

Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 021-2012-OEFA /TFA

Lima, 28 FEB. 2012

VISTOS:

El Expediente N° 2007-294 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA ADMINISTRADORA VINCHOS LTDA. S.A.C. (en adelante, VINCHOS) contra la Resolución Directoral N° 072-2011-OEFA/DFSAI de fecha 16 de setiembre de 2011 y el Informe N° 21 -2012-OEFA-TFA/ST de fecha 07 de febrero de 2012;

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución Directoral N° 072-2011-OEFA/DFSAI de fecha 16 de setiembre de 2011 (Fojas 342 al 347), notificada con fecha 16 de setiembre de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a VINCHOS una multa de ciento diecinueve con cuarenta y siete centésimas (119.47) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de tres (03) infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Se observó en diversas zonas de la Unidad Minera (taller de mantenimiento de perforadoras de la EE PEQUISAC, almacenamiento de lubricantes de la EE EXPLOMIN DEL PERÚ)	Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ¹	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ²	10 UIT

¹ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALURGICA.**

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

² **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.**

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-

derrames de aceites y grasas, así como suelo sin impermeabilizar			
Se ha observado acumulación de lodos al costado del pozo de agua de 30 m3 en el nivel 165, sin que se haya puesto ningún tipo de protección en el suelo	Artículo 5° 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
Utilizar como relleno sanitario un área distinta a la aprobada en el Estudio de Impacto Ambiental - EIA (un tajo antiguo) y sin las consideraciones técnicas señaladas en la norma	Artículos 31° y 85° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ³	Literal a) del numeral 3 del artículo 145° y numeral 3 del artículo 147° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ⁴	99.47 UIT

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. (...)

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

Artículo 31°.- Disposición al interior del área del generador

Los generadores de residuos del ámbito no municipal podrán disponer sus residuos dentro del terreno de las concesiones que se le han otorgado o en áreas libres de sus instalaciones industriales, siempre y cuando sean concordantes con las normas sanitarias y ambientales y, cuenten con la respectiva autorización otorgada por la autoridad del sector correspondiente para lo cual se requerirá de la opinión previa favorable por parte de la DIGESA.

Artículo 85°.- Instalaciones mínimas en un relleno sanitario

Las instalaciones mínimas y complementarias que debe poseer un relleno sanitario son:

1. Impermeabilización de la base y los taludes del relleno para evitar la contaminación ambiental por lixiviados ($k <= 1 \times 10^{-6}$ y una profundidad mínima de 0.40 m) salvo que se cuente con una barrera geológica natural para dichos fines, lo cual estará sustentado técnicamente;
2. Drenes de lixiviados con planta de tratamiento o sistema de recirculación interna de los mismos;
3. Drenes y chimeneas de evacuación y control de gases;
4. Canales perimétricos de intersección y evacuación de aguas de escorrentía superficial;
5. Barrera sanitaria;
6. Pozos para el monitoreo del agua subterránea a menos que la autoridad competente no lo indique, teniendo a vista el sustento técnico;
7. Sistemas de monitoreo y control de gases y lixiviados;
8. Señalización y letreros de información;
9. Sistema de pesaje y registro;
10. Construcciones complementarias como: caseta de control, oficina administrativa, almacén, servicios higiénicos y vestuario; y,
11. Otras instalaciones mencionadas en el Reglamento y normas vigentes.

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

Artículo 145°.- Infracciones

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

3. Infracciones muy graves.- en los siguientes casos:

- a) Operar infraestructuras de residuos sin la observancia de las normas técnicas;

Artículo 147°.- Sanciones

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

3. Infracciones muy graves:

MULTA TOTAL	119.47 UIT ⁵
-------------	-------------------------

2. Con escrito de registro N° 12014 presentado con fecha 07 de octubre de 2011, VINCHOS interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 072-2011-OEFA/DFSAI de fecha 16 de setiembre de 2011 (Fojas 342 al 347), de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) El OEFA ha sancionado a VINCHOS por dos (02) infracciones con 10 UIT cada una, en base a una norma que transgrede el Principio de Tipicidad, toda vez que el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no tipifica cuáles son las infracciones al no identificar la conducta sancionable, señalando solamente de modo genérico que cualquier incumplimiento a las normas reseñadas constituye infracción ambiental.
- b) El tajo abandonado denominado Veta Balconcillo, donde dispusieron los residuos, está conformado por rocas que garantizan que no ocurra mineralización y son altamente permeables, además de no presentar filtraciones que pudieran generar contaminación en el cuerpo receptor, lo cual fue demostrado con los medios de prueba adjuntos a los descargos.

Conforme a dichos medios de prueba, no existe alteración alguna al recurso hídrico, lo que evidencia que no se ha producido daño ambiental y que debió ser considerado en la fórmula aplicada por la entidad, ya que el daño es uno de los aspectos a considerar de acuerdo al artículo 146° del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.

- c) El OEFA debió considerar las circunstancias de la comisión de la infracción, toda vez que no fue posible construir el relleno sanitario en el lugar aprobado en la certificación ambiental debido a problemas con la comunidad.

Cabe indicar, que los problemas con la comunidad no son previsibles ya que estos conflictos en el sector minero surgen a pesar de las previsiones que se hayan tomado.

- d) La resolución recurrida es nula al haber incurrido en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que al imponerse la sanción se han obviado los criterios establecidos por el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.

c. Multa desde 51 a 100 UIT, con excepción cuando se trate de residuos peligrosos que será de 101 hasta el tope de 600 UIT.

⁵ Corresponde precisar que para la determinación y graduación de la sanción se observó lo señalado en el Informe Técnico de Complementario N° 030-2011-OEFA/DFSAI/SDAI de fecha 16 de setiembre de 2011, elaborado por la Sub Dirección de Sanción y Aplicación de Incentivos (Fojas 329 a 335). A su vez, el referido Informe Técnico se sustentó en lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, que establece los factores de gradualidad de la sanción.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁶, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁷, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.**

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde. (...)

⁷ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

⁸ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

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

7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA⁹.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por VINCHOS, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.
9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

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

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como últimas instancias administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

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.

¹⁰ **LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

Análisis

Protección constitucional al ambiente

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹¹.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹²:

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

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes 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 — vivientes e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

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

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

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o

¹¹ 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.

¹² La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...)". (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 al artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹³.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁴:

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

En este contexto, cabe indicar que, el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

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

*"Para el presente caso, **interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar.** La Constitución no prohíbe que la empresa*

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

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

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

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

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

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.” (El resaltado en negrita es nuestro).

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

Con relación a la vulneración del Principio de Tipicidad

11. Respecto al argumento contenido en el literal a) del numeral 2, corresponde señalar que el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, comporta el cumplimiento de tres (03) aspectos específicos: a) la reserva legal en la tipificación de los ilícitos administrativos, b) la exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida y; c) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva.

Sobre el particular, toda vez que la recurrente cuestiona el aspecto a que se refiere el literal b) precedente, 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, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

En este 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. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción”. (El resaltado en negrita es nuestro)

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-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 experiencia¹⁵. Cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

En este contexto, resulta válido concluir que el incumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el citado numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no contraviene el contenido del Principio de Tipicidad, en extremo alguno, careciendo de sustento lo alegado por la apelante sobre el particular.

Con relación al criterio de daño contenido en el artículo 146° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM

12. Respecto a lo señalado en el literal b) del numeral 2, cabe precisar que el artículo 31° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM establece que los generadores de residuos del ámbito no municipal podrán disponer sus residuos dentro del terreno de las concesiones que se le han otorgado o en áreas libres de sus instalaciones industriales, siempre y cuando sean concordantes con las normas sanitarias y ambientales y, cuenten con la respectiva autorización otorgada por la autoridad del sector correspondiente para lo cual se requerirá de la opinión previa favorable por parte de la DIGESA. Asimismo, el citado artículo 85° de dicho cuerpo normativo estableció las instalaciones mínimas que debe tener un relleno sanitario para ser utilizado.

En el presente caso, la empresa supervisora Consorcio SC Ingeniería S.R.L. llevó a cabo la Supervisión Anual de Normas de Protección y Conservación del Ambiente del 12 al 14 de julio de 2007 en la Unidad Minera Vinchos, la cual generó el Informe N° 005-NCPA-SCIYHLC-2007, en cuyo numeral 4.8.1 del punto 4.8 Manejo de los Residuos Sólidos (Fojas 112 al 113) se indica:

“4.8.1 Verificar el manejo ambiental de los residuos sólidos (domésticos, industriales, etc.) debiendo informar en detalle sobre la segregación, recolección, transporte, disposición final y/o comercialización de los residuos sólidos, y si estos se realizan a través de Empresas Prestadoras de Servicios (EPS) o Empresas Comercializadoras (EC) de residuos sólidos (RS), debidamente registradas y autorizadas por DIGESA.

(...)

Disposición Final.- La Empresa Explotadora Vinchos ha construido un relleno sanitario para residuos domésticos tal como estaba previsto en el Estudio de Impacto Ambiental, pero no se utiliza para la disposición final de tales residuos por oposición de los pobladores de Vinchos debido al temor que ellos tienen

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

que estos residuos vayan a contaminar unos manantiales de agua que aparecen en época de lluvia y es debido a este motivo que **la empresa dispone los residuos sólidos domésticos en un tajeo antiguo alejado de esta zona**. Por tal razón, para evitar conflictos con los pobladores de Vinchos se dejó la recomendación de reubicar el relleno sanitario actual.” (El resaltado es nuestro)

En ese sentido, de acuerdo a lo indicado por la empresa supervisora, se acredita el incumplimiento de los artículos 31° y 85° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, toda vez que VINCHOS utilizaba un tajeo antiguo para disponer los residuos sólidos domésticos, el cual no se encontraba autorizado por el instrumento de gestión ambiental correspondiente para realizar dicha actividad.

Asimismo, se confirma el incumplimiento del artículo 85°, toda vez que VINCHOS en su escrito de apelación (Fojas 348 a 354) y en su escrito de descargos (294 a 305) indica que, temporalmente utilizó un tajeo antiguo, denominado Veta Balconcillo, como depósito de residuos domésticos, porque se encuentra en calizas del grupo pucará y pizarras del grupo ambo, siendo algunas de las características de este último, no favorable para la mineralización y alta impermeabilidad¹⁶, lo cual demuestra con las fotografías adjuntas (Foja 300).

Por lo tanto, el tajeo donde realizaba la disposición de los residuos no contaba con las instalaciones mínimas para poseer un relleno sanitario, ya que éste era un espacio que, no contaba con la impermeabilización de la base y los taludes del relleno para evitar la contaminación ambiental por lixiviados; no contaba con drenes de lixiviados con planta de tratamiento o sistema de recirculación interna de los mismos; con drenes y chimeneas de evacuación y control de gases; tampoco con canales perimétricos de intersección y evacuación de aguas de escorrentía superficial, ni con barrera sanitaria, entre otras instalaciones.

Teniendo en cuenta lo mencionado en los párrafos anteriores, y considerando que la recurrente alega que no se ha producido daño ambiental lo cual debió ser considerado en la fórmula aplicada por la entidad para la imposición de la multa, corresponde ingresar al análisis de la gradualidad de la sanción y su vinculación con el daño producido o que pueda haberse producido a la salud y al ambiente.

Al respecto, cabe indicar, que el artículo 146° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, indica que las infracciones a las disposiciones establecidas en la Ley y el Reglamento serán sancionadas de acuerdo a lo dispuesto en dicho artículo teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) Gravedad de la infracción cometida y circunstancias de su comisión, (ii) Daños que hayan producido o puedan producir a la salud y al ambiente, y (iii) Condición de reincidencia del infractor.

¹⁶ En este caso la Veta Balconcillo se localiza en la zona de contacto de las calizas y las pizarras según la figura en el Informe Geológico de la Zona del Tajeo Antiguo (Foja 315) adjunto como Anexo 2 del escrito de descargos

Toda zona de contacto litológico puede encontrarse alterado química y estructuralmente (fracturado). Al encontrarse las pizarras en una zona de contacto se debe generar una permeabilidad secundaria por la alteración química y mecánica (fracturamiento) de la roca, lo cual podría generar que las pizarras fueran permeables.

VINCHOS, debió determinar la permeabilidad de las pizarras en el sitio con pruebas hidráulicas para conocer si estas pizarras son permeables o impermeables, no basta asumir el concepto de que las pizarras por su litología son impermeables.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece los criterios que debe observar la administración a efectos de graduar las sanciones a ser aplicadas, las cuales son: (i) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; (ii) el perjuicio económico causado; (iii) la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; (iv) las circunstancias de la comisión de la infracción; (v) el beneficio ilegalmente obtenido; y (vi) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En ese sentido, la multa impuesta a VINCHOS por los incumplimientos a los artículos 31° y 85° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, fue calculada mediante una fórmula que toma en cuenta los criterios establecidos en el artículo 146° de dicha norma y en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, criterios dentro de los cuales se encuentra el daño.

Es así que, con relación al factor de gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido¹⁷, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos analizó cuatro (4) criterios asignándole finalmente un valor de cero (0) a dicho factor toda vez que no se evidenció la existencia de un impacto, daño actual, sobre los recursos naturales y/o área natural protegida, así como no se evidenció daño actual a pueblos indígenas, ni la existencia de impacto negativo.

Sin embargo, se debe remarcar que la imposición de la sanción no se hace en el presente caso por la existencia o no de daño -criterio que no forma parte del supuesto recogido en la tipificación del literal a) del numeral 3 del artículo 145° y numeral 3 del artículo 147° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM-, sino por utilizar como relleno sanitario un área distinta a la aprobada en el Estudio de Impacto Ambiental - EIA (un tajo antiguo) y sin las consideraciones técnicas señaladas en la norma. De esta manera el criterio de daño, sólo se ha utilizado como factor para graduar la sanción aplicable a la recurrente por la infracción cometida.

¹⁷ ANEXO 2. INFORME N° 030-2011-OEFA/DFSAI/SDAI.

Con relación al análisis de la Gravedad del Daño al Interés Público y/o Bien Jurídico Protegido, como factor de gradualidad en el presente caso:

Anexo N° 2: Factores de Gradualidad de la Sanción

1. Gravedad del Daño al Interés Público y/o Bien Jurídico Protegido: Enténdase que a mayor sensibilidad del ecosistema la afectación es mayor	Calificación	Sub Total
1.1 Sobre Recursos Naturales (RRNN) y/o Área natural protegida (ANP)		
No se puede determinar si existe afectación en RR.NN y/o ANP o no se ha producido el impacto en RR.NN y/o ANP	0	0
El impacto se ha producido en ANP y/o contra RRNN declarados en alguna categoría de amenaza o en peligro de extinción, o sobre los cuales exista veda, restricción o prohibición de su aprovechamiento.	6	
1.2 Sobre Afectación a Pueblos Indígenas		
No afecta a pueblos indígenas o no se puede determinar con la información disponible	0	0
Infracciones que afecten a pueblos indígenas	6	
1.3 Sobre la Reversibilidad / Recuperabilidad		
No hay impacto negativo, daño, o no se puede determinar con la información disponible.	0	0
Cuando el impacto negativo puede ser asimilado por el entorno de forma natural o pueda ser mitigado mediante la adopción de medidas específicas en el corto plazo (en un periodo menor de 1 año).	2	
Cuando el impacto negativo puede ser asimilado por el entorno de forma natural o pueda ser mitigado mediante la adopción de medidas específicas en el mediano plazo (en un periodo entre 1 y 5 años).	4	
Cuando el impacto negativo puede ser asimilado por el entorno de forma natural o pueda ser mitigado mediante la adopción de medidas específicas en el largo plazo (en un periodo mayor de 5 años) o cuando la afectación es permanente o se supone la imposibilidad o dificultad extrema de retornar a sus condiciones iniciales.	6	
1.4 Según la Extensión		
No hay impacto negativo, daño, o no se puede determinar con la información disponible.	0	0
El impacto está localizado en el área de influencia directa del proyecto	2	
El impacto está localizado en el área de influencia indirecta del proyecto	4	
El impacto se extiende más allá del área de influencia indirecta del proyecto	6	

Por lo expuesto, carece de sustento lo expuesto por la recurrente en este extremo.

Con relación a los problemas con la comunidad y la imposibilidad de utilizar el relleno sanitario

13. Con relación a la alegado en el literal c) del numeral 2, cabe precisar que de acuerdo a lo indicado por la empresa supervisora en el Informe de Supervisión N° 005-NCPA-SCIYHLC-2007, VINCHOS construyó un relleno sanitario para residuos domésticos tal como estaba previsto en el Estudio de Impacto Ambiental pero no lo utilizaba para la disposición final de los residuos por oposición de los pobladores, razón por la cual disponía los residuos sólidos domésticos en un tajeo antiguo alejado de esa zona.

En ese sentido, la empresa titular de la actividad tenía como obligación, de acuerdo a la normativa aplicable, presentar un nuevo Estudio de Impacto Ambiental a ser aprobado por la autoridad competente, para construir el relleno sanitario de residuos sólidos domésticos en una nueva área y de acuerdo a las instalaciones mínimas establecidas.

De acuerdo a lo indicado en el considerando 12, se acredita que VINCHOS no cumplió con lo indicado en los artículos 31° y 85° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, toda vez que no cumplió con operar adecuadamente el relleno sanitario en el área autorizada, y que por lo tanto utilizó un área que no se encontraba aprobada ni acondicionada para la disposición final de los residuos sólidos domésticos de la Unidad Minera Vinchos.

Es así que, la empresa supervisora en las Observaciones y Recomendaciones de la Fiscalización Actual (Foja 089), del Informe de Supervisión N° 005-NCPA-SCIYHLC-2007, estipuló lo siguiente:

“Observación 11:

Se ha percibido la preocupación social de los pobladores de Vinchos por la construcción del relleno sanitario indicado en el EIA de residuos domésticos, suponen que vienen contaminando las aguas subterráneas que se origina en épocas de lluvias.

Recomendación 11:

La empresa debe reubicar el relleno sanitario por encontrarse cerca de fuentes de agua que se originan en épocas de lluvia y evitar conflictos con los pobladores de Vinchos.”

En ese sentido, toda vez que la recurrente señala que el OEFA debió considerar las circunstancias de la comisión de la infracción, ya que no le fue posible operar el relleno sanitario en el lugar aprobado en la certificación ambiental debido a problemas con la comunidad, debe indicarse que de acuerdo al Plan de Relaciones Comunitarias que forma parte del Informe de Supervisión N° 005-NCPA-SCIYHLC-2007 (Foja 180), VINCHOS tenía ubicadas las Comunidades Campesinas y Poblados que se encontraban dentro del área de influencia de la Unidad Vinchos, dentro de la cual se encuentra la Comunidad de Vinchos a cero (0) kilómetros de la Unidad Minera. Por lo tanto, VINCHOS, una vez conocida la

situación de negativa de la Comunidad de Vinchos para utilizar el relleno sanitario construido, debió reubicar el relleno sanitario de acuerdo a lo indicado en el marco legal, y al instrumento de gestión ambiental correspondiente, debidamente aprobado, para que de esa manera, pudiera cumplir con lo indicado en los artículos 31° y 85° del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.


Sin perjuicio de lo indicado en los párrafos anteriores, corresponde ingresar al análisis de la gradualidad de la sanción y su vinculación con las circunstancias de la comisión de la infracción. Dicho factor analiza el error inducido, considerando, (i) el error inducido por la Administración por un acto o disposición administrativa confusa o ilegal; y (ii) que no haya error inducido por la administración o que no se pueda determinar con la información disponible.

En este caso, al factor sobre las circunstancias de la comisión de la infracción se le asignó un valor cero (0) toda vez que en la evaluación no se pudo determinar la existencia de un error inducido. Sin embargo, se debe remarcar que la asignación de cero (0) en el factor de gravedad del daño no significa que la recurrente no haya cometido la infracción, sino tan solo se trata de un factor que se debe tomar en cuenta para graduar la sanción aplicable a la recurrente por la infracción cometida.


Por lo tanto, la negativa de la Comunidad de aceptar el funcionamiento de un relleno sanitario en un área cercana a unos manantiales de agua, no exime a VINCHOS de cumplir con el compromiso establecido en el instrumento de gestión ambiental, sino más bien genera una obligación de solicitar la aprobación de la reubicación del relleno sanitario a un área que cumpla los requisitos técnicos establecidos por la norma.

Por consiguiente, se desestima lo argumentado por la recurrente en este extremo.

Con relación a la nulidad de la resolución recurrida

- 
14. Respecto al argumento contenido en el literal d) del numeral 2, cabe recalcar lo indicado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que, en el presente caso se ha aplicado correctamente el artículo 146° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, ya que, de acuerdo a lo establecido en los considerandos 12 y 13, sí se han tomado en cuenta los criterios de gravedad del daño y las circunstancias de la comisión de la infracción para llevar a cabo la graduación de la sanción que ha sido impuesta a VINCHOS.

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



Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA; y la

Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los Vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas y Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA ADMINISTRADORA VINCHOS LTDA. S.A.C. contra la Resolución Directoral N° 072-2011-OEFA/DFSAI de fecha 16 de setiembre de 2011, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a la EMPRESA ADMINISTRADORA VINCHOS LTDA. S.A.C. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA 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



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