

SERIE DE POLÍTICA Y DERECHO AMBIENTAL

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

LIMA - PERÚ N° 28

REFORMAS CLAVE A LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ: SOBRE EL INCREMENTO DE LAS MULTAS Y LA EJECUTORIEDAD DE LAS DECISIONES DEL OEFA

Carol Mora Paniagua¹

CONTENIDO

1. Sobre el incremento del tope de multas de 10 mil a 30 mil UIT	2
1.1. Sobre la naturaleza disuasiva de la sanción	2
1.2. Sobre el principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo sancionador	3
1.3. Sobre la no confiscatoriedad	3
1.4. Sobre el establecimiento del límite al monto de la multa	4
1.5. Sobre el fraccionamiento y el aplazamiento del pago de la sanción multa	5
1.6. Sobre la reducción del monto de la multa por pronto pago	6
1.7. ¿Predisposición a incumplir?	6
2. Sobre la ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA: la aplicación del artículo 20-A	7
2.1. El régimen general y el régimen especial ambiental de ejecución coactiva	7
2.2. ¿Pero por qué el OEFA creó este régimen especial?	10
2.3. La multa no lo es todo: la importancia de las medidas correctivas del OEFA	11
Conclusiones	12

ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA). Esto implica a su vez la construcción de una armadura normativa y de la generación de mayores recursos económicos provenientes de mayor asignación presupuestaria, el aporte por regulación y el recaudo proveniente de la ejecución de las multas impuestas por esta autoridad.

Aunque la labor normativa del OEFA ha sido exhaustiva en los últimos meses, es necesario considerar que desde la reforma contenida en la Ley 30011 que modificó la Ley del SINEFA, Ley 29325, dos han sido los temas que han acaparado el debate entre especialistas y sectores de la sociedad.

Por un lado, ha sido materia de cuestionamiento el incremento del tope de multas de 10 mil a 30 mil UIT, que evidentemente ha sido significativo y ha generado la polarización entre quienes piensan que es la mejor forma de desincentivar las infracciones ambientales en el país y quienes sienten una directa afectación a sus bienes patrimoniales. Por otro lado, es materia de debate la idoneidad de los candados previstos por el OEFA para asegurar la ejecutoriedad de sus resoluciones, mediante las cuales impone las sanciones multas. Según las posiciones existentes, estaría en juego el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado y a la salud frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la igualdad.

Desde el 2013, se han venido dando pasos importantes para la reforma de la fiscalización ambiental en el Perú, esto pasa por una nueva visión de la fiscalización a través de la consolidación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como

En las próximas líneas plantaremos ambos temas, reconociendo que si bien no existen soluciones absolutas, lo adecuado pasa por rescatar el espíritu de las normas para salvaguardar los bienes jurídicos que se pretende tutelar: el ambiente y los recursos naturales.

¹ Asesora legal del Programa de Política y Gestión Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA. La autora agradece los aportes para la elaboración del presente documento a Isabel Calle, Sharon Zabarburu, Lucía Palao y Manuel Ruiz de la SPDA.

1. Sobre el incremento del tope de multas de 10 mil a 30 mil UIT

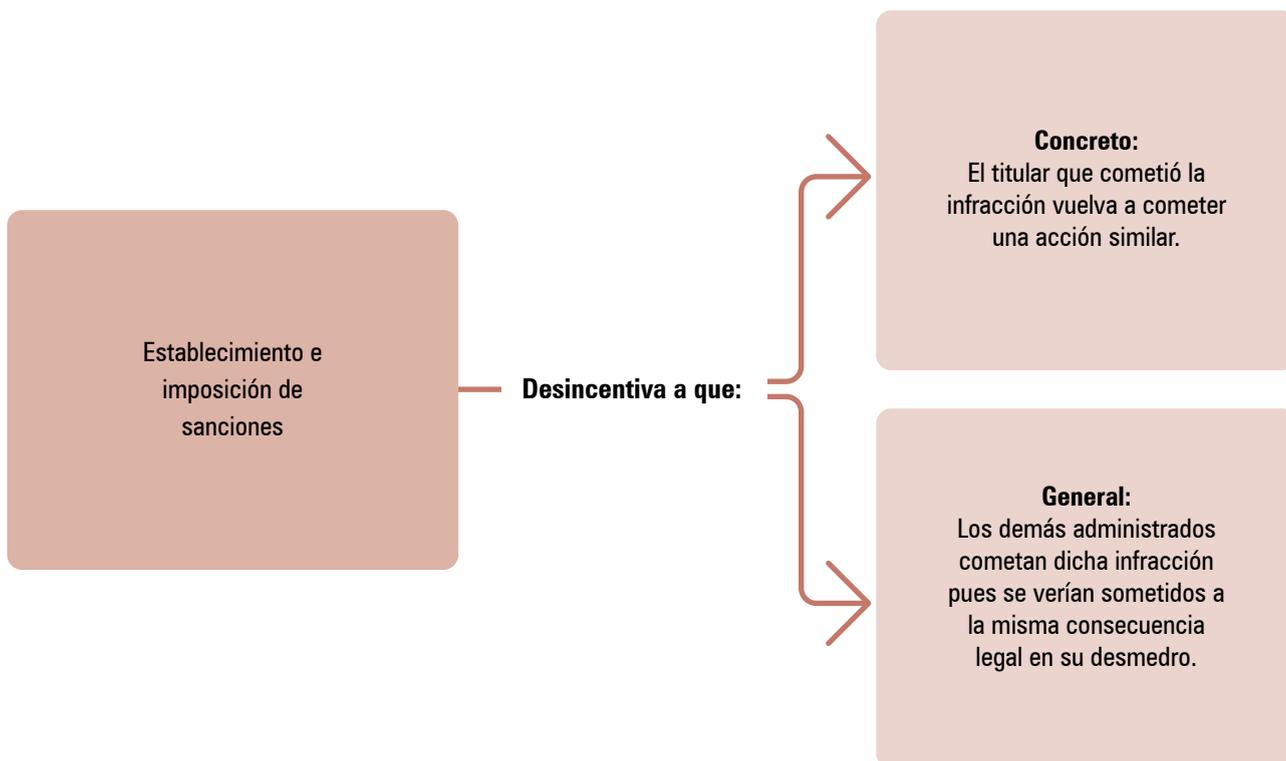
Desde la aprobación de la Ley 30011, que entre otras disposiciones, aprobó el incremento del tope de multas por la comisión de infracciones ambientales de 10 mil a 30 mil UIT, se ha presentado una serie de posiciones en contra de esta nueva regulación por considerarla arbitraria al colocar en supuesta situación de riesgo el patrimonio económico de las empresas e incluso de los individuos.

