



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° 067-2015-OEFA/TFA-SEM

EXPEDIENTE N° : 255-09-MA/E
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : MARCOBRE S.A.C.
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 402-2015-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se resuelve enmendar la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015, precisándose que el recurso de reconsideración interpuesto por Marcobre S.A.C. contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI es infundado en el extremo referido al incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, debido a que los medios probatorios ofrecidos por el administrado no desvirtuaban lo señalado por la primera instancia en la referida resolución directoral respecto a dicho incumplimiento.

Asimismo, se confirma la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI del 31 de enero de 2014, en el extremo que resuelve sancionar a Marcobre S.A.C. por el incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.

Finalmente, se fija el monto de la multa correspondiente al incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM en veinticinco con cincuenta centésimas (25,50) Unidades Impositivas Tributarias".

Lima, 20 de octubre de 2015

I. ANTECEDENTES

1. Marcobre S.A.C.¹ (en adelante, **Marcobre**) es titular del Proyecto de Exploración Minera "Mina Justa" (en adelante, **Proyecto Mina Justa**), ubicado en el distrito de Marcona, provincia de Nazca, departamento de Ica.
2. El 22 y 23 de diciembre de 2009, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, **Osinergmin**) realizó una supervisión especial² (en adelante, **Supervisión Especial del año 2009**), en la cual se detectó el

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20508972734.

² A través de la empresa Asesores y Consultores Mineros S.A.

incumplimiento de diversas obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de Marcobre, conforme se desprende del Informe N° 37-MA-2009-ACOMISA³ (en adelante, **Informe de Supervisión**).

3. Sobre la base del Informe de Supervisión, la Subdirección de Instrucción e Investigación de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, **DFSAI**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**)⁴ notificó a Marcobre la Resolución Subdirectoral N° 1230-2013-OEFA-DFSAI/SDI⁵ del 18 de diciembre de 2013, comunicándole el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
4. Luego de evaluar los descargos presentados por Marcobre⁶, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI del 31 de enero de 2014⁷, a través de la cual dispuso sancionar a Marcobre con una multa de ciento setenta y tres con setenta y siete centésimas (173,77) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, **UIT**), conforme se muestra a continuación en el Cuadro N° 1:

Cuadro N° 1: Conductas infractoras por las que se sancionó a Marcobre en la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
1	En la Zona 1 Rehabilitación (Zona Achupalla), se observaron varias trincheras sin rehabilitar (actividades de exploración) cuya ubicación referencial en coordenadas UTM son N: 8	Inciso c) del numeral 7.2 del artículo 7° y artículos 38° y 39° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM que aprobó el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera ⁸ (en	Numeral 3.2.1.1 del acápite 3.2.1 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD, que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas y	10,48 UIT

³ Fojas 1 a 192.

⁴ Corresponde señalar que el Informe de Supervisión elaborado por el Osinergmin fue puesto a disposición del OEFA como medida establecida en el marco del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM.

⁵ Fojas 193 a 206. La notificación fue realizada el 18 de diciembre de 2013 (foja 207).

⁶ Los descargos fueron presentados mediante escrito del 13 de enero de 2014 (fojas 232 a 419).

⁷ Foja 555 a 592.

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM, aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera**, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de abril de 2008.

Artículo 7°.- Obligaciones del titular

(...)

7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

(...)

c) Ejecutar las medidas de cierre y post cierre correspondientes.

Artículo 38°.- Obligación de cierre

El titular de actividad minera está obligado a ejecutar las medidas de cierre progresivo, cierre final y postcierre que corresponda, así como las medidas de control y mitigación para períodos de suspensión o paralización de actividades, de acuerdo con el estudio ambiental aprobado por la DGAAM.

Artículo 39°.- Cierre progresivo

El titular deberá iniciar las labores de rehabilitación de aquellas áreas perturbadas inmediatamente después de haber concluido su utilización, incluyendo el lugar donde se colocaron las plataformas, las perforaciones, trincheras o túneles construidos y las vías de acceso, salvo que la comunidad o los gobiernos locales, regionales o nacional tengan interés en el uso alternativo y económicamente viable de alguna instalación o infraestructura del titular, para fines de uso o interés público. En este caso, los interesados solicitarán conjuntamente con el titular, que dicha instalación o infraestructura sea excluida de los compromisos de cierre.



N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
	330 961 y E: 490 712.	adelante, Decreto Supremo N° 020- 2008-EM).	Sanciones para las actividades de exploración minera y para las actividades de explotación minera por no contar con estudio de impacto ambiental y autorizaciones ⁹ (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD).	
2	En la Zona 1 Rehabilitación (Zona Achupalla), se observaron varias labores subterráneas no identificadas, muchas de las cuales tienen profundidades mayores a los 3 metros las cuales están sin rehabilitar (actividades de exploración) cuya ubicación referencial en coordenadas UTM son N: 8 330 048 E: 490 994.	Inciso c) del numeral 7.2 del artículo 7° y artículos 38° y 39° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.	Numeral 3.2.1.1 del acápite 3.2.1 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD.	7,48 UIT
3	En las áreas del Proyecto de exploración, se observó que los pozos de perforación no están debidamente taponeados (sellados).	Inciso a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM ¹⁰ .	Numeral 2.4.2.1 del acápite 2.4.2 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD ¹¹ .	12,54 UIT

⁹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 211-2009-OS-CD que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones para las actividades de exploración minera y para las actividades de explotación minera por no contar con estudio de impacto ambiental y autorizaciones, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2009.

Rubro 3	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	BASE LEGAL	Sanción Pecuniaria	Sanción No Pecuniaria	Órganos competentes para resolver		
					Primera Instancia		Segunda Instancia
					O.I.	O.S.	
	2.4 COMPROMISOS DEL ESTUDIO AMBIENTAL 3.2.1 Plan de Manejo Ambiental						
	2.4.2.1 No cumplir con los plazos, términos y obligaciones establecidas en los estudios ambientales correspondientes o sus modificaciones.	Artículos 7.2° inciso a), 22° inciso 3) y 26° del RAAEM.	Hasta 10000 UIT	-	GFM	GG	CONSEJO DIRECTIVO

¹⁰ DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM.

Artículo 7°.- Obligaciones del titular
(...)

7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

a) Ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad.

¹¹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 211-2009-OS-CD.

