



PERÚ

Ministerio
del AmbienteResolución Directoral N° 487 -2013-OEFA/DFSAI
Expediente N° 065-2011-DFSAI/PAS

EXPEDIENTE : 065-2011-DFSAI/PAS¹
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.
UNIDAD MINERA : ATACOCHA
UBICACIÓN : PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE PASCO
SECTOR : MINERÍA

SUMILLA: Se sanciona a la Compañía Minera Atacocha S.A.A. por no haber cumplido con los mandatos establecidos en las Resoluciones de Gerencia General N° 000898 y 001021 del 22 y 30 de setiembre de 2008, respectivamente.

Dichas conductas son tipificadas y sancionadas conforme a lo previsto en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, que aprobó la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN aplicable a la actividad minera.

SANCIÓN: 272,04 UIT

Lima, 14 OCT. 2013

I. ANTECEDENTES

1. Del 25 al 29 de agosto de 2009, la empresa supervisora externa Consorcio Geosurvey – Shesa Consulting (en adelante, la Supervisora) realizó la Supervisión Regular en las instalaciones de la Unidad Minera "Atacocha" de la Compañía Minera Atacocha S.A.A. (en adelante, Atacocha).
2. El 13 de octubre de 2009, la Supervisora presentó el Informe N° 01-2009-GEOSHESA/MA (en adelante, Informe de Supervisión) a la Gerencia de Fiscalización Minera del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN².
3. Mediante Carta N° 112-2011-OEFA/DFSAI de fecha 21 de junio de 2011, notificada el 24 de junio de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA inició el presente procedimiento administrativo sancionador contra Atacocha³. Posteriormente, con Resolución Subdirectorial N° 296-2013-OEFA/DFSAI/PAS del 23 de abril de 2013, notificada el 25 de abril de 2013, la Subdirección de Instrucción e Investigación del OEFA precisó los alcances del presente procedimiento, conforme se detalla a continuación⁴:

¹ Expediente OSINERGMIN N° 019-2009-MA/R.

² Folios 5 al 826.

³ Folios 926 al 928.

⁴ Folios 946 al 964.



N°	Presunta conducta infractora	Norma que tipifica la presunta infracción administrativa	Norma que tipifica la eventual sanción
1	La empresa minera no construyó el túnel de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central, lo que constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 001021 de fecha 30 de setiembre de 2008.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN aplicable a la actividad minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD) ⁵ .	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.
2	El titular minero no construyó el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1, lo cual constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 00898 de fecha 22 de setiembre de 2008.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.

4. Con escritos de fechas 18 de julio de 2011 y 14 de mayo de 2013, Atacocha presentó sus descargos contra las imputaciones que dieron inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, indicando lo siguiente⁶:

Aplicación del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

- (i) El Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD (en adelante, RPAS del OEFA) no es aplicable en el presente procedimiento, debido a que a la fecha de inicio no se encontraba vigente.



⁵ Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN aplicable a la Actividad Minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 185-2008-OS/CD

Anexo 1
Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera

Rubro	Tipificación de la Infracción Artículo 1° de la Ley 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería	Base Legal	Supervisión y Fiscalización Minera
9	Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad dispuestas, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN.	Artículo 2 de la Ley 27699. Artículos 10° y 13° de la Ley 28964. Numeral 232.1 de la Ley 27444. Artículos 18° y 41° de la Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD. Artículos 21°, 31° y 79° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.	Hasta 1000 UIT

⁶ Folios 935 al 937 y 948 al 964.



Ampliación al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador y vulneración del derecho de defensa

- (i) El artículo 14° del RPAS del OEFA no faculta a la autoridad a formular nuevas imputaciones durante el procedimiento administrativo sancionador.
- (ii) Asimismo, la referida norma no establece un plazo máximo para realizar variaciones en el procedimiento administrativo sancionador, generándose así un vacío que atenta contra los derechos de defensa del administrado.

Prescripción de la potestad sancionadora

- (i) Ha prescrito la potestad sancionadora del OEFA, toda vez que ha transcurrido más de 4 años a partir del 22 de setiembre de 2008, fecha en la que se configuró el incumplimiento del mandato establecido en la Resolución de Gerencia General N° 00898.

Contravención del Principio de Legalidad

- (i) Se contraviene el Principio de Legalidad debido a que la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD no es una norma con rango de ley que tipifique el incumplimiento de mandato como un ilícito administrativo.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

5. Mediante la presente resolución se pretende determinar lo siguiente:

- (i) Si en el presente caso corresponde aplicar el RPAS del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.
- (ii) Si se ha vulnerado el derecho de defensa de Atacocha en el presente procedimiento administrativo sancionador.
- (iii) Si ha prescrito la potestad sancionadora del OEFA para determinar el incumplimiento del mandato establecido en la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 00898.
- (iv) Si se ha transgredido el Principio de Legalidad en el presente procedimiento administrativo al aplicarse la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.
- (v) Si Atacocha ha incumplido lo establecido en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD por no cumplir con los siguientes mandatos establecidos en las Resoluciones de Gerencia General del OSINERGMIN N° 001021 y 00898:
 - Construir el túnel de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central.
 - Construir el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1.





- (vi) De ser el caso, determinar la sanción que corresponde imponer a Atacocha.

III. COMPETENCIA DEL OEFA

6. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el OEFA⁷.
7. Al respecto, el artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA, modificada posteriormente por la Ley N° 30011 publicada con fecha 26 de abril de 2013, establece como funciones generales del OEFA, las funciones: (i) evaluadora, (ii) supervisora directa, (iii) supervisora de entidades públicas, (iv) fiscalizadora y sancionadora, y (v) normativa⁸.
8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del SINEFA, establece que el OEFA asumirá las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental que las entidades sectoriales se encuentran ejerciendo⁹.
9. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se inicia el proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA.

⁷ Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente

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".

⁸ Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional 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 emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas".

⁹ Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

"Disposiciones Complementarias Finales

Primera.-

(...)

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.

(...)"



10. En este sentido, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD publicada el 23 de julio de 2010, se aprueban los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, estableciéndose como fecha efectiva de transferencia de funciones el 22 de julio de 2010.
11. En consecuencia, en la medida que el presente expediente fue derivado por el OSINERGMIN al OEFA, en el marco de la transferencia de funciones antes mencionada, esta Dirección resulta competente para pronunciarse sobre el presente caso.