En efecto, en la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30011, vigente desde el 27 de abril de 2013, se establece que las sanciones multa no serán mayores a 30 mil UIT vigentes a la fecha de que se cumpla el pago impuesto, modificándose así el artículo 136.2 de la Ley General del Ambiente que establecía el tope de 10 mil UIT. Al respecto consideramos que esta reforma resulta idónea y proporcional para asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental y las obligaciones ambientales por parte de todas las personas naturales o jurídicas en el país, siempre que se aplique bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Desde la vigencia de este incremento del tope de la multa en abril de 2013, el OEFA ha venido aprobando disposiciones complementarias que, podemos adelantar, han tenido como objetivo matizar la aplicación del tope de 30 mil UIT. A continuación desarrollaremos los aspectos más relevantes en torno a un tema tan controvertido como el aumento del monto de multa máxima para el caso de la fiscalización ambiental en el país.

1.1. Sobre la naturaleza disuasiva de la sanción

El OEFA, ente rector del SINEFA, ha señalado que uno de los objetivos de las sanciones a imponer a los administrados, en el ámbito de su competencia, es desincentivar el comportamiento infractor. Efectivamente, el establecer un tope de multas alto tiene como objetivo disuadir las conductas que han sido calificadas como perjudiciales en las normas correspondientes.



Pese a ello, tradicionalmente, en el Perú ha operado una estructura de fiscalización ambiental donde al administrado le resultaba más costoso invertir en la prevención del daño ambiental que asumir las consecuencias por el incumplimiento. Es decir, el propio sistema generaba un incentivo perverso donde resultaba más beneficioso infringir y someterse al pago de la sanción monetaria que cumplir la norma y los compromisos contenidos en los instrumentos de gestión ambiental, tales como los estudios de impacto ambiental.

Debe quedar claro con ello que, desde un punto de vista teleológico, lo que se persigue con la imposición de una sanción multa no es (o no debería ser) generar un desmedro en la esfera patrimonial del administrado al momento de ejecutar la multa, sino que el régimen sancionatorio asegure la integridad de los bienes jurídicos ambientales protegidos.

1.2. Sobre el principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo sancionador

Las dos reglas derivadas de la aplicación del principio de razonabilidad en el marco del derecho administrativo sancionador implican que a) las autoridades prevean que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, y que b) las sanciones a ser aplicadas sean proporcionales al incumplimiento calificado como infracción. Es decir, mediante la observancia de este principio el objetivo es asegurar un equilibrio en el ejercicio de la potestad sancionadora, asegurando la función disuasiva de la sanción pero también que esta sea dictada conforme a derecho y conforme a las garantías propias del debido procedimiento administrativo sancionador.

En este sentido, podemos advertir que en el caso concreto de un procedimiento administrativo sancionador, el administrado no debiera encontrarse desprotegido y sometido abiertamente a los alcances y discrecionalidad de la Administración, ya que la

actuación de la autoridad debe encontrarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar. La autoridad deberá ponderar la proporcionalidad entre la medida elegida para sancionar y el reproche que objetivamente amerita la conducta incurrida.

Asimismo, tengamos en cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora de cualquier autoridad corresponde a una actividad reglada mas no arbitraria, y que puede ejercerse de manera acotada por aquella autoridad a quien le haya sido expresamente atribuida por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

Recordemos que los principios constituyen criterios de interpretación en la aplicación del Derecho, por lo que es sobre la base del principio de razonabilidad antes desarrollado que el OEFA y otras entidades de fiscalización ambiental (EFA) deberán ejercer su potestad sancionadora.

