



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería**

RESOLUCIÓN N° 010-2014-OEFA/TFA-SEM

EXPEDIENTE N° : 053-09-MA/E
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 414-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se declara la nulidad de la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI en los extremos que sancionó a Compañía Minera Atacocha S.A.A. por infringir el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, al haberse establecido que el cumplimiento de las Recomendaciones N°s 3 y 4 del Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/P, formuladas por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas en el marco del procedimiento para la modificación de una concesión de beneficio, no califican como obligaciones ambientales fiscalizables por el OEFA.

Asimismo, se confirma la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI en el extremo que sancionó a Compañía Minera Atacocha S.A.A. por infringir el artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, al haberse determinado que la referida empresa no evitó ni impidió el derrame de relaves en la margen derecho del Depósito de Relaves Vaso Atacocha".

Lima, 29 de diciembre de 2014

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Atacocha S.A.A.¹ (en adelante, **Atacocha**) es titular de los depósitos de relaves Vaso Atacocha, Chicrín, Cajamarquilla y Ticlacayan de la concesión de beneficio Chicrín N° 2, ubicados en el distrito de Yanacancha, provincia y departamento de Pasco.
2. Mediante Resolución N° 1139-2007-MEM-DGM/V del 15 de noviembre de 2007, la Dirección General de Minería (en adelante, **DGM**) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **Minem**) aprobó el proyecto del Depósito de Relaves Vaso Atacocha de la concesión de beneficio Chicrín N° 2 y autorizó la construcción y acondicionamiento del mismo a Atacocha².

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100123500.

² Foja 898.

3. A través de la Resolución N° 123-2008-MEM-DGM/V del 15 de enero de 2008, la DGM ordenó realizar la inspección de verificación de la construcción y acondicionamiento del Depósito de Relaves Vaso Atacocha de la concesión de beneficio Chicrín N° 2, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM³, realizándose la misma entre el 21 y el 22 de enero de 2008.
4. Como resultado de dicha verificación, la DGM emitió el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB del 20 de febrero de 2008 (en adelante, **Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB**), a través del cual se formularon, entre otras, las siguientes recomendaciones⁴:

"Recomendaciones de Protección y Conservación de Ambiente:

(...)

3. Las aguas de escorrentía superficial natural (flujo por precipitaciones o filtraciones fuera del área del Vaso Atacocha) no deben de ser mezcladas con las aguas de infiltración, para lo cual la empresa debe de construir los canales de coronación y cunetas, que operen en forma independiente al sistema de aguas industriales. Plazo 30 días.

4. La poza colectora de aguas de infiltración, debe de ser construida de acuerdo al proyecto aprobado, antes de la autorización de la operación de la segunda etapa, del Vaso Atacocha. Plazo 06 meses."

5. Por Resolución N° 187-2008-MEM-DGM/V del 21 de febrero de 2008⁵ se aprobó el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB y se ordenó que se notifique a Atacocha para que cumpla con implementar las recomendaciones indicadas y que se remita una copia del referido informe al Organismo Supervisor de la Inversión en Minería y Energía (en adelante, **Osinergmin**) para los fines de su competencia.
6. A través de la Resolución N° 704-2008-MEM-DGM/V del 1 de diciembre de 2008⁶, la DGM declaró que las recomendaciones formuladas en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB no habían sido implementadas dentro del plazo concedido sino posteriormente, y ordenó que ello fuese comunicado al Osinergmin para los fines de su competencia.

³ **DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM, que aprueba el Reglamento de Procedimientos Mineros**, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de setiembre de 1992.

Artículo 38°.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente.

La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos.

La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión.

La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real.

⁴ Foja 918.

⁵ Foja 920.

⁶ Foja 16.