Rubro 3	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	BASE LEGAL	Sanción Pecuniaria	Sanción No Pecuniaria	Órganos competentes para resolver		
					Primera Instancia		Segunda Instancia
					O.I.	O.S.	
	3.2 MEDIDAS DE CIERRE 3.2.1 Medidas de Cierre Progresivo y Final						

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
4	En el área cercana al campamento, se observó acumulación de las muestras rechazadas de las actividades de exploración concluida.	Inciso a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.	Numeral 2.4.2.1 del acápite 2.4.2 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD.	9,28 UIT
5	En el área contigua a la zona de Residuos y en el área cercana al Tanque de Agua, se observaron áreas de desmonte producto de las actividades de exploración los cuales no han sido niveladas de acuerdo con el contorno natural.	Inciso a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.	Numeral 2.4.2.1 del acápite 2.4.2 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD.	31,63 UIT
6	En el área de campamento se observó que el recipiente para la disposición temporal de residuos peligrosos no tiene rotulado.	Artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos ¹² (en adelante, Decreto Supremo N° 057-2004-PCM).	Literal g) del numeral 2 del artículo 145° y el literal b) del numeral 2 del artículo 147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ¹³ .	51 UIT
7	Se observó una segregación y almacenamiento inadecuado de materiales	Inciso 5 del artículo 25° e incisos 3, 5, 6, 7 y 9 del artículo 40° del Decreto	Literal d) del numeral 2 del artículo 145° y el literal b) del numeral 2 del artículo	51 UIT

3.2.1.1 No cumplir con las medidas para la rehabilitación y cierre de todas las labores de exploración, considerando el cierre progresivo, de acuerdo con los estudios ambientales aprobados.	Artículos 7.2° inciso c), 38°, 39° y 43° del RAAEM y numerales VIII y IX de los Anexos I y II de la Resolución Ministerial N° 167-2008-MEM/DM, respectivamente.	Hasta 10000 UIT	-	GFM	GG	CONSEJO DIRECTIVO
---	---	-----------------	---	-----	----	-------------------

12

DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM que aprobó el Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2004.

Artículo 38°.- Acondicionamiento de residuos

Los residuos deben ser acondicionados de acuerdo a su naturaleza física, química y biológica, considerando sus características de peligrosidad, su incompatibilidad con otros residuos, así como las reacciones que puedan ocurrir con el material del recipiente que lo contiene. Los recipientes deben aislar los residuos peligrosos del ambiente y cumplir cuando menos con lo siguiente:

1. Que su dimensión, forma y material reúna las condiciones de seguridad previstas en las normas técnicas correspondientes, de manera tal que se eviten pérdidas o fugas durante el almacenamiento, operaciones de carga, descarga y transporte;
2. El rotulado debe ser visible e identificar plenamente el tipo de residuo, acatando la nomenclatura y demás especificaciones técnicas que se establezcan en las normas correspondientes;
3. Deben ser distribuidos, dispuestos y ordenados según las características de los residuos;
4. Otros requisitos establecidos en el Reglamento y normas que emanen de éste.

DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM.

Artículo 145°.- Infracciones

Las infracciones a las disposiciones de la Ley y el Reglamento, se clasifican en:

(...)

2. Infracciones graves.- en los siguientes casos:

(...)

- g) Falta de rotulado en los recipientes o contenedores donde se almacena residuos peligrosos, así como la ausencia de señalizaciones en las instalaciones de manejo de residuos;

Artículo 147°.- Sanciones

Los infractores son pasibles de una o más de las siguientes sanciones administrativas:

2. Infracciones graves:

(...)

- b. Multa desde 21 a 50 UIT. En caso se trate de residuos peligrosos, la multa será de 51 hasta 100 UIT.



N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
	peligrosos en el área de residuos.	Supremo N° 057-2004-PCM ¹⁴ .	147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ¹⁵ .	
Multa total				173,77 UIT

Fuente: Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI

Elaboración: TFA

5. La Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes argumentos:

- a) Respecto a la conducta infractora N° 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI determinó que de la Resolución Directoral N° 107-2005-MEM/AAM de fecha 17 de marzo de 2005, que aprobó la Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración Minera Mina Justa y sus modificatorias (en adelante, **EA del Proyecto Mina Justa**), se advirtió que el administrado tenía como plazo de ejecución de actividades de rehabilitación de trincheras hasta el 21 de abril de 2009. Sin embargo, del Informe de Supervisión¹⁶, así como de las de las fotografías N°s 29 y 30 de dicho documento¹⁷, se concluyó que Marcobre no culminó con la rehabilitación de las trincheras ubicadas en las coordenadas UTM N: 8 330 961 E: 490 712.

14

DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM.

Artículo 25°.- Obligaciones del generador

El generador de residuos del ámbito no municipal está obligado a:

(...)

5. Almacenar, acondicionar, tratar o disponer los residuos peligrosos en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada, conforme se establece en la Ley, el Reglamento y, en las normas específicas que emanen de éste;

Artículo 40°.- Almacenamiento central en las instalaciones del generador

El almacenamiento central para residuos peligrosos, en instalaciones productivas u otras que se precisen, debe estar cerrado, cercado y, en su interior se colocarán los contenedores necesarios para el acopio temporal de dichos residuos, en condiciones de higiene y seguridad, hasta su evacuación para el tratamiento o disposición final. Estas instalaciones deben reunir por lo menos las siguientes condiciones:

(...)

3. Contar con sistemas de drenaje y tratamiento de lixiviados;

(...)

5. Contar con sistemas contra incendios, dispositivos de seguridad operativos y equipos e indumentaria de protección para el personal de acuerdo con la naturaleza y toxicidad del residuo;

6. Los contenedores o recipientes deben cumplir con las características señaladas en el artículo 37 del Reglamento;

7. Los pisos deben ser lisos, de material impermeable y resistentes;

(...)

9. Debe implementarse una señalización que indique la peligrosidad de los residuos, en lugares visibles; y

DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM.

Artículo 145°.- Infracciones

Las infracciones a las disposiciones de la Ley y el Reglamento, se clasifican en:

(...)

2. Infracciones graves.- en los siguientes casos:

d) Incumplimiento de las disposiciones establecidas por la autoridad competente,

Artículo 147°.- Sanciones

Los infractores son pasibles de una o más de las siguientes sanciones administrativas:

2. Infracciones graves:

(...)

b. Multa desde 21 a 50 UIT. En caso se trate de residuos peligrosos, la multa será de 51 hasta 100 UIT.

16

Foja 30.

17

Foja 54.

- b) Respecto a la conducta infractora N° 2 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la primera instancia señaló que Marcobre no cumplió con el plazo de ejecución señalado en la EA del Proyecto Mina Justa ya que del Informe de Supervisión¹⁸, así como de las fotografías N°s 26, 27 y 28 de dicho documento¹⁹, se concluyó que el administrado no culminó varias labores subterráneas no identificadas en la EA del Proyecto Mina Justa, ubicadas en las coordenadas UTM N: 8 330 048 E: 490 994.
- c) Respecto a la conducta infractora N° 3 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI afirmó que de la EA del Proyecto Mina Justa se advirtió que el administrado tenía la obligación de colocar un tapón de cemento en las plataformas después de su uso²⁰. Sin embargo, del Informe de Supervisión²¹, así como de las fotografías N°s 12, 14, 16, 18, 20, 21, 23 y 24 del mencionado documento²², se concluyó que los pozos de perforación diamantina y aire reverso no habían sido sellados o tenían tapas deterioradas.
- d) Respecto a la conducta infractora N° 4 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI afirmó que de la EA del Proyecto Mina Justa se advirtió que el administrado tenía la obligación de retirar las muestras no reutilizables realizadas en las áreas del proyecto²³. Sin embargo, del Informe de Supervisión²⁴, así como de la fotografía N° 2 del mencionado documento²⁵, se concluyó que en el área cercana al campamento se encontraron acumuladas las muestras rechazadas de la actividad.
- e) Respecto a la conducta infractora N° 5 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI afirmó que de la EA del Proyecto Mina Justa se advirtió que el administrado tenía la obligación de colocar el material removido durante la ejecución del proyecto, en zonas donde no se impida el normal flujo de escorrentías siendo que, además, debía nivelar el área de acuerdo al entorno natural²⁶. Sin embargo, del Informe de Supervisión²⁷, así como de las fotografías N°s 36, 37 y 39 del mencionado documento²⁸, se concluyó que en el área contigua a la zona de Residuos así como a la del Tanque de Agua, existían desmontes dispuestos sin ningún sustento técnico.