1.3. Sobre la no confiscatoriedad

El Tribunal Constitucional² ha señalado que, en principio, las multas – a diferencia de los tributos – no son susceptibles de declaración de confiscatoriedad, salvo que se constate una extrema irracionalidad ya sea por su cuantía o por su falta de adecuación a la gravedad de la infracción sancionada. De ello tenemos que la declaración de confiscatoriedad de las multas impuestas por el OEFA se configuraría si no se ha observado el principio de razonabilidad³ durante:

1. La calificación de la infracción administrativa.
2. La imposición de la sanción multa.

En ambos supuestos, para incurrir en un escenario de confiscatoriedad, es necesario ubicarse en el marco de un procedimiento administrativo sancionador concreto en el cual no se han valorado

2 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01492-2003-AA.html>

3 En la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, se establece que la razonabilidad implica que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios en orden de prelación: a) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; b) el perjuicio económico causado; c) la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; d) las circunstancias de la comisión de la infracción; e) el beneficio ilegalmente obtenido; y f) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

adecuadamente las circunstancias y se ha asignado una calificación desproporcional a los hechos, así como tampoco considerado los elementos adecuados para la determinación del monto de la multa.

Por ello, no es correcto que el incremento del tope de multas a 30 mil UIT sea *per se* confiscatorio ya que la confiscatoriedad de una sanción dependerá de que previamente se concluya que la autoridad determinó la multa sin obediencia del principio de razonabilidad. Esto es, que se vulnere el derecho de determinado administrado en el marco de un procedimiento administrativo sancionador específico.

Asimismo, ya ubicados en un caso concreto de un procedimiento administrativo sancionador, el OEFA deberá observar la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones” que esta misma autoridad aprobó en marzo de 2013. Esta Metodología es aplicable para actividades vinculadas a la gran y mediana minería y de manera supletoria, para otras actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA en tanto no se apruebe una regulación específica.

Esta Metodología también debe permitir anticipar y evitar cualquier escenario de irracionalidad pues establece criterios objetivos a ser aplicados para el cálculo de la multa. Para ello, el OEFA al definir la sanción multa valorará, entre otros elementos, el beneficio ilícito relacionado a los ingresos ilícitos (ingreso económico percibido o por percibir por el incumplimiento) y los costos evitados (ahorro generado al incumplir determinada obligación) que ha generado la conducta infractora. Asimismo, considerará la probabilidad de la detección (medición porcentual de que la comisión de una infracción pueda ser detectada por la autoridad). Finalmente, el OEFA valorará los factores atenuantes y agravantes de la conducta infractora.

Con estos criterios objetivos y las fórmulas aprobadas para el cálculo de la multa, el administrado se encuentra en un escenario de certidumbre y predictibilidad jurídica respecto de los términos en que será dictada la sanción multa.

1.4. Sobre el establecimiento del límite al monto de la multa

El 18 de septiembre de 2013, se aprobaron las Reglas de la Potestad Sancionadora del OEFA a fin de garantizar la observancia de los principios del debido procedimiento administrativo sancionador y asegurar el cumplimiento de los objetivos de la fiscalización ambiental. Esto reflejado en una protección eficaz y oportuna del ambiente, los recursos naturales, la vida y salud de las personas.

En la décima regla de la norma antes citada se establece que la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que se cometió la infracción. Con lo cual, a la lista de aspectos que deben ser observados para garantizar los derechos de los administrados en el marco de un procedimiento sancionador, se suma una limitación concreta para el caso de las sanciones monetarias.

El establecimiento del porcentaje del 10% es un tema definido por el OEFA que plantea asignar un factor común sin diferenciar el tipo de economía ni ganancias del titular sancionado. En todo caso, recientemente el OEFA señaló en una de sus publicaciones que la multa tope anterior (10 mil UIT) no resultaba disuasiva pues solo representaba el promedio del 1.7% de los ingresos de las 20 primeras empresas de los sectores fiscalizados por el OEFA durante el año 2011, mientras que el monto vigente de la multa tope (30 mil UIT) representaría el 5.2% de los ingresos calculados en función al año 2011.

Ahora bien, como toda regla presenta sus excepciones, el límite del 10% no será de aplicación hasta en tres supuestos. En primer lugar, cuando las actividades materia de infracción se realicen en áreas o zonas prohibidas. Por ejemplo, recientemente el OEFA ha aprobado el cuadro de tipificación de infracciones y escala de sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas⁴. En la categoría 4 (artículo 6° de la norma) se listan los supuestos de infracción desarrollados en zonas prohibidas, de manera que si se cometen estas infracciones el administrado no estaría sometido al límite del 10%.

