

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 248-2013-OEFA/TFA

Lima, 29 NOV. 2013

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA el 6 de diciembre de 2012, en el Expediente N° 086-08-MA/R; y el Informe N° 257-2013-OEFA/TFA/ST del 18 de setiembre de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular llevada a cabo del 3 al 6 de noviembre de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera "Casapalca", ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochirí y departamento de Lima, de titularidad de EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. (en adelante, LOS QUENUALES)¹ en la cual se detectaron infracciones a la normatividad ambiental. Como resultado de dicha supervisión se elaboró el Informe N° 05-2008-REG-CLETECH y su Informe Complementario² (en adelante, Informe de Supervisión).
2. Por Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI del 6 de diciembre de 2012³, notificada en la misma fecha, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, DFSAI), impuso a LOS QUENUALES una multa de veintidós (22) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de tres (3) infracciones;

¹ Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20332907990.

² Fojas 3 a 619.

³ Fojas 877 a 884.

conforme al siguiente detalle⁴:

Nº	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Incumplir la Recomendación N° 4 formulada en la Primera Supervisión Regular realizada del 6 al 9 de agosto de 2007: Establecer un nuevo punto de control de efluente para reportar al MEM, así como reporta a DIGESA.	Numeral 28.4 del Artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD ⁵	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁶ .	2 UIT
2	Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD aprobado por Resolución Directoral N° 032-2005/MEM-DGAAM, por no	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁷	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁶	10 UIT

⁴ De acuerdo al Artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI del 6 de diciembre de 2012, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en los extremos referidos a:

- Infracción al Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM por exceder los límites máximos permisibles para el parámetro STS en el punto de monitoreo P-313-B.
- Infracción al Numeral 28.4 del Artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, por incumplir la Recomendación N° 1 de la Supervisión Ambiental Regular 2007: Evaluar la instalación de piezómetro aguas arriba y abajo del depósito de relaves a fin de controlar la calidad de las aguas subterráneas.
- Infracción al Numeral 28.4 del Artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, por incumplir la Recomendación N° 8 de la Supervisión Ambiental Regular 2007: Se deberá evaluar un Plan de Manejo Ambiental de las desmonteras hasta la aprobación del Plan de Cierre.
- Infracción al Numeral 28.4 del Artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, por incumplir la Recomendación N° 4 de la Supervisión Ambiental Regular 2008: Realizar una gestión más sostenida y permanente de capacidad técnica y seguridad asimismo, efectuar simulacros reglamentarios, registrando cada caso de manera adecuada.

⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD – Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.-
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."

⁶ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM - Aprueban escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.-

ANEXO
"3. MEDIO AMBIENTE
3.1. 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. (...)"

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

⁷ Decreto Supremo N° 016-93-EM - Reglamento para la protección ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo de 1993.-

	monitorear la calidad del agua y del aire de la quebrada Tacpin.			
3	Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD aprobado por Resolución Directoral N° 032-2005/MEM-DGAAM, por no contar con un sistema de colección de aguas de escorrentía para las desmonteras H-S (H-3) y cerca del Polvorín 800.	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	10 UIT
MULTA TOTAL				22 UIT

3. Mediante escrito del 2 de enero de 2013⁹, LOS QUENUALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI del 6 de diciembre de 2012, argumentando lo siguiente:

- a) Se ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, previstos en los Numerales 1 y 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, en la medida que la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, y el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM no tienen rango de ley; por lo que no pueden servir de base legal para tipificar infracciones y aplicar sanciones.
- b) Se ha vulnerado el principio de tipicidad, previsto en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM son normas sancionadoras en blanco, en la medida que no

"Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° 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."

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, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre del 2000.-

"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. (...)."

⁹ Fojas 887 a 916 y complementado mediante escrito del 26 de febrero de 2013 (Fojas 938 a 965).

determinan de manera precisa las obligaciones a cumplir, ni establecen las consecuencias administrativas por el incumplimiento.

- c) LOS QUENUALES no se encuentra monitoreando la calidad de aire y agua de la quebrada Tacpin, debido a que el Proyecto "Tablachaca III" (referido a la construcción del depósito de relaves en la quebrada Tacpin) comprendido en su Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA) aún no se ha implementado, porque la Presa de Relaves "Chinchán" actualmente en uso, tiene una vida útil de aproximadamente cinco (5) años.

En ese sentido, no existen impactos ambientales que deban ser evaluados y controlados. El Programa de Monitoreo Ambiental establecido en su Estudio de Impacto Ambiental para la quebrada Tacpin recién podrá ejecutarse cuando se haya iniciado el proyecto antes mencionado, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha.

Agrega que el compromiso de monitorear la calidad de agua y aire en la quebrada Tacpin se encuentra directamente relacionada con la construcción del depósito de relaves Tablachaca III, el cual no se ha ejecutado hasta la fecha, conforme se corrobora del Informe N° 388-2006-MEM-DGM/PDM que sustenta la Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI. A su vez, del Informe N° 310-2011-MEM-DGM-DTM/PB que sustenta la Resolución N° 327-2011-MEM-DGM/V, se desprende que el Ministerio de Energía y Minas solo reconoce que LOS QUENUALES tiene la obligación de efectuar los monitoreos de calidad de agua en los puntos de control P-301, P-307, P-314 y P-315 entre los cuales no se encuentra la quebrada Tacpin.

- d) No es cierto que ha incumplido el compromiso de implementar un sistema de colección de aguas de escorrentía en las desmonteras H-S (H-3) y cerca del polvorín 800, toda vez que el capítulo referido a los Programas de Prevención y Control de su EIA no lo contempla expresamente. Además, el compromiso debe de cumplirse al cierre de las desmonteras, conforme está señalado en el capítulo de Plan de Cierre del referido EIA.