-
- 18 Foja 30.
- 19 Fojas 52 y 53.
- 20 Foja 157.
- 21 Foja 31.
- 22 Fojas 45 a 51 y 55.
- 23 Foja 191.
- 24 Foja 33.
- 25 Foja 40.
- 26 Foja 191.
- 27 Foja 31.
- 28 Fojas 57 al 59.



- f) Respecto a la conducta infractora N° 6 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI afirmó que del Informe de Supervisión²⁹, así como de la fotografía N° 35 del mencionado documento³⁰, se concluyó que en el área de campamento se observó que el depósito de residuos sólidos peligrosos no tenía identificación.
- g) Respecto a la conducta infractora N° 7 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI afirmó que del Informe de Supervisión³¹, así como de la fotografía N° 43 del mencionado documento³², se concluyó que en el área de residuos se realizó una inadecuada disposición de residuos sólidos peligrosos.
6. El 21 de febrero de 2014, Marcobre interpuso recurso de reconsideración contra el extremo de la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI que sancionó al administrado por las conductas infractoras 2, 5 y 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución³³ (en adelante, **Escrito N° 1**), argumentando lo siguiente:
- a) No existe nexo causal entre la empresa y las infracciones administrativas debido a que los supuestos hechos imputados se habrían producido cuando Marcobre no se había constituido como persona jurídica. Estas conductas fueron realizadas por terceros y no por Marcobre, por lo que el titular minero no es responsable por los hechos imputados conforme lo establece el numeral 3.4 del artículo 4° 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**).
- b) Se debe considerar que la rehabilitación de áreas disturbadas por terceros, así como la rehabilitación de pasivos ambientales es responsabilidad del generador.
- c) Ello se acredita con los medios probatorios que presentó en el recurso de reconsideración como nueva prueba, los cuales se detallan a continuación: las Declaraciones Juradas Complementarias del señor Juan Domingo Curay Tribeño, Superintendente de Desarrollo de la Mina Marcobre (Anexos 1, 5, 9 y 10 del Escrito N° 1); la Escritura Pública de Contrato de Constitución Simultánea de Marcobre (Anexo 2 del Escrito N° 1); y, la imagen satelital de alta resolución Quickbird del 20 de abril de 2003 (Anexo 13 del Escrito N° 1).
- d) Adicionalmente, se anexan como medios probatorios los siguientes documentos: la Cotización CO/S2014-240 del 17 de febrero de 2014 (Anexo 3

²⁹ Foja 32.

³⁰ Fojas 57.

³¹ Foja 33.

³² Fojas 61.

³³ Cabe resaltar que el administrado afirmó que realizaría el pago de las multas impuestas por las conductas infractoras 1, 3, 4 y 7 del Cuadro N° 1 de la presente resolución (foja 600).

del Escrito N° 1); las Facturas N° 005438 y 005439 ambas del 18 de febrero de 2014 (Anexo 4 del Escrito N° 1); la captura de pantalla de la metadata de la imagen satelital Quickbird del 10 de marzo de 2014 (Anexo 11 del Escrito N° 1); y, copia de la Guía de Remisión N° 5868 de la imagen satelital Quickbird del 13 de marzo del 2014 (Anexo 12 del Escrito N° 1).

Respecto a la Conducta Infractora N° 2 del Cuadro N° 1

- e) La ejecución de labores subterráneas que dieron lugar a la infracción administrativa existían previamente a la constitución de Marcobre como persona jurídica y por tanto, corresponde revocar la sanción impuesta por su supuesta comisión y ordenar su archivo.

Respecto a la Conducta Infractora N° 5 del Cuadro N° 1

- f) Parte de las instalaciones materia de infracción administrativa se encontraban construidas previamente a la constitución de Marcobre como empresa. Por lo tanto, el monto de la multa debería ser reducido de acuerdo a los siguientes extremos:

- Dado que sólo la berma del sur del área de residuos fue construido por Marcobre y no los desmontes o labores subterráneas, sólo los residuos producto de la construcción de la berma deben ser considerados en el cálculo de la multa.
- En abril del año 2010 Marcobre obtuvo la aprobación de su Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (en adelante, EIA_{sd}) a través de la Resolución Directoral N° 135-2010-MEM/AAM, el cual regularizó la situación de una berma existente hacia el sur del área de residuos. Por tanto, el período de incumplimiento sólo abarcaría desde abril del 2009 hasta abril del 2010.

- g) En este sentido, el titular minero propone que el nuevo cálculo de la multa a ser impuesta para la presente infracción sea el siguiente:

"Que, para el cálculo del beneficio he considerado:

El alquiler de una (01) pala mecánica, un (01) volquete para el transporte del desmonte y un (01) camión de plataforma, con sus respectivos operadores por un período de un (01) día.

La contratación de un (01) supervisor del proyecto y cinco (05) obreros por un período de un (01) día.

La adquisición de los equipos de protección personal necesarios para el personal, considerándose la adquisición de seis (06) cascos, seis (06) pares de guantes, seis (06) overoles, seis (06) pares de botas y seis (06) pares de lentes.

La contratación del personal de logística encargado de realizar las contrataciones y compras necesarias, considerándose un (01) jefe de logística y un (01) analista que trabajarán por tres (03) horas.

Respecto al período de incumplimiento, correspondiente al tiempo transcurrido desde que se pudo determinar hasta su cese, tenemos que en el presente caso ello ocurrió desde abril de 2009, cuando culminó la vigencia de la Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración Minera "Mina Justa", hasta



abril de 2010, cuando Marcobre obtuvo la aprobación de su Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado a través de la Resolución Directoral N° 135-2010-MEM/AAM, que regularizó la situación de la berma existente hacia el sur del Área de Residuos, en concordancia con el numeral (ii) del párrafo 25 de su recurso de reconsideración".

7. A través de la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015³⁴, la DFSAI declaró:

"Artículo 1°.- Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por **Marcobre S.A.C.** contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI, respecto a la Infracción N° 2 por incumplir lo establecido en el Inciso c) del Numeral 7.2 del Artículo 7° y Artículos 38° y 39° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2008-EM, toda vez que se ha acreditado la ruptura del nexo causal dado que las labores subterráneas no fueron realizadas por la empresa minera.

"Artículo 2°.- Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por **Marcobre S.A.C.** contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI, respecto a la Infracción N° 5 por incumplir lo establecido en el Inciso a) del Numeral 7.2 del Artículo 7° del Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2008-EM, toda vez que la nueva prueba aportada ha motivado la valoración de un nuevo cálculo de multa, reformulando el cálculo de multa, quedando establecida en 2.15 UIT en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 30230, en concordancia con la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD".

8. Respecto a la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1, la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI, señaló lo siguiente³⁵:

"IV.3 Respecto a la Conducta Infractora N° 7"³⁶

45. Sobre este punto, no cabe pronunciarse en la presente resolución, puesto que como la misma administrada señala en su oportunidad presentará sus argumentos oportunamente, a efectos de que el expediente sea elevado al Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA".