4 Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, de fecha 20 de diciembre de 2013

Para dichos efectos, no existe una norma específica que liste los tipos de zonas prohibidas. Evidentemente se trataría de áreas en las cuales la legislación ha establecido restricciones o limitaciones para la realización de actividades que pudieran afectar determinadas condiciones o valores ambientales, culturales o sociales de dichas áreas, o zonas en las cuales su estado no permite mayor presión o intervención del hombre. En reciente legislación, el OEFA ha enunciado algunos tipos de zonas prohibidas y las define como zonas donde no puede realizarse la actividad económica objeto de la fiscalización ambiental: Áreas Naturales Protegidas de uso indirecto y sus zonas de amortiguamiento (respecto de la actividad extractiva de recursos naturales); zonas arqueológicas, monumentos arqueológicos prehispánicos, monumentos históricos coloniales y republicanos; las zonas excluidas en el departamento de Madre de Dios respecto de actividades mineras; zonas intangibles respecto de derechos de uso, disposición o vertimiento de agua; entre otros.

En segundo lugar, en los casos de reincidencia tampoco se habilita el “beneficio” del 10%, ya que se trata de la comisión de una nueva infracción cuyo supuesto de hecho infractor es el mismo que el de la infracción anterior.⁵ Para poder hablar de reincidencia, la primera infracción debe haber quedado determinada en una resolución consentida y no cuestionada por el administrado dentro de los plazos legales correspondientes o haberse agotado la vía administrativa. Esto implica que, el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA haya confirmado la resolución de primera instancia declarando la configuración de la infracción y por lo tanto la responsabilidad del administrado.

Finalmente, tampoco se aplica el límite del 10% para los casos en que el titular no ha acreditado sus ingresos brutos o no ha efectuado la estimación de los ingresos que proyecta percibir. Deducimos que este escenario está asociado a los supuestos de ilegalidad donde evidentemente el administrado no cuenta con sus declaraciones mensuales de registro de ventas ni sus declaraciones anuales de impuesto a la renta, entre otro tipo de información financiera.

En este sentido, salvo en los casos antes señalados, tenemos que la aplicación del tope máximo de multa por parte del OEFA encuentra sus propios límites en el establecimiento del porcentaje del 10% aprobado por el propio OEFA. La aprobación de este límite de 10% se aprobó aproximadamente 5 meses después del incremento de multas hasta las 30 mil UIT, no sabemos si como una señal de equilibrio para los titulares que manifestaron una serie de preocupaciones por las implicancias financieras del incremento o como el auto establecimiento de limitaciones a la potestad de la Administración.

1.5. Sobre el fraccionamiento y el aplazamiento del pago de la sanción multa

Poco después de la aprobación de las Reglas de la Potestad Sancionadora, en noviembre de 2013 se otorgó un beneficio adicional a los infractores. Se establecieron dos tipos de mecanismos para evitar la cobranza del monto total de la multa: el fraccionamiento y/o el aplazamiento del pago de la obligación monetaria.

De esta manera, conforme a los términos de la norma, el titular cuenta con las siguientes alternativas de acuerdo al monto impuesto:

	≤ 500 UIT	500 UIT ≤ 1000 UIT	1000 UIT ≤ 5000 UIT	5000 UIT ≤ 10000 UIT	10000 UIT ≤ 20000 UIT	20000 UIT <
Fraccionamiento	6 meses	12 meses	24 meses	36 meses	48 meses	60 meses
Aplazamiento	2 meses	4 meses	4 meses	5 meses	6 meses	7 meses
Fraccionamiento y aplazamiento concurrente	1 mes de aplazamiento 5 meses de fraccionamiento	2 meses de aplazamiento 10 meses de fraccionamiento	2 meses de aplazamiento 22 meses de fraccionamiento	3 meses de aplazamiento 33 meses de fraccionamiento	3 meses de aplazamiento 45 meses de fraccionamiento	3 meses de aplazamiento 57 meses de fraccionamiento

5 Resolución de Consejo Directivo N 020-2013-OEFA/CD, de fecha 22 de febrero de 2013.

1.6. Sobre la reducción del monto de la multa por pronto pago

En la décimoprimer Regla de la Potestad Sancionadora se establece que el monto de la multa impuesta será reducido en un 25% si el administrado sancionado la cancela dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación del acto que contiene la sanción. Además, se prevé una reducción de hasta 30% en el caso que el administrado haya autorizado la notificación de los actos administrativos propios del procedimiento administrativo vía correo electrónico.

Este sistema de incentivos para asegurar el cumplimiento de las resoluciones de la Administración y evitar que estas sean materia de impugnación es aceptado en el sistema sancionador. Sin embargo, un tema de reflexión es el trato desigual al que se pueden ver sometidos algunos administrados que no gocen de la liquidez financiera necesaria para poder optar por este beneficio, reservándose el ejercicio de este incentivo para grandes empresas que pueden cumplir estos pagos en menos de 15 días hábiles y que incluso cuentan con provisiones para afrontar esta clase de supuestos.

Asimismo, habría que analizar y estar atentos a los casos concretos que se vayan dando a fin de determinar si los incentivos que ha venido aprobando el OEFA no terminan por generar nuevamente un escenario de incentivos perversos donde el administrado obtiene mayor beneficio al incumplir las obligaciones ambientales por no realizar o postergar inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de daños ambientales.