7. El 12 de agosto de 2009, el Osinergmin realizó una supervisión especial de los Depósitos de Relaves Vaso Atacocha, Chicrín, Cajamarquilla y Tíclacayán de la concesión de beneficio Chicrín N° 2, durante la cual se detectó el incumplimiento de diversas obligaciones a cargo de Atacocha, tal como consta en el Informe GFM-515-2009 (en adelante, **Informe de Supervisión**)⁷.
8. Sobre la base de los resultados contenidos en el citado Informe de Supervisión, el 22 de octubre de 2009, el Osinergmin notificó a Atacocha el Oficio N° 1695-2009-OS-GFM⁸, comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, entre otras, por las siguientes conductas:
- "2. Infracción al artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por no evitar e impedir el derrame de relaves en la margen derecha de la relavera Vaso Atacocha.*
- 3. Incumplimiento de tres (3) recomendaciones indicadas en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB (...) según el siguiente detalle:*
- (...)
 - *Construir canales de coronación en ambas márgenes de la relavera Vaso Atacocha (Recomendación N° 3 de Protección y Conservación de Ambiente).*
 - *Construir la poza colectora de aguas de infiltración de la relavera Vaso Atacocha de acuerdo al proyecto (Recomendación N° 4 de Protección y Conservación de Ambiente)".*
9. Luego de la evaluación de los descargos formulados por el administrado⁹, el Osinergmin emitió la Resolución de Gerencia General N° 009650 del 22 de diciembre de 2010¹⁰, a través de la cual sancionó a Atacocha por la comisión de las conductas imputadas mediante el Oficio N° 1695-2009-OS-GFM; sin embargo, en cuanto a las conductas citadas en el considerando anterior, dicha entidad determinó que correspondía al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) pronunciarse.
10. En virtud de la mencionada resolución de gerencia general, la Subdirección de Instrucción e Investigación de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, **DFSAI**) del OEFA emitió la Resolución Subdirectorial N° 132-2013-OEFA-DFSAI/SDI del 28 de febrero de 2013¹¹, a través de la cual precisó las imputaciones objeto del presente procedimiento administrativo sancionador y otorgó a Atacocha un plazo para realizar los descargos que considere pertinentes¹².
11. Con fecha 6 de setiembre de 2013, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI, a través de la cual sancionó a Atacocha con una multa de cincuenta y cuatro (54) UIT, conforme se muestra en el Cuadro N° 1 a continuación:

⁷ Fojas 937 a 943.

⁸ Fojas 936 a 943.

⁹ Fojas 945 a 980.

¹⁰ Fojas 1045 a 1049.

¹¹ Fojas 1050 a 1052.

¹² El administrado presentó su escrito de descargos el 22 de marzo de 2013 (Fojas 1054 a 1080).

Cuadro N° 1: Detalle de la sanción impuesta

N°	Hecho imputado	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
1	No evitar ni impedir el derrame de relaves en la margen derecha de la relavera Vaso Atacocha.	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica (en adelante, Decreto Supremo N° 016-93-EM) ¹³ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM que aprueba la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM) ¹⁴ .	50 UIT
2	Recomendación N° 3 de Protección y Conservación al Ambiente: "Construir canales de coronación en ambas márgenes de la relavera Vaso Atacocha".	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹⁵ .	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	2 UIT
3	Recomendación N° 3 de Protección y Conservación al Ambiente: "Construir poza colectora de aguas de infiltración de la Relavera Vaso Atacocha de acuerdo al proyecto".	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	2 UIT
Multa total				54 UIT

Fuente: Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

12. La Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:

¹³ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica**, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de junio de 1993.

Artículo 5°.- El titular de la actividad minero - metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

¹⁴ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM, que aprueba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias**, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

**ANEXO
3. MEDIO AMBIENTE**

(...)

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción.

(...).

¹⁵ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM.**

**ANEXO
3. MEDIO AMBIENTE**

3.1. (...)

El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT por cada recomendación incumplida, las que se adicionarán a la multa que se imponga por infracciones detectadas en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida.



- a) Del Informe de Supervisión¹⁶ y de las fotografías N^{os} 5 y 6¹⁷ contenidas en el mismo, se evidencia que Atacocha no evitó ni impidió el derrame de relaves sobre el talud aguas abajo del dique de la margen derecha del depósito de relaves Vaso Atacocha. En este sentido, ha quedado acreditado que el administrado incumplió la obligación de prevención recogida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

Asimismo, siendo que los derrames de relaves constituyen una fuente de generación de aguas ácidas por la naturaleza de los componentes de dicho material, el cual es pasible de lixiviarse al contacto con aguas de escorrentías en épocas de avenida o precipitación, en el presente caso se ha configurado una situación de daño ambiental.

