



**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera**

RESOLUCIÓN N° 157-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE N° : 2095-2017-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS¹
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA LINCUNA S.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 045-2018-OEFA/DFAI

SUMILLA: Se confirma la Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFAI del 17 de enero de 2018, a través de la cual se declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Compañía Minera Lincuna S.A. por no realizar el cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS.

Asimismo, se confirma la Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFAI del 17 de enero de 2018, en el extremo que ordenó a Compañía Minera Lincuna S.A. el cumplimiento de la medida correctiva señalada en el Cuadro N° 2 de la presente Resolución.

Lima, 1 de junio de 2018

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Lincuna S.A.² (en adelante, **Minera Lincuna**) es titular de los Pasivos Ambientales de la Unidad Minera Lincuna Tres (**UM Lincuna**), ubicada en los distritos de Ticapampa y Aija, provincias de Recuay y Aija respectivamente, en el departamento de Áncash.

¹ El 21 de diciembre de 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM mediante el cual se aprobó el nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OEFA y se derogó el ROF del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

Cabe señalar que el procedimiento administrativo sancionador seguido en el Expediente N° 2095-2017-OEFA/DFSAI/PAS fue iniciado durante la vigencia del ROF del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, en virtud del cual la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) es el órgano de línea encargado de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos; sin embargo, a partir de la modificación del ROF, su denominación es Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (DFAI).

² Registro Único de Contribuyente N° 20453538701.

2. Mediante la Resolución Directoral N° 150-2009-MEM/AAM del 5 de junio de 2009, el Minem aprobó el Plan de Cierre de Pasivos de la Unidad Minera Lincuna Tres (PCP Lincuna Tres).
3. Del 2 al 6 de agosto de 2016, la Dirección de Supervisión (DS) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) realizó una supervisión regular (Supervisión Regular 2016) en el área de los pasivos mineros de la UM Lincuna, durante la cual se verificó el presunto incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de Minera Lincuna, conforme se desprende del Acta de Supervisión Directa³, Informe de Preliminar de Supervisión Directa N° 2371-2016-OEFA/DS-MIN del 16 de diciembre de 2016⁴ (Informe Preliminar) y del Informe de Supervisión Directa N° 144-2017-OEFA/DS-MIN del 25 de enero de 2017⁵ (Informe de Supervisión).
4. Sobre esa base, la Subdirección de Instrucción e Investigación (SDI) de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) del OEFA dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Minera Lincuna, mediante Resolución Subdirectoral N° 1079-2017-OEFA/DFSAI/SDI del 12 de julio de 2017⁶.
5. Luego de evaluar los descargos presentados por Minera Lincuna⁷, la DFSAI emitió el Informe Final de Instrucción N° 943-2017-OEFA/DFSAI/SDI⁸, el 12 de octubre de 2017, recomendando a la Autoridad Decisora declarar la existencia de responsabilidad administrativa del administrado, así como dictar la medida correctiva correspondiente.
6. Luego de evaluar los descargos presentados por el administrado⁹, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFAI¹⁰, el 17 de enero de 2018 a través de la cual declaró la responsabilidad administrativa de Minera Lincuna, por la comisión de la siguiente conducta infractora:

Cuadro N° 1: Detalle de la conducta infractora

	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	Minera Lincuna no realizó el cierre de la bocamina L3-B1-	Artículo 43° del Reglamento de Pasivos	Numeral 2.2 del rubro 2 del Cuadro de Tipificación de

³ Páginas 217 a 221 del archivo adjunto en el disco compacto que obra en el folio 11.

⁴ Páginas 189 a 195 del archivo adjunto en el disco compacto que obra en el folio 11.

⁵ Folios 3 al 10.

⁶ Folios 12 a 15.

⁷ Folios 18 a 147.

⁸ Folios 148 a 157.

⁹ Folios 160 a 174.

¹⁰ Folios 186 a 195.

	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
	SS, así como de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, incumpliendo lo dispuesto en su instrumento de gestión ambiental.	Ambientales de la Actividad Minera. Decreto Supremo N° 059-2005-EM ¹¹ .	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 ¹² (Cuadro de Tipificación de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD).

Fuente: Resolución Subdirectorial N° 1079-2017-OEFA/DFSAI-SDI
Elaboración: TFA.

7. Al respecto, la DFSAI ordenó el cumplimiento de la siguiente medida correctiva:

Cuadro N° 2: Medida Correctiva

N°	Conducta Infractora	Medida correctiva		
		Obligación	Plazo para el cumplimiento	Plazo y forma para acreditar el cumplimiento
1	Minera Lincuna no realizó el cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, incumpliendo lo dispuesto en su instrumento de gestión ambiental.	El titular minero deberá acreditar el cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS. Para tal efecto, deberá implementar principalmente un tapón Tipo I y colocar una	En un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución.	En un plazo no mayor de siete (07) días hábiles contado desde el día siguiente de vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, Minera Lincuna deberá presentar ante la Dirección de Fiscalización del OEFA un

¹¹ **DECRETO SUPREMO N° 059-2005-EM, modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM, Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de diciembre de 2005.

Artículo 43°.- Obligatoriedad del Plan de Cierre, mantenimiento y monitoreo

El remediador está obligado a ejecutar las medidas establecidas en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros en los plazos y condiciones aprobados, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre.

Sin perjuicio de lo señalado, el programa de monitoreo aprobado como parte del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, deberá ser ejecutado hasta que se demuestre la estabilidad física y química de los componentes mineros objeto del Plan de Cierre, así como el cumplimiento de los límites máximos permisibles y la no afectación de los estándares de calidad ambiental correspondientes.

¹² **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 049-2013-OEFA/CD, que tipifica las infracciones administrativas y establece la escala de sanciones relacionadas 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.

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas

	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	Medida correctiva		
		Obligación	Plazo para el cumplimiento	Plazo y forma para acreditar el cumplimiento
		capa de arcilla, caliza y material orgánico, en cuanto a la bocamina; y, respecto de los rajos, deberá rellenarlos con material de desmonte de la bocamina y colocar una cobertura tipo I, así como deberá reestablecer el terreno (renivelación, recontorneo y recubrimiento con suelo orgánico).		informe técnico que detalle las labores realizadas para el cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS; asimismo deberá adjuntar fotografías y/o videos fechados y con coordenadas UTM WGS 84, mapas y/o planos, fichas técnicas de campo y todo medio probatorio que evidencie la implementación de la medida correctiva implementada.

Fuente: Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFSAI.
Elaboración: TFA.

8. La Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFAI se sustentó en los siguientes fundamentos:

- (i) De la revisión de los documentos presentados por Minera Lincuna, se tiene a bien indicar que ninguno de éstos está referidos a incidentes vinculados a las actividades de cierre. En ese sentido, en el expediente no se advierte medio probatorio alguno que genere certeza respecto de la imposibilidad de culminar con las actividades de remediación de la bocamina L3-B1-SS y los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, pasivos ambientales mineros de la unidad minera "Lincuna Tres", debido al impedimento de los invasores y mineros ilegales que realizan actividades en dicha área.
- (ii) Durante las acciones de supervisión 2014 y 2015 se pudo ingresar a la UM Lincuna y constatar el estado de los pasivos ambientales. Al respecto, cabe mencionar que en las actas se señaló expresamente que la firma de los representantes del OEFA, en el documento que contiene las observaciones formuladas por el administrado, no implica su conformidad con las mismas.
- (iii) En el Acta de Supervisión Regular 2015 se señaló la existencia de una tranquera que bloqueaba el acceso al sector San Salvador, ello no implica que el titular minero se haya visto impedido de efectuar el cierre de la bocamina L3-B1-SS y los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS dentro del plazo establecido en el PCP Lincuna Tres, toda vez que, de acuerdo al Informe de Supervisión Directa, el titular minero debía concluir con dicho cierre el 5 de junio del 2012.
- (iv) Respecto a la demanda contencioso administrativa presentada por el administrado, la DFSAI señala que ello no constituye causal de suspensión

del procedimiento administrativo que se viene tramitando en el OEFA, en tanto hasta la fecha, el Poder Judicial no ha emitido decisión que deba ser acatada por dicha entidad.

- (v) El fundamento que en la Resolución Subdirectoral se haya señalado que no correspondía un PAS respecto del cierre de las bocaminas L3-B2-SS y L3-B3-F, reside en que en la Supervisión Regular 2014 (materia del Expediente N° 1187-2016-OEFA/DFSAI/PAS) no se constató en campo los pasivos ambientales mineros materia de imputación en el presente PAS (bocamina L3-B1-SS y rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS). Por tanto, no se evidencia una inadecuada aplicación del principio de *non bis in ídem*.
- (vi) La presente conducta infractora está referida al incumplimiento de las medidas de cierre de la bocamina L3-B1-SS y de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, compromiso contenido en el PCP Lincuna Tres, mas no al cronograma del PCP Lincuna Tres; toda vez que, si bien éste ha sido tomado en cuenta a fin de determinar la fecha en que Minera Lincuna debía haber concluido las medidas de cierre de los mencionados pasivos ambientales, la obligación incumplida en el presente caso la constituye precisamente la falta de ejecución de dichas medidas, la cual implica una única infracción.
- (vii) Los hechos detectados en los procedimientos indicados por Minera Lincuna están referidos a conductas infractoras independientes entre sí, pues fueron constatados en oportunidades diferentes y, además, mientras uno está referido a las bocaminas L3-B2-SS y L3-B3-F, el otro está vinculado a la bocamina L3-B1-SS y los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS.
- (viii) Respecto de las denuncias policías y fiscales, la DFSAI manifestó que ninguno de esos documentos está referido a incidentes vinculados a las actividades de cierre. Dichas denuncias se refieren únicamente a delitos contra el patrimonio y contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, no acreditando relación directa con la imposibilidad de realizar la actividad de cierre.
- (ix) De ser el caso que exista una tranquera que impida el ingreso, se realizó la georreferenciación de las coordenadas de los componentes que son objeto de imputación en el presente PAS, y se observa que el ingreso a estos componentes también se puede realizar por el acceso del centro poblado Ticapampa, el cual no presenta ninguna tranquera.
- (x) Respecto de las Actas de Supervisión Directa suscritas durante las supervisiones regulares 2014, 2015 y 2016, la DFSAI reiteró que la suscripción de los documentos que contienen las observaciones del administrado por parte de los representantes del OEFA no implica su conformidad con los eventos que en ellos se encuentran señalados.
- (xi) La DFSAI considera que, teniendo en cuenta que los hechos verificados en la Supervisión Regular 2014 y en la Supervisión Regular 2016, son

independientes entre sí, no corresponde acumular el expediente 1187-2016-OEFA/DFSAI/PAS al expediente materia del presente procedimiento administrativo.

- (xii) La primera instancia precisa que, la conducta infractora bajo análisis está referida al incumplimiento de las medidas de cierre de las bocaminas y rajos, conforme al compromiso contenido en el PCP Lincuna Tres, mas no se discute si Minera Lincuna es generador de pasivos ambientales o remediador voluntario.
 - (xiii) Debido a que la obligación contemplada en el Artículo 43° del Reglamento de Pasivos Ambientales está relacionada con el cumplimiento de lo establecido en el instrumento de gestión ambiental, la tipificación y sanción que resulta aplicable es la aprobada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, quedando desvirtuado lo alegado por el administrado.
9. El 31 de enero de 2018, Minera Lincuna interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFSAI¹³, reiterando lo señalado en su escrito de descargo al ITA, argumentando lo siguiente:

- a) Las actividades de cierre no se han ejecutado debido al impedimento de invasores y mineros ilegales, generándose con ello la existencia de una situación de fuerza mayor.
- b) El personal de la Dirección de Supervisión del OEFA constató durante las supervisiones regulares del 23 al 25 de junio del 2014 y del 4 al 5 de junio del 2015 que los invasores y mineros ilegales no permitían ingresar a la zona donde se encuentra las bocaminas L3-B1-SS y de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS.
- c) En las Actas de Supervisión Directa suscritas durante las supervisiones regulares llevadas a cabo durante los años 2014, 2015 y 2016, se tiene un Anexo debidamente suscrito por los supervisores, es decir, corroborado y sin observación alguna, en la cual se deja constancia de los eventos que constituyen de fuerza mayor.
- d) Si bien el OEFA ha señalado que mediante la georreferenciación se ha determinado que el ingreso hacia los componentes del PCP se puede ingresar por el centro poblado Ticapampa. No obstante, la imagen captada de Google Eart es tomada desde una distancia tan lejana que no permite identificar los elementos que existen en el camino de acceso, tales como el impedimento del ingreso por parte de los pobladores.
- e) La ampliación del plazo para ejecutar el plan de cierre está siendo discutida en el Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo; por lo que, no

¹³ Folios 186 a 195.

existiendo un pronunciamiento final respecto de la fecha desde la cual se debe cumplir el cronograma, el OEFA debería quedar sujeto al pronunciamiento jurisdiccional. Por tanto, el resultado final que se determine en sede judicial, respecto de la modificación del cronograma, influirá en lo que a la fecha se viene resolviendo en el presente procedimiento.

- f) En el escrito de descargos al Informe Final, se ha solicitado que se acumulen expedientes, debido a que existe más de un procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento del cronograma del PCP Lincuna Tres.
- g) Es un remediador voluntario conforme a la Resolución Directoral N° 150-2009-MEM/AAM; por lo cual las normas que regulan a los pasivos ambientales de la actividad minera establecen disposiciones específicas para los remediadores voluntarios que se diferencian de las establecidas para los generadores.
- h) El OEFA le atribuye la infracción tipificada en el numeral 2.2 del artículo 2° de la norma denominada tipificación de Infracciones escala de sanciones vinculadas con instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas; cuando debió corresponder la tipificación establecida en el numeral 52.3 del artículo 52° del RPAAM. Por lo cual se incurre en vicio insubsanable que determina la nulidad del procedimiento.
- i) La subdirección de instrucción e investigación pretende argüir sin causa justificante que no es aplicable, al presente caso, el principio del non bis in ídem debido a que no existiría una identidad de hecho del expediente 1187-2016 y expediente 2095-2017, basado en que cada expediente trata de infracciones cometidas en distintos pasivos ambientales.
- j) A la fecha se está realizando acciones para cumplir con presentar el informe de Cierre de Pasivos Priorizados, en cumplimiento del acuerdo con OEFA suscrito mediante acta de reunión de fecha 4 de julio de 2017, sin embargo, habiéndose aprobado la forma de proceder respecto a los componentes prioritarios del PAM Lincuna Tres, continúan con el procedimiento sancionador; no obstante, la existencia del referido compromiso el cual se viene cumpliendo.
- k) Debe declararse como medida cautelar la nulidad de todo lo actuado toda vez que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el instrumento de gestión ambiental se debió a causas de fuerza mayor.

II. COMPETENCIA

10. 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 (**Decreto Legislativo N° 1013**)¹⁴, se crea el OEFA.

11. 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 (**Ley del SINEFA**)¹⁵, 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.
12. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del SINEFA dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁶.
13. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁷, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del

¹⁴ **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.

¹⁵ **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.

¹⁶ **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.

¹⁷ **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.

Osinermin¹⁸ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁹, 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.

14. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley del SINEFA²⁰ y los artículos 19° y 20° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM²¹ disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA en materia de sus competencias.

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.

- ¹⁸ **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.

- ¹⁹ **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.

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.

- ²¹ **DECRETO SUPREMO N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA**, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2017.

Artículo 19°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

19.1 El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano resolutorio que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones en la emisión de sus resoluciones y pronunciamiento; y está integrado por Salas Especializadas en los asuntos de competencia del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

19.2 La conformación y funcionamiento de la Salas del Tribunal de Fiscalización Ambiental es regulada mediante Resolución del Consejo Directivo del OEFA.