En términos generales, de una lectura integral de la reforma aprobada mediante la Ley 30011 en cuanto al

incremento de tope de multas se refiere y las normas reglamentarias que ha venido aprobando el OEFA; lo que se ha venido dando es una flexibilización de ciertas reglas dadas inicialmente. Esto podría estar respondiendo a la adaptación del marco legal luego de la aplicación práctica de estas disposiciones.

En todo caso, estas flexibilizaciones deberán darse con cuidado para no proyectar la imagen de un sistema que opera con rectitud inicialmente pero que luego se va ablandando.

1.7. ¿Predisposición a incumplir?

Finalmente, un tema que debe ser mencionado está relacionado al hecho de que cuando se estuvo debatiendo el Proyecto de Ley 1815-2012-PE, posteriormente aprobado mediante Ley 30011 por el Congreso de la República, se generó una serie de cuestionamientos sobre el incremento del tope de multas hasta en 30 mil UIT por considerar que las sanciones económicas que se deseaban imponer colocarían en situación de riesgo el patrimonio personal de los inversionistas. Esto a su vez podría afectar negativamente el flujo de las inversiones, generando significativas pérdidas financieras.

Frente a dicha reflexión, la pregunta automática que surge es si este reparo frente a una medida prevista para ser aplicada solo en casos de notoria gravedad y que se configurará luego de haberse comprobado una serie de agravantes, no constituye acaso una suerte de predisposición a incumplir. ¿Acaso no se presenta como una especie de reconocimiento implícito de que la imposición de la sanción los afectará porque están dispuestos a incumplir lo obligado?, en todo caso es un tema que amerita reflexión.

2. Sobre la ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA: la aplicación del artículo 20-A

2.1. El régimen general y el régimen especial ambiental de ejecución coactiva

Otra de las grandes reformas se dio con la incorporación del artículo 20-A a la Ley del SINEFA, mediante el cual se regula la ejecutoriedad de las sanciones del OEFA. El espíritu de esta inclusión es asegurar los efectos de las resoluciones del OEFA evitando que estos se dilaten o restrasen por la interposición de medidas judiciales.

La reforma aprobada constituye una categoría especial frente al régimen general previsto en la norma marco que regula el procedimiento de ejecución coactiva. A continuación detallaremos los alcances de ambas disposiciones a fin de identificar las diferencias sustanciales que representan:

Régimen general previsto en el Texto Único Ordenando de la Ley de Ejecución Coactiva, Decreto Supremo 018-2008-JUS	Régimen especial creado mediante la incorporación del artículo 20-A en la Ley del SINEFA, Ley 29325
<p>Se considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa.</p> <p>Por otro lado, se establece que el ejecutor deberá suspender el procedimiento de ejecución coactiva, entre otros supuestos, cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se encuentre en trámite un recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución. - Se encuentre en trámite una demanda contencioso-administrativa contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución. - Se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la presentación de un recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión. - Se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la presentación de una demanda contencioso-administrativa contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución. - Cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo. 	<p>Con la sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no se interrumpirá ni suspenderá el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA.</p> <p>Actos administrativos cuya ejecutividad o ejecutoriedad se encuentra fortalecida por el Artículo 20-A de la Ley 29325</p> <ul style="list-style-type: none"> - Resoluciones emitidas por los órganos resolutivos del OEFA que imponen multas por la comisión de infracciones administrativas o que imponen multas coercitivas, según corresponda. - Los actos administrativos que se emiten en el trámite de un procedimiento de ejecución coactiva y que incluyen las medidas cautelares y otros que puedan dictarse en la ejecución coactiva. - Medidas preventivas, cautelares y correctivas, así como los mandatos de carácter particular.

Pero, ¿por qué se cuestiona la creación de este régimen especial? La razón se encuentra sustentada en que esta regulación especial para el caso de las resoluciones emitidas por el OEFA estaría supuestamente contraviniendo el derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y a la tutela jurisdiccional efectiva contenido en el artículo 148° de la Carta Constitucional.

Efectivamente, en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú se establece que, las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa. En términos prácticos, mediante la norma constitucional se habilita a los sujetos a cuestionar los pronunciamientos emitidos por autoridades administrativas y respecto de los

cuales no encuentren conformidad en la sede judicial. Asimismo, en la Ley del Procedimiento Administrativo General se establece que los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo.

Ahora bien, no es cierto como algunos afirman que esta reforma del OEFA contraviene directamente el artículo 148° antes mencionado y por lo tanto deviene en inconstitucional. Aunque el OEFA no impide el ejercicio del derecho de contradicción a los administrados ya que no se les prohíbe la presentación de acciones contencioso administrativas ante el juez, la impugnación judicial del acto administrativo que sirve de título para la ejecución sí deviene en inútil pues la ejecución coactiva no será suspendida.

En todo caso, la reforma del OEFA exige que para suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA se deberá presentar una medida cautelar. Pero la medida cautelar no se convierte en una alternativa legal simple, pues para que la misma sea admitida se deberá:

- Presentar una **contracautela** de naturaleza personal o real como condición para que se admita a trámite la medida cautelar. Bajo ningún motivo el juez puede aceptar como contracautela la caución juratoria.

Es decir, para que sea admitida la medida cautelar, el solicitante deberá presentar una garantía real⁶ o personal⁷; no admitiéndose bajo ningún supuesto la promesa o juramento de cumplir lo pactado, convenido u ordenado por la autoridad judicial.

- El OEFA se encuentra facultado para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso de que esta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses.

Asimismo, para que la medida cautelar sea concedida se requiere la verificación de tres elementos concurrentes: a) verosimilitud y/o protección en el Derecho, b) peligro en la demora por la tramitación del proceso, y c) la necesidad de adoptar una medida cautelar idónea, estrictamente necesaria y proporcional.

Bajo el régimen especial del OEFA, si no fuere admitida y posteriormente concedida la medida cautelar, el ejecutor coactivo podrá proceder a ejecutar coactivamente la multa. En el caso del régimen general contemplado en la Ley de Ejecución Coactiva, si el ejecutor coactivo no suspende el procedimiento de ejecución coactiva pese a darse alguno de los supuestos permitidos, este procedimiento puede ser sometido a revisión judicial de legalidad por no encontrarse conforme a Derecho.

Adicionalmente, esta exigencia de presentación de la garantía (contracautela) ha sido calificada por algunos especialistas como una modalidad de *solve et repete*. Sin ánimos de desviarnos de esta materia, vale la pena repasar los alcances de este principio aplicable a cuestiones de naturaleza tributaria.

En efecto, mediante Sentencia 3548-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional considera que la exigencia establecida en el artículo 158° del Código Tributario, referida al establecimiento de una condición del pago previo de la obligación tributaria a la interposición de una demanda contencioso-administrativa tributaria es una exigencia desproporcionada que vulneraba el derecho a la tutela procesal efectiva y el principio de igualdad. En dicha sentencia, además -señaló

6 **Garantía real:** debe ser de primer rango y cubrir el íntegro del importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.

7 **Garantía personal:** debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera a nombre del OEFA, de carácter irrevocable, incondicional, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS). La garantía debe tener una vigencia de doce meses renovables y ser emitida por el importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar. La carta fianza debe ser renovada y actualizada, en tanto se mantenga vigente la medida cautelar, dentro de los veinte días hábiles previos a su vencimiento, de acuerdo al monto de la deuda acumulada a la fecha de su renovación. En caso de que no se renueve la carta fianza o no se actualice su importe en el plazo antes indicado, el juez procede a su ejecución inmediata.

el TC- que “todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia”.

Teniendo claridad sobre el principio *solve et repete* podemos afirmar que la exigencia de la contracautela real o personal como condición para la admisión de la medida cautelar no implica el establecimiento de una condición de pago para la interposición de una demanda contencioso-administrativo que cuestiona el acto administrativo emitido por el OEFA, sino que constituye en realidad una garantía frente a la solicitud de admisión de una medida cautelar que tiene como objeto suspender los efectos de las resoluciones del OEFA, mas no cuestionar su arreglo a derecho.

Sobre el principio de igualdad

Finalmente, un cuestionamiento adicional que se ha venido generando y con el que hasta cierta medida coincidimos, está relacionado con la afectación al principio de igualdad. Efectivamente, en la práctica, solo los privados con poder adquisitivo y capacidad financiera tendrán la opción de presentar una contracautela y por lo tanto que su medida cautelar de suspensión de los efectos de las resoluciones del OEFA sea concedida. Aquellos administrados que no cuentan con dicha alternativa verán ejecutadas coactivamente las resoluciones en su contra sin que medie oportunidad para suspender el procedimiento de cobro de la obligación financiera.

En todo caso, qué tan oportuna puede ser la aprobación de una medida cautelar si, mientras el juez decide conceder la misma, el ejecutor coactivo ya podrá haber realizado la ejecución forzosa dentro de los siete (7) días hábiles contados desde que se le notificara al administrado la resolución de ejecución coactiva exigiendo el pago de la obligación.

Sobre la especialización judicial de la materia ambiental

En relación al punto anterior, un tema importante que debe ser mencionado es el de la necesidad de contar con jueces especializados en materia ambiental y con fueros en los cuales se asegure un debido y sustantivo análisis y valoración de los elementos ambientales inmersos en los casos judicializados.

Un caso interesante es el chileno, donde en junio del 2012 se aprobó la Ley 20600 mediante la cual crean los Tribunales Ambientales en dicho país, los cuales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema y cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento. Entre otras competencias, los Tribunales Ambientales tendrán a su cargo: a) conocer las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado y b) conocer las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente.⁸

En el Mensaje Presidencial 1419-357 de la Ley 20600 se señala que dicha norma representa el punto de equilibrio entre la eficacia y garantía pues dispone un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental y contempla que dicho control esté a cargo de jueces especializados y no generalistas. Para asegurar esta especialización en la norma, se prevé que cada Tribunal Ambiental esté integrado por tres ministros. Dos de ellos deberán tener título de abogado, haber ejercido la profesión al menos diez años y haber destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de Derecho Administrativo o Ambiental. El tercero será un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales y con, al menos, diez años de ejercicio profesional.