- b) La potestad sancionadora del OEFA para determinar el incumplimiento de las recomendaciones N^{os} 3 y 4 de Protección y Conservación del Ambiente formuladas por la DGM del Minem a través del Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB, no ha prescrito puesto que este tipo de infracciones son de naturaleza continuada. En tal sentido, a la fecha de la supervisión realizada por el Osinergmin, Atacocha no había cumplido con implementar en su totalidad las mencionadas recomendaciones.
- c) Durante la supervisión especial realizada por el Osinergmin, se verificó que Atacocha no cumplió con las recomendaciones N^{os} 3 y 4 de Protección y Conservación del Ambiente formuladas por la DGM del Minem a través del Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB¹⁸. Así, ha quedado acreditado que Atacocha incumplió con lo dispuesto en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

13. El 2 de octubre de 2013, Atacocha interpuso recurso de apelación¹⁹ contra la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAl, argumentado lo siguiente:

Respecto al incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

- a) El artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM establece que el titular de la actividad minera podría ser sancionado cuando las emisiones, vertimientos o disposiciones de residuos al medio ambiente que pueden generar un efecto nocivo, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos. Dado que Atacocha no ha excedido ningún nivel máximo permisible, no es posible sostener el incumplimiento de la mencionada norma; en tal sentido, se ha vulnerado el principio de tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **Ley N° 27444**).

¹⁶ Fojas 937 y 938.

¹⁷ Fojas 940 (reverso).

¹⁸ Foja 938.

¹⁹ Fojas 1113 a 1142.

Respecto a la prescripción de la facultad sancionadora del OEFA para determinar la existencia de una infracción por el incumplimiento de las Recomendación N°s 3 y 4 formuladas en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB

- b) Atacocha tenía 30 días para cumplir la recomendación N° 3 formulada en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB y 6 meses para cumplir la recomendación N° 4 descrita en el mencionado informe, plazos que se vencieron el 3 de abril y el 21 de agosto de 2008, respectivamente.

Teniendo ello en cuenta, dado que el incumplimiento de la primera recomendación se habría configurado el 4 de abril de 2008, y el de la segunda recomendación el 22 de agosto de 2008, la facultad de la entidad para determinar la existencia de infracciones administrativas habría prescrito, al haber transcurrido en exceso el plazo de cuatro (4) años señalado en el numeral 1 del artículo 233° de la Ley N° 27444.

- c) Las infracciones en las que supuestamente incurrió Atacocha no son de naturaleza continuada, entendiéndose estas como aquellas en donde se aprecia una recurrencia en la acción infractora cometida por el administrado a lo largo del tiempo, debiendo existir identidad de sujetos y la generación de la conducta infractora en más de una oportunidad.

Así, debido a que en el presente caso no se han generado varios hechos o conductas capaces de constituir para cada caso una infracción administrativa, sino que se ha generado un único hecho infractor para cada una de las supuestas infracciones, resulta evidente que no se presenta el supuesto de continuación de infracciones. En tal sentido, el cómputo del plazo para la prescripción debe contabilizarse desde el día siguiente de vencido el último día del plazo legalmente establecido.

Respecto al incumplimiento de la Recomendación N° 3 formulada en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB: construcción de canales de coronación en ambas márgenes de la relavera Vaso Atacocha

- d) No corresponde implementar la Recomendación N° 3 de Protección y Conservación del Ambiente formulada por la DGM a través del Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB, ni iniciar un procedimiento administrativo sancionador al respecto, ya que ni el EIA Vaso Atacocha ni el diseño a la Cota 4,081, contemplan la inclusión de canales de coronación.

En efecto, de acuerdo con el EIA Vaso Atacocha, el diseño original del depósito de relaves Vaso Atacocha no consideraba la construcción de canales de coronación sino solo un aliviadero de demasías lo cual, además, fue confirmado para el diseño del dique de arranque realizado por la empresa Geoservice Ingeniería S.A.C., cuyo expediente fue aprobado por la DGM del Minem.

Asimismo, el Estudio de Crecimiento del Dique de Relaves Atacocha a la Cota 4,081 msnm, elaborado por la empresa Vector Perú S.A.C., ha considerado desestimar los canales de coronación en el diseño de manera expresa, siempre y cuando se dispongan de los mecanismos adecuados para la evacuación de las



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

aguas. En tal sentido, se ha previsto un sistema de infiltración que se complementa con uno de bombeo capaz de evacuar 101 litros por segundo.

- e) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que "...el depósito de relaves Vaso Atacocha debe recrecerse cada año, por lo que una hipotética construcción de canales de derivación en cada etapa significaría que cada año tendría que abandonarse los canales construidos el año anterior, y volver a ejecutarse en taludes rocosos y empinados, lo que devendría en carencia de eficacia..."²⁰

Respecto al incumplimiento de la Recomendación N° 4 formulada en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB: construcción de la poza colectora de aguas de infiltración de la relavera Vaso Atacocha de acuerdo al proyecto

- f) Con fecha 30 de mayo de 2008, Atacocha comunicó a la DGM del Minem que la recomendación vinculada a la construcción de la poza colectora no se había podido implementar debido a dificultades en el terreno asignado para ello. Por esta razón, la empresa Vector Perú S.A.C. realizó una evaluación del diseño existente, generándose uno nuevo el cual fue incluido en el expediente de recrecimiento del depósito de relaves Vaso Atacocha desde la cota 4,075 msnm a la cota 4,081 msnm.