Agrega que en su estudio de Plan de Cierre a Nivel de Factibilidad, se estableció que el botadero H-S (H-3) generaría drenaje ácido de roca después de su cierre; por lo tanto, se procedió a retirar el material de desmonte de este botadero antiguo, eliminando el potencial impacto negativo al ambiente, no siendo técnicamente necesario la implementación de un sistema de colección de aguas. De otro lado, en la desmontera cerca del polvorín 800 no se espera generación de acidez, por lo cual tampoco resulta necesario mayor manejo ambiental hasta el cierre de este componente.

Por último, el cierre de las desmonteras H-S (H-3) y polvorín 800 está programado para el año 2016 y 2030, respectivamente, según el cronograma aprobado por la Resolución Ministerial N° 032-2012-MEM/AAM, que aprobó la modificación del Plan de Cierre de la Unidad Minera Casapalca.

- e) Mediante escrito del 31 de marzo de 2008, se presentó el Informe de Cumplimiento de Recomendaciones de la Supervisión Regular del 2007, en el cual se señaló que la estación de monitoreo en la bocamina Yauliyacu fue establecida en su EIA vigente con el nombre de "efluente de agua de mina", Estación P-417, cuyo monitoreo es de control interno. En ese sentido, en el referido EIA se determinó que dicha estación no reportaría sus informes de monitoreo al Ministerio de Energía y Minas.

Además, el referido punto de control no se encuentra identificado como Estación de Monitoreo de Efluentes Minero-Metalúrgicos en el Plan de Monitoreo Ambiental de su EIA, pues solo están identificados los puntos de monitoreo de efluentes líquidos industriales P-302, P-306 y P-307.

Asimismo, de acuerdo con el capítulo referido a la Calidad de las Descargas de las Bocaminas de su EIA, los efluentes de las estaciones de monitoreo de la bocamina Yauliyacu se encuentran dentro de los Límites Máximos Permisibles.

Igualmente, el punto de monitoreo P-417 cuenta con Autorización Sanitaria de Vertimientos Industriales otorgado por la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante, DIGESA). Este vertimiento tiene dos puntos de control: M10 (aguas arriba) y M11 (aguas abajo).

- f) No se ha tomado en cuenta los argumentos formulados mediante escrito del 4 de setiembre de 2012¹⁰, por el cual se deduce la prescripción de la potestad sancionadora del OEFA, para determinar la existencia de la infracción por el incumplimiento de las recomendaciones formuladas en la supervisión del 2007.

Al respecto, señaló que de acuerdo con lo previsto en el Numeral 233.2 del Artículo 233° de la Ley N° 27444, se debe considerar que el plazo de prescripción comienza a computarse a partir del día en que la infracción se hubiera cometido; según lo cual, el acto administrativo impugnado fue emitido cuando la potestad sancionadora del OEFA ya había prescrito.

Es así que, al dictarse la resolución apelada, la DFSAI carecía de competencia para sancionarla, evidenciándose así la vulneración de su derecho al debido procedimiento previsto en el Numeral 2 del Artículo 230° de la Ley N° 27444.

4. En el Segundo Otrosí del recurso de apelación, LOS QUENUALES solicitó que de oficio se suspenda la ejecución de la resolución materia de apelación, debido a que existen argumentos de hecho y derecho que sustentan la nulidad y/o revocación del acto administrativo.
5. Asimismo, en el Tercer Otrosí del citado recurso de apelación, LOS QUENUALES solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el mismo que fue concedido mediante Carta N° 021-2013-OEFA/TFA de fecha 14 de febrero de 2013, notificada el 18 de febrero de 2013¹¹ y se realizó

¹⁰ Fojas 749 al 790.

¹¹ Foja 919.

dicha diligencia el 26 de febrero de 2013, conforme se aprecia de la respectiva Acta¹².

II. Competencia

6. 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 Ambiente¹³, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
7. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁴, 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 ambiental.
8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que, mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁵.

¹² Foja 931.

¹³ 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 de 2008.-
"Segunda Disposición Complementaria Final

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."

¹⁴ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.-

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

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

"Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

*c) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.*

(...)"

¹⁵ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"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 documental, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades."*

9. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁶ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN¹⁷) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁸, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
10. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁹, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²⁰, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD²¹, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental

¹⁶ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM – Aprueban 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."

¹⁷ Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.-

"Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN

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

¹⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.-

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

¹⁹ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"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. (...)."

²⁰ 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."*

²¹ Resolución de Consejo Directivo N° 032 - 2013-OEFA/CD - Aprueban Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.-

"Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma procedimental aplicable

11. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por LOS QUENUALES, resulta 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 establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes²².
12. En este 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 de Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012²³.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

13. De acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú²⁴, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".
14. El Tribunal Constitucional señala que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defecto de tramitación y otras funciones que el asigne la normativa de la materia."

²² Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"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 solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)."

²³ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.-

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

²⁴ 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.

(...)."

equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

*"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"*²⁵

15. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente, denominado "Constitución Ecológica"²⁶, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover frente a las actividades humanas que pudieran afectar al ambiente tal como se aprecia a continuación:

*"Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras"*²⁷. (Resaltado agregado)

*"(...) 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 cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán"*²⁸ (Resaltado agregado)

16. En ese sentido, Sen advierte que: *"un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones"*²⁹.
17. En adición, el Tribunal Constitucional ha definido al ambiente en los siguientes

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

²⁸ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²⁹ SEN, Amartya: "Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns". Feminist Economics N° 9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

términos:

"(...) 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)"³⁰.

18. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente³¹ 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.
19. En tal 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 ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
20. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2 Sobre la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad

21. Con relación a lo señalado en el Literal a) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que se ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, en la medida que la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM no tienen rango de ley.
22. Al respecto, es pertinente realizar un distinguo entre norma sustantiva y norma tipificadora, ya que mientras la primera de estas prevé la obligación cuyo

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico 27.

