenciado manifiestas vulneraciones a principios que debe cumplir toda autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones y más aún durante la ejecución de actividades de fiscalización para evitar generar vulneraciones a los derechos de los administrados.

En relación con el procedimiento seguido con Expediente No. 754-2014-OEFA/DFSAI/PAS en el cual el OEFA exigió a la empresa la ejecución de medidas de mitigación y control adicionales a las contempladas en su Plan de Contingencia debidamente aprobado por la autoridad competente para el caso de derrames de hidrocarburos en el mar, se ha producido una afectación a

principios administrativos como el de predictibilidad y; por tanto, a la seguridad jurídica.

El numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (en adelante, “LPAG”) consigna el principio de predictibilidad de la actuación administrativa, en los siguientes términos:

1.15 Principio de predictibilidad y confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables. (Subrayado y énfasis nuestro)

Así las cosas, la exigencia del OEFA de que durante un derrame de hidrocarburos en el mar el administrado -además de cumplir con las medidas establecidas en los IGA aprobados a su favor- cumpla con medidas de mitigación y control adicionales, contraviene el principio de predictibilidad toda vez que permitiría que una autoridad administrativa actúe arbitrariamente y discrecionalmente al sancionar por el incumplimiento de acciones que solo son aplicables según su criterio para un caso específico.

Esto último genera una falta de predictibilidad respecto a los pronunciamientos que realizarán los funcionarios respectivos del OEFA. Siendo este el caso, dicha entidad no ha asumido un rol preponderante y determinante en la aplicación práctica del principio de predictibilidad.

Por ello, sería pertinente que se adopten soluciones integrales que permitan a los administrados claridad y certeza en las obligaciones que deben cumplir, en la secuencia del procedimiento administrativo sancionador y en la información necesaria y clara para evitar la imposición de sanciones. Caso contrario, el rol de la predictibilidad y/o seguridad jurídica continuará dejado de lado.

Adicionalmente a lo anterior, en el procedimiento administrativo sancionador antes comentado también se habría producido una contravención al principio de ejercicio legítimo del poder que ha sido recientemente incorporado mediante el Decreto Legislativo No. 1272 en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, en los siguientes términos:

La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso de poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general. (Subrayado y énfasis nuestro)

Si bien este principio no se encontraba en la Ley No. 27444 cuando se produjeron los hechos del procedimiento administrativo sancionador analizado, consideramos que también resulta necesario identificar su vulneración pues cristaliza la aplicación de la seguridad jurídica.

Al respecto, cabe resaltar que de conformidad con el literal c) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley del SINEFA, la función fiscalizadora y sancionadora del OEFA 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 IGA, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA.

En el caso particular, es importante tomar en cuenta que las medidas de mitigación y control exigidas por el OEFA en el caso de derrames de hidrocarburos en el mar no estaban establecidas en ninguno de los siguientes dispositivos: (i) normas ambientales aplicables a la empresa; (ii) compromisos ambientales del contrato suscrito por la empresa con el Estado peruano; o, (iii) mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA.

En ese sentido, las obligaciones antes mencionadas solo podrían ser fiscalizables por el OEFA si se tratasen de compromisos que se deriven de los IGA aprobados a favor de dicha empresa para la ejecución de sus actividades de hidrocarburos y; específicamente, para los supuestos de derrames de hidrocarburos en el mar.

Sin embargo, tal como he señalado previamente, las obligaciones exigidas por el OEFA en dicho procedimiento no tenían sustento alguno en el Plan de Contingencia aprobado a favor de la empresa.

Por ello, el OEFA no tendría ningún sustento para exigir el cumplimiento de una obligación no prevista en ninguno de los dispositivos legales sobre los que tiene competencia y estaría incumpliendo el principio de ejercicio legítimo del poder al buscar ejercer dichas competencias que no le han sido atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades.

Por otro lado, en relación con el procedimiento administrativo sancionador seguido con Expediente No. 272-2013-OEFA/DFSAI/PAS, el OEFA aplicó una tipificación que requería previamente que se determine que la conducta de la empresa presuntamente infractora había generado la existencia de un daño

ambiental real o cierto al sedimento de la playa. No obstante, no acreditó efectivamente el daño y señaló únicamente que dicha conducta podría ocasionar el riesgo de un daño (es decir, un daño ambiental potencial).