Con base en esta información, y dentro del plazo de ejecución, el día 21 de junio de 2008, se presentó la solicitud de modificación de concesión de beneficio para el recrecimiento del depósito de relaves.

Esta modificación fue aprobada a través de la Resolución Directoral N° 689-2008-MEM-DGM/V del 18 de noviembre de 2008, la cual incluía el nuevo diseño para la poza colectora. Por esta razón, la mencionada estructura se construyó con las características aprobadas.

II. COMPETENCIA

14. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)²¹, se crea el OEFA.
15. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011 (en adelante, **Ley N° 29325**)²², el OEFA es un organismo público técnico especializado,

²⁰ Numeral 2.2.9 de su escrito de apelación.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.
Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente
1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde.

²² **LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.
Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

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

16. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA²³.
17. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²⁴ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²⁵ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁶, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM, y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
(...)

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a 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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

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, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

(...).

23

LEY N° 29325.

Disposiciones Complementarias Finales

Primera.- Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

24

DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

25

LEY N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

26

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el Osinergmin y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010.



18. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁷, y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM (en adelante, **Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM**)²⁸, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

19. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²⁹.
20. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)³⁰, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.




27

LEY N° 29325.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley.

(...).

28

DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

29

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

30

LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al "ambiente" o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

21. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
22. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional del conjunto de normas que tutelan bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente³¹.
23. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como *principio jurídico*, que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como *derecho fundamental*³² cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida así como el derecho a que dicho ambiente se preserve³³; y, (iii) como *conjunto de obligaciones* impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³⁴.
24. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³⁵.
25. En tal contexto, la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

³² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.**

Artículo 2°.-

Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

³³ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Fundamento jurídico 4), ha señalado lo siguiente:

"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares".

³⁴ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

26. Bajo este marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculados a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

IV. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

27. Sobre el particular corresponde precisar que, si bien los argumentos contenidos en el recurso de apelación interpuesto por Atacocha no están dirigidos a cuestionar si el cumplimiento de las recomendaciones N^{os} 3 y 4 formuladas en el Informe N^o 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB constituye una obligación ambiental fiscalizable por el OEFA, este Tribunal Administrativo considera pertinente y prioritario evaluar dicho aspecto, delimitando la cuestión controvertida, a fin de establecer si en el procedimiento se han aplicado correctamente los principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa³⁶, teniendo en cuenta su condición de garante, en el marco de la justicia ambiental administrativa, del cumplimiento de los principios de legalidad y del debido procedimiento por parte de la Autoridad Decisora, así como del respeto irrestricto del derecho de defensa que le corresponde a los administrados³⁷. Una vez dilucidada dicha cuestión, este Tribunal se pronunciará, de

³⁶ Cabe precisar que, conforme al numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N^o 27444, una de las manifestaciones del principio del debido procedimiento consiste en que los administrados gocen del derecho de obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado, en reiteradas ejecutorias, que el derecho reconocido en el inciso 3 del artículo 139^o de la Constitución no solo tiene una dimensión "judicial". En ese sentido, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en todas las instancias seguidas en todos los procedimientos, incluidos los administrativos, ello con el fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

(Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N^o 2508-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 2).

Tomando en cuenta lo antes expuesto, queda claro que, en el supuesto que la Administración sustente su decisión en una indebida aplicación e interpretación de las normas (sustantivas y formales), no solo se está vulnerando el principio del debido procedimiento antes referido, sino, a su vez, el principio de legalidad, regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N^o 27444, el cual prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho.

³⁷ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N^o 032-2013-OEFA/CD que aprueba el reglamento interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA**, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.

Artículo 2^o. - El Tribunal de Fiscalización Ambiental

(...)

2.2 El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N^o 04293-2012-PA/TC (Fundamentos jurídicos 12 y 13), ha señalado:

"12. Sobre el "principio de congruencia", si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N^o 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el iter del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.

13. En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N^o 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar."

ser el caso, sobre los argumentos planteados por la administrada en su recurso de apelación.

