"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

Lima, 28 de junio de 2019

OFICIO N° 286-2019-SERNANP-J

Señor
ALBERTO MARTÍN BARANDIARÁN GOMEZ
Presidente Ejecutivo
Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles
Av. Ernesto Diez Canseco N° 351
Magdalena del Mar.-

Asunto : Opinión técnico legal sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A.

Atención: Oficio N° 00092-2019-SENACE-PE (CUT 15423)

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia, mediante el cual remite el recurso de apelación interpuesto por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A. contra la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE, a fin de que el superior jerárquico de la Dirección de Gestión de Áreas Naturales Protegidas realice la evaluación correspondiente en lo que le compete al Sernanp, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Sobre el particular, remitimos el **Informe N° 001-2019-SERNANP-BLC-WGEM** en el cual se emite la opinión técnico legal sobre el recurso de apelación y deducción de nulidad de la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE-PE/DEIN y Resolución Directoral N° 00071-2019-SENACE-PE/DEIN, para lo fines correspondientes.

Hago propicia la oportunidad para expresarle a usted los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

MINISTERIO DEL AMBIENTE - REPÚBLICA DEL PERÚ - SERNANP

PEDRO GAMBOA MOQUILLAZA
Jefe del SERNANP

Dirección: *Calle Diecisiete N° 355, Urb. El Palomar – San Isidro, Lima-Perú.*
Teléfonos: *(51 1) 717-7500*
Email: *sernanp@sernanp.gob.pe*
Web: *www.sernanp.gob.pe*

SERVICIO NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

INFORME Nº 001-2019-SERNANP-BLC-WGEM

A	:	**Pedro Gamboa Moquillaza** Jefe del SERNANP
DE	:	**Benjamín Lau Chiong** Asesor Técnico de la Presidencia del Consejo Directivo **Wilma Giannina Espinoza Menéndez** Especialista Legal Administrativo – Gerencia General
ASUNTO	:	Opinión técnico legal sobre el recurso de apelación y deducción de nulidad de la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE-PE/DEIN y Resolución Directoral N° 00071-2019-SENACE-PE/DEIN.
REFERENCIA	:	Oficio N° 00092-2019-SENACE-PE
FECHA	:	San Isidro, 28 de junio de 2019

Tenemos a bien dirigirnos a usted, en atención al documento de la referencia, mediante el cual el Presidente Ejecutivo del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles remite el recurso de apelación interpuesto por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A. contra la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE, a fin de que el superior jerárquico de la Dirección de Gestión de Áreas Naturales Protegidas realice la evaluación correspondiente en lo que le compete al Sernanp, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Sobre el particular, debemos informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante Oficio N° 650-2013-SERNANP-DGANP se emite la compatibilidad a la actividad del Terminal Portuario General San Martín - Pisco.

1.2 Mediante Oficio N°1130-2016-SERNANP-DGANP, del 22 de julio de 2016, se remite la Opinión Técnica N°378-2016-SERNANP-DGANP, conteniendo la opinión técnica favorable al EIA Detallado del Proyecto "Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.3 Mediante Resolución Directoral N°696-2016-MTC/16, del 26 de julio de 2016 se aprueba la Certificación ambiental del proyecto "Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.4 Mediante Resolución Directoral N° 044-2017-SENACE/DCA del 21 de febrero de 2017, se aprobó los Términos de Referencia de la "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.5 Mediante Oficio N° 408-2018-SENACE-JEF/DEIN, del 9 de mayo de 2018, se solicita opinión técnica a la "Modificatoria del Estudio de Impacto ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.6 Mediante Oficio N° 1240-2018-SERNANP-DGANP, del 12 de julio de 2018, se emite la opinión Técnica N°521-2018-SERNANP-DGANP, el cual contiene las observaciones del resultado de la evaluación de la Modificatoria del EIA-D del Proyecto Terminal Portuario General San Martín".

1.7 Mediante Oficio N° 488-2018-SENACE-PE/DEIN, del 28 de noviembre de 2018, se traslada el levantamiento de observaciones correspondiente a la "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.8 Mediante Oficio N° 985-2018-SERNANP-DGANP, del 17 de diciembre de 2018, se emite la opinión Técnica N°521-2018-SERNANP-DGANP, el cual contiene las observaciones persistentes del levantamiento de observaciones de la "Modificatoria del EIA-D del Proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.9 Mediante Oficio N° 095-2019-SENACE-PE/DEIN, del 31 de enero de 2019, se traslada información complementaria al levantamiento de observaciones de la "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.10 Mediante Oficio N° 122-2019-SENACE-PE/DEIN, del 07 de febrero de 2019, se traslada una segunda información complementaria al levantamiento de observaciones de la "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.11 Mediante Oficio N° 323-2019-SERNANP-DGANP, del 18 de febrero de 2019, se emite la opinión Técnica N°139-2019-SERNANP-DGANP, el cual contiene las observaciones persistentes del levantamiento de observaciones de la "Modificatoria del EIA-D del Proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.12 Mediante Oficio N° 147-2019-SENACE-PE/DEIN, del 19 de febrero de 2019, se solicita precisión respecto a la naturaleza de la comunicación correspondiente al análisis de la información complementaria al levantamiento de observaciones de la "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.13 Mediante Oficio N° 328-2019-SERNANP-DGANP, del 19 de febrero de 2019, se aclara que al persistir diecisiete (17) observaciones que no han sido subsanadas el SERNANP emite la opinión técnica desfavorable a la "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.14 Mediante Oficio N° 168-2019-SENACE-PE/DEIN, del 22 de febrero de 2019, SENACE remite copia de la resolución Directoral N°00025-2019-SENACE-PE/DEIN.

1.15 Mediante Oficio N° 235-2019-SENACE-PE/DEIN, del 20 de marzo de 2019, el SENACE solicita en el marco del numeral 87.2.3 del artículo 87° del Texto único Ordenado de la Ley N°27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, colaboración entre entidades, por lo que remite copia de la reconsideración interpuesto por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A., para que sea analizada con respecto a las diecisiete (17) observaciones persistentes que no fueron absueltas por Terminal Portuario Paracas S.A.

1.16 Mediante Oficio N° 331-2019-SENACE-PE/DEIN, del 17 de abril de 2019, el SENACE remite información respecto al anexo 34 "Plano del cerco perimétrico de albañilería y shape file de los componentes", para que sea analizada.

1.17 Mediante Oficio N° 339-2019- SENACE-PE/DEIN, del 24 de abril de 2019, el SENACE remite información complementaria al recurso de Reconsideración interpuesto contra la resolución Directoral N°00025-2019-SENACE-PE/DEIN del 22 de febrero del 2019, que desaprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco", solicitando evaluar la información remitida.

1.18 Mediante Oficio N° 815-2019-SERNANP-DGANP, del 29 de abril de 2019, se adjunta el informe N°016-2019-SERNANP-DGANP-OAJ, conteniendo el análisis solicitado al recurso de reconsideración interpuesto por Terminal Portuario Paracas S.A. contra la Resolución Directoral N°00025-2019-SENACE-PE/DEIN, en el marco de la evaluación de la solicitud de "Modificatoria del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco".

1.19 Mediante Oficio N° 00092-2019-SENACE-PE recibido el 31 de mayo de 2019, el Presidente Ejecutivo de Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles Terminal Portuario Paracas - SENACE traslada el recurso de apelación interpuesto por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A. contra la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE-PE/DEIN, que desaprueba la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto "Terminal Portuario General San Martín – Pisco y consecuentemente contra la Resolución Directoral N° 00071-2016-SENACE-PE/DEIN.

II. ANÁLISIS

ROL DE LOS OPINANTES EN EL MARCO DE UN RECURSO DE APELACIÓN

2.1 Con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, regulando en su artículo 220° al recurso de apelación, el cual señala lo siguiente:

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

2.2 Mediante Resolución Jefatural N° 115-2016-SENACE/J, se aprueba la Directiva N° 002-2016-SENACE/J "Recursos Impugnativos en Procedimientos Administrativos a cargo del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE", desarrollando en su numeral 6.2.6 *"Si al evaluar el recurso de apelación, se evidencia alguna causal de nulidad prevista en el artículo 10 de la Ley N° 27444, la Jefatura del Senace, además de declarar la nulidad podrá pronunciarse sobre el fondo si cuenta con elementos suficientes, en caso contrario, retrotraerá el procedimiento hasta la etapa en la que se produjo el vicio."*

2.3 Asimismo, en el numeral 6.3 de la referida Directiva se establece que *"cuando el recurso impugnativo verse sobre un título habilitante u opinión técnica, previa verificación de los requisitos de admisibilidad, se debe trasladar el recurso a la entidad autoritativa u opinante técnico para que emita la opinión correspondiente en el marco de sus competencias, en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, contado a partir del día siguiente del traslado.*

2.4 En ese sentido, la Directiva N° 002-2016-SENACE/J establece que las disposiciones generales y específicas de la misma son aplicables para la tramitación de recursos impugnativos que recaigan en procedimientos administrativos que incluyan la intervención de opinantes técnicos y/o entidades autoritativas.

2.5 Con fecha 22 de mayo de 2019, la empresa Terminal Portuario Paracas S.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE-PE/DEIN, que desaprueba la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental Detallado del proyecto "Terminal Portuario General San Martín – Pisco y consecuentemente contra la Resolución Directoral N° 00071-2016-SENACE-PE/DEIN, que declara infundado el recurso de reconsideración presentado por la citada empresa. Advirtiendo la nulidad de ambas resoluciones al presuntamente vulnerar los numeral 1 y 2 del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que indica:

"Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14[1]."

2.6 En ese sentido, resulta procedente que el SERNANP en su condición de opinante técnico examine los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A., de cuyo análisis se desprenden los siguientes hechos controvertidos:

(i) Presunta vulneración a los principios de legalidad, de legítimo poder, de verdad material y del debido procedimiento.
(ii) Presunta vulneración al Principio Precautorio.
(iii) Nulidad de la Resolución Directoral N° 00025-2019-SENACE-PE/DEIN y Resolución Directoral N° 00071-2016-SENACE-PE/DEIN, al presuntamente vulnerar los numeral 1 y 2 del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

CUESTIÓN PREVIA

Falta de motivación de la Opinión Técnica Vinculante del SERNANP

2.7 De conformidad a lo establecido en el artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la Ley N° 27444), *la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.*

2.8 Como puede apreciarse, la motivación juega un papel fundamental en la emisión de un acto administrativo, pues lo que se pretende con esta exigencia para su validez es que el administrado tenga la plena certeza de cuál ha sido el razonamiento de la Administración Pública al adoptar una decisión en el ámbito de un procedimiento dentro del cual se afectan sus intereses, debiendo dicha motivación ser clara y expresa, no bastando fórmulas genéricas o ambiguas.

2.9 Es por ello que, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 17 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 4289-2004-AA/TC, reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente

[1] El artículo 14°está referido a las causales de conservación del acto administrativo emitido.

establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente – las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

2.10 A mayor abundamiento, la falta de motivación equivale la falta de motivación equivale a una falta de fundamentación y afecta la validez del acto, ya que la Administración Pública no puede obrar arbitrariamente.

2.11 Ahora bien, queda claro que el la motivación del acto administrativo y, en consecuencia, su inobservancia acarreará indefectiblemente su nulidad, de conformidad con lo establecido por el artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444 que refiere a las causales de nulidad.

2.12 Mediante Oficio N° 1240-2018-SERNANP-DGANP, del 12 de julio de 2018, se emite la Opinión Técnica N° 521-2018-SERNANP-DGANP, el cual contiene las observaciones del resultado de la evaluación de la Modificatoria del EIA-D del Proyecto Terminal Portuario General San Martín", siendo que en una de las observaciones se opinó lo siguiente:

> *"Según los datos reportados de la líneas de base física se puede inferir que TPGSM presenta actividad por la noche, en ese sentido, por qué no se ha ampliado el horario de evaluación de tráfico y así considerar actividad nocturna? Es necesario contar con esos datos que permitan plantear las medidas de mitigación aplicables para dicho horario que garantice la no afectación a la fauna."*

2.13 Sin embargo, en los Términos de Referencia aprobados se menciona lo siguiente:

> *"Base de dates de tráfico vehicular y peatonal, sobre las intersecciones principales y determinantes (tanto dentro de las líneas de cordón del área de impacto principal como secundaria)* ***durante 12 horas continuas (desde las 05:00 hasta las 19:00 horas) durante 07 días laborales continuos de una semana típica****; para determinar las horas de máxima demanda vehicular y peatonal tanto de la mañana como de la tarde - noche; sobre las cuales tendrían que funcionar de manera eficiente, las acciones de mitigación de impacto vial que se desprendan del EIV."*

2.14 De lo anterior se desprende que se solicitó a la referida empresa una evaluación adicional del horario nocturno, contemplado entre la 7:01pm a 4:59am, a fin de identificar las medidas de mitigación aplicables que eviten la afectación a las especies de fauna.

2.15 Razón por la cual, se advierte que se habría solicitado un requerimiento adicional el cual no estaba contemplado en los Términos de Referencia, toda vez que, la frecuencia contemplaba el monitoreo de doce (12) horas continuas, especificando el horario de 5:00am a 7:00pm.

2.16 Cabe indicar que, en la presente evaluación; y atendiendo a los argumentos esgrimidos por la empresa Terminal Portuario Paracas S.A., en referencia a la actividad nocturna fue hecha en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) aprobado en el año 2016, indicando que la citada empresa brindaría servicios ininterrumpidos, esto es las veinticuatro (24) horas por los trescientos sesenta y cinco (365) días del año, por ello; somos de la opinión que atendiendo al análisis integral de los impactos y medidas que rige el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), debió considerarse en los Términos de Referencia que tal precisión estaba expresada en el instrumento primigenio.

2.17 En el presente caso, advertimos, que constituye una causal de nulidad del acto administrativo, lo señalado en el numeral 2) del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, en que se precisa que "el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (...)".

2.18 En ese sentido, en el artículo 3° del TUO de la Ley N° 27444, se regulan los requisitos de validez de los actos administrativos, siendo: la competencia, el objeto o contenido, su finalidad pública, **su motivación** y el procedimiento regular.

2.19 Al respecto, se ha señalado que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

2.20 Cabe mencionar que, si bien el acto administrativo emitido, Opinión Técnica N° 521-2018-SERNANP-DGANP, se sustentó en que cierta información no estuvo contemplada en los Términos de Referencia remitidos por el propio administrado, motivo por el cual ésta administración estableció también observaciones, una vez presentada la modificación del instrumento de gestión ambiental, al advertir información relevante respecto a los impactos que podrían sufrir distintos valores de conservación a cargo de esta Institución.

2.21 Por lo tanto, las observaciones 9a y 9b emitidas en la Opinión Técnica N° 521-2018-SERNANP-DGANP no están debidamente motivadas, en virtud de las consideraciones antes señaladas, por lo que no corresponde pronunciarse por los demás argumentos presentados en el Recurso de Apelación.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En atención a las consideraciones antes expuestas, se concluye y recomienda lo siguiente:

3.1 De la documentación obrante en el presente caso, se concluye que, se ha solicitado mayor información en relación al monitoreo de frecuencia vehicular, pese a que en los Términos de Referencia se especificaba un periodo de 5:00am a 7:00pm, lo cual consideramos que no estuvo debidamente motivado, por lo que se habría incurrido en una causal de nulidad desde la Opinión Técnica N° 521-2018-SERNANP-DGANP.

3.2 Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que si bien es cierto que se han advertido deficiencias en las observaciones levantadas en el proceso, lo señalado en la Opinión Técnica N° 521-2018-SERNANP-DGANP tuvo como propósito el identificar los impactos que podrían sufrir distintos valores de conservación a cargo de esta Institución, dando la oportunidad al administrado de subsanar las mismas con el objetivo de prevenir, minimizar o mitigar los impactos a la biodiversidad derivados de estos.

3.3 Remitir el presente informe al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para la Inversiones Sostenibles – SENACE, para los fines correspondientes.

Es todo cuanto informamos a usted.

Atentamente,

Benjamín Lau Chiong
Asesor Técnico de la Presidencia del Consejo Directivo del SERNANP

Wilma Giannina Espinoza Menéndez
Especialista Legal Administrativo - Gerencia General del SERNANP