9. El 30 de junio de 2015³⁷, Marcobre interpuso recurso de apelación (en adelante, **Escrito N° 2**) argumentando lo siguiente:

Aspectos procedimentales

- a) En su escrito de apelación, el administrado señaló que en la línea de lo señalado por la DFSAI en el considerando 45 de la Resolución N° 402-2015-OEFA/DFSAI "...dispone que cabe la interposición de Recurso de Apelación ante la DFSAI dentro del plazo correspondiente, lo cual concuerda con el

³⁴ Fojas 762 a 773.

³⁵ Foja 770.

³⁶ Cabe resaltar que en la "Conducta Infractora N° 7" mencionada en la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI es la señalada en presente resolución como conducta infractora 6 del Cuadro N° 1.

³⁷ Fojas 777 a 798.

artículo 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General...al disponer que la interposición del Recurso de Reconsideración, como ocurrió en el presente caso, no impide el ejercicio del Recurso de Apelación". En tal sentido, impugna la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 a través del Escrito N° 2.

Respecto a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1

- b) Marcobre afirmó que la DFSAI habría incurrido en una indebida valoración de los medios probatorios ya que de la fotografía N° 35 del Informe de Supervisión sólo se apreciaría un cilindro rojo tapado siendo que no se podría advertir de dicha imagen si dentro del mismo existían residuos sólidos peligrosos, siendo que, además, el supervisor no habría señalado que dentro del cilindro se encontraban los mencionados residuos.
- c) De acuerdo con lo señalado, Marcobre precisó que si bien la falta de rotulado en los recipientes o contenedores donde se almacenan residuos peligrosos es considerada una infracción grave de acuerdo con lo señalado en el literal g) del numeral 2 del artículo 145° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, la multa que correspondería imponer en el presente caso se encontraría en el rango de 21 a 50 UIT, de acuerdo con lo señalado en el literal b) del numeral 2 del artículo 147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, puesto que *"...en ningún lugar del expediente se sostiene (ni por el supervisor ni por MARCOBRE) que los hechos considerados ilícitos por la DFSAI involucraron la presencia de residuos sólidos peligrosos³⁸".*
- d) A mayor abundamiento, el administrado señaló que la DFSAI habría equiparado al aplicar la multa de 51 UIT *"falta de rotulado en un contenedor de residuos sólidos peligrosos"* con *"residuos sólidos peligrosos"* lo cual constituiría *"...una interpretación extensiva del literal b) del numeral 2 del artículo 147 del RLGRS, debido a que dicha norma sanciona con multas de 51 a 100 UIT cuando "...se trata de residuos sólidos peligrosos...". Debe notarse que dicha norma no sanciona con dicho rango "cuando se trate de rotulado de contenedores de residuos sólidos peligrosos" y no existen "residuos sólidos peligrosos" involucrados³⁹, situación que habría vulnerado el principio de tipicidad recogido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444).*
- e) Asimismo, el administrado señaló que en relación al cumplimiento del principio de tipicidad se debería observar lo señalado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 173-2013-OEFA/TFA del 27 de agosto de 2013, que si bien no es un precedente de observancia obligatoria sí reflejaría la debida aplicación del mencionado principio.
- f) Finalmente, el administrado señaló respecto a la multa base, que correspondería aplicar lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución de

³⁸ Numeral 15 del recurso de apelación de Marcobre (foja 783).

³⁹ Foja 784.



Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD que aprobó las 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 (en adelante, **Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD**).

10. El 20 de octubre de 2015, se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada por Marcobre ante la Sala Especializada en Minería, tal como consta en el Acta correspondiente⁴⁰.

II. COMPETENCIA

11. 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**)⁴¹, se crea el OEFA.
12. 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° 30011⁴² (en adelante, **Ley N° 29325**), el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
13. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados,

⁴⁰ Foja 822.

⁴¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo del 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.

⁴² **LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo del 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.

Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

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

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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.

se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁴³.

14. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM⁴⁴ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin⁴⁵ al OEFA y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010⁴⁶, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio del 2010.
15. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325⁴⁷, los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA⁴⁸ disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano

⁴³ 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.

⁴⁴ **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.

⁴⁵ LEY N° 28964.

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.

⁴⁶ **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 del 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ **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.

encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

16. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, 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)⁴⁹.
17. 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**)⁵⁰, 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.
18. 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.
19. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional las 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 ambiente⁵¹.
20. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental⁵², cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

que dicho ambiente se preserve⁵³; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales⁵⁴.

21. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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.
22. 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 inciertos⁵⁵.
23. Bajo dicho 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 vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIÓN PREVIA

24. De los argumentos expuestos por el administrado, esta Sala observa que es necesario determinar si en el presente caso corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto por Marcobre a través del Escrito N° 2, contra la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, observando que a través del Escrito N° 1 el administrado interpuso un recurso de reconsideración contra las conductas infractoras 2, 5 y 6 del mencionado Cuadro N° 1.
25. En cuanto a este punto, el administrado señaló en su escrito de apelación, que en la línea de lo señalado en el considerando 45 de la Resolución N° 402-2015-OEFA/DFSAI, el artículo 4° de la mencionada resolución "...dispone que cabe la interposición de Recurso de Apelación ante la DFSAI dentro del plazo correspondiente, lo cual concuerda con el artículo 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General...al disponer que la interposición del Recurso de Reconsideración, como ocurrió en el presente caso, no impide el ejercicio del

⁵³ 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".

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.



Recurso de Apelación". En tal sentido, impugna la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 a través del Escrito N° 2.

26. Cabe señalar que de acuerdo con el principio de legalidad establecido en la Ley N° 27444⁵⁶, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les hayan sido atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
27. En el presente caso, a través del Escrito N° 1 el administrado interpuso recurso de reconsideración contra la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 bajo los siguientes términos:

"1. Pretensión:

2. *No encontrándonos conformes con lo resuelto por la DFSAI, al amparo del artículo 24 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo del OEFA No. 012-2012-OEFA/CD (en adelante, RPAS), así como el artículo 206 y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (en adelante LPAG), en lo que resulten aplicables, interponemos Recurso de Reconsideración contra los siguientes extremos de la Resolución:*

- *Infracción N° 2: Sanción de multa ascendente a Diez con 48/100 (10.48) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por la supuesta comisión de la infracción al inciso c) del numeral 7.2 del artículo 7 y artículos 38 y 39 del Reglamento Ambiental de Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM (en adelante RAAEM), por no rehabilitar áreas afectadas por labores subterráneas supuestamente ejecutadas por Marcobre en la Zona Achupalla, de acuerdo a los compromisos ambientales establecidos en la Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración Minera "Mina Justa".*
- *Infracción N°5: Sanción de multa ascendente a Treinta y Uno con 63/100 UIT por la supuesta comisión de infracción al inciso a) del numeral 7.2 del artículo 7 del RAAEM por no nivelar los desmontes supuestamente producidos por actividades de exploración de Marcobre conforme al contorno natural en el área contigua a la zona de residuos y en el área cercana al tanque de agua.*
- *Infracción No. 7⁵⁷: Sanción de multa ascendente a Cincuenta y Uno con 00/100 UIT por la comisión de la infracción al inciso 2) del artículo 38 del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo No. 057-2004-PCM (en adelante, RLGRS) por no rotular un recipiente para la disposición temporal de residuos sólidos peligrosos ubicado en el área del campamento".*

28. Pese a ello, señala como finalidad del recurso de reconsideración, lo siguiente:

⁵⁶ LEY N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)

⁵⁷ La administrada hace referencia a la infracción N° 7; sin embargo, el hecho imputado corresponde a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

"4. Respecto a la sanción de multa relacionada a la Infracción No. 7, Marcobre también la impugna a través del presente escrito. No obstante, esta impugnación se basa, exclusivamente en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestionadas de puro derecho no consideradas por la DFSAI. En tal sentido, Marcobre presentará sus argumentos oportunamente, a efectos de que el expediente sea elevado al Tribunal de Fiscalización Ambiental..."