28. Asimismo, corresponde establecer como cuestión controvertida en el presente caso si el no evitar ni impedir el derrame de relaves en el margen derecho de la relavera Vaso Atacocha configura un incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1. Si el cumplimiento de las Recomendaciones N°s 3 y 4 formuladas en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB constituye una obligación ambiental fiscalizable por el OEFA

29. El numeral 11.1. del artículo 11° de la Ley N° 29325³⁸, establece que el ejercicio de la fiscalización ambiental se realiza con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, en los instrumentos de gestión ambiental o en los mandatos que emita la autoridad a cargo de la fiscalización ambiental.
30. En este sentido, es correcto afirmar que esta facultad del OEFA no es aplicable a todas las actividades relacionadas a materias ambientales, sino únicamente a aquellas

Para Morón Urbina, la congruencia en la resolución que resuelve un recurso de apelación presenta sus propios matices al señalar que:

"(...) el funcionario público no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el recurso del administrado, sino que al funcionario corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los interés públicos, resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen. Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta configurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por el recurso. En tal sentido, el contenido mismo del expediente y no los extremos planteados por el recurso es el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones administrativas".

MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 641.

38

LEY N° 29325.

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a 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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

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 el párrafo anterior.

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



vinculadas a las obligaciones ambientales fiscalizables³⁹. Siendo esto así, para determinar el adecuado ejercicio de la función sancionadora prevista en la normativa ambiental, es preciso determinar, en primer lugar, si el hecho imputado responde al incumplimiento de una obligación de dicha naturaleza.

31. A través de la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI se sancionó a Atacocha por no implementar las recomendaciones N°s 3 y 4 del Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB, el cual fue emitido por la DGM del Minem como consecuencia de la inspección de verificación de la construcción y el acondicionamiento del depósito de relaves Vaso Atacocha que se realizó el 21 de enero de 2008.
32. Al respecto, de los antecedentes del Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB, se aprecian los siguientes hechos⁴⁰:
- Con fecha 16 de marzo de 2007, Atacocha presentó a la DGM del Minem una solicitud requiriendo la modificación de la concesión de beneficio Chicrín N° 2 para ampliar el área en 310.53 hectáreas de extensión con la finalidad de construir un nuevo depósito de relaves denominado Vaso Atacocha.
 - Mediante Resolución N° 1139-2007-MEM-DGM/V del 15 de noviembre de 2007, la DGM del Minem aprobó el proyecto del depósito de relaves Vaso Atacocha y autorizó la construcción y el acondicionamiento del mencionado componente minero.
 - A través del recurso N° 1742382 del 10 de diciembre de 2007, Atacocha comunicó a la DGM del Minem la culminación de la construcción y acondicionamiento del depósito de relaves Vaso Atacocha y solicitó la inspección de verificación de la obra culminada.
 - En este sentido, mediante Resolución N° 123-2008-MEM-DGM/V del 15 de enero de 2008, la DGM del Minem designó a los ingenieros para que verifiquen la construcción y acondicionamiento del depósito de relaves Vaso Atacocha.
33. De lo expuesto, se concluye que la inspección realizada por la DGM del Minem tenía como finalidad verificar la construcción de las obras de acondicionamiento del Depósito de Relaves Vaso Atacocha para otorgar la autorización de funcionamiento respectiva, la cual fue concedida a través de la Resolución Directoral N° 892-2008-MEM/DGM del 21 de febrero de 2008⁴¹. Lo señalado se aprecia en el Informe N° 031-2008-MEM-DGM-DTM/PB:

"II. INSPECCIÓN DE VERIFICACIÓN DEL DEPÓSITO DE RELAVES "VASO ATACOCHA" DE LA CONCESIÓN DE BENEFICIO CHICRÍN N° 2 PRESENTADO POR LA COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.

³⁹ Existen actividades que, pese a estar relacionadas a temas ambientales, no pertenecen al ámbito de la fiscalización ambiental, tales como: la fiscalización en temas de seguridad y salud en el trabajo, la regulación de los servicios de saneamiento, los asuntos sanitarios, entre otros. De igual forma, las actividades de inspección realizadas por las autoridades para el otorgamiento de autorizaciones administrativas de carácter ambiental y las obligaciones asumidas en el marco de dichos procedimientos, no constituyen fiscalización ambiental.

⁴⁰ Fojas 897 y 898.

⁴¹ Fojas 895 y 896.

2.1. GENERALIDADES.-

(...)

2.1.1 Objetivo de la Inspección.

Verificar la construcción de las obras de acondicionamiento del Depósito de Relaves "Vaso Atacocha" y las instalaciones adicionales que están relacionadas con la disposición de relaves, a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto aprobado y las modificaciones informadas, y cuya construcción y acondicionamiento del mencionado depósito de relaves y sus componentes cumplan con los aspectos de seguridad, higiene minera, medio ambiente, conforme dispone el Art. 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, para otorgar la ampliación del área de la concesión de beneficio y la respectiva autorización de funcionamiento" (Énfasis y subrayado agregados)⁴².

34. A mayor abundamiento, el artículo 38° del Decreto Supremo N° 018-92-EM establece que la mencionada inspección se realiza a fin de comprobar que la construcción e instalación del depósito de relaves se han efectuado de conformidad con el proyecto original presentado y aprobado por la Autoridad en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental⁴³.
35. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la inspección de verificación realizada por la DGM del Minem es una de naturaleza ex ante al inicio de actividades de la mencionada relavera, ya que esta se llevó a cabo a efectos de otorgar la autorización administrativa para su funcionamiento. En este sentido, esta actividad no puede ser considerada como una manifestación del ejercicio de la fiscalización ambiental, ya que la inspección no se realizó para verificar la observancia de las obligaciones ambientales fiscalizables (cumplimiento de un instrumento de gestión ambiental, normas ambientales o mandatos de la autoridad competente) sino, únicamente, las condiciones técnicas descritas en el proyecto presentado para la construcción del depósito de relaves Vaso Atacocha.
36. Así, si bien las recomendaciones N°s 3 y 4 tienen la denominación de "protección y conservación ambiental", de lo expuesto se concluye que estas responden a la necesidad de implementar medidas para cumplir satisfactoriamente con los requerimientos del proyecto aprobado, careciendo por tanto de la naturaleza de "obligación ambiental fiscalizable", al no estar contenidas en un documento de gestión ambiental, y además, debido a que su cumplimiento no se encuentra exigido por norma ambiental alguna, ni han sido emitidas en calidad de mandato por el órgano competente en materia de fiscalización ambiental.

⁴² Foja 899.

⁴³ **DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM.**

Artículo 38°.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente.

La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos.

La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión.

La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real.



37. En virtud a las consideraciones expuestas, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA-DFSAI y archivar el presente procedimiento administrativo sancionador, en los extremos vinculados a las infracciones al numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM derivadas del incumplimiento de las recomendaciones N°s 3 y 4 (hechos imputados N°s 2 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución), al haberse establecido que el cumplimiento de las mencionadas recomendaciones no constituye una obligación ambiental fiscalizable⁴⁴ (lo cual implica que el pronunciamiento de la DFSAI en este extremo habría estado incurso en la causal prevista en el numeral 10.1. del artículo 10° de la Ley N° 27444⁴⁵).
38. En este sentido, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre los argumentos expuestos por Atacocha en su recurso de apelación, señalados en los literales b), c), d), e) y f) del considerando 13 de la presente resolución.

V.2. Si el no evitar ni impedir el derrame de relaves en el margen derecho de la relavera Vaso Atacocha configura un incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

39. Atacocha señaló en su escrito de apelación que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM establece que el titular de la actividad minera podría ser sancionado cuando las emisiones, vertimientos o disposiciones de residuos al medio ambiente que pueden generar un efecto nocivo, sobrepasan los niveles máximos permisibles establecidos. En este sentido, siendo que no ha excedido ningún nivel máximo permisible, no es posible sostener el incumplimiento de la mencionada norma por lo que se ha vulnerado el principio de tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444.
40. Al respecto, debe precisarse que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM dispone que el titular de la actividad minero - metalúrgica es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. En este sentido, es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente sobrepasen los Límites Máximos Permisibles (en adelante, **LMP**) establecidos.

⁴⁴ LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001, vigente desde el 11 de octubre de 2001.

Artículo 217°.- Resolución

(...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

⁴⁵ LEY N° 27444.

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.

41. Sobre el particular, el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha establecido en la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA⁴⁶ un precedente de observancia obligatoria, en el sentido que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM impone al titular minero dos obligaciones consistentes en:

- (i) Adoptar con carácter preventivo, las medidas necesarias para evitar e impedir que las emisiones, vertimientos, desechos, residuos u otros que se produzcan como resultado de las actividades realizadas o situaciones generadas en sus instalaciones, puedan tener efectos adversos en el ambiente. Para que se configure el incumplimiento de dicha obligación no es necesario que se acredite la existencia de un daño al ambiente, bastando únicamente la verificación de que el titular minero no adoptó las medidas de prevención necesarias en resguardo del ambiente ante una posible afectación como producto de su actividad minera.
- (ii) No exceder los límites máximos permisibles.

42. En ese sentido, considerando la obligación descrita en el literal (i) del considerando precedente, se concluye que el hecho imputado por la Administración (el titular minero no adoptó las medidas necesarias a fin de evitar o impedir eventuales descargas de concentrados de cobre al ambiente), se encuentra debidamente subsumido en el hecho infractor referido al presunto incumplimiento a la obligación contenida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM (falta de adopción de medidas necesarias para evitar e impedir que las emisiones, vertimientos, desechos, residuos u otros que se produzcan como resultado de las actividades realizadas o situaciones generadas en sus instalaciones, puedan tener efectos adversos en el ambiente).

43. Por otro lado, resulta relevante anotar que en la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA que aprobó el referido precedente, esta Sala ha precisado que "(...) una interpretación literal de la norma [artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM] no es suficiente para lograr una adecuada protección al derecho materia de análisis, sino que esta debe ser entendida en el trasfondo de su finalidad, que acorde con el ordenamiento jurídico en materia ambiental y con la norma constitucional, es la preservación del ambiente, en cuyo contexto la prevención se erige como un principio fundamental"⁴⁷.

44. Asimismo, en el citado pronunciamiento, este órgano colegiado ha sostenido que:

"(...) es un contrasentido sostener que la única forma de evitar e impedir que las actividades de explotación minera puedan tener efectos adversos en el ambiente es que los efluentes no excedan los LMP, pues tal como se ha mencionado, existen otras formas a través de las cuales pueden generarse efectos adversos al ambiente. Es por ello que, la exigencia de que los titulares mineros adopten todas las medidas de prevención necesarias a efectos de evitar cualquier afectación al medio ambiente (...), se impone como una interpretación legítima no solo desde la lectura finalista del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, sino también teniendo en consideración el marco constitucional del numeral 22 del artículo 2° de la Norma Fundamental"⁴⁸.

⁴⁶ Publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de noviembre de 2014, de acuerdo con lo establecido en el numeral 10.1 del artículo 10° de la Ley N° 29325, concordante con el numeral 1 del artículo VI de la Ley N° 27444 y el literal d) del numeral 8.1 del artículo 8° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD.

⁴⁷ Considerando N° 55 de la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1.

⁴⁸ Considerando N° 57 de la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1.



45. Por tanto, esta Sala Especializada, mediante el precedente de observancia obligatoria antes señalado, ha establecido como regla normativa que, para la configuración del incumplimiento de la obligación establecida en el literal (i) del considerando 41 de la presente resolución, no es necesario que se acredite el exceso de los LMP, sino proceder a la verificación de que el titular minero no adoptó las medidas de prevención necesarias en resguardo del ambiente ante una posible afectación o daño al ambiente como producto de su actividad minera. Por tanto, lo sostenido por Atacocha en cuanto a este punto, debe desestimarse.
46. Sin perjuicio de lo anterior, se debe precisar que en el presente caso, de acuerdo con lo consignado en el Informe de Supervisión respecto a la verificación en campo del depósito de relaves Vaso Atacocha, durante la supervisión especial se "(...) *observó derrame de relaves en la margen derecha de la relavera y en el talud aguas abajo del dique de la presa (...)*"⁴⁹. Tal hecho se aprecia, a su vez, en la fotografía N° 6⁵⁰ contenida en el mencionado informe.
47. Al respecto, de conformidad con el artículo 16° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD (en adelante, **Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD**)⁵¹, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 165° de la Ley N° 27444⁵², la información contenida en los informes de supervisión realizados por las entidades supervisoras tiene valor probatorio y se presume cierta, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, correspondía a la apelante presentar la evidencia que permitiera desvirtuar los hechos imputados para dejar sin efecto la convicción formada por la Administración⁵³; sin embargo, ello no ha ocurrido.


49 Informe de Supervisión (Fojas 937 y 938):

4. VERIFICACIÓN EN CAMPO

En la supervisión efectuada a los Depósito de Relaves Vaso Atacocha, Chicrín, Cajamarquilla y Ticlayan de la concesión de beneficio "Chicrín N° 2", se observó lo siguiente:

Depósito de Relaves Vaso Atacocha.-

(...)

4.4. Se observó derrame de relaves en la margen derecha de la relavera y en el talud aguas abajo del dique de la presa; asimismo, en el talud intermedio aguas abajo de la relavera se está depositando escombros de mina (fotos Nros 5 y 6)."

50 Foja 940 (reverso).

51 **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2012-OEFA/CD**, que aprobó el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.

Artículo 16°.- La información contenida en los informes técnicos, actas de Supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario.

52 **LEY N° 27444.**

Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria.

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

53 **LEY N° 27444.**

Artículo 162°.- Carga de la prueba

(...)

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

48. En consecuencia, se encuentra acreditado que Atacocha incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que no adoptó las medidas necesarias para evitar o impedir el derrame de relaves en la margen derecha de la relavera Vaso Atacocha. En tal sentido, corresponde confirmar el extremo de la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI que sancionó al administrado por incumplir el artículo 5° mencionado.

VI. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

49. Con relación a la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, se debe precisar que, en su recurso de apelación, Atacocha no ha cuestionado dicho extremo en el citado pronunciamiento; no obstante ello, el 12 de julio de 2014 fue publicada la Ley N° 30230⁵⁴, Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. El artículo 19° del citado dispositivo dispone que, durante un periodo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la referida ley, las sanciones que imponga el OEFA por la existencia de infracciones no podrán ser superiores al cincuenta por ciento (50%) de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo con la metodología de determinación de sanciones.
50. Con la finalidad de establecer las reglas jurídicas que faciliten la aplicación del artículo 19° de la Ley N° 30230, el OEFA expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD (en adelante, **Resolución N° 026-2014-OEFA/CD**), la cual dispone en su artículo 4° que la reducción del cincuenta por ciento (50%), no se aplica a las multas tasadas (o fijas), sino a aquellas que se determinen en aplicación de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD (en adelante, **Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD**)⁵⁵.
51. Con relación al incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI impuso una multa a Atacocha de cincuenta (50) UIT, la misma que constituye multa fija en atención a lo dispuesto en el numeral 3.2. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM,

⁵⁴ LEY N° 30230, Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2014. Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras.

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

(...)

Mientras dure el periodo de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes (...).

⁵⁵ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 026-2014-OEFA/CD, Normas reglamentarias que facilitan la aplicación del artículo 19° de la Ley N° 30230 – Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2014.

Artículo 4°.- Sanción tasada y no tasada

La reducción del 50% (cincuenta por ciento) a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230 no se aplica a las multas tasadas (o fijas), sino a aquellas que se determinen en aplicación de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/CD, o norma que lo sustituya.



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

por lo que no corresponde aplicar la reducción del 50% de la sanción impuesta, tal como lo establece la Ley N° 30230⁵⁶.

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 414-2013-OEFA/DFSAI en los extremos que determinó la responsabilidad y sancionó a Compañía Minera Atacocha S.A.A. por infringir el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de esta resolución y, en consecuencia, archivar el presente procedimiento administrativo en dichos extremos.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 414-2014-OEFA/DFSAI en el extremo que sancionó a Compañía Minera Atacocha S.A.A. por la infracción al artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO.- Disponer que el monto de la multa, ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicarse al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

⁵⁶

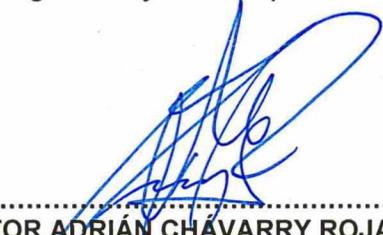
La Autoridad Decisora sancionó el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM con una multa de 50 UIT, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, infracción que se califica como una conducta grave.

Al respecto, es necesario precisar que si bien el 11 de noviembre de 2012 entró en vigencia el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que tipifica el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM en su numeral 3.1, dicha norma no resulta más beneficiosa toda vez que califica a la referida infracción como una conducta muy grave, pasible de ser sancionada con una multa de hasta 10 000 UIT.

En este escenario, en virtud de lo dispuesto en los numerales 2.1. y 2.2 del artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, Reglamento del Tribunal de Fiscalización Ambiental y su modificatoria, esta Sala verificó si resultaba aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, con el fin de evaluar si es aplicable excepcionalmente la retroactividad benigna. Sin embargo, del análisis de los dispositivos legales antes indicados, se verifica que una sanción impuesta sobre la base del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM no resultaría más favorable pues la calificación de la conducta es más gravosa para el administrado que la impuesta por la DFSAI.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a Compañía Minera Atacocha S.A.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



.....
HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
Presidente
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
HUMBERTO ÁNGEL ZÚNIGA SCHRODER
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
LUIS EDUARDO RAMÍREZ PATRÓN
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental