

Opinión legal

Proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprobaría “Tipificación de infracciones y escala de sanciones aplicable a las consultoras ambientales”

I. Antecedentes

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2016-OEFA/CD, se aprobó la publicación del proyecto del proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprobaría la “Tipificación de infracciones y escala de sanciones aplicable a las Consultoras Ambientales” (en adelante el “Proyecto”).

En este sentido, en el marco del proceso de consulta pública correspondiente, remitimos nuestros aportes legales a fin de contribuir en el proceso de elaboración y aprobación de esta regulación con directa incidencia en los objetivos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA).

II. Base legal

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Ley General de Procedimientos Administrativos, Ley N° 27444.
- Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29235.
- Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.
- Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), Ley N° 29968.
- Decreto Supremo N° 011-2013-MINAM, que aprueba el reglamento del registro de entidades autorizadas para la elaboración de estudios ambientales en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, modificado por el Decreto Supremo N° 005-2015-MINAM.

III. Comentarios y aportes

3.1. Sobre el ámbito de aplicación de la norma

Consideramos que, el Proyecto es restrictivo al señalar los supuestos que constituirían infracción administrativa ya que sólo se establecen causales vinculadas a los estudios ambientales. Sin embargo, conforme al Decreto Supremo N° 032-2015-EM, se aclara el ámbito de competencia del SENACE disponiéndose que esta autoridad aprobará las modificaciones, ampliaciones, informes técnicos sustantorios y otros actos administrativos vinculados a los estudios de impacto ambiental de los proyectos de inversión. Si bien este decreto supremo modifica sólo el

reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos, se entiende que las competencias del SENACE quedan aclaradas para los demás sub-sectores transferidos y/o por transferir ya que dicha aclaración responde a la propia naturaleza de la entidad y a los objetivos de su creación.

Por lo anterior, es necesario se precisen los supuestos de tipificación conforme a lo anteriormente señalado para evitar eximentes futuros en alusión a la inobservancia del principio de tipicidad administrativa.

3.2. La calificación de la gravedad de la infracción no guarda relación con la calificación de la Ley N° 30230 generando incertidumbre sobre la moratoria de 3 años

La propuesta de cuadro de tipificación de infracciones y escala de sanciones contempla sólo 3 tipos de calificaciones en razón de la gravedad de su infracción, esto es: leve, grave y muy grave sin detallar las propias variables que continuamente el OEFA detalla en otros supuestos de tipificación y que se encuentran en función de los alcances de la Ley N° 30230, norma mediante cual se estableció la moratoria para el ejercicio de la función sancionadora del OEFA.

La Ley N° 30230, da carácter excepcional al ejercicio de la función sancionadora del OEFA hasta el 12 de julio de 2017 disponiéndose que sólo se podrá sancionar hasta con el 50% de la multa establecida los siguientes supuestos (los demás supuestos tienen orden de prelación con relación a la función inspectora de la autoridad es decir sólo se dictan medidas correctivas):

- a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.
- c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

Es decir, en el caso específico del literal a) para que una infracción sea sancionada efectivamente tiene que generar un daño real a determinados bienes jurídicos protegidos. Ahora bien, el único supuesto en el Proyecto que constituye infracción muy grave es *“brindar información falsa o fraudulenta en los estudios ambientales que se elaboren”*, supuesto en el cual suponemos se argumentará *“potencialidad del daño”* y pese a la gravedad que representa esta acción quedará en un escenario de impunidad en el sentido estricto de la palabra, ya que sólo se le ordenará corregir. A esto se suma que el OEFA no ha establecido si esta configuración como *“muy grave”* es por daño real a algún bien jurídico protegido o no.

Sugerimos se establezca una calificación más específica de las sanciones, diferenciándose los supuestos en que la infracción representa daño ambiental en sus distintas variables (a la salud, a la vida, al ambiente, potencial, real o concreto).

Concordamos en que las consultoras ambientales o entidades autorizadas para elaborar estudios ambientales, representan un actor clave y un aliado del operador en el proceso de elaboración del estudio de impacto ambiental; sin embargo, si es la primera vez que se va a regular un régimen punitivo ordenado consideramos que deben establecerse verdaderos mecanismos de disuasión de la infracción y de inducción al cumplimiento, atendiendo a las consecuencias nocivas que puede generar la ejecución de un instrumento de gestión ambiental aprobado sobre la base de información sin sustento, falsa, fraudulenta, etc. No se trata en este caso de infracciones de menor trascendencia por omisiones formales o documentales sino de incumplimientos que guardan directa relación con la forma en que el operador gestionarán los impactos ambientales de un proyecto de inversión o actividad en general.

Recordemos que, en función a lo señalado por la propia jurisprudencia del OEFA, los compromisos ambientales se derivan no sólo de la estrategia de manejo ambiental del estudio de impacto ambiental, sino de otras secciones del mismo; por lo que, incluso la información considerada como “objetiva” o “descriptiva” representa un compromiso y/u obligación para efectos legales.

3.3. Sobre la necesidad de listar las medidas complementarias vinculadas al restablecimiento de la legalidad

A diferencia de otros cuadros de tipificación de infracción y escala de sanciones, en este caso, el OEFA no ha establecido medidas complementarias claras frente de la detección de las infracciones. Por ejemplo, consideramos clave determinar cuál es la consecuencia jurídica aparejada a la detección de información falsa en un EIA aprobado (ya que entendemos que la etapa de supervisión y fiscalización ambiental alcanza todo el ciclo de vida del EIA).

Estaríamos ante el supuesto de invalidez del acto administrativo que aprueba el EIA, tema que si bien corresponde resolver al SENACE, alcanza al OEFA en la medida que es la autoridad que puede dictar medidas complementarias con inmediatez para restablecer la legalidad de la situación.

La medida correctiva especial establecida en el artículo 8º del Proyecto sólo alcanza al estatus jurídico de la consultora ambiental en relación a su permanencia en registro administrativo pero no respecto de los actos o documentos que produjo la consultora ambiental en el marco de su comportamiento infractor.

3.4. Sobre la inobservancia al principio de taxatividad en relación a la sanción y la posible infra-punición

Si bien para la aplicación de las multas se tomará en consideración lo establecido en la Resolución N° 035-2013-OEFA/CD, es preciso que el rango de aplicación de multas esté bien definido en atención al principio de tipicidad. Por ejemplo, la norma establece una multa de hasta 35 UIT para algunas infracciones que califiquen como “graves” y de hasta 10 UIT para aquellas que califiquen como “leves”. Podríamos tener casos en que una infracción leve sea sancionada con 10 UIT y una grave con 8UIT al no tener un tope de multa tasada con mínimos y máximos.

Asimismo, es necesario reflexionar y rescatar los objetivos esenciales de leyes como la Ley N° 30011 que tuvieron como objetivo fortalecer el régimen de fiscalización y sanción ambiental, incluso se debatieron y adoptaron medidas como el incremento del tope máximo de multas administrativas hasta 30 000 UIT; sin embargo, OEFA para el caso de infracciones calificadas como muy graves viene utilizando topes máximo muy por debajo del tope global. En este caso, la infracción más grave en el sistema de consultoras ambientales no superaría las 100 UIT aplicándosele además la moratoria de la Ley N° 30230 y los mecanismos de descuentos y/o fraccionamientos y aplazamientos ya contemplados en la legislación de la entidad.

Si bien, no se trata de adoptar un régimen en exceso represivo, sí es importante equilibrar un sistema que afiance la presencia del Estado en el ejercicio de actividades económicas y se salvaguarden los derechos ambientales y bienes jurídicos protegidos objeto de la regulación.

3.5. Supuestos de infracción no contemplados

Del cuadro de tipificación publicado en el Proyecto podemos identificar 3 categorías de infracciones derivadas de una consultora ambiental:

- Las directamente relacionadas a su inclusión y actualización en el registro administrativo del SENACE.
- Las vinculadas a la calidad y suficiencia técnica del EIA. Siendo este tema el más importante e históricamente cuestionado pues no sólo compromete la confiabilidad del instrumento y de los procesos de evaluación de impacto ambiental sino que también puede generar impactos y/o daños no dimensionados en el proyecto de inversión ni en el EIA.
- Lo vinculado al deber de desempeño y capacitación del personal de la consultora ambiental.

Sin embargo, existen importantes ausencias en la identificación de supuestos que constituirán infracciones. En relación a ello sugerimos un análisis más exhaustivo de tipificación que sustente sobre la base de un diagnóstico e identificación de los puntos críticos de las consultoras ambientales, tales como:

- Escenarios en los que la consultora ambiental o su equipo de profesionales se encuentre afecto a conflicto de intereses y además no notifique a la autoridad ambiental al respecto. Por ejemplo, ser un tercero supervisor en el OEFA (o incluso del SENACE más adelante) y participar en la elaboración (directa o indirectamente) y/o suscribir un EIA son actividades abiertamente incompatibles pero no tipificadas. Para determinar cualquier unidad empresarial o de asociación es necesario establecer los supuestos específicos de los que se derivaría concluir una relación jurídica mercantil o laboral.
- Constituir de manera fraudulenta consultoras ambientales cuya inscripción en el registro ha sido cancelada.
- Aquellos casos en que los profesionales que conforman formalmente el equipo de elaboración del EIA y suscriben el EIA no participan materialmente en la elaboración del mismo lo cual supone contravenir el principio de especialización del régimen de consultoras.
- No se mencionan los incumplimientos vinculados a la ejecución de actividades de investigación, colecta, manipulación, etc. sin los debidos títulos habilitantes por parte del operador del proyecto; así como ejercer acciones distintas a las autorizadas previamente por la autoridad, por ejemplo, en relación al levantamiento de información en zonas frágiles, áreas naturales protegidas, ecosistemas estratégicos, tratamiento de especies, etc.
- Tampoco se ha calificado el supuesto de reincidencia como infracción con calificación muy grave.

Finalmente, en relación a la infracción vinculada al incumplimiento de capacitación, consideramos que en tanto no se dicten los estándares y regulación aplicable para medir los niveles de desempeño, calidad, especialización, auditorías, gestión de la calidad, y/o capacitación de las consultoras de manera clara y verificable, no deben dictarse mecanismos de infracción y sanción.

3.6. Sobre las infracciones aplicables a las personas naturales que conforman el equipo profesional

El Proyecto solo establece infracciones y sanciones para las consultoras ambientales. Sin embargo, no se establecen infracciones y sanciones aplicables para las personas naturales que conforman el equipo técnico profesional, así como para los asesores técnicos, quienes están obligados a acreditar su especialización y suficiencia técnica para la elaboración de instrumentos de gestión ambiental preventivos, como lo son los estudios de impacto ambiental.

Con la finalidad de garantizar el principio de especialidad, establecido en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 011-2013-MINAM, es necesario que se establezcan infracciones y sanciones

para los profesionales que incumplan con los requisitos establecidos en el literal f) del artículo 9° del citado decreto supremo.

El artículo 11° del Decreto Supremo N° 011-2013-MINAM establece que la documentación presentada por las entidades solicitantes tiene carácter de declaración jurada para todos sus efectos legales, por lo que sus representantes legales y demás profesionales que la suscriben son responsables de la veracidad de su contenido, es decir existe una cadena de buena fe que alcanza a todos los involucrados.

3.7. De las restricciones de funcionarios o servidores públicos vinculados al SEIA en la inscripción en el Registro:

Es necesario que la norma establezca y defina la responsabilidad administrativa de los funcionarios o servidores públicos que ejerzan funciones vinculadas al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA en el organismo rector, en el administrador del registro, en las autoridades competentes, o en las autoridades de supervisión, fiscalización y sanción ambiental de los tres niveles de gobierno, conforme lo establece al artículo 19° del Decreto Supremo N° 011-2013-MINAM.

3.8. Sobre la suspensión o cancelación en el registro como medida correctiva del OEFA o acto administrativo del SENACE

Es preciso que, se evalúe si el dictado de suspensión o cancelación de la inscripción en el registro constituye una medida correctiva del OEFA o un acto administrativo del SENACE como consecuencia jurídica derivada de un sancionador. El artículo 8° del Proyecto es confuso al señalar que el OEFA dicta la medida correctiva a solicitud del SENACE quine es el administrador del registro.

Esto tiene efectos dentro del debido procedimiento para las consultoras ambientales, quienes no tendrán claridad sobre si deben impugnar la medida correctiva en el marco del inicio del procedimiento administrativo sancionador o impugnar el acto de cancelación del registro, competencia que le corresponde al SENACE.

3.9. Sobre el tipo de responsabilidad de las consultoras ambientales

En el Proyecto es necesario reiterar lo establecido en relación a que la responsabilidad administrativa que alcanza a la consultora ambiental es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismo hechos.