³¹ 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."

incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

23. En ese sentido, en el presente caso el Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el Numeral 3.1 del Punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM configura la norma tipificadora. Consecuentemente, corresponde determinar la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
24. Pues bien, la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM quedó establecida a través de la Ley General de Minería, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, la cual debe concordarse con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero³².
25. En efecto, el Literal l) del Artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, establece que se impone sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente³³.
26. Es bajo el marco planteado, que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en el Decreto Supremo N° 016-93-EM.
27. A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial cabe señalar que:
 - a) A través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, siendo que por medio de su Artículo 4° se autorizó a este Organismo

³² Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Disposiciones finales, Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de junio de 1997.-
"Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...)
- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería."

³³ Decreto Supremo N° 014-92-EM - Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de junio de 1992.-
"Artículo 101°.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:
l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente."

sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador³⁴.

- b) Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.

28. Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por el TULO de la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, resulta válidamente aplicable por el OEFA.
29. Asimismo, cabe precisar que las obligaciones contenidas en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituyen la norma sustantiva, por lo que la exigencia establecida en el principio de legalidad no le es exigible a dicha norma.
30. En consecuencia, no se han vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, invocados por LOS QUENUALES, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

IV.3 Sobre la presunta vulneración del principio de tipicidad por parte de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

31. En relación a lo señalado en el Literal b) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que la Resolución Ministerial 353-2000-EM/VMM y el Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM son normas sancionadoras en blanco, en la medida que no determinan de manera precisa las obligaciones a cumplir, ni establecen las consecuencias administrativas por el incumplimiento.
32. Conforme se ha señalado en el Numeral IV.2 de la presente Resolución, la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM constituye la norma tipificadora, y




³⁴

Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM - Aprueban 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 4°.- Referencias Normativas

Al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador."

siendo que LOS QUENUALES cuestiona la exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida, conforme señala el Numeral 4° del Artículo 230° de la Ley N° 27444, corresponde determinar si el Numeral 3.1 del Punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisface dicho requisito.

33. Al respecto, el Numeral 3.1 del Punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

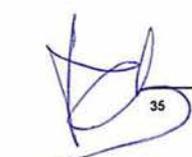
"3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 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. (...)" (Resaltado agregado)

34. En ese sentido, de la revisión del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, se verifica en su Artículo 6° que los titulares mineros deben ejecutar la totalidad de los compromisos ambientales asumidos a través de sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

35. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia³⁵. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

36. Conforme a lo expuesto, deviene válido concluir que el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye una infracción sancionable conforme al tipo contenido en el Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³⁶; por lo que se ha acreditado que no se ha vulnerado el contenido del principio de tipicidad, en el aspecto relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica.



 Sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

³⁵ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

IV.4 Sobre el incumplimiento de los compromisos del Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD, aprobado por Resolución Directoral N° 032-2005/MEM-DGAAM

37. En relación a lo señalado en los Literales c) y d) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que no ha incumplido lo dispuesto por el Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.
38. Al respecto debe señalarse que de acuerdo con el Numeral 2 del Artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con el Artículo 2° de su Título Preliminar, para el desarrollo de actividades de explotación el titular minero debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental, el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y abarcar, entre otros, los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente³⁷.
39. En este contexto, conviene reiterar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los Estudios de Impacto Ambiental por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.
40. Por lo tanto, a efectos de sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de los instrumentos de gestión ambiental antes mencionados, corresponde identificar el compromiso específico y su ejecución según el cronograma y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.
41. Atendiendo al marco expuesto precedentemente, resulta oportuno realizar el análisis sobre cada uno de los incumplimientos sancionados:

No monitorear la calidad de agua y de aire de la quebrada Tacpin

42. En el Rubro 6.2 sobre Plan de Monitoreo Ambiental del Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD (en

³⁷

Decreto Supremo N° 016-93-EM - Aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo de 1993.-

"Artículo 2°.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se define lo siguiente: (...)

Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente."

adelante, EIA de Ampliación de la Planta Concentradora) aprobado por Resolución Directoral N° 032-2005/MEM-DGAAM³⁸, se especifica lo siguiente:

"6.2.1 Monitoreo de Aguas

Considerando que los impactos importantes sólo se desarrollarán en la quebrada Tacpin y no se esperan impactos adicionales en el resto de la UEA "Casapalca", se propone mantener los mismos puntos de monitoreo; incorporando los dos puntos de la quebrada Tacpin:

Tabla 6-1: Puntos de monitoreo de calidad de agua de Efluentes de Yauliyacu

Código	Efluente	Descripción (Ubicación)
P-302	Rebose Depósito de Relaves Chinchán	A 100m de la base del dique de relaves
P-306	Salida Bocamina Carlos Francisco	En la bocamina Carlos Francisco
P-307	Rebose Espesadores de Concentradora	En el canal colector de rebose de los espesadores
P-314	Salida de Túnel Graton	En la descarga de las aguas del Túnel Grathon
T-1	Parte Superior Quebrada Tacpin	Aguas arriba de la quebrada Tacpin y del depósito de relaves
T-2	Parte Inferior Quebrada Tacpin	Aguas debajo de quebrada Tacpin y del depósito de relaves

Los parámetros a ser evaluados son los correspondientes a la RM N° 011-96-EM/VMM, los LMP's corresponden al anexo 2 de la citada norma y la frecuencia será mensual con reporte al MEM en forma trimestral.

6.2.2 Monitoreo de Aire

Al igual que en el caso de la calidad de agua, considerando la no presencia de impactos relacionados con la ampliación, los puntos de monitoreo de calidad de aire, serán los mismos que actualmente controla Yauliyacu, y la frecuencia de muestreo, así como los parámetros a analizar, se guiarán por la RM N° 315-96-EM/VMM. Se sugiere incorporar adicionalmente los puntos de monitoreo en la quebrada Tacpin, tomados para este Estudio.

Tabla 6.2: Punto de Monitoreo de Calidad de Aire de Yauliyacu

Código	Estación-Nombre
E 301	Embarcadero
E 302	Ex - Colegio Jorge Basadre
E 303	Comisaría
T - 1	Aguas arriba Quebrada Tacpin
T - 2	Aguas abajo Quebrada Tacpin

43. De lo expuesto, se concluye que LOS QUENUALES tenía la obligación de monitorear la calidad de agua y de aire de la quebrada Tacpin.
44. Ahora bien, conforme se señala en el cuadro sobre incumplimientos a la normativa ambiental del Informe de Supervisión, durante la supervisión regular que se llevó a cabo del 3 al 6 de noviembre de 2008 en las instalaciones de la Unidad Minera "Casapalca" se detectó lo siguiente:

³⁸ Foja 192 y 193 del Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD.

"Del compromiso del EIA de la ampliación de la Planta Concentradora, no se encuentran monitoreando la calidad de agua y aire de la quebrada Tacpin"³⁹

45. Conforme a lo señalado por el supervisor externo se podría concluir que LOS QUENUALES habría incumplido su compromiso ambiental de monitorear la calidad de agua y de aire en la quebrada Tacpin, de acuerdo con lo establecido en el EIA de Ampliación de la Planta Concentradora.
46. No obstante ello, LOS QUENUALES alega que no habiéndose implementado el Proyecto "Tablachaca III", no existen impactos ambientales que deban ser evaluados y controlados, siendo que el Programa de Monitoreo Ambiental, establecido en su EIA para la quebrada Tacpin, recién podrá ejecutarse cuando se haya iniciado el proyecto antes mencionado, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha.
47. Al respecto, conforme señala el Artículo 14° del Reglamento de la Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental⁴⁰, el proceso de evaluación del impacto ambiental, busca prevenir, minimizar, corregir y/o mitigar e informar acerca de los potenciales impactos ambientales negativos de un proyecto, así como intensificar sus impactos positivos. Además, dicho proceso comprende medidas que aseguren el cumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental y los Límites Máximos Permisibles.
48. Por ello, el objetivo de la evaluación ambiental es identificar los impactos (negativos o positivos) que va generar un proyecto de inversión, estableciéndose programas de manejo ambiental para monitorear y mitigar los impactos que el proyecto va a generar.
49. Ahora bien, en el EIA de Ampliación de la Planta Concentradora se señala que LOS QUENUALES va desarrollar el nuevo Proyecto "Tablachaca III", referido a la construcción del depósito de relaves en la quebrada Tacpin. Siendo ello así, se estableció en el citado instrumento de gestión ambiental puntos de monitoreo para calidad de agua y aire en la quebrada Tacpin, toda vez que dicho proyecto generaría impactos en dicha quebrada.
50. Sin embargo, a la fecha de la supervisión (noviembre de 2008) el depósito de relaves Tablachaca III que estaba proyectado construirse sobre la quebrada Tacpin no estaba ejecutado, conforme se verifica del Acta de Cierre de la Supervisión Ambiental 2008⁴¹, en donde no consta que dicha instalación haya sido objeto de verificación.
51. En ese sentido, este Órgano Colegiado considera que al no encontrarse implementado el Proyecto "Tablachaca III" en ninguna de sus etapas, no resultan exigibles las medidas que se derivarían a partir de dicha implementación, como es la obligación de monitorear la calidad de agua y aire en la quebrada Tacpin,

³⁹ Foja 19.

⁴⁰ Foja 67 del Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD.

⁴¹ Fojas 37 y 38.

obligación contenida en el EIA de Ampliación de la Planta Concentradora. Esto es así porque, no se ha desarrollado ninguna actividad que pudiera generar algún impacto potencial al ambiente, supuesto indispensable para requerir el cumplimiento posterior de la obligación de monitorear la calidad de agua y aire.

Por lo expuesto, corresponde estimar los argumentos de LOS QUENUALES.

No contar con un sistema de colección de aguas de escorrentía

52. El Rubro 4 "Identificación de Impactos" del EIA de Ampliación de la Planta Concentradora⁴², se describe lo siguiente:

"4. Identificación de impactos

(...)

*Adicionalmente es importante recalcar que la nueva etapa en que la UEA Casapalca está entrando, **implica el cierre del depósito de relaves de Chinchán y el de los botaderos de desmonte, que se ejecutarán durante el periodo operativo, pero que técnicamente corresponde a la fase de cierre (Cierre durante operaciones).**" (Resaltado agregado)*

53. Asimismo en el Rubro 7 "Botaderos de Desmontes" del EIA de Ampliación de la Planta Concentradora⁴³, se señala lo siguiente:

*"Dada las actuales condiciones existentes en los botaderos de desmonte de la mina Yauliyacu, se puede concluir que estas estructuras son aparentemente estables desde el punto de vista físico. Asimismo, **la estabilidad química también puede garantizarse utilizando sistemas de manejo de las aguas de escorrentía y drenajes.**" (Resaltado agregado)*

54. Ahora bien, conforme se señala en el cuadro sobre incumplimientos a la normativa ambiental del Informe de Supervisión, el supervisor externo durante la supervisión regular que se llevó a cabo del 3 al 6 de noviembre de 2008 en las instalaciones de la Unidad Minera "Casapalca" constató lo siguiente⁴⁴:

"En los niveles superiores de la operación minera conocidos como las Hs (H-3) y cerca del Polvorín 800, existen desmonteras cuyas superficies se encuentran oxidadas y no cuentan con un sistema de colección de aguas de escorrentía."

55. De lo antes expuesto, se desprende que LOS QUENUALES incumplió el compromiso ambiental de contar con un sistema de colección de aguas de escorrentía para la desmontera denominada H-S (H-3) y para aquella ubicada cerca del polvorín 800 a fin de garantizar la estabilidad química de dichas desmonteras.

56. Por su parte, LOS QUENUALES alega que en su EIA no se contempla la implementación de un sistema de colección de aguas de escorrentía para las

⁴² Foja 169 del Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD.

⁴³ Foja 658 del Estudio de Impacto Ambiental de Ampliación de la Planta Concentradora de 2,700 a 3,600 TMD.