29. Al respecto, esta Sala aprecia que pese a lo indicado por Marcobre respecto a la finalidad del recurso impugnativo, específicamente en el extremo vinculado a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1, al haber precisado el administrado que este se trataba de un recurso de reconsideración debió considerarlo como tal. Siendo esto así, la DFSAI debía pronunciarse al respecto a los argumentos del administrado, determinando si correspondía declarar fundado o infundado el mencionado recurso respecto a la conducta infractora antes señalada.

30. Sin embargo, la DFSAI dispuso lo siguiente en la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI:

"IV.3 Respecto a la Conducta Infractora N° 7

45. Sobre este punto, no cabe pronunciarse en la presente resolución, puesto que como la misma administrada señala en su oportunidad presentará sus argumentos oportunamente, a efectos de que el expediente sea elevado al Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA".

31. Al respecto, esta Sala observa que de lo expuesto por la primera instancia administrativa es posible interpretar que en un mismo procedimiento es posible interponer un recurso de reconsideración y otro de apelación de manera simultánea, tal como fue alegado Marcobre en su escrito de apelación, situación que difiere con lo dispuesto en nuestra legislación.

32. En efecto, el artículo 214° de la Ley N° 27444, establece expresamente que no es posible ejercer los recursos administrativos de manera simultánea:

"Artículo 214°.- Alcance de los recursos

Los recursos administrativos se ejercerán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente".

33. Siendo esto así, esta Sala aprecia que la DFSAI incurrió en un error que contraría lo dispuesto en el citado artículo 214° de la Ley N° 27444 siendo que, en el entendido que el administrado sólo podía presentar un único recurso en dicha oportunidad, y en tanto señaló en su pretensión que reconsideraba el extremo de la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI vinculado a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1, debía determinar si en dicho extremo resultaba fundado o infundado el mencionado recurso.

34. Al respecto, corresponde precisar que en tanto los argumentos que sustentaban el mencionado recurso eran de puro derecho, tal como señaló Marcobre, y en tanto los medios probatorios presentados por el administrado con su recurso de reconsideración no se encontraban vinculados con la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1, el mismo debió ser declarado infundado por la primera instancia administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 208° de la Ley N° 27444.

35. Al respecto, se debe tener en cuenta que el numeral 14.1 del artículo 14° de la Ley N° 27444⁵⁸ señala que, en casos en los cuales el vicio del acto administrativo por el incumplimiento de sus elementos de validez no sea trascendente, prevalecerá la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.
36. Igualmente, los numerales 14.2.2 y 14.2.4 del artículo 14° de la precitada Ley⁵⁹ disponen que son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, entre otros, cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido de no haberse producido el vicio.
37. Sobre la base de la normativa expuesta, esta Sala considera que corresponde enmendar el acto administrativo contenido en la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI⁶⁰, puesto que el error detectado no es uno trascendente ya que de no haberse producido el vicio, el administrado hubiera contado con la oportunidad de interponer el recurso de apelación tal como lo ha hecho a través del Escrito N° 2.
38. En consecuencia, corresponde enmendar la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI precisándose que el recurso de reconsideración interpuesto por Marcobre contra la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, debía declararse infundado ya que los medios probatorios ofrecidos no desvirtuaban lo señalado por la primera instancia en la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI.

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

39. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:

⁵⁸ LEY N° 27444.

Artículo 14°.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

⁵⁹ LEY N° 27444.

Artículo 14°.- Conservación del acto.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

(...)

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

⁶⁰ En cuanto a la instancia competente para pronunciarse sobre la conservación de los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, DÁNOS ORDOÑEZ señala lo siguiente:

"(...) es competencia primera de la autoridad o funcionario que emitió el acto viciado, pero también del superior jerárquico administrativo cuando (...) se ha interpuesto recurso para impugnar un acto administrativo, caso este último en el que, de corresponder su tramitación al superior jerárquico, este podrá corregir todos aquellos vicios o defectos incurridos de carácter no trascendente del acto impugnado."

DÁNOS ORDOÑEZ, Jorge. "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444". En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444*. Segunda Parte. Lima: Ara Editores, 2003, p. 248.

- (i) Si se encuentra acreditado que Marcobre incumplió el artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM que configuró la infracción prevista en el literal g) del numeral 2 del artículo 145° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, sancionable según lo dispuesto en el literal b) del numeral 2 del artículo 147° de la referida norma.
- (ii) Si corresponde la reducción de la multa impuesta por la comisión de la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD.

VI. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

VI.1. Si se encuentra acreditado que Marcobre incumplió el artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM que configuró la infracción prevista en el literal g) del numeral 2 del artículo 145° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, sancionable según lo dispuesto en el literal b) del numeral 2 del artículo 147° de la referida norma

- 40. En su escrito de apelación, el administrado afirmó que la DFSAI habría incurrido en una indebida valoración de los medios probatorios, ya que de la fotografía N° 35 del Informe de Supervisión sólo se apreciaría un cilindro rojo tapado siendo que (i) no se podría advertir de dicha imagen si dentro del mismo existían residuos sólidos peligrosos, y (ii) el supervisor no habría señalado que dentro del cilindro se encontraban los mencionados residuos, pese a lo cual en el considerando 233 de la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI se señaló que la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1 "*involucra la presencia de residuos sólidos peligrosos*".
- 41. Al respecto, corresponde señalar que el informe de supervisión es el documento que recoge los hechos detectados en campo, denominados hallazgos, relacionados con el desempeño de la unidad productiva supervisada así como el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables. Asimismo, el mencionado documento contiene el análisis de las acciones realizadas en virtud de la facultad de supervisión directa de dicha entidad, las cuales incluyen la clasificación y valoración de los hallazgos verificados y los medios probatorios que sustentan dicho análisis⁶¹.
- 42. Por otro lado, de conformidad con el artículo 16° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD (en adelante, **Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-**

⁶¹ RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 016-2015-OEFA/CD que aprobó el Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de marzo de 2015.

Artículo 6°.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones:

(..)

- i) Informe de Supervisión Directa: Documento aprobado por la Autoridad de Supervisión Directa, en el cual se detallan las obligaciones ambientales fiscalizables del administrado que son objeto de supervisión; además, contiene el análisis final de las acciones de supervisión directa, incluyendo la clasificación y valoración de los hallazgos verificados y los medios probatorios que lo sustentan. El Informe deberá contener el Acta de Supervisión Directa suscrita en la supervisión de campo, en caso corresponda.

OEFA/PCD)⁶², concordado con el artículo 165° de la Ley N° 27444⁶³, la información contenida en los informes de supervisión se presume cierta, salvo que exista prueba en contrario.

43. Tomando en consideración lo antes expuesto, esta Sala es de la opinión que los Informes de Supervisión elaborados con ocasión del ejercicio de la función supervisora, constituyen medios probatorios de los hechos que en ellos se describen. Cabe señalar además que los hechos plasmados en el correspondiente Informe de Supervisión, el cual tiene veracidad y fuerza probatoria, responden a una realidad de hecho apreciada directamente por el supervisor en ejercicio de sus funciones⁶⁴.
44. En cuanto al incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM 13°, esta Sala observa que el supervisor señaló lo siguiente en el Informe de Supervisión⁶⁵:

"Observación 5:

En el área de campamento, se observa que el depósito temporal de residuos sólidos peligrosos no tiene identificación".

45. El hecho descrito se complementa con lo señalado en la fotografía N° 35 del Informe de Supervisión⁶⁶, en el que el supervisor señaló lo siguiente:

⁶² RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD, que aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

Artículo 16°.- Documentos públicos

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.

Cabe destacar que el texto del dispositivo antes citado se encuentra también recogido en el artículo 16° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, que aprobó el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.

⁶³ LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

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.

⁶⁴ En atención a ello, los Informes de Supervisión (los cuales comprenden la descripción de los hechos constatados por el supervisor), así como las fotografías que representan dichos hechos, resultan medios probatorios idóneos para evaluar la responsabilidad del administrado, y son documentos públicos al haber sido elaborados por supervisores cuyas actuaciones fueron efectuadas en nombre del OEFA, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley N° 27444.

⁶⁵ Foja 32.

⁶⁶ Foja 57.



Foto N° 35: Área del campamento. Vista del cilindro donde se realizaba la segregación desde el origen de los residuos peligrosos, obsérvese que no tiene identificación.

46. Al respecto, esta Sala observa que el supervisor señaló respecto a la fotografía N° 35 que en el cilindro objeto de observación "...se realizaba la segregación desde el origen de los residuos sólidos peligrosos...". En este sentido, de lo señalado por el supervisor se concluye que en el mencionado contenedor existían residuos sólidos peligrosos al señalar que el mismo era utilizado para la segregación respectiva, precisión que resulta suficiente en virtud de la presunción de veracidad con la que cuenta el Informe de Supervisión, por lo que corresponde desestimar lo señalado por el administrado.
47. Por otro lado, Marcobre precisó que si bien la falta de rotulado en los recipientes o contenedores donde se almacenan residuos peligrosos es considerada una infracción grave de acuerdo con lo señalado en el literal d) del numeral 2 del artículo 145° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, la multa que correspondería imponer en el presente caso se encontraría en el rango de 21 a 50 UIT, de acuerdo con lo señalado en el literal b) del numeral 2 del artículo 147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, puesto que "...en ningún lugar del expediente se sostiene (ni por el supervisor ni por MARCOBRE) que los hechos considerados ilícitos por la DFSAI involucraron la presencia de residuos sólidos peligrosos⁶⁷".
48. A mayor abundamiento, el administrado señaló que la DFSAI habría equiparado al aplicar la multa de 51 UIT "falta de rotulado en un contenedor de residuos sólidos peligrosos" con "residuos sólidos peligrosos" lo cual constituiría "...una interpretación extensiva del literal b) del numeral 2 del artículo 147 del RLGRS, debido a que dicha norma sanciona con multas de 51 a 100 UIT cuando "...se trata de residuos sólidos peligrosos...". Debe notarse que dicha norma no sanciona con dicho rango "cuando se trate de rotulado de contenedores de residuos sólidos

⁶⁷ Numeral 15 del recurso de apelación de Marcobre (foja 783).

peligrosos” y no existen “residuos sólidos peligrosos” involucrados⁶⁸, situación que habría vulnerado el principio de tipicidad recogido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

49. Finalmente, Marcobre señaló que en relación al cumplimiento del principio de tipicidad se debería observar lo señalado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 173-2013-OEFA/TFA del 27 de agosto de 2013, que si bien no es un precedente de observancia obligatoria sí reflejaría la debida aplicación del mencionado principio.
50. Al respecto corresponde precisar que el principio de tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁶⁹, establece que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.
51. Dicho mandato de tipificación se presenta en dos niveles: (i) en un primer nivel exige que la norma describa los elementos esenciales del hecho que califica como infracción sancionable, con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (de acuerdo con el principio de taxatividad); y, (ii) en un segundo nivel –en la fase de la aplicación de la norma– viene la exigencia de que el **hecho concreto imputado al autor corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma**. Si tal correspondencia no existe, ordinariamente por ausencia de algún elemento esencial, se produce la falta de tipificación de los hechos, de acuerdo con el denominado “principio de tipicidad en sentido estricto”⁷⁰ (Resaltado agregado).

⁶⁸ Foja 784.

⁶⁹ LEY N° 27444.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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

Para Nieto García:

“En un nivel normativo, primero, donde implica la exigencia (...) de que una norma describa los elementos esenciales de un hecho, sin cuyo incumplimiento tal hecho - abstractamente considerado - no puede ser calificado de infracción (de acuerdo con el principio de taxatividad). El proceso de tipificación, sin embargo, no termina aquí porque a continuación - en la fase de la aplicación de la norma - viene la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma. Si tal correspondencia no existe, ordinariamente por ausencia de algún elemento esencial, se produce la indicada falta de tipificación de los hechos (de acuerdo con el principio de tipicidad en sentido estricto)”.

(NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5° Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 269.)

52. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional⁷¹ ha señalado, con relación al principio de tipicidad, que este exige un “*nivel de precisión suficiente*” en la descripción de la conducta considerada como infracción administrativa, ello con la finalidad de que –en un caso en concreto– al realizarse la subsunción del hecho en la norma, esta actividad pueda ser efectuada con relativa certidumbre.
53. En virtud de lo expuesto, se advierte que el principio de tipicidad exige a la Administración que en un procedimiento administrativo sancionador el hecho imputado al administrado corresponda con el descrito en el tipo de la infracción.
54. De esta manera, cabe precisar que este Tribunal Administrativo ha realizado en distintos pronunciamientos⁷² una distinción entre los conceptos de norma sustantiva y norma tipificadora, ello a efectos de analizar el tipo infractor referido a las imputaciones realizadas al inicio de los procedimientos administrativos sancionadores. En este sentido, se ha señalado que la primera (norma sustantiva) prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa, mientras que la segunda (norma tipificadora), recoge la calificación de dicho incumplimiento como infracción administrativa, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica⁷³.

⁷¹ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los expedientes N° 010-2002-AI/TC (Fundamentos jurídicos 45 y 46) y N° 2192-2004-AA (fundamento jurídico 5), ha precisado lo siguiente:

“Expediente N° 010-2002-AI/TC

45. “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “*expresa e inequívoca*” (Lex certa).

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre (...). (Resaltado agregado)

Expediente N° 2192-2004-AA

1. “(...) El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un *nivel de precisión suficiente* que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”. (Resaltado agregado). ”

Conforme se observa, por ejemplo, en las Resoluciones N° 006-2014-OEFA/TFA-SEP1 y N° 016-2015-OEFA/TFA-SEE.

En este punto, cabe precisar que, para efectos del presente análisis, esta Sala considera que la “norma tipificadora”, además de describir la infracción administrativa, engloba la consecuencia jurídica correspondiente (esto, es la atribución de la sanción aplicable al caso). Partiendo de ello, la “norma tipificadora” puede englobar – como sucede en el presente caso– tanto el dispositivo legal que tipifica en estricto la infracción, como aquél que especifica la sanción correspondiente.

Cabe destacar que dicho razonamiento guarda armonía con lo señalado por Morón, el cual precisa que la tipificación indirecta, generalmente, se concreta a través de distintos preceptos, los cuales se encuentran disgregados “*en normas distintas, e incluso cuerpos normativos separados*”. (Subrayado agregado).

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. p. 712.



55. Partiendo de ello, en el presente caso, la SDI, a través de la Resolución Subdirectoral N° 1230-2013-OEFA-DFSAI/SDI, comunicó a Marcobre el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1, entre otras, a través de la cual se habría incumplido el artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM (**conformando la norma sustantiva**). Asimismo, precisó que dicho incumplimiento configuraría la infracción prevista en el literal g) del numeral 2 del artículo 145° y el literal b) del numeral 2 del artículo 147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM (**representando esta la norma tipificadora**).
56. Respecto a la norma sustantiva, cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, los recipientes que se utilicen para aislar los residuos sólidos peligrosos del ambiente deben estar, entre otros, rotulados identificando plenamente el tipo de residuo, acatando la nomenclatura y demás especificaciones técnicas que se establezcan en las normas correspondientes, situación que no ha sido cumplida por Marcobre tal como se ha sustentado en los considerandos 29 a 31 de la presente resolución.
57. Por otro lado, corresponde señalar que el incumplimiento de tal norma sustantiva (artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM) configuró el tipo infractor previsto en la norma tipificadora (literal g) del numeral 2 del artículo 145° y el literal b) del numeral 2 del artículo 147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM), puesto que el hecho imputado se encuentra relacionado con la gestión que debió realizar el administrado de sus residuos sólidos peligrosos.
58. Al respecto, esta Sala considera oportuno resaltar que de acuerdo con lo señalado en el considerando 42 de la presente resolución, en el presente caso el supervisor sí verificó la existencia de residuos sólidos peligrosos motivo por el que se determinó que la conducta infractora encajaba en el supuesto recogido en el literal g) del numeral 2 del artículo 145° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, que determina como una infracción grave la falta de rotulado de los contenedores de residuos sólidos peligrosos.
59. Asimismo, esta Sala observa que se aplicó debidamente la multa señalada en el literal b) del numeral 2 del artículo 147° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM al haberse determinado en el presente caso que en el cilindro objeto de observación se realizaba la segregación de residuos sólidos peligrosos de acuerdo con lo señalado en el considerando 42 de la presente resolución. Siendo esto así, corresponde desestimar lo alegado por Marcobre al respecto.
- VI.2. Si corresponde la reducción de la multa impuesta por la comisión de la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD**
60. Marcobre señaló que a la multa base impuesta por la comisión de la conducta infractora 6 del Cuadro N° 1, correspondería aplicar lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD.

61. Al respecto, corresponde precisar que el 12 de julio de 2014 se publicó la Ley N° 30230⁷⁴, Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, en cuyo artículo 19° se dispone que durante el periodo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la referida ley, las sanciones que impone el OEFA por las 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.
62. 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, 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**)⁷⁵.
63. Al respecto, en el presente caso se verifica que respecto a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1, a través de la cual se incumplió lo dispuesto en el artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI impuso a Marcobre una multa de cincuenta y uno (51) UIT (rango mínimo), la misma que no constituye una multa fija, sino una sujeta a una graduación por parte de la autoridad; por lo que corresponde reducir la multa en un cincuenta por ciento (50%), fijándola en veinticinco con cincuenta centésimas (25,50) UIT, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley N° 30230 y el artículo 4° de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD, por lo que corresponde declarar fundada la apelación del administrado en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y

⁷⁴ 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. (...)

⁷⁵ 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.



Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- ENMENDAR la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015, precisándose que el recurso de reconsideración interpuesto por Marcobre S.A.C. contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI es infundado en el extremo referido al incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, debido a que los medios probatorios ofrecidos por el administrado no desvirtuaban lo señalado por la primera instancia en la referida resolución directoral respecto a dicho incumplimiento.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI del 31 de enero de 2014, en el extremo que resuelve sancionar a Marcobre S.A.C. por el incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM; quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO.- Fijar el monto de la multa correspondiente a la infracción por el incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM en veinticinco con cincuenta centésimas (25,50) Unidades Impositivas Tributarias, y disponer que el mismo sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a Marcobre S.A.C. y remitir el Expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

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

.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental

VOTO EN DISCORDIA DEL VOCAL LUIS EDUARDO RAMIREZ PATRON

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas vocales de la Sala Especializada en Minería, me encuentro en desacuerdo con el voto en mayoría que resuelve enmendar la Resolución Directoral N° 402-2015 OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015, precisándose que el recurso de reconsideración interpuesto por Marcobre S.A.C. (en adelante, **Marcobre**) contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI era infundado en el extremo referido al incumplimiento del artículo 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, debido a que los medios probatorios ofrecidos por el administrado no desvirtuaban lo señalado por la primera instancia en la referida resolución directoral respecto a dicho incumplimiento. Al respecto, sustentó mi voto en discordia en los siguientes fundamentos:

1. Mediante la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI del 31 de enero de 2014, la DFSAI resolvió sancionar a Marcobre con una multa ascendente a 173,77 Unidades Impositivas Tributarias por las infracciones descritas en el Cuadro N° 1 del voto en mayoría.
2. Marcobre impugnó la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI, mediante el escrito de registro N° 09518 del 21 de febrero de 2014, denominado por la referida empresa como recurso de reconsideración, en los siguientes términos:

"1. Pretensión:

2. *No encontrándonos conformes con lo resuelto por la DFSAI, al amparo del artículo 24 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo del OEFA No. 012-2012-OEFA/CD (en adelante, RPAS), así como el artículo 206 y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (en adelante LPAG), en lo que resulten aplicables, interponemos Recurso de Reconsideración contra los siguientes extremos de la Resolución:*

- *Infracción N° 2: Sanción de multa ascendente a Diez con 48/100 (10.48) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por la supuesta comisión de la infracción al inciso c) del numeral 7.2 del artículo 7 y artículos 38 y 39 del Reglamento Ambiental de Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM (en adelante RAAEM), por no rehabilitar áreas afectadas por labores subterráneas supuestamente ejecutadas por Marcobre en la Zona Achupalla, de acuerdo a los compromisos ambientales establecidos en la Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración Minera "Mina Justa".*
- *Infracción N°5: Sanción de multa ascendente a Treinta y Uno con 63/100 UIT por la supuesta comisión de infracción al inciso a) del numeral 7.2 del artículo 7 del RAAEM por no nivelar los desmontes supuestamente producidos por actividades de exploración de Marcobre conforme al contorno natural en el área contigua a la zona de residuos y en el área cercana al tanque de agua.*
- *Infracción No. 7⁷⁶: Sanción de multa ascendente a Cincuenta y Uno con 00/100 UIT por la comisión de la infracción al inciso 2) del artículo 38 del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo No. 057-*

⁷⁶ La administrada hace referencia a la infracción N° 7; sin embargo, el hecho imputado corresponde a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.



2004-PCM (en adelante, RLGRS) por no rotular un recipiente para la disposición temporal de residuos sólidos peligrosos ubicado en el área del campamento”.

3. De igual manera, en el mismo escrito, al señalar la finalidad del recurso impugnativo interpuesto contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI, Marcobre indicó lo siguiente⁷⁷:

“4. Respecto a la sanción de multa relacionada a la infracción No. 7, Marcobre también la impugna a través del presente escrito. No obstante, esta impugnación se basa, exclusivamente en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestiones de puro derecho no consideradas por la DFSAI. En tal sentido, Marcobre presentará sus argumentos oportunamente, a efectos de que el expediente sea elevado al Tribunal de Fiscalización Ambiental...”

4. En virtud de ello, mediante la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI del 30 de abril de 2015, la DFSAI declaró fundado el recurso de reconsideración interpuesto por Marcobre, toda vez que las nuevas pruebas acreditaban que las labores subterráneas no fueron realizadas por la empresa en cuestión y, en consecuencia, dispuso el archivo de la conducta infractora N° 2 descrita en el Cuadro N° 1 del voto en mayoría; asimismo, declaró fundado en parte el referido recurso, pues de la evaluación de las nuevas pruebas se consideraba pertinente reducir la multa correspondiente a la conducta N° 5 descrita en el referido cuadro, y la estableció en 2,15 Unidades Impositivas Tributarias.
5. Asimismo, por medio de la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI, la primera instancia administrativa señaló, en relación a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, lo siguiente:

“IV.3 Respecto a la Conducta Infractora N° 7

45. Sobre este punto, no cabe pronunciarse en la presente resolución, puesto que como la misma administrada señala en su oportunidad presentará sus argumentos oportunamente, a efectos de que el expediente sea elevado al Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA”.

6. Es así que, con escrito de registro N° 33456 del 30 de junio de 2015, Marcobre interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 402-2015-OEFA/DFSAI, respecto a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 del voto en mayoría, el cual fue concedido por la DFSAI, a través de la Resolución Directoral N° 579-2015-OEFA/DFSAI del 30 de junio de 2015.
7. Al respecto, esta Vocalía considera que lo señalado por la DFSAI en la resolución apelada, respecto a la conducta infractora N° 6 del Cuadro N° 1 del voto en mayoría (citado en el considerando 5 del presente voto), hace suponer que resulta válida la actuación de Marcobre referida a la interposición de un recurso de reconsideración y otro de apelación, de manera simultánea, contra la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI, situación que es contraria a lo dispuesto en la Ley N° 27444⁷⁸.

⁷⁷ Foja 600.

⁷⁸ Es oportuno mencionar que en el Artículo 4° de la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI la DFSAI señaló que: “...contra la presente resolución directoral es posible la interposición de los recursos de reconsideración o apelación...” (Foja 592).

8. En efecto, el artículo 214° de la Ley N° 27444, establece expresamente que no es posible ejercer los recursos administrativos de manera simultánea:

"Artículo 214°.- Alcance de los recursos

Los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente" (Resaltado agregado).

9. Cabe precisar, que de la evaluación del escrito de registro N° 09518 del 21 de febrero de 2014, denominado por la referida empresa como recurso de reconsideración, específicamente de los extractos citados en los considerando 2 y 3 del presente voto, se evidencia que la administrada ha reconsiderado dos extremos de la Resolución Directoral N° 087-2014-OEFA/DFSAI, correspondientes a las conductas infractoras N°s 1 y 5 del Cuadro N° 1 de la presente resolución y, en la misma oportunidad, ha apelado un extremo de la misma, correspondiente a la conducta infractora N° 6 del mencionado cuadro, al haber indicado expresamente que esta última impugnación se basa en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestiones de puro derecho no considerados por la DFSAI⁷⁹, lo que permite concluir que existen dos recursos administrativos presentados de manera simultánea.
10. Siendo esto así, esta Vocalía considera que la DFSAI incurrió en un vicio contra legem, debido a que la resolución apelada contiene una interpretación que es contraria a lo establecido en el artículo 214° de la Ley N° 27444, norma legal que imposibilita que un recurso de reconsideración y uno de apelación sean presentados concurrentemente.
11. Por lo expuesto, resulta oportuno especificar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444. En ese sentido, en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la citada Ley⁸⁰, corresponde declarar la nulidad de las Resoluciones Directorales N°s 402-2015-OEFA/DFSAI, 579-2015-OEFA/DFSAI, por haberse incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada ley⁸¹.

⁷⁹ Al respecto, debe indicarse que el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 209° de la Ley 27444, tiene como condición para su fundamentación que sea sustentado en diferente interpretación de las pruebas producidas y/o cuando se trate de cuestiones de puro derecho. Es por ello, que resulta clara la voluntad de la administrada en el escrito de la referencia de impugnar dicho extremo a través de un recurso de apelación

⁸⁰ **LEY N° 27444.**
Artículo 202°.- Nulidad de oficio
202.1. En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.
202.2. La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.
Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo (...).

⁸¹ **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.
(...)

12. En consecuencia, se debe retrotraer el procedimiento hasta el momento en que el vicio se produjo, es decir, al momento de la calificación del escrito de registro N° 09518 del 21 de febrero de 2014⁸² por parte de la DFSAI, a fin de que esta proceda a emitir un nuevo pronunciamiento de acuerdo con sus atribuciones.
13. Por los fundamentos expuestos, el voto esta Vocalía es porque se **DECLAREN NULAS** las Resoluciones Directorales N°s 402-2015-OEFA/DFSAI y 579-2015-OEFA/DFSAI, debiéndose retrotraer el presente procedimiento administrativo sancionador al momento de la calificación del escrito presentado por Marcobre, devolviéndose el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para los fines correspondientes.

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

⁸² Cabe precisar que de conformidad con lo establecido en la "Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano", aprobada por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante la Resolución Directoral N° 002-2014-JUS/DGDOJ de fecha 31 de julio de 2014, ante la presentación concurrente de recursos administrativos debe corresponder su tramitación como una solicitud de un recurso de apelación:

"...De acuerdo al Artículo 214 de la LPAG, los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo sancionador y nunca simultáneamente. En ese sentido, un administrado no puede interponer al mismo tiempo un recurso de reconsideración y otro de apelación. En el supuesto de que erróneamente ambos recursos fueron presentados de manera concurrente, correspondería tramitar la solicitud como un recurso de apelación, por cuanto la voluntad del administrado es que el acto administrativo impugnado llegue a ser revisado por el superior jerárquico de la primera instancia..."

(Pag.53 de la "Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano". Ver <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Guia-de-actos-administrativos.pdf>)