



PERÚ

Ministerio  
del Ambiente

Organismo de Evaluación y  
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de  
Fiscalización Ambiental

**Tribunal de Fiscalización Ambiental  
Sala Especializada en Minería y Energía**

**RESOLUCIÓN N° 006-2017-OEFA/TFA-SME**

EXPEDIENTE N° : 493-2016-OEFA/DFSAI/PAS  
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS  
ADMINISTRADO : PERUBAR S.A.  
SECTOR : MINERÍA  
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1217-2016-OEFA/DFSAI

*SUMILLA: "Se revoca la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI del 12 de agosto de 2016, por la cual se declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte Perubar S.A. por la conducta infractora consistente en incumplir el valor establecido en el Plan de Cierre del Depósito de Concentrados Atalaya para dar por concluido el procedimiento de limpieza externa del referido depósito, debido a que el suelo del parque Santa Marina II Etapa y de las calles Nauta y Pucallpa presenta concentraciones de plomo mayores a 140 miligramos por kilo; y, a su vez, se ordenó una medida correctiva por dicha conducta".*

Lima, 11 de enero de 2017

**I. ANTECEDENTES**

1. Perubar S.A. (en adelante, **Perubar**)<sup>1</sup> desarrolló actividades de almacenamiento de concentrados de plomo y zinc en el Depósito de Concentrados Atalaya (en adelante, **Depósito de Concentrados Atalaya**) ubicado en la Provincia Constitucional del Callao<sup>2</sup>.
2. Mediante Resolución Directoral N° 244-2006-MEM/AAM del 3 de julio de 2006<sup>3</sup>, se aprobó el Plan de Cierre del Depósito de Concentrado Atalaya (en adelante, **Plan de Cierre Atalaya**).
3. Entre el 3 y el 5 de diciembre de 2014, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una supervisión regular a las instalaciones del Depósito de Concentrados Atalaya (en adelante, **Supervisión Regular 2014**), durante la cual se verificó el presunto

<sup>1</sup> Registro Único de Contribuyente N° 20100136237.

<sup>2</sup> El Depósito de Concentrados se encuentra ubicado en Av. Atalaya N° 310, Urb. Santa Marina Norte, Callao.

<sup>3</sup> Aprobación que se sustentó sobre la base del Informe N° 053-2005-MEM-AAM/AL/AV.

incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables a cargo del administrado, conforme se desprende del Informe de Supervisión N° 533-2014-OEFA/DS-MIN<sup>4</sup> del 31 de diciembre de 2014 (en adelante, Informe de Supervisión) y del Informe Técnico Acusatorio N° 505-2015-OEFA-DS del 27 de agosto de 2015 (en adelante, ITA)<sup>5</sup>.

4. Sobre la base del Informe de Supervisión y del ITA, mediante Resolución Subdirectoral N° 540-2016-OEFA/DFSAI/SDI<sup>6</sup> del 30 de mayo de 2016, la Subdirección de Instrucción e Investigación (en adelante, SDI) de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del OEFA dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Perubar.
5. Luego de la evaluación de los descargos presentados por Perubar<sup>7</sup>, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI del 12 de agosto de 2016<sup>8</sup>, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de dicha empresa<sup>9</sup>, por la conducta infractora que se detalla a continuación en el Cuadro N° 1:

<sup>4</sup> Dicho Informe de Supervisión consta en un CD, fojas 6.

<sup>5</sup> Fojas 1 a 6.

<sup>6</sup> Fojas 7 a 13.

<sup>7</sup> Fojas 15 a 39. Asimismo, mediante escrito del 6 de julio de 2016 (fojas 40 a 641).

<sup>8</sup> Fojas 688 a 699. Dicha Resolución fue debidamente notificada el 17 de agosto de 2016 (foja 700).

<sup>9</sup> Cabe señalar que la declaración de la responsabilidad administrativa de Perubar se realizó en virtud de lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, y la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD que aprueba las normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el artículo 19° de la Ley N° 30230:

**LEY N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país**, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2014.

**Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras**

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental. Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 026-2014-OEFA/CD, que aprueba las normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el Artículo 19° de la Ley N° 30230**, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2014.

**Artículo 2°.- Procedimientos sancionadores en trámite**

Tratándose de los procedimientos sancionadores en trámite en primera instancia administrativa, corresponde aplicar lo siguiente:

(...)

2.2 Si se verifica la existencia de infracción administrativa distinta a los supuestos establecidos en los literales a), b) y c) del tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230, primero se dictará la medida correctiva respectiva, y ante su incumplimiento, la multa que corresponda, con la reducción del 50% (cincuenta por ciento) si la multa se hubiera determinado mediante la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo

**Cuadro N° 1: Conducta infractora por la cual se declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Perubar en la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI**

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	El suelo del parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y de las calles Nauta (frente al inmueble MZ L Lote1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299) presenta concentraciones de plomo mayores a 140 mg/kg, incumpliendo el valor establecido en el Plan de Cierre del	Artículo 24° del Reglamento para el Cierre de Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM (en adelante, <b>Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM</b> ) <sup>10</sup> .	Numeral 2.2 del Punto 2 del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD (en adelante, <b>Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD</b> ) <sup>11</sup> .

N° 035-2013-OEFA/PCD, o norma que la sustituya, en aplicación de lo establecido en el segundo párrafo y la primera oración del tercer párrafo del artículo antes mencionado. En caso se acredite la existencia de infracción administrativa, pero el administrado ha revertido, remediado o compensado todos los impactos negativos generados por dicha conducta y, adicionalmente, no resulta pertinente el dictado de una medida correctiva, la Autoridad Decisora se limitará a declarar en la resolución respectiva la existencia de responsabilidad administrativa. Si dicha resolución adquiere firmeza, será tomada en cuenta para determinar la reincidencia, sin perjuicio de su inscripción en el Registro de Infractores Ambientales.

2.3 En el supuesto previsto en el Numeral 2.2 precedente, el administrado podrá interponer únicamente el recurso de apelación contra las resoluciones de primera instancia.

<sup>10</sup> **DECRETO SUPREMO N° 033-2005-EM, que aprueba el Reglamento para el Cierre de Minas**, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de agosto de 2005.

**Ejecución del Plan de Cierre de Minas**

**Artículo 24°.- Obligatoriedad del Plan de Cierre, mantenimiento y monitoreo.**

En todas las instalaciones de la unidad minera el titular de actividad minera está obligado a ejecutar las medidas de cierre establecidas en el Plan de Cierre de Minas aprobado, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre.

El programa de monitoreo (ubicación, frecuencia, elementos, parámetros y condiciones a vigilar) será propuesto por el titular de actividad minera y aprobado por la autoridad, el cual será específico de acuerdo a las características de cada área, labor o instalación y debe ser realizado hasta que se demuestre la estabilidad física y química de los componentes mineros objeto del Plan de Cierre de Minas.

<sup>11</sup> **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 049-2013-OEFA/CD, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas**, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2013.

INFRACCIÓN (SUPUESTO DE HECHO DEL TIPO INFRACTOR)	BASE LEGAL REFERENCIAL	CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN	SANCIÓN NO MONETARIA	SANCIÓN MONETARIA
(...)				
2	DESARROLLAR ACTIVIDADES INCUMPLIENDO LO ESTABLECIDO EN EL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL			
2.2	Incumplir lo establecido en los instrumentos de Gestión Ambiental aprobados, generando daño potencial a la flora o fauna.	Artículo 24° de la Ley General del Ambiente, Artículo 15° de la Ley del SEIA, Artículo 29° del Reglamento de la Ley del SEIA.	GRAVE	De 10 a 1 000 UIT

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
	Depósito de Concentrados Atalaya para dar por concluido el procedimiento de limpieza externa del Depósito de Concentrados Atalaya.		

Fuente: Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI  
Elaboración: TFA

6. Asimismo, mediante la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI, la DFSAI ordenó a Perubar el cumplimiento de la siguiente medida correctiva:

**Cuadro N° 2: Detalle de la medida correctiva impuesta a Perubar por la DFSAI mediante la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI**

N°	Conducta infractora	Medidas Correctivas		
		Obligación	Plazo de cumplimiento	Forma y plazo para acreditar el cumplimiento
1	El suelo del parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y de las calles Nauta (frente al inmueble MZ L Lote 1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299) presenta concentraciones de plomo mayores a 140 mg/kg, incumpliendo el valor establecido en el Plan de Cierre del Depósito de Concentrados Atalaya para dar por concluido el procedimiento de limpieza externa del Depósito de Concentrados Atalaya.	Adoptar las medidas necesarias para cumplir con la concentración de plomo establecido en el Plan de Cierre Atalaya (140 mg/kg) en las siguientes zonas: en el parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y en las calles Nauta (frente al inmueble Mz. L Lote 1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299).	En un plazo mayor de ciento treinta (130) días hábiles contado desde el día siguiente de notificada la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA-DFSAI.	En un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de vencido el plazo de cumplimiento de la medida correctiva, deberá presentar ante la DFSAI un informe técnico detallado adjuntando como mínimo lo siguiente: 1. Un estudio de caracterización de suelos que determine la extensión y profundidad de las áreas a ser remediadas. 2. Los medios visuales (fotografías y/o videos) debidamente fechados y con coordenadas UTM WGS 84 donde consten las acciones adoptadas para cumplir el nivel de plomo en las siguientes zonas: en el parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y en las calles Nauta (frente al inmueble Mz. L Lote 1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299).

				3. Los resultados del monitoreo de calidad de suelo con respecto al parámetro plomo en las siguientes zonas: en el parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y en las calles Nauta (frente al inmueble Mz. L Lote 1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299).
--	--	--	--	---

Fuente: Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI  
Elaboración: TFA

7. De igual modo, mediante Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI se declaró reincidente a Perubar por el incumplimiento del artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM, configurándose la reincidencia como un factor agravante a ser aplicado en el caso de una eventual sanción a la referida empresa. Del mismo modo, se dispuso la publicación de dicha calificación en el Registro de Infractores Ambientales del OEFA (en adelante, **RINA**).
8. La Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:
- La DFSAI señaló que la exigibilidad de todas las medidas del plan de cierre y los compromisos ambientales asumidos en dicho estudio por parte del titular de la actividad minera, se deriva de lo dispuesto en el artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM.
  - Dicho ello, la DFSAI indicó que de acuerdo con el Plan de Cierre Atalaya, Perubar asumió el compromiso de realizar el procedimiento de limpieza externa en las calles Pucallpa y Nauta y en el parque Santa Marina<sup>12</sup>.
  - Asimismo, la primera instancia administrativa manifestó que los resultados de las muestras de suelo emitido por el laboratorio AGQ Perú S.A.C. (que fueron tomadas en los puntos de control ESP-1, ESP-2, ESP-3 y ESP-4 durante la Supervisión Regular 2014), evidencian que en el parque Santa Marina II Etapa y en las calles Nauta y Pucallpa hay concentraciones mayores a 140 mg/kg, incumplándose el valor establecido en el Plan de Cierre Atalaya para dar por

<sup>12</sup> Dicho procedimiento consistía en las siguientes etapas:

- Inspección inicial y análisis de suelo para determinar concentraciones de metales presentes.
- Remoción de suelo en zonas donde no exista pista o vereda y remoción de diez (10) centímetros de suelo que contenga una concentración mayor a ciento cuarenta (140) mg/kg de plomo.
- Lavado de aceras.
- Inspección final y análisis de suelo para determinar concentraciones de metales. Los resultados deben demostrar concentraciones menores a ciento cuarenta (140) mg/kg de plomo, para que de esta manera la empresa de limpieza emita el certificado de conformidad correspondiente.

concluido el procedimiento de limpieza externa del Depósito de Concentrados Atalaya.

- (iv). En ese sentido, la DFSAI señaló que de la revisión del Informe de limpieza externa del Depósito de Concentrados Atalaya de enero del año 2007 (en adelante, **Informe de limpieza**), presentado por el administrado, no se observa que se haya realizado un análisis de calidad de suelo final que confirme que el parámetro plomo se encontraba por debajo del valor que establecía el procedimiento de limpieza externa del Plan de Cierre Atalaya.

(v) Por lo expuesto, la DFSAI consideró que Perubar incumplió el Plan de Cierre Atalaya, conducta que generó el incumplimiento del artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM.

(vi) Por otro lado, la DFSAI consideró ordenar la medida correctiva detallada en el Cuadro N° 2 de la presente resolución, pues de la documentación que obra en el expediente, no se observaron medios probatorios que acrediten la subsanación de la conducta infractora.

9. El 8 de setiembre de 2016<sup>13</sup>, Perubar apeló la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI, argumentando lo siguiente:

#### **Sobre la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad**

a) Perubar argumentó que se habría vulnerado el principio de legalidad, previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **Ley N° 27444**), debido a que el artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM no es una norma con rango de ley sino una norma reglamentaria que no podría servir de sustento legal para imputar responsabilidad administrativa a Perubar, lo cual transgrediría la reserva legal para tipificar infracciones.

b) Asimismo, sostuvo que se habría vulnerado el principio de tipicidad, recogido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que la conducta que se le imputa no se encontraría previa e inequívocamente tipificada como infracción pasible de sanción en alguna norma con rango de ley. De igual modo, Perubar señaló que la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, que aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas (en adelante, **Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD**) no constituiría una norma con rango de ley que establezca supuestos de infracciones de manera clara.

c) En efecto, para la administrada, el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM y la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD serían normas sancionadoras en blanco, pues contienen fórmulas genéricas

<sup>13</sup> Fojas 705 a 737.

carente de todo contenido al no establecer de manera previa, expresa e indubitable la conducta cuyo incumplimiento se le imputa.

### Sobre el incumplimiento del Plan de Cierre Atalaya

d) Perubar señaló que de acuerdo con el procedimiento de limpieza contenido en el Plan de Cierre Atalaya, se realizaría la remoción del suelo en las zonas donde no exista pista o vereda, y en los casos aplicables, se removería 10 cm de suelo si en el monitoreo previo de suelo se obtiene un valor mayor a 140 mg/kg de plomo<sup>14</sup>.

e) En virtud de ello, el administrado manifestó, que según lo demostraría el Informe de limpieza, habría realizado la remoción del suelo en toda el área del compromiso, por lo que la realización de un monitoreo previo no fue necesario a efecto de discriminar las áreas en las que se realizaría la remoción, al haberse realizado una remoción total; por lo tanto, el administrado indicó que no habría sido necesario consignar muestreos en el Informe de limpieza.

f) Asimismo, Perubar indicó que en el Informe de Ensayo N° AM-679.06 no se habría consignado los valores obtenidos para el parámetro plomo, toda vez que ello no sería parte del compromiso. Además, al tratarse de tierra agrícola<sup>15</sup> solo se habría llevado a cabo los análisis de fertilidad para asegurarse que dichas tierras fueran apropiadas para brindar nutrientes necesarios para las plantas<sup>16</sup>.

g) De igual modo, el administrado consignó en su recurso de apelación las fotografías V.1 y V.2 que demostrarían la descarga de la tierra agrícola desde los camiones para el reemplazo del suelo removido, indicando que en la fotografía V.1 se apreciaría la sería XP-5562 que correspondería al número de la placa del camión que transportó la tierra agrícola.

h) Al respecto, para el administrado dicho dato sería importante, pues en el Informe de Supervisión se indicó que en el Informe de Ensayo N° AM-068.07 hay dos (2) muestras codificadas como XP-5562 y WD-6127, que no describirían de donde fueron obtenidas dichas muestras; no obstante, Perubar manifestó, que con el número de las placas de los camiones, que se utilizaron para el transporte de suelo agrícola, se identificarían las muestras que constan en el mencionado informe de ensayo.

<sup>14</sup> Perubar manifestó en relación a lo indicado en el Informe de Supervisión (sobre que el Informe de Ensayo N° AM-625.06, presentado por Perubar, no evidenciaría que se haya realizado el monitoreo de suelo), que el punto de control CA#1 correspondería al parque Vista Alegre ubicado en la zona de Santa Marina II etapa.

<sup>15</sup> Que fue transportado en dos (2) camiones desde el distrito de Puente Piedra.

<sup>16</sup> Perubar en su recurso de apelación (páginas 11 y 12, fojas 715 y 716) indicó lo siguiente:

*"Es importante resaltar en este punto que este ensayo corresponde a suelo agrícola traído en camiones el 20/12/2006 (previo a las actividades de reposición de suelo culminadas el 06/01/2007 según Actas del Anexo 3 del informe de limpieza externa).*

*La disposición de la tierra agrícola desde los camiones para la reposición del suelo removido se puede evidenciar en las fotos V.1 y V.2 del Anexo 7 del Informe de limpieza externa (...)"*

- i) Perubar, añadió, que en el referido Informe de Ensayo N° AM-068.07 se detallaría que las muestras de suelo fueron recepcionadas el 2 de febrero de 2007, con posterioridad a la fecha de culminación de la reposición del suelo y de la emisión del Informe de limpieza<sup>17</sup>, correspondiendo dichas muestras al suelo que fue reemplazado en las áreas comprometidas.
- j) En ese sentido, el administrado alegó que se habría realizado el análisis del suelo reemplazado, en el cual obtuvo resultados inferiores al valor de 140 mg/kg indicado en el Plan de Cierre Atalaya para el parámetro plomo, conforme se corrobora del Informe de Ensayo N° AM-068.07, lo cual ameritó que la empresa de limpieza FOMECO le otorgara el certificado de conformidad correspondiente.
- k) Por otro lado, Perubar señaló que si bien los resultados de los monitoreos de calidad de suelo reportados desde el segundo semestre del año 2007, en cumplimiento de su programa de monitoreo de postcierre, reportarían valores superiores a 140 mg/kg<sup>18</sup>, la posibilidad de la ocurrencia de dicha situación habría sido anticipada en el levantamiento de observaciones del Plan de Cierre Atalaya<sup>19</sup>.
- l) En ese sentido, Perubar alegó que a pesar que habría cumplido con realizar la reposición del suelo<sup>20</sup>, no podría evitar la interacción de los otros factores identificados en el Plan de Cierre Atalaya<sup>21</sup>; razón por la cual, debido a causas externas al control de Perubar se habría seguido presentando la contaminación de los suelos, dando como resultado que el suelo volviera a las condiciones iniciales, conforme se apreciaría de los monitoreos postcierre.
- m) Finalmente, Perubar manifestó que el análisis de plomo en suelo realizado por el laboratorio AGQ Lab & Technological Services se llevó a cabo utilizando la metodología EPA 200.7 Rev.4.4, pese a que debió realizarse siguiendo la metodología EPA 3050-B/EPA 3051 en cumplimiento del artículo 11° del

<sup>17</sup> Según Perubar dicha acción fue realizada en enero de 2007.

<sup>18</sup> El administrado a manera de ejempló indicó que "...la ubicación de la estación S-12 está a más de 700m de distancia del Ex depósito Atalaya y contiguo a otro almacén de minerales ajeno a Perubar, y con dirección de viento NO y NNO (...)", página 15 del escrito de apelación, foja 719.

<sup>19</sup> Dicha afirmación se encuentra en la respuesta a la observación N° 9 del escrito N° 1568218.

<sup>20</sup> Con valores para parámetro plomo inferiores al nivel de referencia establecido en el Plan de Cierre Atalaya.

<sup>21</sup> Sobre el particular, Perubar citó un extracto del Plan de Cierre Atalaya, en el cual se señala que los resultados de análisis de suelo respecto del parámetro plomo muestran valores superiores a 140 mg/kg debido a que desde el año 1999 se conoce que la problemática de la contaminación es multisectorial, debido a factores de transporte, del puerto, robo de concentrados, entre otros.

Asimismo, el administrado citó el siguiente extracto del Plan de Cierre Atalaya (página 16 del escrito de apelación, foja 720):

*"En el caso teórico de que una institución realice acciones aisladas de descontaminación, no controlándose los otros aspectos, estos trabajos sería inútiles y vanos ya que existiendo los otros mecanismos de dispersión en pocas semanas los suelos volverían a las condiciones iniciales, los responsables en este caso –ya llegado el momento- es articular en forma participativa los diversos esfuerzos para llevar adelante los trabajos definitivos."*



Decreto Supremo N° 002-2013-MINAM<sup>22</sup>, que aprobó los Estándares de Calidad Ambiental para suelo (en adelante, **ECA suelo**), debido a que durante la Supervisión Regular 2014 ya se contaría con laboratorios acreditados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), siendo ahora competente el Instituto Nacional de Calidad (en adelante, **INACAL**) para los métodos indicados en la referida norma.

10. El 27 de diciembre de 2016<sup>23</sup>, Perubar amplió su recurso de apelación, manifestando lo siguiente:

**Sobre la prescripción de la potestad sancionadora del OEFA**

- a) El administrado alegó que habría prescrito la potestad sancionadora del OEFA, al haberse excedido el plazo de cuatro (4) años para determinar la existencia de responsabilidad administrativa por parte del administrado. Asimismo, Perubar señaló que las obligaciones contenidas en el Plan de Cierre Atalaya tendrían un plazo determinado para ser cumplidas, por lo que el incumplimiento de las mismas configuraría infracciones instantáneas, cuyo plazo de prescripción se computarían desde el vencimiento del término para su ejecución.
- b) En ese sentido, el administrado sostuvo que:

*"...considerando que los compromisos imputados como no cumplidos debían ser ejecutados en el año 2007, a la fecha de la Supervisión Regular 2014 e inicio del PAS (año 2016), habría transcurrido más de los 4 años, por lo que operaría la prescripción extintiva, con lo cual la Resolución Impugnada ha sido expedida cuando ya había quedado agotado el plazo de prescripción"*<sup>24</sup>.

**Sobre la vulneración del principio de causalidad**

- c) Perubar indicó que por el principio de causalidad, previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, sólo sería posible sancionar a quien realiza la conducta infractora. En ese sentido, agregó el administrado, que sólo podría determinarse la responsabilidad administrativa, cuando el infractor haya estado obligado a cumplir la disposición legal transgredida<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Publicada el 25 de marzo de 2013 en el Diario Oficial El Peruano.

<sup>23</sup> Fojas 757 a 786.

<sup>24</sup> Página 8 del escrito de ampliación de apelación, foja 764.

<sup>25</sup> Asimismo, Perubar sostiene que la responsabilidad ambiental también se asienta sobre las mismas bases que la responsabilidad administrativa, indicando que:

*"(...) la responsabilidad ambiental está asociada a los riesgos e impactos negativos que se generan en el ambiente y los recursos naturales como consecuencia del desarrollo de una determinada actividad. Es así, que cuando se prevé algún riesgo no aceptable, un impacto negativo o daño al ambiente que se pudiera generar como consecuencia del desarrollo de alguna actividad determinada, las conductas asociadas a la misma son expresamente reguladas por el legislador como obligaciones de hacer o como prohibiciones o restricciones ; o incluso, consideradas en los instrumentos de gestión ambiental o*

d) Asimismo, Perubar indicó que toda imputación referida al incumplimiento de la calidad ambiental (aire, agua o suelo), como la que es objeto de cuestionamiento en el presente procedimiento, implicaría que la autoridad debería demostrar la causalidad ante el impacto identificado y la actuación del supuesto infractor<sup>26</sup>, pero además, supondría que éste haya incumplido una obligación a su cargo.

e) De igual modo, el administrado alegó, que para imputarle responsabilidad administrativa en el presente caso, no bastaría la identificación de valores elevados de plomo en el punto de control CA#1, si no que correspondería a la Administración demostrar que la excedencia identificada sería resultado de sus actividades en el ex Depósito de Concentrados Atalaya.

f) En ese sentido, la empresa recurrente manifestó que si la Administración concluye que una conducta imputada es constitutiva de infracción administrativa, sería necesario que acredite caso por caso, quien sería el agente infractor mediante un análisis de causalidad<sup>27</sup>, pues caso contrario, la actuación de la Administración estaría viciada al transgredir el principio de causalidad.

g) Por lo tanto, el administrado señaló que resultaría contrario al principio de causalidad, la imputación de responsabilidad administrativa, por el exceso de concentración de plomo verificado en el suelo del parque Santa Marina y de las calles Nautas y Pucallpa, sin que se haya evaluado la casualidad, pese a que el ex Depósito de Concentrados Atalaya no operaría en la zona desde casi 10 años antes de la Supervisión Regular 2014.

h) Asimismo, Perubar indicó que los puntos de control ESP-1, ESP-2, ESP-3 y ESP-4, serían puntos de control externos al ex Depósito de Concentrados Atalaya, los cuales fueron ubicados en la vía pública (parques y calles), donde transitarían personas y vehículos<sup>28</sup>. En ese sentido, la mencionada empresa alegó que si bien la Administración habría verificado el exceso del parámetro

*tipificadas como infracciones susceptibles de sanción*", página 10 del escrito de ampliación de apelación, foja 766.

<sup>26</sup> Sobre el particular, Perubar señaló que ello está resaltado en el artículo 31° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

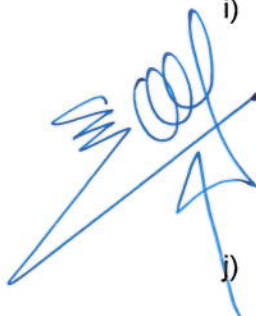
<sup>27</sup> Para ello, según Perubar debería seguirse los siguientes criterios:

- a) *Verificar la existencia de una obligación de posible cumplimiento en la medida que nadie está obligado a cumplir lo imposible.*
- b) *Quien lleva a cabo la conducta ilícita sólo será considerado autor cuando recaiga sobre él el deber de actuar u abstenerse de realizar determinado comportamiento.*
- c) *Que la conducta desplegada por el agente sea idónea, es decir, tenga aptitud suficiente para producir la lesión o poner en peligro el bien jurídico protegido no se haya originado por razones de caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.*
- d) *Probar técnicamente que la conducta que configuró la infracción administrativa es atribuible al sujeto imputado."*

Página 11 del escrito de ampliación de apelación, foja 767.

<sup>28</sup> Ligeros y de carga pesada.

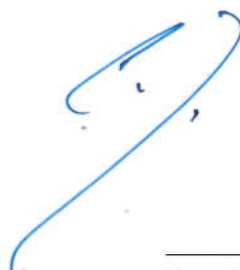
plomo en dichos puntos de control, en el presente expediente no habría referencia alguna sobre las investigaciones que habría efectuado el OEFA para identificar al presunto infractor, tomando en consideración que en la zona se presentarían diversos factores que podrían generar el exceso del parámetro plomo.



i) Por otro lado, Perubar manifestó que en virtud de los principios de debido procedimiento, de impulso de oficio y de verdad material, previstos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la carga de la prueba dentro de los procedimientos administrativos sancionadores recaería sobre la Administración, caso contrario, de conformidad con el principio de presunción de licitud, contenido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, se deberá absolver al imputado por insuficiencia probatoria<sup>29</sup>.

j) En ese sentido, Perubar alegó que sobre la base del marco legal antes expuesto, los resultados de una medición puntual, como sería el monitoreo realizado durante la Supervisión Regular 2014, no podría ser considerado como una prueba suficiente para imputar responsabilidad, toda vez que este se realizó en el 2014 y el ex Depósito de Concentrados Atalaya operó hasta el 2005.

k) Asimismo, el administrado manifestó que el resultado del monitoreo de suelo solo acreditaría el exceso del parámetro plomo, pero dicho exceso no demostraría que Perubar habría incumplido la limpieza externa prevista en el Plan de Cierre Atalaya, como se infiere sin motivación en la resolución que inició el presente procedimiento administrativo sancionador.



l) Al respecto, Perubar señaló que la obligación ambiental fiscalizable habría consistido en realizar la limpieza externa del ex Depósito de Concentrados Atalaya y no exceder el valor de 140 mg/kg, para el parámetro plomo, luego de haber realizado la mencionada limpieza; razón por la cual, para el administrado, solo tendría sustento la imputación, si durante la Supervisión Regular 2014 se habría verificado que Perubar no realizó la limpieza comprometida y que el resultado del monitoreo sería atribuible a las actividades que realizó Perubar alrededor de 12 años atrás<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Perubar citando el numeral 11 de la parte considerativa de la Resolución N° 150-2012-OEFA/TFA, emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, manifestó que se desprende de lo expuesto en dicha resolución lo siguiente:

*"... Solo corresponde imponer la sanción administrativa a aquel que incurre en la conducta ilícita.*

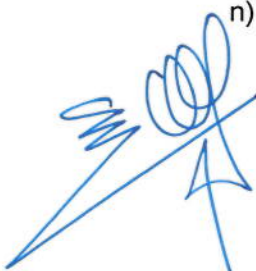
*El hecho de que haya operado un cambio de titularidad respecto a la unidad de producción en la cual se produjo una infracción, no habilita al nuevo titular a ocupar la posición procesal de agente imputado (titular anterior) dentro del procedimiento administrativo sancionador; dado que este último se debe seguir contra quien incurrió en la conducta infractora.*

*En sentido inverso, podría afirmarse que el anterior titular de una instalación tampoco tendría por qué asumir responsabilidad legal por la situación actual de aquella o de su entorno, máxime cuando en la actualidad y como en el presente caso, la calidad de suelo en los puntos de control es influenciada por múltiples fuentes."*

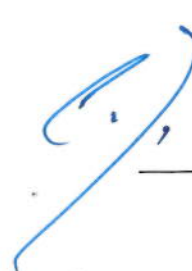
<sup>30</sup> Por lo tanto, Perubar indicó que conforme a los principios administrativos que ha alegado en su recurso de apelación, para que la imputación de la responsabilidad efectuada mediante Resolución Subdirectoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI/SDI pudiera ser procedente, la autoridad tendría que haber sustentado su pronunciamiento en pruebas idóneas, y no solo en único monitoreo, así como en una motivación que señale lo siguiente:

- m) Perubar, adicionalmente a lo manifestado en su recurso de apelación, señaló que habría realizado la remoción del suelo. según lo indicado en el Plan de Cierre Atalaya, conforme se corroboraría del Informe de limpieza. Por lo expuesto, el administrado, alegó que carecería de fundamento legal y técnico la imputación realizada por el OEFA, pues habría evidencia del cumplimiento de la obligación contenida en su plan de cierre.

### Sobre la vulneración del principio de presunción de licitud

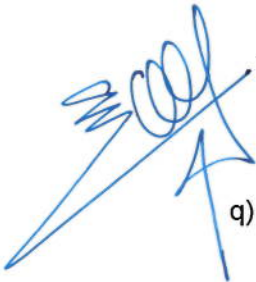
- 
- n) Perubar alegó que se habría vulnerado el principio de presunción de licitud, toda vez que los resultados de los monitoreos efectuados por el administrado desde el año 2007 al 2011 no guardarían relación con la ejecución de las medidas de cierre, porque en agosto de 2007, es decir antes de estos resultados, comunicó<sup>31</sup> la culminación total de las medidas de cierre, lo cual constituye una prueba preexistente; razón por la cual los mencionados monitoreos no serían pruebas suficientes o idóneas para determinar la responsabilidad administrativa.

- o) Asimismo, el administrado señaló que los resultados de monitoreo correspondientes a los años 2007 al 2011, podrían estar asociados a múltiples causas y se podrían formular muchos supuestos; sin embargo, el OEFA no se habría pronunciado sobre la comunicación efectuada al Minem en agosto de 2007; no habría una evaluación técnica que sustente la relación entre los resultados de monitoreo y el logro de los objetivos del cierre del ex del Depósito de Concentrados Atalaya; y, tampoco se habría sustentado la relación de causalidad entre los resultados del monitoreo efectuado en los puntos de control de suelo y las actividades realizadas por Perubar en el ex Depósito de Concentrados Atalaya hasta marzo de 2005.

- 
- 
- i) *Que la calidad del suelo en el punto de control de suelo en los Puntos de Monitoreo en el momento de la toma de muestra fue resultado de la actividad de Perubar, aun cuando ésta concluyó hace alrededor de 12 años atrás. Es decir, que se sustente la causalidad a que hace referencia el numeral 8) del artículo 230° de la Ley N° 27444 y el artículo 31° de la Ley N° 28611.*
- ii) *Que a pesar de que los Punto de Monitoreo se encuentren en lugares públicos, y por ende, reciben el aporte de múltiples fuentes (el tránsito vehicular, el de todos los transeúntes, entre otros), aún sería posible afirmar que los resultados del monitoreo realizado, siguen estando asociados a las actividades que realizó Perubar durante la operación del Depósito Atalaya. Esto es, que se pruebe que Perubar fue el generador de la excedencia en el parámetro Pb.*
- iii) *Que los resultados del muestreo en los Puntos de Control realizado el año 2014 son representativos de la calidad de los suelos en el área de intervención que fue materia del Plan de Cierre aprobado mediante la Resolución Directoral N° 244-2006-MEM/AAM del 03.07.2006.*
- iv) *Y si los resultados obtenidos en los Puntos de Control de suelo no hubieran sido suficientemente contundentes para la determinación de la responsabilidad administrativa, la autoridad tendría que sustentar que otros peritajes, pruebas, evaluaciones u otros que habría realizado, para generarse convicción respecto de la causalidad y la responsabilidad de Perubar."*

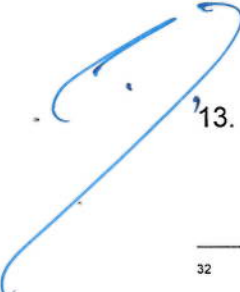
Página 15 del escrito de ampliación de apelación, foja 770.

<sup>31</sup> Mediante escrito con registro N° 1710779.

- 
- p) De igual modo, Perubar indicó que el suelo tendría características altamente variables, por lo que resulta poco razonable pretender imputar el incumplimiento del compromiso contenido en el Plan de Cierre Atalaya, a partir de resultados de monitoreo posteriores o de un único muestreo. Para el administrado, el resultado de su único muestreo podría ofrecer indicios de una determinada calidad de suelo, pero no sería representativo ni determinante para imputar responsabilidad a Perubar.
- q) Perubar solicitó que se curse oficio a la Municipalidad Provincial del Callao para que informe al Tribunal de Fiscalización Ambiental la fecha en la cual se dio de baja en forma definitiva la licencia de funcionamiento municipal N° 2070-96.
- r) Por último, el administrado indicó que el inmueble constituido por el ex Depósito de Concentrados Atalaya fue transferido en propiedad a la empresa Pesquera Pelayo S.A.C., conforme consta en la copia del Testimonio de la Escritura Pública de compraventa de bien inmueble de fecha 03 de agosto de 2012<sup>32</sup>. Asimismo, manifestó el administrado, que la posesión de dicho inmueble fue entregado a Pesquera Pelayo S.A.C. mediante acta de entrega y recepción de inmueble de fecha de 7 de setiembre de 2012<sup>33</sup>.

11. El 27 de diciembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia de informe oral ante la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, conforme consta en el acta correspondiente<sup>34</sup>.


## II. COMPETENCIA

- 
12. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)<sup>35</sup>, se crea el OEFA.
13. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011 (en

<sup>32</sup> Documento que se presentó en calidad de medio probatorio, fojas 777 a 784.

<sup>33</sup> Foja 785.

<sup>34</sup> Foja 754.



Cabe agregar que mediante escrito del 27 de diciembre de 2016 (fojas xxx) Perubar adjuntó la presentación de power point utilizada en la audiencia de informe oral a fin que los argumentos que obran en dicha presentación sean tomados en cuentas. Del mismo modo, adjuntó la documentación que fueron materia de su exposición.

<sup>35</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

**Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente**

**1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

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

adelante, Ley N° 29325)<sup>36</sup>, 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.

14. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerá las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA<sup>37</sup>.
15. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM<sup>38</sup>, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin<sup>39</sup> al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010<sup>40</sup>, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.

<sup>36</sup> LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.

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

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

**Artículo 11°.- Funciones generales**

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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

<sup>37</sup> LEY N° 29325.

**Disposiciones Complementarias Finales**

**Primera.-** Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, Supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

<sup>38</sup> DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

**Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA**

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

<sup>39</sup> LEY N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

**Artículo 18°.- Referencia al OSINERG**

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

<sup>40</sup> RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, que aprueba los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

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

16. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325<sup>41</sup> y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM<sup>42</sup> disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA en materias de sus competencias.

### III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

17. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta Sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)<sup>43</sup>.
18. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)<sup>44</sup>, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

<sup>41</sup> LEY N° 29325.

**Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley.

<sup>42</sup> DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

**Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

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

**Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental**

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

<sup>44</sup> LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre del 2005.

**Artículo 2°.- Del ámbito**

(...)

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

19. En tal situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
20. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional de las normas que tutelan los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente<sup>45</sup>.
21. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como derecho fundamental<sup>46</sup> cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve<sup>47</sup>; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales<sup>48</sup>.
22. Es importante destacar que en su dimensión como derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes elementos<sup>49</sup>: (i) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, que comporta la facultad de las personas de disfrutar de un ambiente en el que sus componentes se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica<sup>50</sup>; y, (ii) el derecho a que el ambiente se

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

<sup>46</sup> **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.

<sup>47</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

*"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares".*

<sup>48</sup> Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 17.

<sup>50</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 17, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

*"En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de*



preserve, el cual trae obligaciones ineludibles para los poderes públicos -de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute-, y obligaciones para los particulares, en especial de aquellos cuyas actividades económicas inciden directa o indirectamente en el medio ambiente; siendo que, dichas obligaciones se traducen, en: (ii.1) la obligación de respetar (no afectar el contenido protegido del derecho) y (ii.2) la obligación de garantizar, promover, velar y, llegado el caso, de proteger y sancionar el incumplimiento de la primera obligación referida<sup>51</sup>.

23. Como conjunto de obligaciones, la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico nacional que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.

24. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos<sup>52</sup>.

25. Bajo dicho marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

#### IV. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

26. La cuestión controvertida en el presente procedimiento administrativo sancionador consiste en dilucidar si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Perubar por el incumplimiento del compromiso contenido en el Plan de Cierre Atalaya.

#### V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

**Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Perubar por el incumplimiento del compromiso contenido en el Plan de Cierre Atalaya**

27. El artículo 24° del Decreto Supremo N° 033-2005-EM establece la obligación del titular minero de ejecutar las medidas de cierre establecidas en el Plan de Cierre de

*la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido”.*

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05471-2013-PA/TC. Fundamento jurídico 7.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

Minas aprobado, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre.

28. Ahora bien, en el Plan de Cierre Atalaya se estableció el compromiso referido a la limpieza externa del Depósito de Concentrado Atalaya, conforme se detalla a continuación<sup>53</sup>:

“3. Del Plan de Cierre

(...)

*El propósito del Plan de Cierre es cerrar efectivamente todos los componentes de la operación y rehabilitar las áreas afectadas por las operaciones de almacenamiento de concentrados una vez que cese la operación. Asimismo, conseguir la estabilidad física y química del área.*

*Las actividades específicas son las siguientes:*

(...)

▪ **Limpieza externa**, respecto a esta podemos indicar que se realizará en el área recomendada en el modelamiento de la calidad del aire:

- Calle Nauta, desde su intersección con la Calle Pucallpa al sur hasta la intersección con la Av. Atalaya, por el norte.
- Calle Pucallpa, desde su intersección con la calle Nauta al oeste hasta la intersección con la calle Rímac al oeste.
- Av. Atalaya, lado colindante al depósito (carril sur, de salida del puerto) desde su intersección con la calle Nauta hasta el límite este del depósito Atalaya.
- El parque Santa Marina II etapa.
- Av. Oxapampa desde calle Nauta hasta la intersección con calle Yurimaguas.

*Las actividades implican lo siguiente:*

- Retiro de suelos contaminados en el Parque Santa Marina II Etapa.
- Retiro de suelos contaminados en áreas verdes al costado del Depósito “Atalaya” en la calle Nauta.
- Limpieza de pared perimetral por el lado de la calle Nauta y Av. Atalaya.
- Limpieza de pistas y veredas por el lado de la calle Nauta y Av. Atalaya.
- Limpieza de techos, paredes y patios externos de casas aledañas al depósito Atalaya.

*Los procedimientos son los siguientes:*

- Se realizará a través de una empresa especializada en limpieza y residuos industriales registrada y autorizada por DIGESA y comprenderá lo siguiente:
- Inspección inicial.
- Remoción de suelo, en las zonas donde no exista pista o vereda. En los casos aplicables se removerá 10 cm de suelo (suelos con contenidos mayores a 140 mg/kg de plomo, nivel establecido para usos residenciales y parques, para lo cual previamente se realizarán monitoreos.
- Lavado de aceras, limpieza mediante absorción húmeda con película de spray de agua de las aceras que rodean el depósito.
- Inspección final de superficie y análisis de suelos para determinar concentraciones de metales presentes.

(...)

▪ **Una vez que los resultados de los análisis demuestren que los valores se encuentran por debajo de los niveles de referencia, la empresa de**

<sup>53</sup> Fojas 636 a 638.

**limpieza otorgará el Certificado de conformidad correspondiente.**  
(énfasis agregado)

29. Del extracto del Plan de Cierre Atalaya citado en el considerando anterior, se desprende que Perubar debía de realizar un análisis de suelo para determinar las concentraciones de plomo y demostrar que los valores se encontraban por debajo de 140 mg/kg, a fin que la empresa de limpieza le otorgue el certificado de conformidad correspondiente y se dé por cumplida dicha obligación ambiental.
30. En virtud de ello, durante la Supervisión Regular 2014, la DS realizó la toma de muestras en los puntos de control de calidad de suelo, siendo los puntos de control ESP-1, ESP-2, ESP-3 Y ESP-4<sup>54</sup>, correspondientes a la zonas donde Perubar debió implementar el procedimiento de limpieza externa.
31. Las mencionadas muestras fueron analizadas por el laboratorio AGQ Perú S.A.C., quien emitió los Informes de Ensayo N° S-14/66551, S-14/66550, S-14/66553 y S-14/66552<sup>55</sup>, cuyos resultados se detallan a continuación:

Punto de control	Parámetro Plomo (140 mg/kg <sup>56</sup> )
ESP-1	232
ESP-2	247
ESP-3	845
ESP-4	245

32. Sobre la base de los resultados obtenidos en los puntos de control especial, la DS formuló el hallazgo N° 1 contenido en el Informe de Supervisión, como se indica a continuación<sup>57</sup>:

**"7. HALLAZGOS**

**Hallazgo N° 1:**

Los resultados de los análisis de las muestras de suelo, obtenidas del Parque Santa Marina II etapa, áreas verdes al costado del ex depósito de concentrados Atalaya en la calle Nauta, y en las bermas ubicadas en la calle Pucallpa, donde se realizó remoción de suelo, no se encuentran por debajo del nivel de

**Sustento:**

Fotografías N° 1 al 24 del panel fotográfico de muestreo, ver anexo N° 2.-  
Informes de ensayo N° S-14/66550, S-14/66551, S-14/66552 y N° S-14/66553 del anexo N° 3.2.  
(...)

<sup>54</sup> Sobre el particular, los mencionados puntos de control especial se encuentran ubicados en:

Punto de control	Ubicación
ESP-1	Calle Nauta frente al inmueble MZ Lote 1 urbanización San Bosco
ESP-2	Frente al inmueble N° 299 de la Calle Pucallpa
ESP-3	Parque Santa Marina (vista alegre) frente a la calle Pucallpa
ESP-4	Parque Santa Marina (vista alegre) frente a la calle Oxapampa.

<sup>55</sup> Páginas 227, 233, 299 y 305 del Informe de Supervisión contenido en un CD, foja 6.

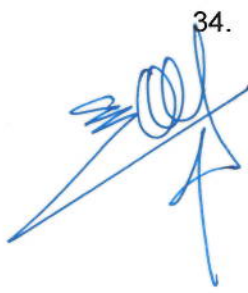
<sup>56</sup> Valor establecido en el Plan de Cierre Atalaya.

<sup>57</sup> Página 27 del Informe de Supervisión contenido en un CD, foja 6.

referencia (140 mg/kg) para el parámetro plomo	
--	--

(...)<sup>58</sup>

33. En virtud de los medios probatorios descritos en los considerandos 31 al 32 de la presente resolución, la DFSAI concluyó que Perubar incumplió el procedimiento de limpieza externa del Depósito de Concentrado Atalaya, toda vez que el suelo del parque Santa Marina II<sup>58</sup> y las calles Nauta<sup>59</sup> y Pucallpa<sup>60</sup> presentó concentraciones de plomo mayores a ciento cuarenta (140) mg/kg que es el valor establecido en el Plan de Cierre Atalaya, lo cual generó el incumplimiento del artículo 24° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 033-2005-EM.



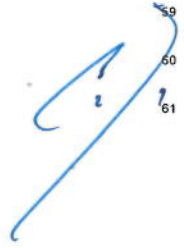
34. Sobre el particular, cabe indicar que el administrado, conforme a lo señalado en el literal m) del considerando 9 de la presente resolución, cuestionó la validez del método de ensayo para analizar el parámetro plomo total utilizado por el laboratorio AGQ Perú S.A.C. para evaluar la calidad del suelo. En ese sentido, esta Sala considera que corresponde evaluar, en primer lugar dicha alegación, a fin de verificar si los resultados contenidos en los Informes de Ensayo N° S-14/66551, S-14/66550, S-14/66553 y S-14/66552, emitidos por el mencionado laboratorio, resultan válidos y, por lo tanto, idóneos para sustentar los hechos materia de imputación en el presente procedimiento administrativo sancionador.

35. Al respecto, en el marco de la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1030**), norma vigente al momento de la Supervisión Regular 2014, las entidades acreditadas<sup>61</sup> son responsables por la información comprendida en los informes que emitan y se encuentran obligadas a

<sup>58</sup> Frente a las calles Pucallpa y Oxapampa.

<sup>59</sup> Frente al inmueble Mz L, Lote 1.

<sup>60</sup> Frente al inmueble N° 299.



<sup>61</sup> Sobre el particular, de acuerdo con el numeral 14.1 del artículo 14°, el numeral 16.1 del artículo 16° y el numeral 17.1 del artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1030, que aprobó la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación, mediante la acreditación, el Estado a través del Indecopi (Ahora INACAL), reconoce la competencia técnica de las entidades públicas o privadas en la prestación de servicios de evaluación de la conformidad en un alcance determinado.

**DECRETO LEGISLATIVO N° 1030, Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación**, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008.

**Artículo 14°.- Naturaleza de la acreditación**

14.1 La acreditación es una calificación voluntaria a la cual las entidades privadas o públicas pueden acceder para contar con el reconocimiento del Estado de su competencia técnica en la prestación de servicios de evaluación de la conformidad en un alcance determinado.  
(...).

**Artículo 16°.- Modalidades de acreditación**

16.1 La acreditación de servicios de evaluación de la conformidad comprende el ensayo o análisis, la calibración, la inspección y la certificación en sus distintas variantes: de productos, de sistemas de gestión y de personal.  
(...)



**Artículo 17°.- Alcance de la acreditación**

17.1 La acreditación se otorga en función de la modalidad solicitada y un alcance determinado, y respalda únicamente a los servicios comprendidos en dicho alcance.  
(...).

mantener la competencia técnica, el perfil del personal, la calibración e idoneidad de los equipos e instrumentos empleados en la prestación del servicio en mérito a la acreditación<sup>62</sup>.

36. Asimismo, el artículo 18° del Decreto Supremo N° 081-2008-PCM, que aprobó el Reglamento de la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación (en adelante, **Decreto Supremo N° 081-2008-PCM**)<sup>63</sup>, señala que los informes y certificados emitidos por un organismo acreditado son prueba suficiente del cumplimiento de cualesquiera de los requisitos técnicos exigidos por normas legales<sup>64</sup>.
37. En tal sentido, esta Sala considera que los informes de ensayo emitidos por los laboratorios acreditados por el Indecopi, que llevan impreso el logo de acreditación respectivo, constituyen prueba válida y suficiente de los resultados contenidos en estos, salvo que se demuestre lo contrario, ello de conformidad con el artículo 16° del Texto Único Ordenado del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD (en adelante, **TUO del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA**)<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1030.**

**Artículo 18°.- Obligaciones generales de las entidades acreditadas**

Las entidades acreditadas son responsables por la información comprendida en los informes y certificados que emitan en ejercicio de la acreditación.

Para tal efecto, se encuentran obligados a:

- a) Mantener la competencia técnica en mérito de a la cual se encuentran acreditados, incluyendo el número y perfil del personal, la calibración e idoneidad de los equipos e instrumentos empleados en la prestación del servicio y los procedimientos de evaluación aprobados por el Servicio Nacional de Acreditación.

(...)

Cabe señalar que el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha señalado en reiterados pronunciamientos que los alcances de la acreditación comprenden: (i) la competencia técnica en mérito a la cual se encuentran acreditadas; (ii) el perfil del personal; (iii) la calibración e idoneidad de los equipos; y, (iv) los instrumentos empleados en la prestación del servicio. Al respecto, véase, entre otras las Resoluciones N° 011-2013-OEFA/TFA, 105-2013-OEFA/TFA, 051-2015-OEFA/TFA-SEM, 034-2016-OEFA/TFA-SEM y 042-2016-OEFA/TFA-SEM, entre otras.

<sup>63</sup> Aplicable al momento de la Supervisión Regular 2014.

<sup>64</sup> **DECRETO SUPREMO N° 081-2008-PCM, Reglamento de la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación**, publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de diciembre de 2008.

**Artículo 18°.- Efectos legales de los Informes y Certificados acreditados.**

Siempre y cuando sean emitidos dentro del alcance de la acreditación del organismo y cumpliendo los requisitos establecidos en las normas y reglamentos del Servicio, los Informes y Certificados emitidos por un organismo acreditado son prueba suficiente del cumplimiento de cualesquiera de los requisitos técnicos exigidos en normas legales, salvo que los Organismos Públicos a cargo de la aplicación de dichas normas exijan que la evaluación de la conformidad sea realizada exclusivamente por organismos acreditados de tercera parte, conforme a la definición que de éstos se hace en el artículo 13 de la Ley.

<sup>65</sup> **RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD - Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA**, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

**Artículo 16°.- Documentos públicos**

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

38. De igual modo, es pertinente mencionar que el Punto 4.2 del Reglamento para la Acreditación de Organismos de Evaluación de la Conformidad (OEC), establece lo siguiente:

**“4.2. ALCANCE DE LA ACREDITACIÓN<sup>66</sup>**

De acuerdo al tipo de OEC, los alcances de la acreditación se definen de la siguiente manera:

**4.2.1 Para Laboratorios de Ensayo.- La acreditación de Laboratorios de Ensayo se otorga con relación a:**

**a) Los métodos de ensayo**

La acreditación se otorga de acuerdo a métodos de ensayo normalizados y vigentes. Se aceptarán métodos de ensayo no normalizados siempre que hayan sido documentados y validados. El alcance de los métodos de ensayo se restringe a los productos para los cuales el método fue elaborado. Para productos no comprendidos en el alcance del método de ensayo, este debe ser validado<sup>67</sup>(Subrayado agregado).

39. Del análisis de la norma técnica citada se desprende que la acreditación de laboratorios de ensayo es otorgada en función a los métodos de ensayo, cuyo ámbito se restringe a los productos para los cuales el método fue elaborado.
40. En virtud del marco normativo antes expuesto, esta Sala concluye que si el resultado de un determinado parámetro (orgánico e inorgánico<sup>68</sup>) no se encuentra sustentado en un informe de ensayo, cuyo método de ensayo no está acreditado por el Indecopi, dicho informe de ensayo no constituye prueba válida y suficiente de los resultados contenidos en estos.
41. Dicho ello, cabe indicar que durante la Supervisión Regular 2014 e incluso durante el periodo que se analizó la muestra, el laboratorio AGQ Perú S.A.C. no contaba con la acreditación del método de ensayo EPA 200.7 Rev.4.4 (Espect ICP-OES) para el análisis del parámetro plomo total en una muestra de suelo, conforme se verifica del Oficio N° 0027-2017-INACAL/DA de fecha 6 de enero de 2017 emitido por la Dirección de Acreditación del INACAL<sup>69</sup>:

<sup>66</sup> De acuerdo con la norma técnica un laboratorio define el alcance para el cual desea estar acreditado, siendo potestad del Sistema Nacional de Acreditación del Indecopi, el otorgar la acreditación de acuerdo al alcance definido por el solicitante.

<sup>67</sup> Instituto Nacional de Calidad - Inacal. Reglamento para la Acreditación de Organismos de Evaluación de la Conformidad (OEC), 4. Criterios de Acreditación Generales, 4.2 Alcance de la Acreditación, páginas 5 y 6.  
Disponible en:  
<<http://www.inacal.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/4/jer/requisitosparaacreditacion/files/reglamento%20acreditaci%C3%B3n.pdf>>  
Consulta: 29/12/2016

<sup>68</sup> Entre ellos los físicos, metales totales, metales disueltos, iones principales.

<sup>69</sup> Dicho oficio fue emitido en virtud de la consulta realizada por la Secretaria Técnica del Tribunal de Fiscalización Ambiental de OEFA mediante Oficio N° 001-2017-OEFA/TFA/ST de fecha 2 de enero de 2017 (foja 81).

"Oficio N° 0027-2017-INACAL/DA

(...)

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al oficio de la referencia, mediante la cual solicita información sobre la acreditación del laboratorio de ensayo AGQ Perú S.A.C. en el método EPA 200.7, rev 4.4 (Espect ICP-OES) para analizar el parámetro Plomo Total en una muestra de suelo durante, todo el mes de diciembre de 2014.

Al respecto le informo lo siguiente:

1. *En todo el mes de diciembre de 2014, el laboratorio de ensayo AGQ Perú S.A.C. no se encontraba acreditado en el método de ensayo materia de su consulta, en la matriz suelo."*
42. En virtud de lo indicado por la autoridad de acreditación, esta Sala concluye que los resultados contenidos en los Informes de Ensayo N° S-14/66551, S-14/66550, S-14/66553 y S-14/66552 no resultan válidos para sostener que se ha excedido el valor de ciento cuarenta (140) mg/kg establecido en el Plan de Cierre Atalaya, toda vez que el laboratorio AGQ Perú S.A.C. no se encontraba acreditado para realizar el ensayo del parámetro plomo total al momento de la Supervisión Regular 2014 (3 al 5 de diciembre de 2014).
43. Ahora bien, cabe señalar que *"Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario"*, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 230° de la Ley N° 27444.
44. En ese sentido, tomando en consideración que los resultados contenidos en los mencionados informes no provienen de una entidad que cuenta con la certificación debida, y además, la DFSAI no ha acreditado que Perubar no cumplió con realizar la inspección final de superficie y el análisis de suelo para determinar la concentración de metales pesados, a fin de dar por concluido el procedimiento de limpieza externa del ex Depósito de Concentrados Atalaya, conforme al compromiso contenido en el Plan de Cierre Atalaya, esta Sala considera que no correspondía que la primera instancia administrativa declare responsable a Perubar, al no haberse demostrado la comisión de la conducta imputada.
45. Por lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada toda vez que la DFSAI no ha acreditado la comisión de la conducta imputada, y por ende corresponde archivar el presente procedimiento administrativo sancionador.
46. Cabe mencionar que habiéndose revocado la responsabilidad administrativa a Perubar por el incumplimiento del Plan de Cierre Atalaya, corresponde revocar la medida correctiva detallada en el Cuadro N° 2 de la presente resolución.
47. Por las consideraciones antes expuestas, esta Sala considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los argumentos formulados por el administrado en los literales a) al n) del considerando 9 y los literales a) al r) del considerando 10 de la presente resolución.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y modificatorias; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional 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 OEFA; y, la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI del 12 de agosto de 2016, por la cual se declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Perubar S.A. por el incumplimiento del artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM, y configuró la infracción prevista en el numeral 2.2. del punto 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, así como la medida correctiva detalla en el Cuadro N° 2, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; y, por ende **ARCHIVAR** el presente procedimiento administrativo sancionador.

**SEGUNDO.-** Notificar la presente resolución a Perubar S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



.....  
**LUIS EDUARDO RAMÍREZ PATRÓN**  
Presidente

Sala Especializada en Minería y Energía  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....  
**EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ**  
Vocal

Sala Especializada en Minería y Energía  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....  
**CESAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO**  
Vocal

Sala Especializada en Minería y Energía  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



## VOTO SINGULAR DEL VOCAL EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ

En la presente ocasión, si bien se suscribe la Resolución N° 06-2017-OEFA/TFA-SME, pues se está de acuerdo en que se debe REVOCAR Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAI del 12 de agosto de 2016 que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Perubar, por la conducta infractora N° 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, se tiene a bien exponer en el presente voto, los fundamentos de hecho y de derecho que deben ser tomados en cuenta para arribar a la mencionada conclusión.

1. En el presente caso, Perubar alegó que la resolución emitida en el presente procedimiento, es nula porque fue emitida cuando la potestad sancionadora del OEFA habría prescrito, considerando que la conducta imputada constituye una infracción instantánea.
2. En tal sentido y, teniendo en cuenta que el administrado alego en su escrito de apelación la prescripción de la responsabilidad administrativa, esta vocalía considera de necesidad dilucidar –inicialmente– este punto apelado para así, analizar posteriormente los otros argumentos del administrado, de ser necesarios.
3. Al respecto, y con el propósito de entender los criterios base de la prescripción<sup>70</sup> de la potestad sancionadora, es necesario que de manera inicial se realicen las siguientes precisiones en relación a la tipología de las infracciones.
4. Desde el punto de vista de la doctrina, existen cinco (05) tipos de infracciones en materia de derecho administrativo sancionador<sup>71</sup>; cuatro (04) de las cuales se encuentran recogidas en el artículo 233° de la Ley N° 27444<sup>72</sup>, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272. Sin embargo, para efectos del presente voto se abordará únicamente la infracción instantánea.

<sup>70</sup> **BACA ONETO**, Víctor publicado en la edición 37 de la revista Derecho & Sociedad. Página 6 del artículo La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuas) "...En este sentido, si bien el Derecho Administrativo Positivo no ha contemplado la distinción de las distintas clases de infracciones, es preciso distinguirlas, pues de esta calificación se derivan importantes consecuencias jurídicas."

<sup>71</sup> **MACHICADO**, J., "Delito Instantáneo, Permanente, Continuado, Flagrante, Conexo o Delito Compuesto", <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/09/cdfe.html>

<sup>72</sup> **LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2016.

**LEY N° 27444.**


**Artículo 233°: Prescripción**

(...)

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de [232] infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.

(...)

5. Sobre el particular, se define como **infracción instantánea**<sup>73</sup> a aquella vulneración jurídica que se consume en un solo momento y se extingue consigo misma.
6. Habiendo definido la infracción instantánea y, teniendo en cuenta que la prescripción se encuentra directamente relacionada con el tiempo transcurrido, esta vocalía considera necesario determinar el momento en que se inicia el cómputo del plazo prescriptorio, -motivo por el cual-, es necesario determinar inicialmente, si el tipo de infractor del presente caso es una instantánea y, para lograr ese propósito, se deberá utilizar la definición establecida y sustentada en el considerando 5 del presente voto.
7. En el presente caso se imputó a Perubar la conducta infractora consistente en,



*“El suelo del parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y de las calles Nauta (frente al inmueble MZ L Lote1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299) presenta concentraciones de plomo mayores a 140 mg/kg, incumpléndose el valor establecido en el Plan de Cierre del Depósito de Concentrados Atalaya para dar por concluido el procedimiento de limpieza externa del Depósito de Concentrados Atalaya”*

8. Al respecto, Perubar señaló que de acuerdo con el procedimiento de limpieza contenido en el Plan de Cierre Atalaya, se realizaría la remoción del suelo en las zonas donde no exista pista o vereda, y en los casos aplicables, se removería 10cm de suelo si en el monitoreo previo de suelo se obtiene un valor mayor a 140 mg/kg de plomo<sup>74</sup>.
9. En virtud de ello, el administrado manifestó, que según lo demostraría el Informe de limpieza, habría realizado la remoción del suelo en toda el área del compromiso, por lo que la realización de un monitoreo previo no fue necesario a efecto de discriminar las áreas en las que se realizaría la remoción, al haberse realizado una remoción total; por lo tanto, el administrado indicó que no habría sido necesario consignar muestreos en el Informe de limpieza.
10. Asimismo, Perubar indicó que en el Informe de Ensayo N° AM-679.06 no se habría consignado los valores obtenidos para el parámetro plomo, toda vez que ello no sería parte del compromiso. Además, al tratarse de tierra agrícola<sup>75</sup> solo se habría llevado

<sup>73</sup> Para Ángeles De Palma las infracciones instantáneas son aquellas que “se caracterizan porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito. La infracción se consume en el momento en que se produce el resultado, sin que éste determina la creación de una situación antijurídica duradera. Por tanto, en este caso, el plazo de prescripción comienza a correr en el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consume el ilícito”.

**ANGELES DE PALMA DEL TESO.** Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción.  
[http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271\\_palma\\_del\\_teso\\_clases\\_de\\_infracciones.pdf](http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_palma_del_teso_clases_de_infracciones.pdf)

<sup>74</sup> Perubar manifestó en relación a lo indicado en el Informe de Supervisión (sobre que el Informe de Ensayo N° AM-625.06, presentado por Perubar, no evidenciaría que se haya realizado el monitoreo de suelo), que el punto de control CA#1 correspondería al parque Vista Alegre ubicado en la zona de Santa Marina II etapa.

<sup>75</sup> Que fue transportado en dos (2) camiones desde el distrito de Puente Piedra.

a cabo los análisis de fertilidad para asegurarse que dichas tierras fueran apropiadas para brindar nutrientes necesarios para las plantas<sup>76</sup>.

11. De igual modo, el administrado consignó en su recurso de apelación las fotografías V.1 y V.2 que demostrarían la descarga de la tierra agrícola desde los camiones para el reemplazo del suelo removido, indicando que en la fotografía V.1 se apreciaría la serie XP-5562 que correspondería al número de la placa del camión que transportó la tierra agrícola.
12. Sobre el particular, las fotografías V.1 y V.2 son las siguientes:



Foto V.1. Descarga de tierra agrícola para el relleno de la calle paralela a la Avenida Rimac. IV Sector.



Foto V.2. Descarga de tierra agrícola para el relleno de la calle Pucallpa, Santa Marina.

<sup>76</sup> Perubar en su recurso de apelación (páginas 11 y 12, fojas 715 y 716) indicó lo siguiente:

*"Es importante resaltar en este punto que este ensayo corresponde a suelo agrícola traído en camiones el 20/12/2006 (previo a las actividades de reposición de suelo culminadas el 06/01/2007 según Actas del Anexo 3 del informe de limpieza externa). La disposición de la tierra agrícola desde los camiones para la reposición del suelo removido se puede evidenciar en las fotos V.1 y V.2 del Anexo 7 del Informe de limpieza externa (...)"*

13. Al respecto y para el administrado, dicho dato sería importante, pues en el Informe de Supervisión se indicó que en el Informe de Ensayo N° AM-068.07 existían dos (2) muestras codificadas como XP-5562 y WD-6127, que no describirían de donde fueron obtenidas dichas muestras; no obstante, Perubar manifestó, que con el número de las placas de los camiones, que se utilizaron para el transporte de suelo agrícola, se identificarían las muestras que constan en el mencionado informe de ensayo.
14. Perubar, añadió, que en el referido Informe de Ensayo N° AM-068.07 se detallaría que las muestras de suelo fueron recepcionadas el 2 de febrero de 2007, con posterioridad a la fecha de culminación de la reposición del suelo y de la emisión del Informe de limpieza<sup>77</sup>, correspondiendo dichas muestras al suelo que fue reemplazado en las áreas comprometidas.
15. En ese sentido, el administrado alegó que se habría realizado el análisis del suelo reemplazado, en el cual obtuvo resultados inferiores al valor de 140 mg/kg indicado en el Plan de Cierre Atalaya para el parámetro plomo, conforme se corrobora del Informe de Ensayo N° AM-068.07, lo cual ameritó que la empresa de limpieza FOMECO le otorgara el certificado de conformidad correspondiente.
16. Por otro lado, Perubar señaló que si bien los resultados de los monitoreos de calidad de suelo reportados desde el segundo semestre del año 2007, en cumplimiento de su programa de monitoreo de postcierre, reportarían valores superiores a 140 mg/kg<sup>78</sup>, la posibilidad de la ocurrencia de dicha situación habría sido anticipada en el levantamiento de observaciones del Plan de Cierre Atalaya<sup>79</sup>.
17. En ese sentido, Perubar alegó que a pesar que habría cumplido con realizar la reposición del suelo<sup>80</sup>, no podría evitar la interacción de los otros factores identificados en el Plan de Cierre Atalaya<sup>81</sup>; razón por la cual, debido a causas externas al control de Perubar se habría seguido presentando la contaminación de los suelos, dando

<sup>77</sup> Según Perubar dicha acción fue realizada en enero de 2007.

<sup>78</sup> El administrado a manera de ejemplo indicó que "...la ubicación de la estación S-12 está a más de 700m de distancia del Ex depósito Atalaya y contiguo a otro almacén de minerales ajeno a Perubar, y con dirección de viento NO y NNO (...)", página 15 del escrito de apelación, foja 719.

<sup>79</sup> Dicha afirmación se encuentra en la respuesta a la observación N° 9 del escrito N° 1568218.

<sup>80</sup> Con valores para parámetro plomo inferiores al nivel de referencia establecido en el Plan de Cierre Atalaya.

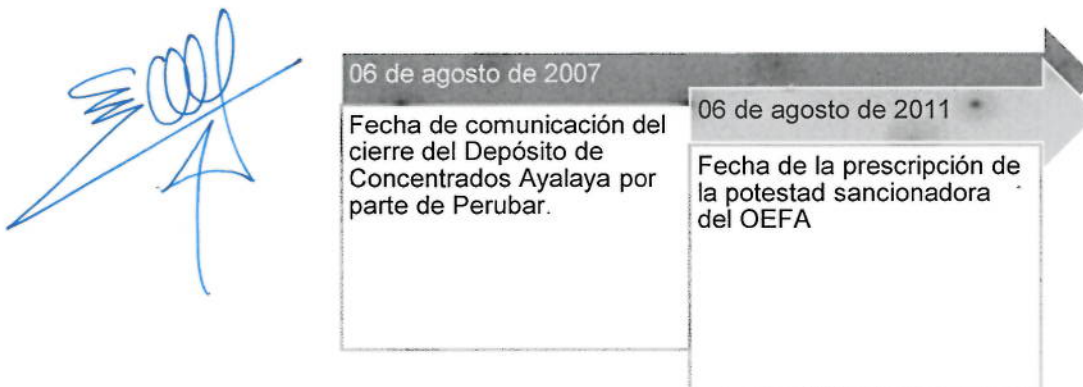
<sup>81</sup> Sobre el particular, Perubar citó un extracto del Plan de Cierre Atalaya, en el cual se señala que los resultados de análisis de suelo respecto del parámetro plomo muestran valores superiores a 140 mg/kg debido a que desde el año 1999 se conoce que la problemática de la contaminación es multisectorial, debido a factores de transporte, del puerto, robo de concentrados, entre otros.

Asimismo, el administrado citó el siguiente extracto del Plan de Cierre Atalaya (página 16 del escrito de apelación, foja 720):

*"En el caso teórico de que una institución realice acciones aisladas de descontaminación, no controlándose los otros aspectos, estos trabajos sería inútiles y vanos ya que existiendo los otros mecanismos de dispersión en pocas semanas los suelos volverían a las condiciones iniciales, los responsables en este caso -ya llegado el momento- es articular en forma participativa los diversos esfuerzos para llevar adelante los trabajos definitivos."*

- como resultado que el suelo volviera a las condiciones iniciales, conforme se apreciaría de los monitoreos postcierre.
18. En tal sentido, y de las pruebas que obran en el expediente, se puede determinar que el suelo del parque Santa Marina II Etapa (frente a las calles Pucallpa y Oxapampa) y de las calles Nauta (frente al inmueble MZ L Lote1) y Pucallpa (frente al inmueble N° 299) fue removido y reemplazado por tierras de cultivo; sin embargo, no realizó los análisis de suelo respectivos para acreditar que el suelo presentaba concentraciones de plomo menores a 140 mg/kg, como parte de sus acciones del Plan de Cierre Atalaya.
  19. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que Perubar comunicó a la Administración el cierre del depósito de Concentrados Atalaya el 06 de agosto de 2007, y que hasta esa fecha tuvo oportunidad de ejecutar las acciones establecidas en el Plan de Cierre Atalaya, esta vocalía considera que la inejecución de una de las acciones previstas en el referido instrumento de gestión ambiental (específicamente, el realizar los análisis de suelo respectivos para acreditar que el suelo presentaba concentraciones de plomo menores a 140 mg/kg), configuró una **infracción instantánea**, de acuerdo con la definición incluida en el considerando 5 del presente voto.
  20. En ese sentido, considerando que el numeral 233.1 del artículo 233° de la Ley N° 27444 establece que la facultad de las entidades para determinar la existencia de infracciones e imponer sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción si es instantánea<sup>82</sup>, en el presente caso, esta facultad prescribió el 6 de agosto de 2011, tal como se muestra en el Gráfico N° 1:

Gráfico N° 1: Análisis del plazo prescriptorio



<sup>82</sup>

**LEY N° 27444.**

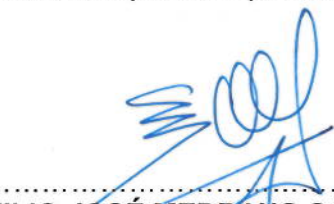
**Artículo 233°: Prescripción**

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.

(...)

21. En tal sentido, siendo que la infracción imputada a Perubar es una de carácter instantáneo y el cómputo del plazo prescriptorio se inició el 06 de agosto de 2007, lo que determina que al momento de la emisión de la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAL del 12 de agosto de 2016, la potestad sancionadora del OEFA había prescrito.
22. Como consecuencia de la conclusión arribada en el considerando previo, esta vocalía considera que carece de sentido pronunciarse sobre los otros elementos alegados por el administrado en su recurso de apelación.

Por tanto y, en atención a los fundamentos expuestos, el presente voto es por **REVOCAR** la Resolución Directoral N° 1217-2016-OEFA/DFSAL del 12 de agosto de 2016, por la cual se declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Perubar S.A. por el incumplimiento del artículo 24° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM, y configuró la infracción prevista en el numeral 2.2. del punto 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, así como la medida correctiva detalla en el Cuadro N° 2; y, por ende **ARCHIVAR** el presente procedimiento administrativo sancionador.



.....  
**EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ**  
Vocal  
Sala Especializada en Energía y Minería  
Tribunal de Fiscalización Ambiental