IV. ANÁLISIS

IV.1 El derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado

12. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 2°, numeral 22¹⁰ que constituye derecho fundamental de la persona gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida¹¹.
13. De esa forma, mediante esta manifestación se exige que las leyes se apliquen conforme a este derecho fundamental (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) e impone a los organismos públicos el deber de tutelarlos y a los particulares de respetarlo, tal y como se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC¹².
14. Asimismo y con relación al ambiente, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente¹³, señala que el mismo 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.



¹⁰ Constitución Política del Perú
*"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:
 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".*

¹¹ El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC refiere que el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por:
 a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
 b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, disponible en:
 <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>>

¹³ 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".*



15. 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.
16. 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 sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC respecto del cual cabe citar lo siguiente:

"Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previosora 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 (...)". (El resaltado en negrita es nuestro).

17. En este sentido, habiéndose delimitado el marco constitucional del derecho al ambiente sano, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente, como es en el presente caso la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, que aprobó la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y sanciones del OSINERGMIN aplicable a la actividad minera, debe interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

IV.2 Los hechos comprobados en el ejercicio de la función supervisora

18. El artículo 165¹⁴ de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), establece que los informes de supervisión cuentan con la presunción de veracidad por tratarse de hechos comprobados con ocasión del ejercicio de la función supervisora; asimismo, el artículo 16¹⁵ del RPAS del OEFA, señala que los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos -salvo prueba en contrario- se presume cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirma¹⁶.



¹⁴ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

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

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

¹⁵ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

"Artículo 16°.- Documentos públicos

La información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario."

¹⁶ En este contexto, Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez señalan lo siguiente:

"(...), la llamada "presunción de veracidad de los actos administrativos" no encierra sino una suerte de prueba documental privilegiada, en tanto se otorga legalmente el contenido de determinados documentos



19. Por consiguiente, los hechos constatados por los funcionarios públicos, quienes tienen la condición de autoridad, y que se precisen en un documento público observando lo establecido en las normas legales pertinentes, adquirirán valor probatorio dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los administrados en virtud de su derecho de defensa.
20. Adicionalmente, es pertinente indicar que el levantamiento del acta y los informes emitidos en mérito a una visita de inspección por parte de la autoridad competente, constituyen un acto administrativo de juicio o de puro conocimiento, en el cual se deja constancia de aquello de lo que se ha percatado el inspector durante la supervisión, permitiéndose así a la administración adoptar las medidas requeridas por las circunstancias particulares en cada caso en concreto, conforme a las normas legales aplicables¹⁷.
21. De lo expuesto se concluye que, el informe de la Supervisión Regular realizado del 25 al 29 de agosto de 2009 en las instalaciones de la Unidad Minera "Atacocha", constituye un medio probatorio fehaciente, al presumirse cierta la información contenida en ella; sin perjuicio de la carga de la administrada de presentar medios probatorios que la contradigan.

IV.3 Aplicación del RPAS del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

22. Atacocha ha argumentado que el RPAS del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD no resulta aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador, debido a que a la fecha de inicio no se encontraba vigente.
23. En concordancia con lo dispuesto en reiterados pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental¹⁸, debe precisarse que en virtud del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, se establece la normativa procedimental aplicable a la

*la virtualidad de fundamentar por sí solos una resolución administrativa sancionadora, siempre que dicho contenido no sea desvirtuado por otros resultados probatorios de signo contrario, cuya proposición y práctica, como ya se dijo, viene a constituirse en una "carga" del presunto responsable que nace cuando la Administración cumple la suya en orden a la demostración de los hechos infractores y de la participación del inculpado en los mismos". (GARBERÍ LLOBREGAT, José y Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Volumen I. Quinta edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 403).*

En similar sentido, la doctrina resalta lo siguiente:

*"La presunción de veracidad de los hechos constatados por los funcionarios públicos, es suficiente para destruir la presunción de inocencia, quedando a salvo al presunto responsable la aportación de otros medios de prueba (...) (SSTC 76/1990 y 14/1997 [RTC 1997, 14]). (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Tomo I. Segunda edición. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 480).*

¹⁷ SOSA WAGNER, Francisco. *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*. Tomo II. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 1611.

¹⁸ Dichos pronunciamientos se encuentran en las siguientes resoluciones: 168-2013-OEFA/TFA, 182-2013-OEFA/TFA, 183-2013-OEFA/TFA, entre otros.



tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁹.

24. En este sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el RPAS del OEFA, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD; siendo aplicable posteriormente el RPAS del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012²⁰.
25. Por consiguiente, resulta válida la aplicación del RPAS del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, por lo que carece de sustento lo alegado por Atacocha en este extremo.

IV.4 Ampliación al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador y vulneración del derecho de defensa

26. A través de la Carta N° 112-2011-OEFA/DFSAI del 21 de junio de 2011, notificada el 24 de junio de 2011, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador contra Atacocha, por un presunto incumplimiento a la normativa ambiental; y, mediante, la Resolución Subdirectoral N° 296-2013-OEFA/DFSAI/SDI del 23 de abril de 2013, notificada el 25 de abril de 2013, la Subdirección de Instrucción e Investigación del OEFA dispuso variar el citado procedimiento administrativo sancionador.

27. En este sentido, cabe indicar que el artículo 14° del RPAS del OEFA señala lo siguiente:

"Artículo 14°.- Variación de la imputación de cargos

14.1 Si la Autoridad Instructora considera que corresponde variar la imputación de cargos, deberá otorgar al administrado investigado la oportunidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa aplicando el plazo para presentar descargos mencionado en el Numeral 13.1 del Artículo precedente.

14.2 Si la variación de la imputación de cargos comprende una valoración distinta de los hechos imputados o una interpretación diferente de la norma aplicable, podrá continuarse la tramitación del procedimiento administrativo sancionador con el mismo número de expediente".

¹⁹

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

- 1.2 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".

²⁰

Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD

"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".



28. En aplicación de las normas citadas precedentemente, se desprende que dentro del procedimiento administrativo sancionador, la Autoridad Instructora se encuentra facultada a realizar las siguientes acciones:
- Variar la imputación de cargos, otorgando al administrado investigado la oportunidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa.
 - Si la variación de la imputación de cargos comprende una valoración distinta de los hechos imputados se mantiene el mismo número de expediente, y
 - Si la variación de la imputación de cargos comprende una interpretación distinta de la norma aplicable, igualmente se puede continuar con el mismo número de expediente.
29. Por lo tanto, la Autoridad Instructora dentro del marco legal establecido y siempre durante el transcurso del procedimiento administrativo sancionador tiene la facultad de variar la imputación de cargos, lo cual implica precisar (valorar distintamente un hecho imputado y/o aplicación de una norma distinta), modificar e incluso ampliar la imputación de cargos.
30. Así, durante la visita de supervisión realizada del 25 al 29 de agosto de 2009, el OSINERGMIN detectó que Atacocha no construyó el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1²¹.
31. En el presente caso, en atención a las facultades otorgadas por el marco normativo detallado precedentemente, la Autoridad Instructora consideró pertinente, variar la imputación de cargos hecha a través de la Carta N° 112-2011-OEFA/DFSAI, ampliando los hechos detectados durante la visita de supervisión realizada del 25 al 29 de agosto de 2009.
32. Ello porque se advirtió que Atacocha no sólo estaría incumpliendo el mandato establecido en la Resolución de Gerencia General N° 001021 del 30 de setiembre de 2008; sino que, además, habría incumplido con el mandato establecido en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00898 del 22 de setiembre de 2009, imputación hecha mediante la Resolución Subdirectorial N° 296-2013-OEFA/DFSAI/SDI.
33. En tal sentido, cabe concluir que en efecto la Autoridad Instructora hizo una revaloración de lo verificado por el supervisor del OSINERGMIN y, al advertir que dicha observación contenía una conducta infractora pasible de sanción, determinó variar la imputación de cargos realizada el 24 de junio de 2011, otorgándole a Atacocha el plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presente sus descargos correspondientes sobre el nuevo hecho imputado, y así no se vulnere su derecho de defensa.
34. En consecuencia, queda desvirtuado lo argumentado por Atacocha respecto de este extremo.



²¹ Folio 17.



IV.5 Prescripción de la potestad sancionadora

35. El artículo 233° de la LPAG establece que la facultad de las entidades para determinar la existencia de infracciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó la misma, si fuese continuada²².
36. La prescripción en materia administrativa consiste en la pérdida de competencia por el transcurso del tiempo, es decir, la pérdida del "ius puniendi" del Estado, eliminando la posibilidad de la autoridad administrativa para determinar la existencia de una conducta infractora y aplicar válidamente una sanción al responsable.
37. Esta figura legal garantiza al administrado que su conducta no sea perseguida de manera indefinida y a la vez promueve la proactividad y eficiencia del Estado en la persecución de una infracción.
38. En un procedimiento administrativo sancionador la prescripción incide en la competencia de la autoridad administrativa para determinar la existencia de una conducta infractora. De este modo, una vez transcurrido el plazo legal de prescripción, la autoridad administrativa pierde la competencia para sancionar al administrado por la infracción cometida.
39. Sobre el particular, el numeral 233.3 del artículo 233° de la LPAG recoge el derecho del administrado de alegar la prescripción como vía de defensa, estableciendo lo siguiente:

"Artículo 233°.- Prescripción

(...)

233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverse sin más trámite que la contestación de los plazos, debiendo en caso estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la infracción administrativa".

40. En virtud a los argumentos expuestos, corresponde analizar si en el presente caso esta Dirección tiene facultades para investigar y sancionar los hechos imputados, considerando el plazo de prescripción previsto en la LPAG.
41. A efectos de conocer el inicio del cómputo del plazo de prescripción, esta Dirección debe determinar ante qué tipo de infracción nos encontramos, si se trata de una cuya configuración es instantánea o de acción continuada.
42. Con respecto a las infracciones de naturaleza instantánea, la doctrina nacional considera que: "(...) la ilegalidad se comete a través de una actividad momentánea, por la que se consume el ilícito sin que ello suponga la creación de

²²

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 233°.- Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

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".



una situación duradera posterior (...)»²³. Dentro de esta categoría, se considera las infracciones formales, tales como el incumplimiento de realizar monitoreos en la frecuencia predefinida, ya sea en un instrumento de gestión ambiental o conforme lo establezca una norma de determinado cuerpo legal.

43. Asimismo, la misma doctrina nacional indica en cuanto a las infracciones continuadas que²⁴:

"(...) el plazo no comienza a contarse hasta el momento en que deje de realizarse la acción infractora. Como la infracción se continúa cometiendo hasta que se abandona la situación antijurídica, el plazo de prescripción no se inicia hasta ese momento".

44. En similar sentido, el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 091-2013-OEFA/TFA de fecha 16 de abril de 2013, indica que: *"(...) cuando las citadas normas, hablan de acción continuada es preciso entender que la ley contempla y se está refiriendo a una situación antijurídica prolongada en el tiempo (...) el día en que el plazo de prescripción comienza a contarse a partir del cese de la conducta".* (Subrayado agregado).

45. En el presente procedimiento administrativo sancionador se establecen como hechos imputados los siguientes:

"Hecho imputado 1: La empresa minera no construyó el túnel de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central, lo que constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 001021 de fecha 30 de setiembre de 2008.

Hecho imputado 2: El titular minero no construyó el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1, lo cual constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00898 de fecha 22 de setiembre de 2008".

46. De lo señalado, se advierte que las conductas imputadas al administrado en el presente procedimiento son presuntos incumplimientos de mandatos emitidos por el OSINERGMIN; y siendo que el incumplimiento de dichos actos por parte del administrado ha producido una situación antijurídica duradera en el tiempo, corresponde calificar dichas conductas como infracciones de acción continuada.
47. Respecto a lo antes expuesto, es necesario indicar que hasta la fecha de la Supervisión Regular realizada del 25 al 29 de agosto de 2009, Atacocha no había dado cumplimiento a los mandatos emitidos por el OSINERGMIN mediante las Resoluciones de Gerencia General N° 00898 y 001021 del 22 y 30 de setiembre de 2008, respectivamente, conforme consta en el Informe de Supervisión N° 01-2009-GEOSHESA/MA.
48. Adicionalmente, de la revisión de los documentos ofrecidos por Atacocha durante el presente procedimiento administrativo sancionador, se advierte que el titular minero no presentó medios probatorios que desvirtúen la presente

²³ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "La Figura de la Prescripción en el Ámbito Administrativo Sancionador y su Regulación en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 5, Número 9, p. 212.

²⁴ Ibidem.



imputación, esto es, que acredite que cumplió con los mandatos del OSINERGMIN.

49. Por tanto, al no haberse acreditado el cese del incumplimiento de los mencionados mandatos, no se ha producido el cese total de la misma, por lo que la situación ilícita permanece y no se ha iniciado el cómputo del plazo de prescripción de la potestad sancionadora. Por consiguiente, lo alegado por Atacocha en este extremo carece de sustento.

IV.6 Contravención del Principio de Legalidad

50. En cuanto a que el presente procedimiento administrativo sancionador vulnera el Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la LPAG, corresponde señalar que dicha regla de derecho establece que solo por norma con rango de ley se puede atribuir la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado²⁵.
51. En esta misma línea, es pertinente mencionar que de acuerdo al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la LPAG solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales; asimismo, establece que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria²⁶. (Subrayado agregado).
52. En relación con lo antes mencionado, el artículo 1° de la Ley N° 27699 que aprobó la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERG establece que el Consejo Directivo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, los que serán determinados en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo²⁷.



²⁵ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad".

²⁶ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

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

²⁷ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía
"Artículo 1°.- Facultad de tipificación



53. Asimismo, la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG a través del artículo 13° establece que el Consejo Directivo del OSINERGMIN está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como para aprobar la Escala de Multas y Sanciones²⁸.
54. Es bajo el marco planteado que el OSINERGMIN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, norma que estableció la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera.
55. Por otro lado, es necesario indicar que mediante el artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escala de sanciones que venía aplicando el OSINERGMIN²⁹.
56. Por consiguiente, la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, que aprobó la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN aplicable a la actividad minera se fundamenta en la Ley N° 27699 que aprobó la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERG y la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG. En consecuencia, durante el presente procedimiento administrativo sancionador se ha observado

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados”.

²⁸ Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG

“Artículo 13°.- Facultades del organismo competente

Para efectos de las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras, el Consejo Directivo del OSINERGMIN está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones que apruebe el Consejo Directivo del OSINERGMIN, la cual podrá contemplar entre otras, sanciones pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de equipos y maquinarias, cierre de establecimientos, paralización de obras o labores y de funcionamiento de instalaciones, conforme se establece en la Ley N° 27699”.

²⁹ Inicio del Proceso de Transferencia de Funciones de Supervisión, Fiscalización y Sanción en materia del OSINERGMIN al OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM

“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 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”.



estrictamente los principios de Legalidad y Tipicidad recogidos en la LPAG, razón por la que carece de sustento lo alegado por Atacocha en este extremo.

IV.7 Hecho Imputado N° 1: Incumplimiento del mandato establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 001021 de fecha 30 de setiembre de 2008

57. El Rubro 9 del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN aplicable a la actividad minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD señala lo siguiente:

"Rubro 9. Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad dispuestas, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN. Hasta 1000 UIT".

58. En este punto es pertinente indicar que, el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM del 07 de abril de 2006, emitido por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, correspondiente a la verificación de la culminación de construcción del Proyecto del Depósito de Relaves Cajamarquilla – Primera Etapa (Vaso II) de la Modificación de la Concesión de Beneficio "Chicrín N° 2", aprobado por Resolución Directoral N° 491-2006-MEM-DGM/V, advierte que durante la inspección de campo realizada el 28 de febrero de 2006 se constató lo siguiente³⁰:

"2.1.8. Túnel de derivación del río Huallaga

El túnel de derivación del río Huallaga, se encuentra construido de manera incompleta, que tiene una longitud de más de 01 Km, con ancho interior de 4.10 m y altura interior de 4.25 m, la curvatura de las esquinas superiores con radio de 1.25 m, diseñada para un caudal de una avenida máxima instantánea con periodo de retorno de 1000 años del río Huallaga para una capacidad de 162 m³/sg, el túnel debería tener en la parte central del piso un canal de sección trapezoidal, con el fin de conducir los caudales que ingresan por la galería y de esta forma mantener libre el piso restante en época de estiaje para poder efectuar mantenimiento preventivo en condiciones seguras de trabajo, además deberían estar revestidos con cemento como fueron diseñados. Lo mismo que se advirtió en el Informe N° 788-2005-MEM-DGM/PDM que sustentó la autorización de funcionamiento del Vaso I y que quedó como pendiente para que cumpla antes de la finalización del proyecto total (antes de la autorización del Vaso II)".

59. Por tal motivo, el Ministerio de Energía y Minas a través del Informe antes citado formuló como recomendación lo siguiente³¹:

"IV. Recomendaciones

(...)

c) Culminar la construcción del túnel de derivación del río Huallaga, conforme al proyecto aprobado. Plazo antes de la próxima temporada de lluvias (30-11-2006)".

60. No obstante, el OSINERGMIN durante la Supervisión Especial realizada el 28 de enero de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera Atacocha, a fin de verificar el cumplimiento de las recomendaciones originadas en la autorización de funcionamiento del Vaso 2 del depósito de relaves Cajamarquilla, observó

³⁰ Folio 3 del Expediente N° 004-08-MA/E.

³¹ Folio 4 del Expediente N° 004-08-MA/E.



que Atacocha no cumplió con construir un canal con sección trapezoidal en la parte central y el correspondiente revestimiento en las paredes del túnel³².

61. Por tal motivo, a través de la Resolución de Gerencia General N° 001021 del 30 de setiembre de 2008, notificado el 02 de octubre de 2008, estableció lo siguiente³³:

"Artículo 2.- DISPONER que Compañía Minera Atacocha S.A.A. cumpla la recomendación signada en el literal "c" del Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM, aprobada por Resolución N° 491-2006-MEM-DGMV de la Dirección General de Minería, la misma que deberá hacerse efectiva dentro del plazo de seis (6) meses".

62. En este sentido, Atacocha debió haber culminado la construcción del túnel de derivación con la implementación del canal con sección trapezoidal en la parte central y el revestimiento de las paredes en el mes de abril de 2009.
63. Sin embargo, pese a lo mencionado en los párrafos anteriores, durante la Supervisión Regular realizada del 25 al 29 de agosto de 2009, la Supervisora verificó que Atacocha no culminó la construcción del túnel de derivación del río Huallaga, toda vez que no construyó el canal de sección trapezoidal en la parte central³⁴, sustentando dicho hecho en la fotografía N° 12.13³⁵:

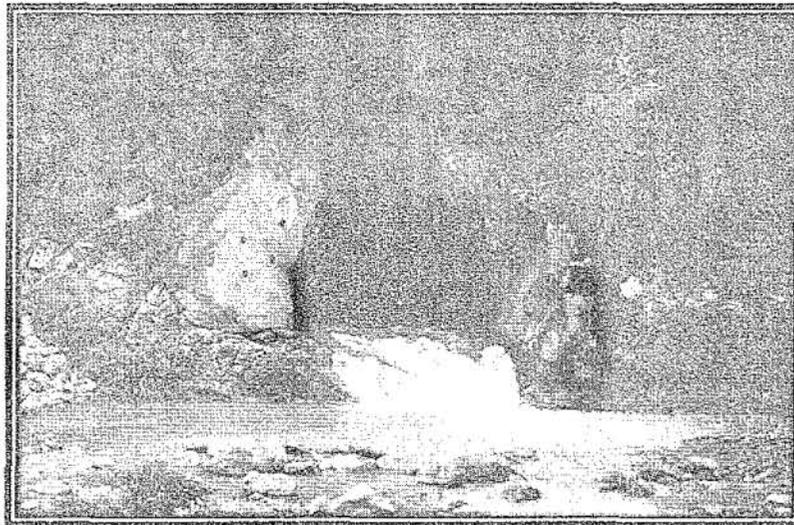


FOTO 12.13.- Nótese que el túnel de derivación del río Huallaga no cuenta con un canal de sección trapezoidal en la parte central.

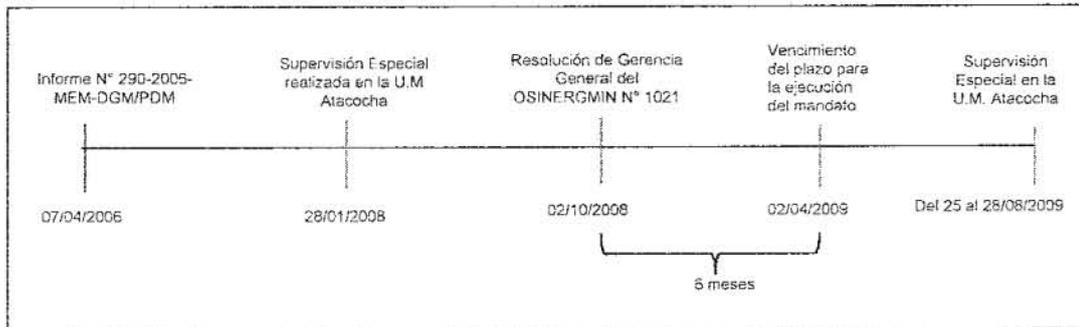
64. Lo descrito se detalla en la siguiente línea de tiempo:

³² Folios 23 y 24 del Expediente N° 004-08-MA/E.

³³ Folio 759 reverso.

³⁴ Folio 17.

³⁵ Folio 102.



65. En consecuencia, del análisis de todo lo actuado y lo expuesto en los párrafos precedentes, ha quedado demostrado que Atacocha no cumplió con implementar el mandato dispuesto en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 001021 del 30 de setiembre de 2008, al no construir el canal de sección trapezoidal en la parte central del túnel de derivación del río Huallaga, lo cual es sancionable de acuerdo a lo establecido en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.

IV.8 Hecho Imputado N° 2: Incumplimiento del mandato establecido en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00898 de fecha 22 de setiembre de 2008

66. El Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves "Vaso Cajamarquilla – Etapa 1", aprobado por Resolución Directoral N° 234-2005-MEM/DGAAM del 08 de junio de 2005, establece que el diseño de las relaveras contendrá lo siguiente³⁶:

3.6.6 Sistemas de drenaje

(...)

3.6.6.3 Aguas de escorrentía extraordinaria

Para captar, conducir y evacuar las aguas de escorrentía extraordinaria (500 años de retorno), se ha proyectado ladera arriba de los depósitos de relaves Cajamarquilla, una cuneta de coronación que captará las aguas de la ladera sobre la margen izquierda.

La cuneta proyectada es de sección triangular de 1.10 m. x 2.20 m. con capacidad para conducir un caudal de 2m³/s. La cuneta es de concreto f_c = 175 Kg/cm² con espesor de 0.10 m., y tiene una extensión de 822 m. con un punto de inicio en el nivel 3477 msnm. La cuenta discurre en la dirección norte con pendiente de 1% sobre las presas 1, 2 y 3 para entregar sus aguas al río Huallaga. (...)

67. De lo citado, se desprende que Atacocha estableció como compromiso en el referido EIA, construir canales de coronación que capten las aguas de la ladera sobre la margen izquierda de los depósitos de relaves Cajamarquilla.
68. No obstante, en la inspección de campo realizada del 17 al 21 de julio de 2007 en la Unidad Minera "Atacocha" se detectó que Atacocha no cumplió construir los canales de coronación de los depósitos de relaves Cajamarquilla Vaso 1 y 2; razón por la que el OSINERGMIN a través de la Resolución de Gerencia General N° 000898 del 22 de setiembre de 2008, notificada el 26 de setiembre de 2008,

³⁶ Folio 974.



estableció como medida correctiva "construir en el plazo de 120 días calendario los canales de coronación de los depósitos de relaves Cajamarquilla Vaso 1 y 2"³⁷.

69. Sin embargo, pese a lo señalado en el párrafo anterior, durante la Supervisión Regular realizada del 25 al 29 de agosto de 2009, la Supervisora verificó que Atacocha no habría construido el canal de coronación para el depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1, sustentando lo señalado en las fotografías N° 12.11 y 12.12³⁸:

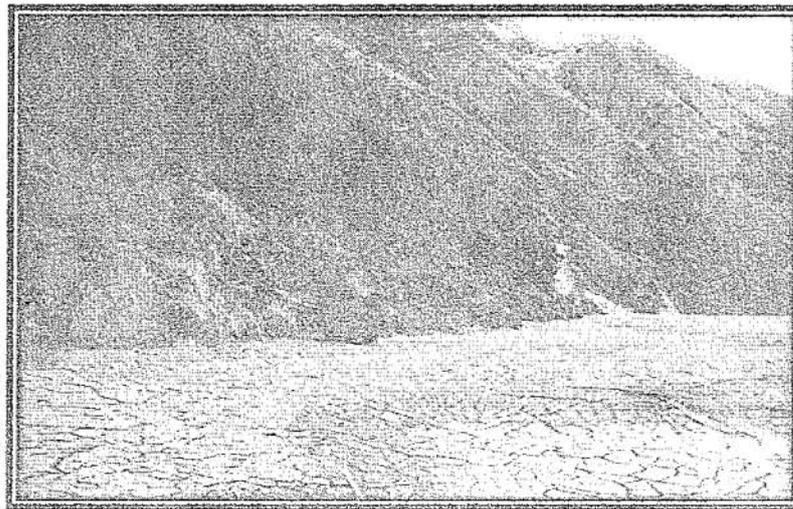


FOTO 12.11.- Obsérvese que la presa de relaves Cajamarquilla - Vaso 1 no cuenta con su canal de coronación.

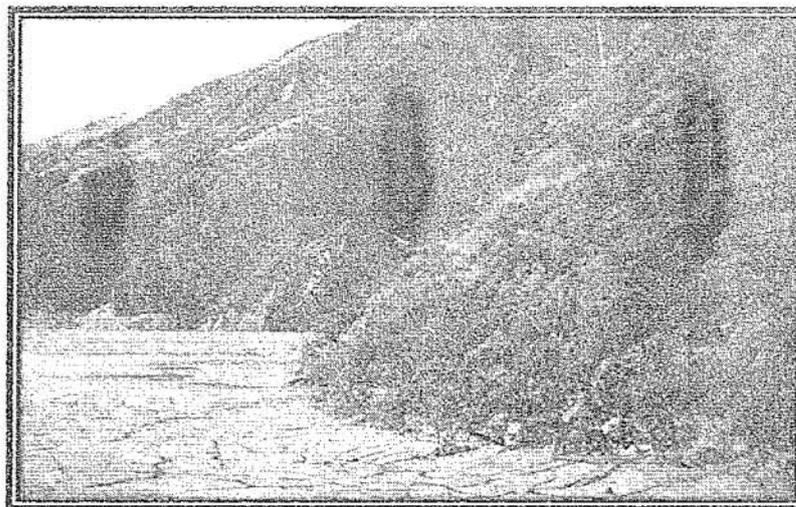


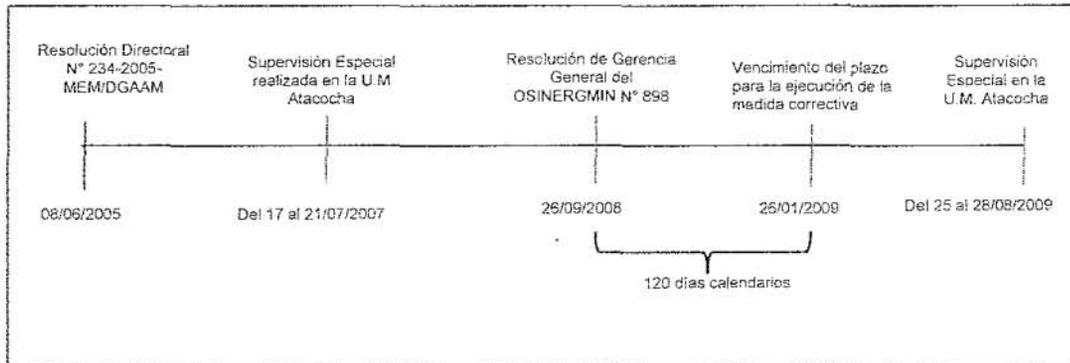
FOTO 12.12.- Obsérvese que la presa de relaves Cajamarquilla - Vaso 1 no cuenta con su canal de coronación.



70. Lo descrito se detalla en la siguiente línea de tiempo:

³⁷ Folio 756.

³⁸ Folios 17 y 101.



71. En consecuencia, del análisis de todo lo actuado y lo expuesto en los párrafos precedentes, ha quedado demostrado que Atacocha no cumplió con implementar la medida correctiva dispuesto en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 000898 del 22 de setiembre de 2008, toda vez que no construyó el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1, lo cual es sancionable de acuerdo a lo establecido en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.

IV.9 Cálculo de las sanciones por incumplimientos a la normativa ambiental

72. Dado que en el presente caso ha quedado acreditado que Atacocha:

(i) Infringió lo dispuesto en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD por no haber cumplido con los siguientes mandatos establecidos en las Resoluciones de Gerencia General del OSINERGMIN N° 001021 y 00898:

- Construir el túnel de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central.
- Construir el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1.

73. La multa debe calcularse al amparo del principio de razonabilidad que rige la potestad sancionadora de la administración, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG³⁶.

³⁶ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
"De la Potestad Sancionadora"
Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:
a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
b) El perjuicio económico causado;
c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
(...)"



74. En este sentido, la metodología del OEFA establece que la fórmula para el cálculo de la multa a ser aplicada en este caso considera el beneficio ilícito (B), dividido entre la probabilidad de detección (p) y el resultado multiplicado por un factor⁴⁰ F, cuyo valor considera el impacto potencial y/o real, además de las circunstancias agravantes y atenuantes.
75. La fórmula es la siguiente⁴¹:

$$Multa (M) = \left(\frac{B}{p} \right) \cdot [F]$$

Donde:

B = Beneficio ilícito (obtenido por el administrado al incumplir la norma)

p = Probabilidad de detección

F = Factores agravantes y atenuantes (1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)

IV.9.1 Incumplimiento del mandato establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 001021 de fecha 30 de setiembre de 2008

Beneficio Ilícito (B)

76. El beneficio ilícito proviene del costo evitado por el administrado al incumplir el mandato establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N°001021. En este caso, Atacocha no cumplió con construir el canal con sección trapezoidal en la parte central en el túnel de derivación del río Huallaga. Este canal debía conducir los caudales que ingresan por la galería y de esta forma mantener libre el piso restante en época de estiaje para poder efectuar mantenimiento preventivo en condiciones seguras de trabajo. Este incumplimiento fue detectado mediante la supervisión regular realizada en agosto de 2009.
77. Bajo un escenario de cumplimiento, el administrado debió llevar a cabo las inversiones necesarias para construir el canal trapezoidal en la parte central del túnel de derivación del río Huallaga. En este sentido, se ha considerado el costo de construcción del canal⁴² sobre una base de losa maciza de concreto resistente.



⁴⁰ La inclusión de este factor se debe a que la multa (M=B/p) resulta de maximizar la función de bienestar social, lo que implica reducir la multa hasta un nivel "óptimo" que no necesariamente implica la disuasión "total" de las conductas ilícitas. Por ello la denominada "multa base" debe ser multiplicada por un factor F que considera las circunstancias agravantes y atenuantes específicas a cada infracción.

⁴¹ Fórmula de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, aprobado mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

⁴² Las dimensiones del canal trapezoidal fueron tomadas del Estudio de Impacto Ambiental Nuevo Depósito de Relaves "Vaso Cajamarquilla - Etapa I" pág. 150, elaborado por Vector Perú S.A.C., diciembre 2004. El largo del canal es de 1076 m.



78. Una vez estimado el costo evitado en dólares a la fecha del vencimiento del plazo para la ejecución del mandato (abril 2009)⁴³, éste es capitalizado por un periodo de 53 meses, empleando el costo de oportunidad estimado para el sector. Asimismo, el resultado es expresado en moneda nacional⁴⁴.
79. El detalle del beneficio ilícito se presenta en el cuadro N°1, el mismo que considera el costo estimado descrito previamente, el costo de oportunidad del capital estimado (COK)⁴⁵, el tipo de cambio promedio y la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente.

Cuadro N°1

DETALLE DEL CALCULO DEL BENEFICIO ILÍCITO	
Descripción	Valor
Construcción del canal de sección trapezoidal a fecha de incumplimiento (abril de 2009) (a)	\$86 751,34
T: meses transcurridos desde la fecha de vencimiento para el cumplimiento del mandato hasta la fecha de cálculo de multa (abril 2009 - agosto 2013)	53
COK en US\$ (anual) (b)	17,55%
COK en US\$ (mensual)	1,36%
Beneficio ilícito a la fecha de cálculo de multa (agosto 2013)	\$177 184,68
Tipo de cambio (12 últimos meses) (c)	2,64
Beneficio ilícito (S/.)	S/. 467 767,56
Unidad Impositiva Tributaria al año 2013 - UIT ₂₀₁₃	S/. 3 700,00
Beneficio Ilícito (UIT)	126,42

- (a) El costo del canal de sección trapezoidal de material de concreto fue obtenido en base a información que se encuentra en la revista Costos Construcción, Arquitectura e Ingeniería, Edición N° 225, Diciembre, 2012.
- (b) Valor obtenido de la consultoría realizada por la DFSAI para la determinación del COK en el sector minero (Noviembre, 2011).
- (c) La fuente es el promedio bancario venta de los últimos 12 meses es del BCRP. (<http://www.bcrp.gob.pe/>).

Elaboración: DFSAI

80. De acuerdo a lo anterior, el Beneficio Ilícito estimado para esta infracción asciende a 126,42 UIT.

Probabilidad de detección (p)

81. Se considera una probabilidad de detección media de 0,5, debido a que la infracción fue detectada mediante una visita de supervisión regular⁴⁶, la cual es programada por la autoridad en su plan de fiscalización anual con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa ambiental.

⁴³ La fecha de vencimiento del plazo para el cumplimiento del mandato fue el 02 de abril de 2009.

⁴⁴ Cabe precisar que si bien es cierto el informe está siendo emitido en septiembre 2013, se está considerando que la fecha de cálculo de la multa es agosto 2013 debido a que la información requerida para realizar el cálculo corresponde a agosto 2013.

⁴⁵ El COK es la rentabilidad obtenida por los recursos no invertidos en el cumplimiento de la legislación ambiental y que, por tanto, están disponibles para otras actividades alternativas que incrementan el flujo de caja del infractor.

⁴⁶ En este tipo de supervisión no se conoce previamente si se va a encontrar o no algún incumplimiento, por lo que constituye un elemento que podría determinar una probabilidad de detección media.



Factores agravantes y atenuantes (F)

82. En el presente caso, de los medios probatorios que obran en el expediente, no se ha identificado ninguno de los factores agravantes y atenuantes recogidos en la Resolución N° 035-2013-OEFA/PCD⁴⁷, por lo que, en la fórmula de la multa se ha consignado un valor de 1 (100%). Es decir, el monto de la multa no se verá afectado por dichos factores.

Valor de la multa

83. Reemplazando los valores calculados, se tiene lo siguiente:

$$\begin{aligned} \text{Multa} &= [(126,42) / (0,50)] * [100\%] \\ \text{Multa} &= 252,84 \text{ UIT} \end{aligned}$$

84. La multa resultante es de **252,84 UIT**. El resumen de la multa y sus componentes se presenta en el Cuadro N°2.

Cuadro N°2

RESUMEN DE LA SANCION IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	126,42 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,50
Factores agravantes y atenuantes $F=(1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)$	100%
Valor de la Multa en UIT (B)/p*(F)	252,84 UIT

Elaboración: DFSAI



- W.9.2 Incumplimiento de la medida correctiva establecida en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00898 de fecha 22 de setiembre de 2008

Beneficio Ilícito (B)

85. El beneficio ilícito proviene del costo evitado por el administrado al incumplir la medida correctiva impuesta en el numeral 2.1 del artículo 2 de la Resolución de Gerencia General N° 00898. En este caso, Atacocha no cumplió con construir el canal de coronación del depósito de relaves "Cajamarquilla" Vaso I, de sección

⁴⁷ Conforme con las Tablas N° 2 y 3 del Anexo II de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

FACTORES ATENUANTES Y AGRAVANTES	
Factores	Calificación
F1. Gravedad del daño al ambiente	-
F2. Perjuicio económico causado	-
F3. Aspectos ambientales o fuentes de contaminación	-
F4. Repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción	-
F5. Subsanción voluntaria de la conducta infractora	-
F6. Adopción de las medidas necesarias para revertir las consecuencias de la conducta infractora	-
F7. Intencionalidad en la conducta del infractor	-
$(f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)$	
actor agravante y atenuante: $F = (1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)$	100%



triangular, en la ladera arriba de los depósitos de relaves, el cual captaría las aguas de la ladera sobre el margen izquierdo y para que discurren al río Huallaga. Este incumplimiento fue detectado mediante la supervisión regular realizada en agosto de 2009.

86. Bajo un escenario de cumplimiento, el administrado debió llevar a cabo las inversiones necesarias para construir el canal de coronación del depósito de relaves "Cajamarquilla" Vaso I de sección triangular. En este sentido, se ha considerado el costo de construcción del canal de coronación de sección triangular⁴⁸ de losa maciza de concreto.
87. Una vez estimado el costo evitado en dólares a la fecha de vencimiento del plazo para la ejecución de la medida correctiva (enero de 2009)⁴⁹, éste es capitalizado por un período de 56 meses, empleando el costo de oportunidad estimado para el sector. Asimismo, el resultado es expresado en moneda nacional⁵⁰.
88. El detalle del beneficio ilícito se presenta en el cuadro N° 3, el mismo que considera el costo estimado descrito previamente, el costo de oportunidad del capital estimado (COK)⁵¹, el tipo de cambio promedio y la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente.

Cuadro N°3

DETALLE DEL CÁLCULO DEL BENEFICIO ILÍCITO	
Descripción	Valor
CE1: Construcción del canal de coronación a fecha de incumplimiento (enero 2009)	\$6 324,52
T: meses transcurridos desde la fecha de vencimiento para el cumplimiento de la medida correctiva hasta la fecha de cálculo de multa (enero 2009 - agosto 2013)	56
COK en US\$ (anual) (c)	17,55%
COK en US\$ (mensual)	1,36%
Beneficio ilícito a la fecha de cálculo de multa (Agosto 2013)	\$13 450,33
Tipo de cambio (12 últimos meses) (d)	2,64
Beneficio ilícito (S/.)	S/ 35 508,87
Unidad Impositiva Tributaria al año 2013 - UIT ₂₀₁₃	S/ 3 700,00
Beneficio ilícito (UIT)	9,60 UIT

- (a) El costo del canal de coronación de sección triangular de material de concreto fue obtenido en base a información que se encuentra en la revista Costos Construcción, Arquitectura e Ingeniería, Edición N° 225, Diciembre, 2012.
- (b) Valor obtenido de la consultoría realizada por la DFSAI para la determinación del COK en el sector minero (Noviembre, 2011).
- (c) La fuente es el promedio bancario venta de los últimos 12 meses es del BCRP. (<http://www.bcrp.gob.pe/>).

Elaboración: DFSAI

⁴⁸ La información de las dimensiones del canal de coronación fue obtenida del "Estudio de Impacto Ambiental Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa I" pág. 150 elaborado por Vector Perú S.A.C., diciembre 2004.

⁴⁹ La fecha de vencimiento del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva es el 24 de enero de 2009.

⁵⁰ Cabe precisar que si bien es cierto el informe está siendo emitido en septiembre 2013, se está considerando que la fecha de cálculo de la multa es agosto 2013 debido a que la información requerida para realizar el cálculo corresponde a agosto 2013.

⁵¹ El COK es la rentabilidad obtenida por los recursos no invertidos en el cumplimiento de la legislación ambiental y que, por tanto, están disponibles para otras actividades alternativas que incrementan el flujo de caja del infractor.



89. De acuerdo a lo anterior, el Beneficio Ilícito estimado para esta infracción asciende a 9,60 UIT.

Probabilidad de detección (p) y Factores agravantes y atenuantes

90. En relación a la probabilidad de detección y los Factores Agravantes y Atenuantes, debe señalarse que estos fueron los mismos que los estimados para la primera infracción.

91. Así, se consideró una probabilidad de detección media de 0,5, debido a que la infracción fue detectada mediante una visita de supervisión regular⁵², la cual es programada por la autoridad en su plan de fiscalización anual con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa ambiental.

92. Asimismo, en el presente caso, de los medios probatorios que obran en el expediente, no se ha identificado ninguno de los factores agravantes y atenuantes recogidos en la Resolución N° 035-2013-OEFA/PCD⁵³, por lo que, en la fórmula de la multa se ha consignado un valor de 1 (100%). Es decir, el monto de la multa no se verá afectado por dichos factores.

Valor de la multa

93. Reemplazando los valores calculados, se tiene lo siguiente:

$$\begin{aligned} \text{Multa} &= [(9,60) / (0,50)] * [100\%] \\ \text{Multa} &= 19,20 \text{ UIT} \end{aligned}$$

94. La multa resultante es de **19,20 UIT**. El resumen de la multa y sus componentes se presenta en el Cuadro N°4.

⁵² En este tipo de supervisión no se conoce previamente si se va a encontrar o no algún incumplimiento, por lo que constituye un elemento que podría determinar una probabilidad de detección media.

⁵³ Conforme con las Tablas N° 2 y 3 del Anexo II de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.

FACTORES ATENUANTES Y AGRAVANTES	
Factores	Calificación
F1. Gravedad del daño al ambiente	-
F2. Perjuicio económico causado	-
F3. Aspectos ambientales o fuentes de contaminación	-
F4. Repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción	-
F5. Subsanción voluntaria de la conducta infractora	-
F6. Adopción de las medidas necesarias para revertir las consecuencias de la conducta infractora	-
F7. Intencionalidad en la conducta del infractor	-
(f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)	-
Factor agravante y atenuante: F = (1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)	100%



Cuadro N°4

RESUMEN DE LA SANCION IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	9,60 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,50
Factores agravantes y atenuantes $F=(1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)$	100%
Valor de la Multa en UIT (B)/p*(F)	19,20 UIT

Elaboración: DFSAI

En uso de las facultades conferidas con el literal n) del artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado con Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Sancionar a la Compañía Minera Atacocha S.A.A. con una multa ascendente a doscientos setenta y dos con 04/100 (272.04) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago, de conformidad con lo expresado en la presente Resolución y de acuerdo al siguiente detalle:

N°	Hechos imputados	Norma incumplida	Norma sancionadora	Sanción
1	La empresa minera no construyó el túnel de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central, lo que constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 001021 de fecha 30 de setiembre de 2008.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.	252,84 UIT
2	El titular minero no construyó el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1, lo cual constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el numeral 2.1 del artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00898 de fecha 22 de setiembre de 2008.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.	19,20 UIT

Artículo 2°.- Disponer que el monto de la multa sea depositado en la Cuenta Recaudadora N° 00068199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, en el plazo de quince (15) días hábiles, debiendo indicarse el número de la presente resolución al momento de la cancelación, sin perjuicio de informar en forma documentada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental del pago realizado. Asimismo, informar que, el monto de la multa impuesta será reducida en un veinticinco por ciento (25%) si el administrado sancionado la cancela dentro del plazo de quince (15) días hábiles contado desde la notificación del acto que contiene la sanción.

Artículo 3°.- Contra la presente Resolución es posible la interposición de los recursos administrativos de reconsideración o de apelación ante la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, dentro del plazo de quince (15) días hábiles



PERU

Ministerio
del Ambiente

Resolución Directoral N° 481 -2013-OEFA/DFSAI
Expediente N° 065-2011-DFSAI/PAS

contados a partir del día siguiente de su notificación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el numeral 24.4 del artículo 24° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

Regístrese y comuníquese,

.....
María Luisa Egúsquiza Mori
Directora de Fiscalización, Sanción y
Aplicación de Incentivos
Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