Siendo este el caso, consideramos que se habría producida una vulneración no solo al principio de tipicidad sino también a principios como el de impulso de oficio y verdad material.

Respecto al principio de tipicidad, se ha producido una vulneración al mismo pues como se ha señalado anteriormente la tipificación no solo se refiere a la generación de impactos ambientales negativos, sino que exige que se produzca un daño ambiental cierto, el cual no ha podido ser determinado por el OEFA en el procedimiento administrativo sancionador analizado.

El numeral 4 del artículo 230 de la LPAG regula el principio de tipicidad en los siguientes términos:

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

El Tribunal Constitucional es bastante claro sobre los límites que impone este principio, pues como sostiene en la Sentencia emitida en el Expediente No. 6301-2006-PA/TC, “(...) *este principio no solo exige que por ley se establezcan los delitos [infracciones administrativas], sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose la aplicación por analogía y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las infracciones*”.

Este mismo Tribunal ha señalado en la Sentencia emitida bajo el Expediente No. 01873-2009-PA/TC que en mérito del Principio de tipicidad:

(...) la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada. (El subrayado es nuestro)

Si bien la obligación general prevista en las normas sustantivas era que el titular de actividades de hidrocarburos es responsable por los impactos ambientales que produzcan y que se deben adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, finalmente la norma tipificadora que concretiza la infracción y es aplicada por el OEFA señalaba expresamente que el incumplimiento a las normas debe generar una afectación y/o daño al medio ambiente. Por tanto, no procedería sancionar a la empresa tomando como base dicha tipificación.

En esa línea, tal como hemos señalado en el Capítulo 3 del presente artículo, en dicho procedimiento administrativo sancionador el OEFA no tomó todas las acciones necesarias ni generó pruebas de cargo para que sea posible determinar si efectivamente se produjo un daño real al medio ambiente debido al derrame de hidrocarburos en el mar y solo le limitó a alegar un daño ambiental potencial.

Debido a lo anterior, se habría producido una vulneración de los principios de verdad material e impulso de oficio en materia probatoria, previstos en el

artículo IV, numerales 1.11 y 1.3, del Título Preliminar de LPAG. Estos principios obligan a la Administración a actuar todas las pruebas necesarias para encontrar la verdad material u objetiva y, así, verificar plenamente que los hechos imputados a la empresa configuraban -en forma indubitable- infracciones.

Esto último, pues la decisión final del procedimiento no se encontró motivada y debidamente fundamentada en pruebas generadas y recabadas por el mismo OEFA, como autoridad administrativa conductora del procedimiento administrativo sancionador.

El principio de verdad material contenido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, está regulado en los siguientes términos:

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Asimismo, en estrecha relación, el numeral 1.3 del mismo artículo de la LPAG regula el principio de impulso de oficio en los siguientes términos:

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Con relación a ambos principios la Corte Suprema de la República ha establecido lo siguiente:

El derecho a ofrecer y producir pruebas, tiene estrecha relación con los principios del derecho administrativo de impulso de oficio y verdad material, regulados en la

Ley del Procedimiento Administrativo General, y en virtud de los cuales en el marco de un procedimiento administrativo, la actividad probatoria no es exclusiva de los administrados que son parte del procedimiento, sino que vincula también a la administración, pudiendo afirmarse que es esta última quien tiene la carga de la prueba. En tal sentido, comprende el derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida en el ámbito del procedimiento, derecho a que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión, derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración y derecho a que se aplique los principios de carga de la prueba específicos para el ámbito de procedimiento administrativo.⁷

Teniendo en cuenta el deber probatorio que recae sobre toda autoridad administrativa en virtud de los principios antes mencionados, correspondía al OEFA “verificar plenamente los hechos” y “adoptar todas las medidas probatorias necesarias” a efectos de establecer, más allá de toda duda razonable, que las conclusiones a las que llegaba eran correctas.

Ello quiere decir que, en aplicación de sus facultades investigadoras, el OEFA debió de recabar y evaluar toda la información que resultara pertinente a efectos de verificar si la infracción imputada a la empresa realmente correspondía a los hechos ocurridos. Sin embargo, el OEFA obvió esta obligación imputando una infracción sin realizar una adecuada producción de pruebas de cargo y afirmando que no había sido posible acreditar un daño ambiental grave.

Así las cosas, consideramos que existen pruebas y argumentos en el expediente administrativo que debían motivar al OEFA a impulsar de oficio la verificación plena de hechos ocurridos, y no limitarse a señalar que se había producido un riesgo de daño o daño potencial sino a comprobar efectivamente el daño real al ambiente, de ser el caso.

⁷ CAS No. 8125-2009-DEL SANTA, del 17 de abril de 2012 Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República.

Cabe mencionar que la antes descrita es una práctica común en diversos procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el OEFA en los que esta autoridad alega la existencia de un daño potencial cuando no ha podido comprobar ni acreditar efectivamente la existencia de un daño real al medio ambiente que la faculte a sancionar a los administrados.

Por todo lo antes expuesto, hemos concluido que en los dos (2) procedimientos administrativos sancionadores analizados, el OEFA ha incurrido en graves falencias que han producido contravenciones a principios administrativos que deberían haber sido observados por el OEFA durante el ejercicio de sus funciones, generando a su vez afectaciones a los derechos de los administrados.

Una evidencia de lo anterior es el gran desacuerdo que han producido los pronunciamientos del OEFA entre las empresas bajo su ámbito de competencia, lo cual ha implicado que muchas de las resoluciones emitidas por esta entidad hayan sido contradichas tanto en la vía administrativa como judicial.

VI. Conclusiones.

En el presente artículo académico sobre las funciones de supervisión y fiscalización ambiental del OEFA como consecuencia de un derrame de hidrocarburos en el mar se han tomado como base dos (2) procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el OEFA desde que asumió las funciones de supervisión y fiscalización ambiental de las actividades del subsector hidrocarburos en el año 2011 hasta el año 2015 que aprobó su propia tipificación de infracciones administrativas y escala de sanciones aplicables a dichas actividades mediante Resolución de Consejo Directivo No. 035-2015-OEFA/CD.

De la revisión de la normativa vigente durante dicho período de tiempo, se ha concluido que el OEFA sí tiene competencia para supervisar y fiscalizar los

derrames de hidrocarburos que se producen en el mar en virtud de la Ley del SINEFA y las funciones transferidas por el OSINERGMIN.

Sin perjuicio de ello, existen otras autoridades que tienen competencia para supervisar y fiscalizar los derrames de hidrocarburos en el mar, como es el caso del OSINERGMIN y/o la DICAPI. Dichas autoridades podrían sancionar a un titular de actividades de hidrocarburos ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar en caso se identifiquen vulneraciones a las normas bajo su ámbito de fiscalización.

Los instrumentos aplicables ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar pueden ser tanto de índole técnica, como es el caso del Plan de Contingencia, como los IGA que contengan en sí mismos medidas de mitigación y control que deberán ser ejecutadas por el titular ante un derrame de hidrocarburos en el mar. Dependiendo de la autoridad que ha aprobado el instrumento y el momento en que este fue aprobado, este podría ser fiscalizable por el OSINERGMIN, la DICAPI o el OEFA.

Así las cosas, las únicas medidas de mitigación y control que podrían ser exigidas por el OEFA a un titular de actividades de hidrocarburos ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar son aquellas contenidas en los IGA aprobados, cuyos compromisos pueden ser supervisados y/o fiscalizados por dicha entidad. En caso el IGA contenga a su vez el Plan de Contingencia, el OEFA podría verificar el cumplimiento de las medidas contenidas en este instrumento.

Por el contrario, en caso el titular cuente con un Plan de Contingencia aprobado por el OSINERGMIN y/o por la DICAPI donde se señalen medidas específicas de mitigación y/o control ante un derrame de hidrocarburos en el mar, cada una de estas autoridades tendría competencia para verificar el cumplimiento de

dichas medidas. Así, el OEFA no podría supervisarlas pues se encontrarían fuera de su competencia.

Cabe señalar que el rol del Plan de Contingencia como instrumento técnico de gestión es buscar disminuir o minimizar los daños, víctimas y pérdidas que podrían ocurrir a consecuencia de fenómenos naturales, tecnológicos o de la producción industrial, potencialmente dañinos. Por ello, las medidas contenidas en el mismo son las que deberían ser adoptadas ante una emergencia como un derrame de hidrocarburos en el mar.

A pesar de lo antes mencionado, el OEFA en uno de los procedimientos administrativos sancionadores analizados ha solicitado al administrado tomar medidas de mitigación y control adicionales a las establecidas en su Plan de Contingencia que serían aplicables al caso concreto según su criterio discrecional.

Una vez verificada la competencia del OEFA para supervisar y fiscalizar un derrame de hidrocarburos en el mar y de haber identificado los instrumentos y medidas aplicables en este supuesto, en el marco del presente artículo académico hemos realizado una distinción entre los conceptos de “impacto ambiental negativo” y “daño ambiental”.

Esto último pues consideramos que cuando el OEFA realiza la supervisión y/o fiscalización de un derrame de hidrocarburos en el mar para verificar si se ha producido una afectación al medio ambiente y determinar la sanción aplicable al administrado, debe tomar en cuenta que ambos conceptos no son lo mismo. Si bien todo daño ambiental implica un impacto ambiental negativo, no todo impacto ambiental negativo es un daño ambiental.

En otras palabras, tal como se ha señalado en capítulos anteriores, toda actividad humana genera impactos ambientales negativos. Sin embargo,

algunos de estos impactos son tolerables y solo implicarían la comisión de una infracción cuando se evidencie el incumplimiento a las normas vigentes o los compromisos asumidos en los IGA.

Por otro lado, para que pueda configurarse un daño ambiental se requiere indefectiblemente que se haya producido un menoscabo al medio ambiente y/o alguno de sus componentes y que dicho menoscabo tenga la facultad de generar efectos negativos reales o potenciales. De esta manera, la generación de un daño ambiental por sí mismo implica la comisión de una infracción y no requiere verificar la vulneración a alguna norma vigente.

Así las cosas, resulta evidente que ambos conceptos son distintos y tienen un tratamiento legal diferenciado, por lo que el OEFA no podría asimilarlos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

No obstante lo anterior, y aunque las normas vigentes no lo habían establecido antes, el OEFA ha realizado una clasificación del daño ambiental en dos (2) tipos: (i) el daño ambiental real, que es mismo menoscabo producido al medio ambiente y/o alguno de sus componentes; y, (ii) el daño ambiental potencial, que es el riesgo o posibilidad de que este menoscabo ocurra.

Tomando como base dicha clasificación, en uno de los procedimientos administrativos sancionadores analizados, el OEFA ha utilizado la referencia a la producción de un daño ambiental potencial y/o la generación de un impacto ambiental negativo, para sancionar al administrado ante la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos en el mar. Sin embargo, para estos efectos ha aplicado una escala de multas y sanciones que tipifica la configuración de un daño ambiental real (no potencial), lo cual consideramos que no se encontraría admitido.

Por todo lo anterior, de la revisión de los pronunciamientos del OEFA en el marco de los procedimientos analizados ha sido posible concluir que durante el ejercicio de sus funciones de supervisión y fiscalización ambiental ante un derrame de hidrocarburos en el mar esta entidad ha incurrido en diversas contravenciones a principios administrativos establecidos por la normativa vigente.

Si bien algunos de estos principios no se encontraban expresamente regulados en las normas aplicables cuando ocurrieron los hechos de dichos procedimientos sancionadores (i.e. principio de ejercicio legítimo de poder), consideramos que resulta necesario identificar su vulneración pues son de suma relevancia para garantizar que se respeten los derechos de los administrados por parte de las autoridades administrativas.

En ese contexto, en los expedientes materia de análisis se ha identificado que el OEFA ha incurrido en lo siguiente:

- (i) Incumplimiento de los principios de predictibilidad y ejercicio legítimo del poder al exigir la ejecución de obligaciones (i.e. medidas de mitigación y control) no previstas en ninguno de los dispositivos legales sobre los que tiene competencia ante la ocurrencia de derrames de hidrocarburos en el mar.
- (ii) Vulneración contra el principio de tipicidad al aplicar como norma tipificadora el Rubro 3.3 de la Tipificación OSINERGMIN pues dicha norma exige que se produzca un daño ambiental cierto, el cual no ha podido ser acreditado toda vez que el OEFA solo ha alegado la existencia de un impacto ambiental negativo y/o un daño ambiental potencial (riesgo de daño).

- (iii) Violación a los principios de impulso de oficio y verdad material dado que el OEFA no ha efectuado las acciones ni ha producido las pruebas de cargo necesarias para determinar si existió un daño grave al ambiente ante un derrames de hidrocarburos en el mar.

Asimismo, tampoco ha realizado una debida evaluación de las consecuencias del derrame de hidrocarburos, y es por este motivo que esta entidad se ha limitado a señalar que bastaría un daño ambiental potencial para configurarse la infracción.

En ese contexto, ha sido posible concluir que en los dos (2) procedimientos administrativos sancionadores analizados y seguidos en el período de tiempo evaluado en el presente artículo académico (entre los años 2011 y 2015), el OEFA no ha realizado sus funciones de supervisión y fiscalización ambiental de manera idónea ante la ocurrencia de derrames ocasionados por las actividades de hidrocarburos en el mar ni ha cumplido adecuadamente con el objetivo de prevenir la producción de daños al ambiente y/o buscar su remediación.

Siendo este el caso, resulta evidente que existen diversos aspectos dentro de los procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el OEFA ante derrames de hidrocarburos en el mar que deberían ser considerados y mejorados por esta autoridad para garantizar que sus funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental sean ejecutadas en observancia de nuestro marco regulatorio vigente y finalmente permitan lograr el objetivo de garantizar la protección del medio ambiente.

En nuestra opinión, esta mejora podría darse desde la etapa de supervisión en la que deberían generarse las suficientes pruebas de cargo que permitan posteriormente al OEFA verificar el grado de afectación que produce el

derrame de hidrocarburos en el medio ambiente y de ese modo realizar una debida tipificación durante el procedimiento administrativo sancionador.

De esta manera, se podría asegurar que los administrados vean respetados sus derechos y sean sancionados solo en caso se verifique indubitablemente que han cometido la infracción establecida en las normas aplicables vigentes.

VII. Bibliografía.

ALDANA, Martha

2007 “Evaluación de impacto ambiental en actividades de hidrocarburos: Un enfoque de aplicación práctica”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, pp. 247-269.

ANDALUZ, Carlos

2013 Manual de Derecho Ambiental. Lima: Editorial Iustitia, pp. 47-50, 585-586, 785-939.

DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo

2008 “Responsabilidad por el Daño Ambiental Puro y el Código Civil Peruano”. *Themis*. Lima, número 60, pp. 295-307.

2014 “La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una Peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 42, pp. 169-178.

ESTEVE PARDO, José

2005 Derecho del Medio Ambiente. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., pp. 109-111.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2014 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, Décima Edición, 2014.

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

2014 La fiscalización ambiental en el Perú. Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Primera Edición.

2015 “Criterios Sustantivos emitidos en el Subsector de Hidrocarburos”. *Principales criterios resolutivos adoptados en los procedimientos administrativos sancionadores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)*. Compilación 2011-2015. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), pp. 167-169.

ROJAS, Verónica

2014 “El ambiente y la potestad sancionadora en la jurisprudencia administrativa del Tribunal de Fiscalización Ambiental”. *La Fiscalización Ambiental en el Perú: Reflexiones sobre las*

funciones y atribuciones del OEFA. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), pp. 245-279.

SOTO, Carlos

2006 “El derecho frente a los depredadores del Medio Ambiente. Reflexiones en torno al daño ambiental”. *Advocatus*. Lima, número 13.

VERA TORREJÓN, José Antonio y CAICEDO, Paola

2014 “El Impacto Ambiental Negativo y su Evaluación Antes, Durante y Después del Desarrollo de Actividades Productivas”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 42, pp. 223-232.

WIELAND, Patrick

2017 *Introducción al Derecho Ambiental*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Primera Edición, 2017, pp. 155.

Jurisprudencia

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA

2009 Expediente No. 157-09-MA/E. Resolución No. 082-2013-OEFA/TFA: 27 de marzo de 2013.

- 2013 Expediente No. 374-2013-OEFA-DFSAI/PAS. Resolución No. 021-2014-OEFA/TFA-SEP: 30 de octubre de 2014.
Expediente No. 272-2013-OEFA-DFSAI/PAS. Resolución No. 063-2015-OEFA/TFA-SEE: 21 de diciembre de 2015.
- 2014 Expediente No. 754-2014-OEFA-DFSAI/PAS. Resolución Directoral No. 461-2015-OEFA/DFSAI: 21 de mayo de 2015.

PODER JUDICIAL

- 2009 Expediente No. 8125-2009-DEL SANTA. Sentencia: 17 de abril de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2006 Expediente No. 6301-2006-PA/TC. Sentencia: 13 de agosto de 2008.
- 2009 Expediente No. 1873-2009-AA. Sentencia: 3 de setiembre de 2010.