⁴⁴ Foja 19.

desmonteras H-S (H-3) y cerca del polvorín 800. Agrega que dicho compromiso debe cumplirse en la etapa de cierre.

57. Al respecto, debe señalarse que conforme está descrito en el EIA de Ampliación de la Planta Concentradora, el cierre de los botaderos de desmonte (no discrimina a cuales se refiere, por lo que se entiende que es una regla general para todos los depósitos de desmontes) se ejecutará durante el periodo operativo, es decir durante el periodo que LOS QUENUALES está realizando labores de explotación y beneficio, y no en la etapa de cierre de la mina, donde existe la obligación de remediar toda la zona disturbada por la actividad realizada por LOS QUENUALES.
58. En ese sentido, de no implementarse sistemas de colección de aguas de escorrentía en los botaderos de desmontes durante la etapa de operación no se cumpliría con los objetivos ambientales del EIA de Ampliación de la Planta Concentradora, que busca evitar impactos sobre el ambiente. En efecto, *estos botaderos de desmonte son, generalmente, mezclas de material proveniente de diferentes áreas de explotación o desarrollo minero. Los botaderos, por lo común, están constituidos por rocas gruesas y se almacenan sobre la napa freática. De este modo, cualquier mineral sulfuroso reactivo queda expuesto al aire y al agua que pasan por el botadero, inmediatamente después de haber sido depositado allí. Las reacciones de generación de ácido pueden iniciarse en cualquier lugar del botadero, y generalmente se producen en varios sitios.*⁴⁵
59. Asimismo, otros impactos que se podrían generar por no implementar sistemas de colección de aguas de escorrentía en los botaderos de desmontes sería la descarga de sedimentos en aguas superficiales a través de la erosión y transporte en escorrentías superficiales⁴⁶.
60. Siendo ello así, de tener que esperar a la etapa final de cierre de la mina, como alega LOS QUENUALES, para implementar recién sistemas de colección de aguas de escorrentías en los botaderos de desmontes existe el riesgo de que se generen impactos negativos, toda vez que dichas aguas podrían entrar en contacto con el material que contiene el botadero y generar drenaje ácido o la descarga de sedimentos en aguas superficiales.
61. En ese sentido, este Órgano Colegiado considera que LOS QUENUALES ha asumido el compromiso ambiental de garantizar la estabilidad química de los botaderos de desmontes (H-S (H-3) y cerca del polvorín 800) mediante la implementación de un sistema de colección de aguas de escorrentía, el cual se ejecutaría durante el periodo operativo de la mina. En tal sentido, habiéndose acreditado que LOS QUENUALES incumplió dicho compromiso, dicha empresa ha incurrido en infracción al Artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

⁴⁵ Guía Ambiental para el Manejo de Drenaje Ácido de Minas. Ver en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/manedrenaje.PDF>

⁴⁶ Guía Ambiental de Manejo de Agua en Operación Minero – Metalúrgica. Ver en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/manejoagua.pdf>

62. Por último, LOS QUENUALES alega que el botadero H-S (H-3) generaría drenaje ácido de roca después de su cierre y para el caso del polvorín 800 no se espera generación de acidez en ningún momento, por lo que no sería necesario mayor manejo ambiental hasta el cierre de este componente. Agrega que el cierre de estas desmonteras están programadas para el año 2016 y 2030 respectivamente, según lo establecido por la Resolución Ministerial N° 032-2012-MEM/AAM.
63. Al respecto, conforme se ha indicado precedentemente, la ausencia de sistemas de colección de aguas de escorrentía en los botaderos, podría generar otros impactos al ambiente y no solo el drenaje ácido de roca, como alega LOS QUENUALES. Además, según el cuadro 5-15 "Resultados del Potencial Neto de Neutralización de los Botaderos – Cierre Progresivo del Plan de Cierre a Nivel Factibilidad"⁴⁷ se corrobora que el botadero H-S (H-3) así como otros botaderos poseen un alto potencial de generar aguas ácidas por lo que es necesario un sistema de colección de aguas de escorrentías.
64. En tal sentido, el argumento de LOS QUENUALES resulta impertinente, toda vez que el incumplimiento del Plan de Cierre no es el hecho imputado, en tanto que la infracción es por incumplimiento de los compromisos ambientales establecidos en el EIA de Ampliación de la Planta Concentradora. Se concluye entonces que este argumento no guarda relación con la infracción sancionada, en aplicación del Numeral 163.1 del Artículo 163° de la Ley N° 27444⁴⁸.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de LOS QUENUALES en este extremo.

IV.5 En cuanto al incumplimiento de la Recomendación N° 4 de la Supervisión Regular Ambiental 2007

65. En relación a lo señalado en el Literal e) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que mediante escrito del 31 de marzo de 2008 presentó su informe de cumplimiento de recomendaciones formuladas en la supervisión del 2007, señalando que la estación de monitoreo en la bocamina Yauliyacu fue establecida en su Estudio de Impacto Ambiental vigente con el nombre de "efluente de agua de mina", Estación P-417, cuyo monitoreo es de control interno; por ello, se determinó que dicha estación no reportaría sus informes de monitoreo al Ministerio de Energía y Minas.
66. Al respecto, cabe precisar que con el propósito de valorar adecuadamente los hechos imputados en este extremo, resulta pertinente definir el marco legal

⁴⁷ Fojas 160 a 161.

⁴⁸ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 163°.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.
(...)"

vigente durante la supervisión desarrollada del 3 al 6 de noviembre de 2008, en la Unidad Minera "Casapalca" de titularidad de LOS QUENUALES.

67. En ese sentido, cabe indicar que de acuerdo con el 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, 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 minero⁴⁹.
68. Asimismo, el 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 clasificadas⁵⁰.
69. De este modo, 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 detectaron los incumplimientos imputados, se encontraban regulados por el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD.
70. Sobre el particular, corresponde indicar que de conformidad con el Literal m) del Artículo 23° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD⁵¹, las

⁴⁹ Ley N° 26734 - Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.-

"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"

⁵⁰ Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de abril de 2002.-

"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, publicado en el diario El Peruano el 9 de mayo de 2001.-

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

"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 competencia."

⁵¹ En este extremo, conviene precisar que los hallazgos u observaciones verificados en las instalaciones del titular minero se sustentan principalmente en la identificación de 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

empresas supervisoras se encuentran facultadas a formular recomendaciones en materia ambiental, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas, debiendo agregar que el incumplimiento de dichas recomendaciones debería 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/VMM⁵².

71. A su vez, conviene 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 finalmente a la autoridad encargada de la supervisión, fiscalización y sanción, siendo posible en caso de verificarse una situación de incumplimiento, imponer la sanción correspondiente, según lo indicado en el párrafo anterior; lo que es concordante con lo señalado en el Numeral 28.4 del Artículo 28° del citado Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD⁵³.

negativos al ambiente, siendo que corresponde al Supervisor Externo ofrecer una descripción de los hechos así constatados, seguido de los medios probatorios que evidencien lo descubierto durante el curso de la supervisión, respaldando el hallazgo u observación.

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, 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 tecnologías disponibles, que resulten aplicables

⁵² Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD - Reglamento de supervisión de actividades energéticas y mineras de OSINERGMIN.-

"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.

(...)"

De otro lado, cabe señalar que a la fecha la infracción por incumplimiento de recomendaciones se encuentra tipificada en el Rubro 13 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificada por Resolución N° 257-2009-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de diciembre de 2009. En dicha rubro se tipifica como infracción el incumplimiento de las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido por los supervisores.

⁵³ Resolución N° 324-2007-OS/CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras.-

"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."

Asimismo, con relación al procedimiento de verificación de cumplimiento de recomendaciones, se plantea la siguiente descripción gráfica:

72. En este contexto normativo, se verifica que la formulación de la Recomendación N° 4 correspondiente a la Primera Supervisión Regular del año 2007, se realizó en ejercicio de la función supervisora del organismo supervisor y fiscalizador competente a dicha fecha, razón por la cual su cumplimiento devino obligatorio y, por tanto, exigible, al vencimiento del plazo otorgado por el supervisor externo.
73. Atendiendo a lo expuesto, corresponde señalar que durante la Primera Supervisión Ambiental Regular del 2007 que se llevó a cabo del 6 al 9 de agosto de 2007 en las instalaciones de la Unidad Minera "Casapalca", la supervisora externa CLEAN TECHNOLOGY S.A.C. formuló la siguiente recomendación⁵⁴:

"Observación 4

En la bocamina nivel 2700 (Yauliyacu) se observa que hay salida de agua de mina que desemboca directamente a las aguas del Río Rímac, sin embargo dicho punto es reportado a DIGESA ya que cuenta con autorización de vertimiento

Recomendación 4

Así como reporta a DIGESA la Empresa debe establecer un nuevo punto de control de efluente para reportar al MEM

Plazos:

1 mes

Fecha de Vencimiento

10/09/2007

74. Sobre el particular, en el cuadro de Recomendaciones - Supervisión 2007, contenido en el Informe de Supervisión, el supervisor externo durante la supervisión regular que se llevó a cabo del 3 al 6 de noviembre de 2008 en las instalaciones de la Unidad Minera "Casapalca", verificó lo siguiente⁵⁵:

N°	Recomendación	Cumplimiento	Observación
4	<i>Así como reporta a DIGESA la Empresa debe establecer un nuevo punto de control de efluente para reportar al MEM</i>	0%	<i>El efluente de la Bocamina 2700 no reporta a la Dirección General de Asuntos Ambientales Anexo 6</i>

75. De lo antes expuesto, se desprende que LOS QUENUALES incumplió su compromiso de establecer un nuevo punto de control de efluente para reportar al Ministerio de Energía y Minas.



⁵⁴ Foja 33 del expediente administrativo sancionador 2007-283.

⁵⁵ Foja 24.

76. Ahora bien, LOS QUENUALES alega que mediante escrito del 31 de marzo de 2008 presentó su informe de cumplimiento de recomendaciones formuladas en la supervisión del 2007, señalando que la estación de monitoreo en la bocamina Yauliyacu fue establecida en su Estudio de Impacto Ambiental vigente con el nombre de "efluente de agua de mina", Estación P-417, cuyo monitoreo es de control interno. Es por ello que se determinó que dicha estación no reportaría sus informes de monitoreo al Ministerio de Energía y Minas.
77. Al respecto, debe señalarse que la supervisora externa constató durante la supervisión efectuada los días 3 al 6 de noviembre de 2008, en los cargos de los reportes de monitoreo mensuales remitidos al Ministerio de Energía y Minas de los tres primeros trimestres del año 2008, que LOS QUENUALES continuaba sin establecer como punto de control de efluente minero metalúrgico el punto "P-417"; con lo que se comprueba que LOS QUENUALES incumplió la Recomendación N° 4 formulada durante la Primera Supervisión Ambiental Regular del 2007.
78. En tal sentido, carece de relevancia lo argumentado por LOS QUENUALES en la medida que conforme se ha señalado en el Considerando 71 de la presente Resolución, una vez formulada la recomendación en ejercicio de la potestad supervisora, esta se constituye en una auténtica obligación ambiental fiscalizable, resultando exigible su cumplimiento. Es por ello, que LOS QUENUALES se encontraba obligada a establecer un nuevo punto de control ante el Ministerio de Energía y Minas para el efluente de la Bocamina 2700, sin perjuicio de que dicho punto de control no estuviera incluido en su EIA de Ampliación de la Planta Concentradora como estación de monitoreo de efluentes Minero-Metalúrgicos.
79. Además, si bien el punto de control P-417 cuenta con Autorización Sanitaria de Vertimientos Industriales, conforme a la Resolución Directoral N° 2362/2007/DIGESA/SA del 25 de setiembre de 2007⁵⁶ en donde se establece la obligación de reportar semestralmente a la DIGESA, tal obligación es independiente de la obligación de monitorear y reportar sobre los efluentes en este nuevo punto de control ante el Ministerio de Energía y Minas.
80. Por último, alega que de acuerdo con el capítulo referido a la Calidad de las Descargas de las Bocaminas de su EIA, los efluentes de las estaciones de monitoreo de la bocamina Yauliyacu se encuentran dentro de los Límites Máximos Permisibles.
81. Sobre el particular, corresponde señalar que el referido argumento resulta impertinente en la medida que el exceso de los Límites Máximos Permisibles no ha sido materia de imputación, razón por la cual no guarda relación con la infracción sancionada en aplicación del Numeral 163.1 del Artículo 163° de la Ley N° 27444.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo argumentado por LOS QUENUALES en este extremo.

⁵⁶ Fojas 64 al 67.

IV.6 Sobre la prescripción de la potestad sancionadora del OEFA

82. En relación a lo señalado en el Literal f) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que se ha vulnerado lo previsto en el Numeral 233.2 del Artículo 233° de la Ley N° 27444, al no considerar que el plazo de prescripción comienza a partir del día en que la infracción se cometió. Agrega que, el acto administrativo impugnado fue expedido cuando la potestad sancionadora para determinar la existencia de infracciones derivadas de la supervisión del 2007 ya había prescrito; por ello, al dictarse la resolución apelada, la DFSAI carecía de competencia para sancionar, evidenciándose así la vulneración del derecho al debido procedimiento previsto en el Numeral 2 del Artículo 230° de la Ley N° 27444.
83. Al respecto, a fin de determinar el plazo de la prescripción y el *dies a quo* correspondiente, respecto de la infracción referida al incumplimiento de la Recomendación N° 4 de la Supervisión Ambiental Regular del 2007, debe señalarse que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició con la notificación del Oficio N° 1719-2009-OS-GFM, el 29 de octubre de 2009⁵⁷, fecha en la cual estaba vigente el Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD que establecía el plazo de cinco (5) años para la prescripción de la potestad sancionadora⁵⁸.
84. En ese sentido, en el marco del Artículo 103° de la Constitución Política de 1993 y el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil, se recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley. En virtud de ella, las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes durante su vigencia. Por su parte, el principio de irretroactividad, previsto en el Numeral 5 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, habilita como excepción a esta regla general, la aplicación retroactiva de aquellas disposiciones jurídicas que, pese a no encontrarse vigentes a la fecha de comisión de la infracción, resultan más favorables a los administrados⁵⁹.




⁵⁷ Foja 638.

⁵⁸ Resolución N° 640-2007-OS/CD - Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, publicada en el diario Oficial El Peruano el 30 de octubre de 2007.-
"Artículo 33°.- Prescripción
La facultad de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cinco (5) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada."

⁵⁹ Constitución Política del Perú de 1993.-
"Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
(...)"

Decreto Legislativo N° 295 - Código Civil, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 1984.-

Título Preliminar

"Artículo III.- La Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú."

85. En efecto, con relación a la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables, uno de los supuestos en que se hace necesaria su aplicación, consiste en la aplicación retroactiva de la nueva norma cuando esta prevé plazos inferiores de prescripción de infracciones y sanciones.
86. En este contexto normativo, teniendo en cuenta que con posterioridad al inicio del presente procedimiento, se aprobó la Resolución N° 233-2009-OS/CD que establece el plazo de cuatro (4) años para declarar la prescripción, la solicitud de prescripción para el caso de la infracción por incumplimiento de la Recomendación N° 4 formulada durante la Supervisión Ambiental Regular del 2007, imputada mediante Oficio N° 1719-2009-OS-GFM, será evaluada a la luz del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aprobado por Resolución Ministerial N° 233-2009-OS/CD, por ser más favorable para el administrado⁶⁰.
87. Con relación al inicio del cómputo del plazo, *dies a quo*, el Artículo 34° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD en concordancia con el Artículo 233° de la Ley N° 27444, es preciso analizar si las infracciones cometidas por LOS QUENUALES tienen el carácter de instantánea o de acción continuada⁶¹.

⁶⁰ Resolución N° 233-2009-OS/CD - Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2009.-

"Artículo 34°.- Prescripción

La potestad sancionadora del OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada. Dicho plazo corresponde al ámbito propio del ejercicio de la potestad sancionadora, la cual finaliza con la resolución sancionadora y la consiguiente notificación.

La prescripción ganada solo podrá ser alegada por los administrados en vía de defensa, para lo cual, la Administración resolverá sin abrir prueba, o pedir algún acto de instrucción que la mera constatación de los plazos vencidos, debiéndose pronunciar de modo estimatorio o desestimatorio.

El cómputo del plazo de prescripción se suspende con la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de 25 (veinticinco) días hábiles, por causa no imputable al administrado. También se suspenderá el cómputo del plazo en aquellos casos que, por mandato judicial, la Entidad se encuentre impedida de ejercer su función sancionadora."

⁶¹ Angeles De Palma señala lo siguiente:

"(...) las infracciones permanentes se caracterizan porque determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante un tiempo por voluntad de su autor. Así, a lo largo de aquel tiempo el ilícito se sigue consumando, la infracción se continúa cometiendo, se prolonga hasta que se abandona la situación antijurídica. En consecuencia, en este caso el plazo de prescripción sólo podrá comenzar a computarse desde el momento en que ha cesado la situación antijurídica, ya que es entonces cuando se consuma la infracción. (...)

Por tanto, sólo en el caso de las infracciones permanentes el plazo de prescripción comienza a correr cuando cesa el mantenimiento de la situación ilícita, pues hasta este momento se ha estado consumando la infracción (...)"

El mismo autor define a las infracciones instantáneas, como las que "se caracterizan porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito. La infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado, sin que éste determina la creación de una situación antijurídica duradera. Por tanto, en este caso, el plazo de prescripción comienza a correr en el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consuma el ilícito"

ANGELES DE PALMA, *Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción*, En: Civitas Revista española de Derecho Administrativo, núm. 112/2001, Madrid: Editorial Civitas, p. 553.

88. Teniendo en cuenta lo señalado y en virtud de lo dispuesto en el Artículo 34° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD en concordancia con el Artículo 233° de la Ley N° 27444, el inicio del cómputo del plazo de prescripción en infracciones de acción continuada, comienza en la fecha del cese de las mismas; mientras que para el caso de las infracciones instantáneas comienza en la fecha en que se cometió la infracción.
89. Es importante hacer hincapié que cuando las citadas normas hablan de *acción continuada*, se debe entender que la ley contempla y se está refiriendo a una situación antijurídica prolongada en el tiempo, como es el presente caso⁶². Por ello, el *dies a quo* del plazo de prescripción comienza a contarse a partir del cese de la conducta infractora⁶³.
90. Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que la infracción por incumplimiento de la Recomendación N° 4 correspondiente a la Supervisión Ambiental Regular del 2007 no tiene naturaleza jurídica de infracción instantánea sino de acción continuada, por cuanto el incumplimiento de dicha recomendación por parte de la infractora ha producido una situación antijurídica duradera en el tiempo que configura infracción administrativa y que sólo puede cesar por voluntad propia del administrado.
91. Dicho esto, se ha acreditado que hasta la fecha de la Supervisión Regular del 2008, que dio origen al presente procedimiento, LOS QUENUALES no había cumplido con la Recomendación N° 4 correspondiente a la Supervisión Ambiental Regular del 2007. Por tanto, al no haberse producido el cese total de la misma, la situación ilícita permanece bajo la figura de infracción continuada y no se ha iniciado el cómputo del plazo de prescripción de la potestad sancionadora, por lo que corresponde desestimar lo alegado por LOS QUENUALES.

IV.7 Sobre la solicitud de suspensión de oficio de la ejecución de la resolución impugnada

92. En cuanto a lo solicitado en el Considerando 4 de la presente Resolución, cabe señalar que de acuerdo al Artículo 216° de la Ley N° 27444, la interposición de medios impugnatorios no suspende el carácter ejecutorio del acto administrativo

⁶² Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001, modificada por el Decreto Legislativo N° 1029.-

Artículo 233°.- Prescripción (...)

233.2 *El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. (...)*

La doctrina de Derecho Administrativo Sancionador, concordante con el Derecho Penal, es unánime en sostener que en el caso de las infracciones permanentes "...su plazo de prescripción comienza, precisamente en el instante en que cesa el estado antijurídico creado por el autor y no antes, en la medida en que no puede empezar a prescribir aquello que todavía no ha terminado". Por ello, pues, no puede operar la prescripción porque la infracción no ha dejado de producirse, es decir, no se inicia el cómputo del plazo y no prescribe mientras persiste el incumplimiento, no prescribe mientras no cesa la misma. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda Edición, 2010, España: Thomson Reuters, p. 653.

recurrido, salvo que se haya previsto legalmente lo contrario o así lo disponga la autoridad a quien compete su resolución, de oficio o a pedido de parte⁶⁴.

93. En este último supuesto, de acuerdo con el Numeral 216.2 del Artículo 216° de la Ley N° 27444, procederá la suspensión de la ejecución del acto impugnado, a pedido de parte, siempre que concurren algunas de las siguientes circunstancias:
- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, cuyos efectos no podrán ser restablecidos posteriormente por revocación ante la autoridad, esto es, cuando haya imposibilidad de reponer un cambio fáctico o jurídico.
 - b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.
94. Sobre el particular, LOS QUENUALES sustenta su pedido en el requisito descrito en el literal b) del considerando precedente, toda vez que los argumentos expuestos por esta en su recurso de apelación están orientados a sustentar la nulidad y/o revocación del acto administrativo.
95. Sin embargo, a la luz del análisis realizado a lo largo de la presente Resolución sobre los argumentos esgrimidos por LOS QUENUALES y la verificación de los requisitos de validez de la resolución apelada, no se ha constatado que en este procedimiento se haya incurrido en una causal de nulidad manifiesta, por la cual comprenda declarar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, conforme lo establece el Numeral 216.2 del Artículo 216° de la Ley N° 27444.
96. Asimismo, LOS QUENUALES no ha acreditado que la ejecución de la resolución apelada pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación, cuyos efectos no podrían ser restablecidos posteriormente por revocación ante la autoridad, otro de los supuestos para proceder a declarar la suspensión de la ejecución del acto impugnado; razón por la cual, corresponde denegar lo solicitado por LOS QUENUALES en este extremo⁶⁵.




⁶⁴ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 216°.- Suspensión de la ejecución

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

216.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente (...)"

⁶⁵ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma".

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 N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI del 6 de diciembre de 2012, en el extremo que se determinó la responsabilidad de EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. por la infracción al Artículo 6° del reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM por no monitorear la calidad de agua y aire de la quebrada Tacpin, por los fundamentos expuestos en los Considerandos 42 al 51 de la presente Resolución.

Artículo segundo.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 381-2012-OEFA/DFSAI del 6 de diciembre de 2012, en los extremos no contemplados en el Artículo precedente, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo tercero.- FIJAR el monto de la multa en doce (12) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), el mismo que deberá ser depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo cuarto.- NOTIFICAR la presente resolución a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

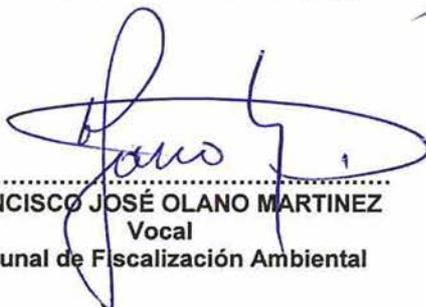
Regístrese y comuníquese



LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental