



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 021 -2013-OEFA/TFA

Lima, 23 ENE. 2013

VISTO:

El Expediente N° 003-08-MA/E¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. (en adelante, ATACOCHA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009 y el Informe N° 022-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 11 de enero de 2013;

CONSIDERANDO:

- Mediante la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009 (Fojas 281 a 287), notificada con fecha 14 de mayo de 2009, la Gerencia General del OSINERGMIN sancionó a ATACOCHA con una multa de ciento veinte (120) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de ocho (08) infracciones; conforme al siguiente detalle²:

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Incumplir la Recomendación N° 10 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, correspondiente a la	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ³		02 UIT

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión especial de fecha 25 al 27 de enero de 2008, llevada a cabo en la instalaciones de la Unidad Económica Administrativa Atacocha y la Concesión de Beneficio Chicrín N° 2, ubicadas en el distrito de Yanacancha, provincia y departamento de Pasco, de titularidad de COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A., obrantes en el Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Fojas 05 a 168) y en el Informe Complementario al 25 al 27 de enero de 2008 (Fojas 241 a 270).

² Es pertinente indicar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a dos (02) infracciones, por incumplimiento de las Recomendaciones N° 11 y 16 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, a que se refieren los numerales 3.3 y 3.5 de dicha Resolución.

³ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

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

	primera supervisión regular del año 2007: "Depósito de Relaves Cajamarquilla: Vasos 1 y 2.- El titular minero debe implementar los componentes de derivación de aguas superficiales en depósito de relaves, con la finalidad de controlar el ingreso de escorrentías hacia las relaveras cumpliendo con los compromisos ambientales."		
2	Incumplir la Recomendación N° 13 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, correspondiente a la primera supervisión regular del año 2007: "Vertimiento de la Poza de Captación (Efluente) del Depósito de Relaves Cajamarquilla hacia el río Huallaga.- El titular minero debe contar con la autorización correspondiente de vertimiento, realizando los reportes correspondientes a la autoridad competente."	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	02 UIT
3	Incumplir la Recomendación N° 19 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, correspondiente a la primera supervisión regular del año 2007: "Presa de Relaves Cajamarquilla.- El titular minero debe realizar las mediciones e informar la calidad y el nivel freático de agua registrados en los piezómetros."	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	02 UIT
4	Incumplir la Recomendación N° 21 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, correspondiente a la primera supervisión regular del año 2007: "Cantera: Sector Relaveras Chicrín (3B).- El titular minero debe contar con los correspondientes permisos de operación y reportes geotécnicos de las condiciones actuales de la cantera, debiendo establecer Planes de Ejecución y Restauración de las actuales condiciones."	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	02 UIT
5	Incumplir el Requerimiento N° 4 del Informe N° 187-2006-MEM/DGM: "Se prohíbe terminantemente la descarga de relaves al depósito de relaves de Ticaclayán, bajo	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	02 UIT

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 (...)

	responsabilidad y apercibimiento de Ley."			
6	Descargar directamente, sin autorización ni tratamiento, el efluente minero metalúrgico proveniente del cajón de recepción de efluentes de la planta concentradora a la quebrada Atacocha, tributaria del río Huallaga.	Artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículo 74° Ley N° 28611 y artículo 104° Ley N° 26842 ⁴	Numeral 3.4 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵ .	50 UIT

⁴ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALURGICA.

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.

DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALURGICA.

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225o. de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

LEY N° 26842. LEY GENERAL DE SALUD.

Artículo 104°.- Toda persona natural o jurídica, está impedida de efectuar descargas de desechos o sustancias contaminantes en el agua, el aire o el suelo, sin haber adoptado las precauciones de depuración en la forma que señalan las normas sanitarias y de protección del ambiente.

⁵ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

(...) 3.4. La descarga de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente será sancionada de acuerdo a la tabla siguiente:

SANCIÓN POR OCURRENCIA			
	1ª Vez	2ª Vez	3ª Vez
Productores Mineros en General	Multa de 50UIT	Multa de 600 UIT	Paralización de actividades

7	Descargar directamente, sin autorización ni tratamiento, el efluente minero proveniente de mina (Nivel 3570) a la quebrada Atacocha, tributaria del río Huallaga	Artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículo 74° Ley N° 28611 y artículo 104° Ley N° 26842	Numeral 3.4 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	50 UIT
8	Manejar deficientemente los residuos sólidos en el área de manejo de dichos residuos	Artículo 13° de la Ley N° 27314 y artículos 9° y 17° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ⁶	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁷	10 UIT
MULTA TOTAL				120 UIT

⁶ **LEY N° 27314. LEY GENERAL DE RESIDUOS SÓLIDOS.**

Artículo 13°.- Disposiciones generales de manejo

El manejo de residuos sólidos realizado por toda persona natural o jurídica deberá ser sanitaria y ambientalmente adecuado, con sujeción a los principios de prevención de impactos negativos y protección de la salud, así como a los lineamientos de política establecidos en el Artículo 4.

DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM. REGLAMENTO DE LA LEY N° 27314, LEY GENERAL DE RESIDUOS SÓLIDOS.

Artículo 9°.- Disposiciones generales de manejo

El manejo de los residuos que realiza toda persona deberá ser sanitaria y ambientalmente adecuado de manera tal de prevenir impactos negativos y asegurar la protección de la salud; con sujeción a los lineamientos de política establecidos en el artículo 4 de la Ley.

La prestación de servicios de residuos sólidos puede ser realizada directamente por las municipalidades distritales y provinciales y así mismo a través de Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos (EPS-RS). Las actividades comerciales conexas deberán ser realizadas por Empresas Comercializadoras de Residuos Sólidos (EC-RS), de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del Reglamento.

En todo caso, la prestación del servicio de residuos sólidos debe cumplir con condiciones mínimas de periodicidad, cobertura y calidad que establezca la autoridad competente.

DECRETO SUPREMO N° 057-2004-PCM. REGLAMENTO DE LA LEY N° 27314, LEY GENERAL DE RESIDUOS SÓLIDOS.

Artículo 17°.- Tratamiento

Todo tratamiento de residuos previo a su disposición final, será realizado mediante métodos o tecnologías compatibles con la calidad ambiental y la salud, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento y a las normas específicas. Salvo la incineración que se lleve a cabo cumpliendo con las normas técnicas sanitarias y de acuerdo a lo establecido en el artículo 47 del Reglamento, queda prohibida la quema artesanal o improvisada de residuos sólidos.

⁷ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.**

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.

2. Mediante escrito de registro N° 1184432 de fecha 04 de junio de 2009 (Fojas 290 al 325), ATACOCHA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) La recurrente se vio imposibilitada de continuar con la construcción del canal de coronación en la ubicación en la que fue diseñada originalmente debido a su inestabilidad, motivo por el cual se rediseñó su ubicación en la parte superior de los vasos del depósito de relaves.

Sin embargo, considerando que una parte del rediseñado canal se encontraba fuera de los límites de la propiedad de ATACOCHA, se tuvo que negociar con la comunidad de Cajamarquilla el otorgamiento del permiso de paso correspondiente, lo que fue infructuoso. Debido a dichas dificultades, el mencionado canal ha sido considerado entre las obras a ejecutar dentro del Plan de Cierre de Minas.

- b) Al momento de la supervisión especial del año 2008, ATACOCHA contaba con la autorización sanitaria de vertimiento de aguas residuales industriales materia de la Recomendación N° 13, la cual le fue otorgada mediante la Resolución Directoral N° 2367/2007/DIGESA/SA de fecha 26 de setiembre de 2007.

Desde esa fecha se ha monitoreado el referido vertimiento y reportado los resultados de los análisis de las muestras obtenidas a la autoridad competente. Esta autorización ha sido renovada y se encuentra vigente, aunque desde marzo de 2008, ya no se vierten efluentes al río Huallaga por dicho punto de vertimiento.

Cabe agregar, que en la resolución recurrida el OSINERGMIN señaló que la autorización en cuestión fue otorgada fuera del plazo “inmediato” establecido en la Recomendación N° 13; no obstante, se debe considerar que no es posible controlar el plazo que tiene la Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA para aprobar dichas autorizaciones, por lo que la referida recomendación se debe tener por cumplida al momento de presentar la solicitud de autorización, caso contrario se vulneraría el Principio de Razonabilidad establecido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- c) Con fecha 18 de marzo de 2008, la apelante comunicó al regulador que los piezómetros instalados en el depósito de relaves Cajamarquilla estaban obstruidos y serían reparados; posteriormente se instalaron dos (02) piezómetros que también fueron obstruidos por terceras personas y luego reparados. Actualmente los piezómetros se encuentran operativos y se realizan las mediciones correspondientes.

- d) En el área del sector de relaveras Chicrín (3B) se había proyectado la construcción de un espesador, componente del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Depósito de Relaves Vaso Atacocha”, aprobado mediante Resolución

Directoral N° 361-2007-MEM/AMM, el cual finalmente fue ubicado en otro lugar. En dicha área no se ha generado daño ambiental alguno.

- e) Desde el año 2005, se ha dejado de verter relaves en la presa de Tíclacayán. Las instalaciones para transportar relaves desde la planta concentradora hasta dicha presa se mantuvieron, a excepción de los soportes y ciclones pues se requería tiempo para retirarlas.

Asimismo, cuando empezó a funcionar la presa de Cajamarquilla se derivaron las aguas de infiltración de esa presa hacia la de Tíclacayán para poder utilizar el punto de vertimiento autorizado (E-12), pues el punto de vertimiento de Cajamarquilla no estuvo autorizado sino hasta el mes de setiembre de 2007. Además, cabe considerar que los trabajos de conformación y colocación de capa vegetal realizados en la presa de Tíclacayán son prueba de su inoperatividad.

- f) Las descargas sin autorización ni tratamiento imputadas fueron producto de pequeñas aberturas en los cajones metálicos de recepción que fueron soldadas inmediatamente, lo cual fue puesto en conocimiento del supervisor.
- g) La apelante, señala que ha puesto en marcha equipos que bombean el agua de rebose del espesador a un tanque ubicado en la parte superior de la planta concentradora e instalado una línea de 14" para derivar el agua con sólidos del Nivel 3600 hacia el espesador, a fin de garantizar la calidad del efluente; en tal sentido, lo ocurrido es un hecho aislado, producto del desgaste del material del cajón de recepción, que constituye un caso de fuerza mayor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1315° del Código Civil.
- h) Se ha realizado mejoras en el área de manejo de residuos de manera progresiva.
- i) Respecto a los ilícitos N° 1, 3, 5 y 7, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 1315° del Código Civil, referido a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁸, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).

⁸ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL 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.

4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁹, 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.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada 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 en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁰.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció el 22 de julio de 2010 como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA.
7. En adición, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325¹¹, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹², y el artículo 4° del Reglamento

⁹ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

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: (...)

d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

¹⁰ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Primera Disposición Complementaria Final

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia.

¹¹ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental (...)

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

¹² **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.**

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD¹³, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos alegados por ATACOCHA, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁴.
9. En tal sentido, cabe indicar que resultan aplicables al presente procedimiento las normas adjetivas contenidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012¹⁵.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

¹³ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

¹⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹⁵ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁶.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁷:

“(…) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos 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 vivos (plantas, animales y microorganismos).

El medio ambiente se define como “(…) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”.

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no vivo, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...). (El resaltado en negrita es nuestro).

¹⁶ 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.

¹⁷ La sentencia recalca en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, 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 otros¹⁸.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁹:

- a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
- b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

En este contexto, cabe indicar, que el derecho a 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 medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

"Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá

¹⁸ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE

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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RETREPO:

"Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)"

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁹ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (El resaltado en negrita es nuestro).

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre el incumplimiento de las recomendaciones del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA y del requerimiento del Informe N° 187-2006-MEM/DGM

11. Respecto a los argumentos contenidos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 2, resulta oportuno señalar que a efectos de emitir un pronunciamiento motivado y fundado en las reglas jurídicas vigentes a la fecha en que se produjeron los hechos materia de análisis, como exigencia derivada del Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, resulta necesario establecer el marco jurídico vigente a la fecha de la supervisión, desarrollada del 17 al 21 de julio de 2007.

Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería, modificado por Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, a la fecha de supervisión correspondía al OSINERGMIN el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en el sector minero²⁰.

Por su parte, en virtud del artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dicha agencia reguladora se encontraba autorizada a ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras, debidamente calificadas y clasificadas²¹.

²⁰ LEY N° 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería

²¹ LEY N° 27699, LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. (...)

**DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

A su vez, se tiene que los principios, criterios, modalidades, sistemas y procedimientos relacionados al ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN -a la fecha de la supervisión durante la cual se formularon las observaciones y se detectó su incumplimiento-, se encontraban regulados por el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD.

Ahora bien, de conformidad con el inciso m) del artículo 23° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, las empresas supervisoras se encuentran facultadas a formular recomendaciones en materia ambiental, las cuales deberán anotarse en el libro de protección y conservación del ambiente de la empresa supervisada, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas²².

Al respecto, conviene explicar que la formulación de recomendaciones constituye la materialización del Principio de Acciones Correctivas que orienta la actividad de supervisión ambiental en el sector que es objeto de fiscalización, regulado en el numeral 1.10 del Rubro 4.0 de la Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2001; y tiene como propósito ordenar la solución de las deficiencias detectadas durante la supervisión²³.

Primera.- Empresas Supervisoras

Las funciones de supervisión y fiscalización atribuidas por el presente Reglamento a OSINERG podrán ser ejercidas a través de empresas supervisoras. Las empresas supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por OSINERG. Estas empresas supervisoras serán contratadas y solventadas por OSINERG, de acuerdo a la normatividad vigente. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia

22 RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 23°.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras

Las empresas supervisoras tienen las siguientes obligaciones (...)

m) Para el caso de las actividades mineras, sin perjuicio de lo que se señale en el informe respectivo, los supervisores deberán anotar en los libros de seguridad e higiene minera y de protección y conservación del ambiente, los hallazgos y recomendaciones, con indicación del plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento, de acuerdo al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS 046-2001-EM) o el que lo sustituya.

23 RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 009-2001-EM-DGAA. GUÍA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – SUBSECTOR MINERÍA. PRINCIPIOS DE LA FISCALIZACIÓN

1.10 Acciones Correctivas

Las acciones correctivas se refieren a los procedimientos que rectificarán el no-cumplimiento. Cuando sea apropiado, el fiscalizador deberá recomendar medidas de acción correctivas basadas en los resultados encontrados. (...)

1.27 Organización y Preparación del Reporte Final

La organización del informe final de fiscalización es crítica para completar el programa de fiscalización. De acuerdo con lo aprobado en la Resolución Directoral 129-96-EM/DGM, el

Informe de fiscalización elaborado por las Empresas de Auditoría e Inspectoría deberán tener en cuenta la siguiente estructura: (...)

VI) Recomendaciones

Las recomendaciones constituyen las medidas a implementar por la entidad fiscalizada y deben estar orientadas a corregir las deficiencias emergentes de la fiscalización realizada.

Estarán dirigidas al Ministerio de Energía y Minas y a los funcionarios de la entidad fiscalizada, que tengan competencia para disponer lo conveniente.

Los plazos de ejecución de las recomendaciones, serán computados a partir de la fecha de presentación del informe de fiscalización a las empresas mineras.

En efecto, el establecimiento de una recomendación se justifica en los hallazgos u observaciones verificados en las instalaciones del titular minero, los cuales traducen principalmente las condiciones deficientes en los procesos, técnicas u operaciones realizadas para el desarrollo de la actividad minera, así como la detección de incumplimientos a las obligaciones fiscalizables en materia ambiental, que causan o pueden causar impactos negativos al ambiente.

De este modo, con el propósito de superar estas condiciones o incumplimientos detectados durante la supervisión, el Supervisor Externo se encuentra habilitado a formular las recomendaciones que considere adecuadas para subsanar las mismas y así evitar o disminuir el impacto negativo que tales condiciones causan o puedan causar al ambiente, correspondiendo precisar que la obligación de hacer o no hacer en que consiste la recomendación no sólo puede encontrar sustento en la normativa del sector sino además en criterios técnicos y las tecnologías disponibles que resulten aplicables.

A su vez, cabe agregar que la labor de determinación sobre el cumplimiento o no de las recomendaciones formuladas por los Supervisores Externos en la forma, modo y/o plazo especificados para su ejecución, corresponde a la autoridad encargada de la supervisión, fiscalización y sanción, siendo posible en caso de verificar una situación de incumplimiento, imponer la sanción correspondiente, según lo indicado en el párrafo anterior de acuerdo a lo establecido por el numeral 28.4 del artículo 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD²⁴.

Es por estos motivos que, una vez formulada la recomendación en ejercicio de la potestad supervisora, ésta se constituye en una auténtica obligación ambiental fiscalizable, resultando exigible y sancionable de conformidad con el tipo infractor

Las recomendaciones deben fundamentarse en lo observado durante la inspección in situ y en las conclusiones del informe; indicando el plazo de ejecución.

Las recomendaciones estarán dirigidas a los responsables de ordenar la solución de las deficiencias y deben ser técnica y económicamente factibles de implementar.

Al formular las recomendaciones se enfatizará en precisar las medidas necesarias para la acción correctiva, aplicando criterios de oportunidad, de acuerdo a la naturaleza de las observaciones.

Se deberá incluir recomendaciones que mejoren los controles internos cuando se detecte deficiencias de control.

También se deberá incluir en este rubro las recomendaciones determinadas en auditorías anteriores que no hayan sido corregidas.

La Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA se encuentra disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/quiamineriaxix.pdf>

24 RESOLUCION N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS DE OSINERGMIN.

Artículo 28.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

previsto en el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM²⁵.

En el presente caso, durante la supervisión regular realizada por la Supervisora Externa ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. en la Unidad Minera Atacocha, durante los días 17 al 21 de julio de 2007, se formularon las Recomendaciones N° 10, 13, 19 y 21, materia de incumplimiento, las cuales serán objeto de análisis en lo que sigue:

a) **Recomendación N° 10:** "Depósito de Relaves Cajamarquilla: Vasos 1 y 2.- El titular minero debe implementar los componentes de derivación de aguas superficiales en el depósito de relaves, con la finalidad de controlar el ingreso de escorrentías hacia las relaveras cumpliendo con los compromisos ambientales." Plazo de ejecución: 75 días útiles.

Al respecto, durante la supervisión realizada del 25 al 27 de enero de 2008 en las instalaciones de la recurrente, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Fojas 5 a 168), se determinó que ATACOCHA incumplió la citada recomendación en un cien por ciento (100%).

En efecto, de acuerdo al numeral 10 del Formato de la Supervisión Especial "Recomendaciones y Requerimientos Verificados" contenido en el mencionado Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Foja 18), el Supervisor Externo concluyó que el titular minero no cumplió con implementar los componentes de derivación de aguas superficiales en el depósito de relaves, establecidos en el Estudio de Impacto Ambiental del "Depósito de Relaves Cajamarquilla: Vasos 1 y 2, lo que se aprecia de las vistas fotográficas N° 13 y 14 (Foja 52).

En tal sentido, toda vez que conforme a la disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió²⁶.

²⁵ Corresponde precisar que a partir del 08 de marzo de 2008 el incumplimiento de recomendaciones formuladas por los supervisores externos, constituye infracción administrativa sancionable de acuerdo al rubro 13 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobada por el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD.

²⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

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.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN

Es preciso indicar que la apelante no desconoce el incumplimiento de la recomendación objeto de sanción, limitándose a señalar que no pudo construir el canal de coronación en la ubicación en que fue diseñada originalmente debido a su inestabilidad, ni en la ubicación en determinada en el rediseño, fuera de los límites de su propiedad, debido a que la comunidad de Cajamarquilla no le otorgó el permiso de paso correspondiente.

Al respecto, cabe precisar que de acuerdo al artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y artículo 18° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental²⁷, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales así como mandatos o disposiciones emitidas por este Organismo Técnico Especializado, razón por la cual encontrándose acreditado el incumplimiento de la Recomendación N° 10 del Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA, correspondía imponer la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe señalar que la referida recomendación deviene de la verificación del incumplimiento del compromiso ambiental establecido en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 234-2005-MEM/DGAAM, referido a controlar las aguas superficiales en el depósito de relaves; en tal sentido, siendo que de acuerdo a la Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental del Ministerio de Energía y Minas²⁸, para la elaboración de estudios ambientales se requiere establecer las condiciones ambientales existentes en el área del proyecto, se desprende que la recurrente conocía las características topográficas, fisiográficas y geológicas del área en donde se construirían los componentes de derivación de aguas superficiales del Depósito de Relaves Cajamarquilla: Vasos 1 y 2, siendo su responsabilidad adoptar las medidas pertinentes para asegurar el cumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en el EIA.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

27 RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 9°.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. Cuando el incumplimiento corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria por las infracciones que se cometan.

LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 18°.- Responsabilidad objetiva

Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

²⁸ Ministerio de Energía y Minas. Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2012. <<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/gelaboestuimpacambi.pdf>>

Asimismo, cabe mencionar que fue la propia recurrente quien rediseñó la ubicación del canal de coronación en un área fuera de los límites de su propiedad, por lo cual ella misma se colocó en la posición de tener que negociar con la comunidad de Cajamarquilla el otorgamiento del permiso de paso correspondiente.

Finalmente, es preciso indicar que la implementación del canal de coronación entre las obras a ejecutar dentro del Plan de Cierre de Mina, no exime a la recurrente de su responsabilidad por el incumplimiento de la recomendación efectuada por el supervisor.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

b) Recomendación N° 13: Vertimiento de la Poza de Captación (Efluente) del Depósito de Relaves Cajamarquilla hacia el río Huallaga.- El titular minero debe contar con la autorización correspondiente de vertimiento, realizando los reportes correspondientes a la autoridad competente.". Plazo de ejecución: Inmediato.

De lo señalado se advierte que la primera acción está referida a obtener la autorización para el vertimiento de aguas residuales industriales provenientes de la poza de captación del Depósito de Relaves Cajamarquilla, que descarga al río Huallaga, mientras que la segunda acción está referida a remitir los reportes de resultados de los análisis de dicho efluente a la autoridad competente. Cabe precisar que en ese entonces el otorgamiento de la autorización antes descrita era competencia de la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud.

Al respecto, durante la supervisión realizada del 25 al 27 de enero de 2008 en las instalaciones de la recurrente, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Fojas 5 a 168), se determinó que ATACUCHA incumplió la citada recomendación en un ochenta por ciento (80%).

En efecto, de acuerdo al numeral 13 del Formato de la Supervisión Especial "Recomendaciones y Requerimientos Verificados" contenido en el mencionado Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Foja 18), el Supervisor Externo concluyó que el titular minero ha tramitado el permiso de vertimiento del efluente procedente de los Depósitos de Relaves Cajamarquilla: Vasos 1, 2 y 3, lo que se advierte del documento contenido en el Anexo N° 08 del referido informe (Fojas 147 a 149); sin embargo, este vertimiento no está incluido en un estudio de impacto ambiental aprobado.

No obstante, cabe indicar que en aplicación del Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones a cargo de los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos



que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido²⁹.

Por tal motivo, considerando que una vez formulada la recomendación en ejercicio de la potestad supervisora, ésta se constituye en un auténtica obligación ambiental fiscalizable, resultando exigible y sancionable de conformidad con el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, su formulación debe ajustarse al contenido del Principio de Razonabilidad, arriba citado³⁰.

En este contexto, resulta oportuno señalar que de acuerdo al Decreto Supremo N° 017-2005-SA, que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Salud – TUPA MINSA, norma vigente al momento de ocurrir los hechos imputados, el Procedimiento N° 14 sobre “Autorización Sanitaria de Sistema de Tratamiento y Disposición de Aguas Residuales para Vertimiento”, es uno de evaluación previa con plazo de duración de 30 días, sujeto a silencio negativo en caso de falta de pronunciamiento oportuno.

Dicho ello, se constata que el plazo de ejecución establecido por la Supervisora Externa ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. (“Inmediato”) no guardó coherencia con la regulación sectorial aplicable para dar cumplimiento a la Recomendación N° 13 (“30 días”), razón por la cual, en el marco del Principio de Razonabilidad, corresponde a este Tribunal Administrativo volver evaluar el cumplimiento de la recomendación formulada.

Sobre el particular, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente administrativo, se tiene que ATACOCHA obtuvo la autorización sanitaria de vertimiento de aguas residuales industriales para su campamento minero Chicrín,

²⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

³⁰ LEY N° 27474. LEY DE FISCALIZACIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 7°.- Facultades del Fiscalizador

Los Fiscalizadores externos, así como los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, designados para tal función, a fin de cumplir con su labor de fiscalización, pueden: (...)

3. Recomendar medidas de seguridad, higiene y medio ambiente, señalando plazos perentorios para su cumplimiento.

DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM. REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 8°.- Para los efectos de lo establecido en el Artículo 7° de la Ley, precisase lo siguiente:

3. Efectuar recomendaciones: Sin perjuicio de lo que se señalará en el informe de fiscalización, anotar las medidas recomendadas en el Libro de Seguridad e Higiene Minera y en el Libro de Protección y Conservación del Ambiente, según corresponda, con indicación de plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento.

De otro lado, corresponde precisar que a partir del 08 de marzo de 2008 el incumplimiento de recomendaciones formuladas por los supervisores externos, constituye infracción administrativa sancionable de acuerdo al rubro 13 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobada por el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD.

ubicado en el distrito de Yanacancha, provincia y departamento de Pasco, correspondiente a la Estación E-23 del Depósito de Relaves Cajamarquilla Vasos 1, 2 y 3 para un caudal de 4'642,396 m³ (149.25 l/s) que se vierten al río Huallaga, definido como de Clase III: "Aguas para Riego de Vegetales de Consumo Crudo y Bebida de Animales", a través de la Resolución Directoral N° 2367/2007/DIGESA/S de fecha 26 de setiembre de 2007 (Fojas 147 a 149), en atención a una solicitud presentada por dicha administrada con fecha 03 de julio de 2007.

De lo señalado, se desprende que la apelante inició las acciones tendientes a obtener la referida autorización sanitaria de vertimiento con fecha anterior a la formulación de la Recomendación N° 13, logrando obtenerla antes de realizarse la supervisión especial de fecha 25 al 27 de enero de 2008, dentro de la cual se verificó el cumplimiento de esta disposición.

Por tales razones, se concluye que ATACOCHA sí cumplió con la indicada recomendación en el extremo referido a la obtención de la autorización de vertimiento, correspondiendo estimar lo alegado sobre el particular.

Por otro lado, en cuanto a la segunda acción materia de la recomendación, cabe indicar que de la revisión del Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA, se advierte que la Supervisora Externa ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. no verificó la presentación o no de los reportes de monitoreo a la autoridad competente, no obrando en el expediente medio probatorio alguno que permita determinar si, en dicho extremo, ATACOCHA cumplió o no con esta acción, razón por la cual en aplicación del Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, corresponde presumir que la apelante actuó conforme a lo requerido.

Siguiendo ese orden de ideas, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado que la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009 se emitió en vulneración de los Principios de Razonabilidad y Presunción de Licitud, toda vez que ATACOCHA dio cumplimiento a la Recomendación N° 13 formulada durante la supervisión regular realizada del 17 al 21 de julio de 2007, según lo expuesto líneas arriba; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad dicho acto administrativo en el extremo referido al incumplimiento materia de análisis, al haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde disponer el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción tipificada en el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por incumplimiento de la Recomendación N° 13 formulada

durante la supervisión regular realizada del 17 al 21 de julio de 2007, esto último de acuerdo al numeral 31.2 del artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD³¹.

c) **Recomendación N° 19:** Presa de Relaves Cajamarquilla.- El titular minero debe realizar las mediciones e informar la calidad del agua y el nivel freático registrados en los piezómetros.”. Plazo de ejecución: 45 días útiles.

Al respecto, durante la supervisión realizada del 25 al 27 de enero de 2008 en las instalaciones de la recurrente, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Fojas 5 a 168), se determinó que ATACOCHA incumplió la citada recomendación en un cien por ciento (100%).

En efecto, de acuerdo al numeral 19 del Formato de la Supervisión Especial “Recomendaciones y Requerimientos Verificados” contenido en el mencionado Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Foja 19), el Supervisor Externo concluyó que el titular minero no cumplió con instalar los piezómetros; sin embargo, presenta el requerimiento para la instalación de los mismos por parte de una empresa especializada que ejecutará esa tarea, lo que se aprecia del documento contenido en el Anexo N° 10 del referido informe (Fojas 153 a 160).

En tal sentido, toda vez que conforme a la disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió³².

³¹ Resolución N° 640-2007-OS/CD. Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN.

Artículo 31°.- Archivo

31.1. Procedimiento para archivar una instrucción preliminar

De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1 del presente reglamento, en caso que de la investigación preliminar de los hechos que presuntamente constituyen ilícitos administrativos, no se identifique materia sancionable o no se pueda determinar de forma cierta al presunto infractor o éste se haya extinguido o fallecido, el órgano instructor dispondrá, según corresponda y mediante informe, la conclusión y el archivo de la instrucción preliminar.

31.2. Procedimiento para archivar un procedimiento administrativo sancionador Iniciado el procedimiento administrativo sancionador, de determinarse que no se ha configurado ilícito administrativo alguno o no se pueda determinar de forma cierta al presunto infractor o éste se haya extinguido o fallecido, el Órgano Sancionador correspondiente dispondrá mediante resolución el archivo del procedimiento, la misma que deberá ser notificada al administrado.

³² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

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.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene

Es preciso indicar que la apelante no desconoce el incumplimiento de la recomendación objeto de análisis, limitándose a señalar que posteriormente a la supervisión especial del cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en la supervisión regular del año 2007, habría realizado acciones conducentes al cumplimiento de dicha recomendación.

Al respecto, cabe precisar que de acuerdo al artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y artículo 18° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales así como mandatos o disposiciones emitidas por este Organismo Técnico Especializado, razón por la cual encontrándose acreditado el incumplimiento de la Recomendación N° 19 del Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA, correspondía imponer la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

d) Recomendación N° 21: Cantera: Sector Relaveras Chicrín (3B).- El titular minero debe contar con los correspondientes permisos de operación y reportes geotécnicos de las condiciones actuales de la cantera. Debiendo establecer Planes de Ejecución y Restauración de las actuales condiciones.". Plazo de ejecución: 30 días útiles.

Al respecto, durante la supervisión realizada del 25 al 27 de enero de 2008 en las instalaciones de la recurrente, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Fojas 5 a 168), se determinó que ATACOCHA incumplió la citada recomendación en un ochenta por ciento (80%).

En efecto, de acuerdo al numeral 21 del Formato de la Supervisión Especial "Recomendaciones y Requerimientos Verificados" contenido en el mencionado Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA (Foja 19), el Supervisor Externo concluyó que el titular minero ha reperfilado los taludes del área, lo que se advierte de la fotografía N° 24° (Foja 57); sin embargo, no cuenta con los correspondientes reportes geotécnicos de las condiciones actuales del área ni cuenta con los permisos de operación correspondientes.

En tal sentido, toda vez que conforme a la disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió.

por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

Cabe indicar que la apelante no desconoce el incumplimiento de la recomendación objeto de análisis, limitándose a señalar que en el área de la cantera se había proyectado la construcción del espesador, componente del estudio de impacto ambiental del Proyecto "Depósito de Relaves Vaso Atacocha", aprobado mediante Resolución Directoral N° 361-2007-MEM/AMM, por lo que no sería necesario un nuevo estudio ambiental respecto a dicha área.

Al respecto, es pertinente señalar que de acuerdo al artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y artículo 18° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales así como mandatos o disposiciones emitidas por este Organismo Técnico Especializado, razón por la cual encontrándose acreditado el incumplimiento de la Recomendación N° 21 del Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA, correspondía imponer la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

No obstante lo señalado, se debe mencionar que de acuerdo al numeral 24.1 del artículo 24° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, toda actividad humana que implique la realización de construcciones, obras, servicios o cualquier otra actividad susceptible de causar impactos ambientales de carácter significativo, se encuentra sujeta al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental³³.

Por su parte, los artículos 2° y 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, prescriben que se encuentran dentro del ámbito del referido sistema aquellos proyectos de inversión privada que impliquen actividades que puedan causar impactos negativos al ambiente, por lo que para iniciar su ejecución se requiere previamente contar con la certificación ambiental expedida por la autoridad competente³⁴.

³³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 24°.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. (...)

³⁴ LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 2°.- Ámbito de la ley

Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos.

El Reglamento señalará los proyectos y actividades comerciales y de servicios que se sujetarán a la presente disposición.

Artículo 3°.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente

En este contexto, para realizar actividades de explotación de canteras, ATACOCHA debía contar con la certificación ambiental correspondiente, lo cual no ha sido acreditado por la recurrente.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

e) **Requerimiento N° 4 del Informe N° 187-2006-MEM/DGM.-** Se prohíbe terminantemente la descarga de relaves al depósito de relaves de Ticaclayán, bajo responsabilidad y apercibimiento de Ley. Plazo de ejecución: Inmediato.

Al respecto, cabe indicar que el Informe N° 187-2006-MEM-DGM-FMI/MA fue emitido por la Dirección de Fiscalización Minera como resultado del informe presentado por la Empresa Fiscalizadora Externa SETEMIN INGENIEROS S.A.C., sobre verificación del cumplimiento de los compromisos y obligaciones ambientales para la protección y conservación del ambiente, durante la inspección de fiscalización ambiental correspondiente al primer semestre del año 2005, realizada en la Unidad Económica Administrativa "Atacocha" de ATACOCHA.

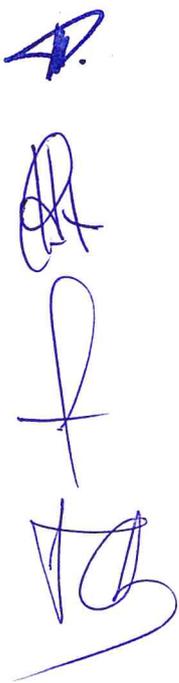
En el Informe N° 187-2006-MEM-DGM-FMI/MA, la referida Dirección formuló a ATACOCHA, entre otros, el siguiente requerimiento:

"Se prohíbe terminantemente la descarga de relaves al depósito de relaves de Ticaclayán, bajo responsabilidad y apercibimiento de Ley".

Es así que, en el artículo 3° de la Resolución Directoral N° 169-2006-MEM/DGM de fecha 21 de abril de 2006, mediante la cual se aprobó el Informe N° 187-2006-MEM-DGM-FMI/MA, se dispuso que ATACOCHA debía cumplir con las recomendaciones pendientes de implementación del referido informe, bajo apercibimiento de Ley.

Sin embargo, durante la supervisión especial del cumplimiento de las recomendaciones de la supervisión regular del año 2007, realizada por la Empresa Supervisora Externa Asesores y Consultores Mineros S.A. en la Unidad Minera Atacocha, durante los días 25 al 28 de enero de 2008, en mérito de la cual se elaboró el Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA, el supervisor observó en el depósito de relaves de Ticaclayán *"la nueva instalación de infraestructura portante de hidrociclones y mangueras de relave, así como se evidencia una reciente disposición no autorizada de relave comparada con las condiciones presentadas en la fiscalización del año 2007 de Medio Ambiente, en la que no existía tal infraestructura."* Asimismo, se adjuntó a dicho informe las fotografías N° 42, 43 y 44 del área del depósito de relaves de Ticaclayán, que sustentan tal observación.

Al respecto, cabe indicar que en la fotografía N° 42 (Foja 69) se observa una infraestructura portante de hidrociclones y mangueras de relave instalada, en la fotografía N° 43 (Foja 69) se evidencia una reciente disposición de relaves; mientras que, en la fotografía N° 44 (Foja 70), se advierte una reciente disposición de relaves.



Sin perjuicio de ello, frente a las alegaciones de la recurrente referidas a que desde el año 2005 el depósito de relaves de Tíclacayán se encuentra inoperativo, es pertinente señalar que el numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, establece que la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; en tal sentido, correspondía a la recurrente presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió, razón por la cual corresponde mantener el análisis contenido en dicho instrumento probatorio.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre el caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad

12. En cuanto a lo señalado en el literal i) del numeral 2, cabe señalar que habiéndose acreditado objetivamente el incumplimiento de las Recomendaciones N° 10, 19 y 21 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, correspondiente a la primera supervisión regular del año 2007 y del Requerimiento N° 4 del Informe N° 187-2006-MEM/DGM, es pertinente señalar que si bien el régimen de responsabilidad por infracciones administrativas aplicable al interior del presente procedimiento administrativo sancionador es de tipo objetiva, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD³⁵; ATACOCHA alega que se vio imposibilitada de cumplir con dichas recomendaciones y requerimiento por causas de fuerza mayor, por lo cual se le debería eximir de responsabilidad.

Sin embargo, de la revisión de los actuados que obran en el expediente, se advierte que ATACOCHA no ha adjuntado medio probatorio idóneo que permita a este Tribunal valorar la certeza de dicho argumento ni desvirtuar el contenido del Informe N° 02-ES-2008-ACOMISA en dicho extremo; por lo tanto corresponde desestimar lo argumentado por la recurrente sobre el particular.

Sobre las infracciones tipificadas en el numeral 3.4 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por descarga no autorizada de efluentes

13. Al respecto, cabe indicar que el Principio del Debido Procedimiento, recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, comporta el derecho de los administrados a obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados en derecho, lo que impone a la Administración Pública el deber de realizar

³⁵ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 9°.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. Cuando el incumplimiento corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria por las infracciones que se cometan.

una adecuada aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

En esa misma línea, el Principio de Legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les sean atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En este contexto normativo, conviene señalar que por disposición del Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, 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 análoga.

A su vez, sobre la aplicación del citado Principio, MORÓN URBINA³⁶ ha señalado que el mandato de tipificación derivado del mismo no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En efecto, corresponde a la Administración verificar la correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que esto último implicaría sancionar conductas cuya antijuridicidad se encuentra excluida al no encontrarse calificadas como ilícitos.

Sobre el particular, conforme se desprende del Oficio N° 428-2008-OS-GFM (Fojas 169), mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN imputó a ATACOCHA los siguientes hechos:

“En las fechas de la supervisión CMA estaba descargando directamente sin autorización ni tratamiento, el efluente minero metalúrgico proveniente del cajón de recepción de efluentes de la planta concentradora a la quebrada Atacocha tributaria del río Huallaga (fotografías 36 y 37).”

“En las fechas de la supervisión CMA estaba descargando directamente sin autorización ni tratamiento, el efluente minero proveniente de mina (Nivel 3570) a la quebrada Atacocha, tributaria del río Huallaga (fotografías 38 a 40).”

“En el área de manejo de residuos sólidos, se verificó el manejo deficiente de dichos residuos (fotografías 27 a 29).”

³⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

Posteriormente, conforme se desprende de los numerales 3.9, 3.10 y 3.11 del Rubro 3 de la Resolución recurrida, la Gerencia General de dicha agencia reguladora sancionó a la apelante por incurrir en dos (02) infracciones tipificadas en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM (Descargas no autorizadas), y una (01) infracción al numeral 3.1 del punto 3 del mismo cuerpo normativo (Manejo deficiente de residuos sólidos).

Sin embargo, resulta oportuno señalar que con relación a las infracciones tipificadas en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, el supuesto de hecho del citado tipo infractor prevé la realización de descargas de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente; más no incluye dentro del tipo a los efluentes minero-metalúrgicos, como ocurrió en el presente caso.

Por tal motivo, considerar que las descargas de efluentes minero-metalúrgicos al ambiente sin autorización configuran la infracción prevista en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, constituye una interpretación extensiva del tipo que vulnera el Principio de Tipicidad, invocado al inicio del presente numeral.

En esta misma línea, cabe agregar que respecto a la infracción por manejo deficiente de residuos sólidos, la tipificación de infracciones y sanciones por incumplimientos a la Ley N° 27314 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, viene dada por los artículos 145° y 147° de dicho Reglamento; razón por la cual, en aplicación del Principio de Especialidad, debió aplicarse este dispositivo legal y no así el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³⁷.

En efecto, el supuesto de hecho de este último tipo infractor no prevé como infracción los incumplimientos a la Ley N° 27314, ni su Reglamento, razón la cual en este extremo también se realizó una interpretación extensiva del ilícito sancionado, no admitida por el Principio de Tipicidad.

Siguiendo ese orden de ideas, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado que la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009 vulneró el Principio de Tipicidad, al haberse sancionado como ilícitos administrativos supuestos no previstos en los numerales 3.1 y 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, conforme a lo expuesto líneas arriba; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de dicho acto administrativo en el extremo referido a las infracciones materia

³⁷ Según TARDÍO PATO, el Principio de Especialidad es entendido como "la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad"

TARDÍO PATO, José. "El Principio de Especialidad Normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales". En: Revista de Administración Pública. N° 162. Setiembre / Diciembre 2003.

de revisión, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde disponer la reposición del presente procedimiento administrativo sancionador hasta el momento en que se realice nuevamente la imputación de cargos, por los hechos descritos en los numerales 6, 7 y 8 del rubro "hechos imputados" del cuadro detalle contenido en el primero numeral de la presente Resolución, considerando la correcta aplicación de la legislación minero-ambiental.

En atención a la declaración de nulidad contenida en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por ATACOCHA en los literales f), g) y h) del numeral 2 de la presente Resolución.

De conformidad con lo dispuesto 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 Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009, en el extremo referido al incumplimiento de la Recomendación N° 13 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA; y en virtud de haberse producido la situación prevista en el numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, disponer el **ARCHIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador contenido en el Expediente N° 003-08-MA/E, respecto a dicha infracción, por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 11 de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009, en los extremos referidos a las infracciones a los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el artículo 74° Ley N° 28611, el artículo 104° Ley N° 26842, el artículo 13° de la Ley N° 27314 y los artículos 9° y 17° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, por los fundamentos expuestos en el numeral 13 de la parte considerativa de la presente Resolución; y, en consecuencia, **RETROTRAER** el procedimiento administrativo sancionador al momento en que se realice la imputación de cargos en dichos extremos, **DEVOLVIÉNDOSE** los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que actúe conforme a sus atribuciones.

ARTÍCULO TERCERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la **COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.** contra la Resolución de Gerencia General del

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002627 de fecha 11 de mayo de 2009, en los extremos referidos al incumplimiento de las Recomendaciones N° 10, 19 y 21 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA y del incumplimiento del Requerimiento del Informe N° 187-2006-MEM/DGM, por los fundamentos expuestos en los literales a), c), d) y e) del numeral 11 de la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO CUARTO.- DISPONER que el monto de la multa ascendente a ocho (08) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) 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.

ARTÍCULO QUINTO.- NOTIFICAR la presente resolución a la 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.



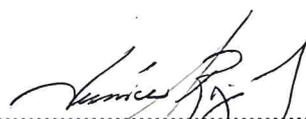
.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
JOSE AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