Algunos sectores en Chile han cuestionado la judicialización del tema ambiental de manera tan especializada. Por otro lado, se señala que la creación de los tribunales es la demostración de la madurez de las instituciones en la medida que se disponen

8 La SMA es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y encargado de ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de las medidas de los planes de prevención y/o descontaminación ambiental, del contenido de las normas de calidad ambiental y normas de emisión y de los planes de manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

de mecanismos para resolver controversias. En todo caso, los grandes retos pasan por controlar la excesiva judicialización de los casos así como asegurar la consistencia de los fallos dictados.

2.2. ¿Pero por qué el OEFA creó este régimen especial?

En la exposición de motivos del Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 1484-2012-CR y 1815-2012-PE, se muestra un cuadro en el que se señala que el 50% de los procedimientos de ejecución coactiva han sido suspendidos por la interposición de demandas judiciales. Desde nuestro punto de vista, esta situación efectivamente genera la debilitación del sistema pues los pronunciamientos emitidos por el OEFA carecerían de efectos prácticos.

El OEFA además ha señalado que el establecimiento del régimen especial se justifica en la trascendencia de los derechos fundamentales que se pretenden proteger con la ejecución oportuna de los actos administrativos. Ha señalado que, en caso se advierta la necesidad de conceder la medida cautelar, debe exigirse el otorgamiento de una contracautela lo suficientemente idónea para asegurar la reparación de los daños ocasionados. Se agrega, además, que es necesario garantizar el cumplimiento oportuno de las resoluciones y con ello una protección efectiva del medio ambiente.

Aquí vale la pena retroceder algunas líneas. Primero, tenemos que la contracautela se ofrece por el importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto; es decir, por el valor de la multa impuesta. Segundo, lo que se quiere asegurar con la contracautela es el recaudo o cobro de la multa impuesta. Sin embargo, ¿en qué momento llegamos a la conclusión que el pago de la multa nos asegurará la reparación de los daños ocasionados?

Recordemos que la sanción es aquella consecuencia jurídica prevista por la norma por la comisión de un ilícito administrativo, mas no constituye la medida mediante la cual se eliminarán los efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos.⁹

Efectivamente, la ejecución de la sanción multa tiene otras funciones que ya hemos repasado líneas arriba y que son igual de relevantes en el marco del fortalecimiento de la fiscalización ambiental, prevención y protección de bienes jurídicos. Sin embargo, existen otras medidas complementarias que se encuentran en el ámbito de acción del OEFA y que sí cumplen una efectiva función de hacer cumplir el genérico deber de soportar la restauración, rehabilitación o reparación de los efectos de los actos incorrectos en contra del ambiente. Justamente, este tema nos lleva al desarrollo del punto siguiente.

Consideramos que la creación del régimen especial por parte del OEFA encuentra su sustento en la necesidad mayor de asegurar los efectos de un mandato que emana de la Administración y mediante el cual se confirma la comisión de un ilícito administrativo cometido contra un interés mayor que es el ambiente y por lo tanto cuyos daños trascienden a la colectividad. No es eficiente que quede impune el ilícito cuando el objetivo es asegurar los resultados del proceso.

Finalmente, cabe precisar que esta medida no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico vigente pues ya se han venido regulando escenarios similares. Por ejemplo, en el caso de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) cuando las resoluciones de determinación y de multa se reclamen vencido el señalado el término de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por nueve (9) meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de nueve (9) meses, debiendo renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración. En caso la Administración declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, este deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el monto de la deuda actualizada, y por los plazos y períodos señalados precedentemente.¹⁰

9 MORÓN Urbina, Juan Carlos. Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. Revista de Derecho Administrativo N° 9. Año 5. Círculo de Derecho Administrativo - PUCP.

10 Decreto Legislativo 1121.

2.3. La multa no es todo: la importancia de las medidas correctivas del OEFA

Conforme a lo establecido en la Ley del SINEFA¹¹ se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir o disminuir, en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

Entre las medidas correctivas más importantes que puede emitir el OEFA tenemos: el cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción, la obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales

y/o económica y la paralización o restricción de la actividad, entre otras.

En los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del artículo 22 de la Ley del SINEFA, el OEFA realiza una clara diferencia conceptual entre las sanciones administrativas y las medidas correctivas, definiendo esta última como aquellas que tienen por objeto revertir o disminuir en lo posible el efecto nocivo de la conducta infractora así como reponer el estado de las cosas a la situación anterior al de la comisión de la infracción.

A continuación hemos desarrollado un cuadro comparativo que nos permitirá comprender con claridad por qué surge la oportunidad de relevar la dación y exigibilidad de las medidas correctivas que puede imponer el OEFA:

FACTOR	SANCIÓN ADMINISTRATIVA	MEDIDA CORRECTIVA
NATURALEZA	Aparecen dentro del ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad.	Aparecen dentro de la actividad administrativa lógicamente anterior: la actividad de inspección.
FINALIDAD	Aflictiva.	Concreta un deber de comportamiento legal.
EFECTOS	Instituye al infractor en una situación desfavorable.	Es de orden declarativa y asigna un mandato de hacer o de reversión de efectos.
EXIGIBILIDAD	No puede exigirse mediante multas coercitivas.	Puede exigirse mediante multas coercitivas. En el caso del SINEFA, el incumplimiento de una medida correctiva genera la imposición de una multa no menor a 1 UIT hasta 100 UIT la cual deberá ser pagada en el plazo de 5 días hábiles.
APLICACIÓN	Se suspende hasta quedar confirmada en sede administrativas y de ser impugnada en sede judicial.	De aplicación inmediata. La concesión del recurso de impugnación no suspende los efectos de la medida. Pueden aplicarse aunque la sanción se extinga por cualquier causal.
CONDICIONES	Encuentra su limitación en la aplicación del principio de non bis in idem.	No es limitada por <i>non bis in idem</i> .

En términos de reparación del daño ambiental, reversión de las cosas a la situación anterior, agilización del cumplimiento normativo y aplicabilidad, tenemos que las medidas correctivas resultan mecanismos bajo el ámbito del OEFA más eficientes.

Por ello, si bien en el corto tiempo se le ha dado mayor relevancia al fortalecimiento de la sanción

administrativa de orden pecuniario por ser de efecto disuasivo y por ende de enfoque preventivo, es importante reconocer que luego de ocurrido el daño esta medida por sí sola no asegura la disminución o reversión de los efectos nocivos al ambiente causados por el incumplimiento del infractor, función que sí se alcanza a través de la aplicación de una medida correctiva.

¹¹ Artículo 22°.

Conclusiones

1. El incremento del tope de multas a 30 mil UIT para el caso de las sanciones monetarias impuestas por el OEFA no resulta *per se* confiscatorio o atentatorio contra el patrimonio económico de los administrados, pues actualmente existe una serie de beneficios y mecanismos complementarios que ha dictado el propio OEFA y que flexibilizan la definición y aplicación del monto de la multa. Asimismo, la potestad sancionadora es una atribución que debe ejercer la autoridad de manera reglada y no arbitraria. En ese sentido, las garantías del debido procedimiento administrativo sancionador deben quedar a salvo.
2. Es importante que luego de la aplicación práctica de determinados mecanismos, el OEFA pueda ajustar el marco normativo vigente. Sin embargo, teniendo en cuenta que la reformas sustanciales constituyen señales que empoderan y consolidan la entidad, es importante asegurar que las flexibilizaciones o incentivos no terminen por debilitar el sistema que se intenta fortalecer.
3. En relación a la ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA, la reforma aprobada por la Ley 30011 constituye la creación de un régimen especial frente al régimen general de ejecución coactiva previsto. Este régimen especial no constituye una condición para ejercer el derecho de contradicción en sede judicial y aparece como un mecanismo orientado a garantizar la efectividad de las resoluciones de la Administración y con ello empoderar el sistema.
4. Sin embargo, este régimen especial y la obligación de presentación de una contracautela en caso se opte por la interposición de una medida cautelar podrían suponer condiciones de desigualdad para aquellos administrados que no cuenten con las posibilidades económicas de presentar las garantías.
5. Finalmente, si bien las multas ambientales, desde el punto de vista de la finalidad, cumplen un rol disuasivo y de prevención frente a los escenarios de comisión de la infracción y generación del daño es necesario reforzar otro tipo de medidas que también puede dictar el OEFA, como son las medidas correctivas cuya finalidad es la reversión o disminución de los efectos nocivos causados al ambiente y los recursos naturales.



GORDON AND BETTY
MOORE
FOUNDATION

LA COOPERACIÓN BELGA
AL DESARROLLO

.be



Iniciativa para la Conservación
en la Amazonía Andina - ICAA



FONDO DE LAS
AMÉRICAS

Consorcio Loreto y Manu-Tambopata

SPDA - Serie de Política y Derecho Ambiental

Director Ejecutivo: Pedro Solano

Programa de Política y Gestión Ambiental: Isabel Calle, Carol Mora,
Lucía Palao, Isabel Felandro, Sharon Zabarburu y Carmen Márquez.

La Serie de Política y Derecho Ambiental de la SPDA publica artículos, investigaciones y documentos de interés para la enseñanza, difusión y reflexión académica y política.

Prol. Arenales 437, Lima 27, Perú.

Telf.: +51-1-612 4700 Fax: +51-1-442-4365

e-mail: postmast@spda.org.pe

© 2014 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

El presente número de la Serie de Política y Derecho Ambiental es posible gracias al apoyo financiero de la Fundación Gordon y Betty Moore, la Cooperación Belga al Desarrollo, el pueblo de los Estados Unidos de América a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Las opiniones aquí expresadas son las de la autora y no reflejan necesariamente la opinión de la Fundación Gordon y Betty Moore, la Cooperación Belga al Desarrollo, WCS, FONDAM, USAID ni del Gobierno de los Estados Unidos.