Artículo 20°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental tiene las siguientes funciones:

- Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.
- Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Emitir precedentes vinculantes que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de las normas de competencia del OEFA, cuando corresponda.
- Ejercer las demás funciones que establece la normativa vigente sobre la materia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

15. 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)²².
16. En esa misma línea, en el numeral 2.3 del artículo 2° de la LGA²³, se 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.
17. 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.
18. En el sistema jurídico nacional, 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 ambiente²⁴.
19. 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 fundamental²⁵ 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 preserve²⁶; y, (iii) como conjunto de

²² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²³ **LEY N° 28611, Ley General del Ambiente**, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

Artículo 2°.- Del ámbito (...)

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

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

²⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.**

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁷.

20. Es importante destacar que en su dimensión como derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes elementos²⁸: (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 armónica²⁹; y, (ii) el derecho a que el ambiente se 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 referida³⁰.
21. 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.
22. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 17.

²⁹ 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 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.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05471-2013-PA/TC. Fundamento jurídico 7.

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 inciertos³¹.

23. 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

24. Determinar si correspondía declarar la responsabilidad de Minera Lincuna por la comisión de la infracción descrita en el Cuadro N° 1 de la presente Resolución.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

- V.1. **Determinar si correspondía declarar la responsabilidad de Minera Lincuna por la comisión de la infracción descrita en el Cuadro N° 1 de la presente Resolución.**

Respecto al cumplimiento de los compromisos ambientales

25. Previamente al análisis de la cuestión controvertida, esta sala considera importante exponer el marco normativo que regula el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los administrados en sus instrumentos de gestión ambiental y los criterios sentados por esta sala respecto al cumplimiento de los compromisos establecidos en instrumentos de gestión ambiental.
26. Sobre el particular, debe mencionarse que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 16°, 17° y 18° de la LGA³², los instrumentos de gestión ambiental

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

³² LEY N° 28611.

Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad

incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas a ser realizadas por los administrados.

27. Cabe agregar que, una vez aprobados los instrumentos de gestión ambiental por la autoridad competente y, por ende, obtenida la certificación ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29° y en el artículo 55° del Reglamento de la Ley del SEIA, es responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, los compromisos y obligaciones contenidas en ellos para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en dicho instrumento y con aquellas que se deriven de otras partes de dichos instrumentos que quedan incorporados a los mismos.
28. En este orden de ideas y, tal como este tribunal lo ha señalado anteriormente³³, de manera reiterada y uniforme, debe entenderse que los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual deben ser efectuados conforme fueron aprobados por la autoridad de certificación ambiental. Ello es así, toda vez que se encuentran orientados a prevenir o revertir en forma progresiva, según sea el caso, la generación y el impacto negativo al ambiente que puedan ocasionar las actividades productivas.
29. Por lo tanto, a efectos del análisis de la cuestión controvertida, corresponde identificar previamente las medidas y componentes dispuestos en su instrumento de gestión ambiental. En ese sentido y siguiendo el criterio señalado en el considerando supra, lo que corresponde no solo es identificar los compromisos relevantes, así como, las especificaciones contempladas para su cumplimiento, relacionadas al modo, forma y tiempo; y, luego de ello, en todo caso, evaluar el compromiso desde la finalidad que se busca, la cual está orientada a la prevención de impactos negativos al ambiente.
30. Cabe mencionar que el artículo 43° del RPAAM dispone que el remediador está obligado a ejecutar las medidas establecidas en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros en los plazos y condiciones aprobados, así como a mantener

ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; (...)

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos.

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

³³

Al respecto, se pueden citar las Resoluciones N° 062-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 27 de octubre de 2017, N° 018-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 22 de junio de 2017, N° 015-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 8 de junio de 2017, N° 051-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 24 de noviembre de 2016 y Resolución N° 037-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 27 de setiembre de 2016, entre otras.

y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre.

31. En ese sentido, el PCP Lincuna Tres señala las actividades de cierre de los pasivos ambientales a cargo de la Minera Lincuna.
32. Al respecto, de la verificación del numeral 5.3.1 del Capítulo V "5. Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres³⁴, se establece que para lograr la estabilidad física de las bocaminas se colocará un tapón hermético de concreto simple que confine el agua dentro de la galería y se deberán realizar el relleno con el material de desmonte en los rajos. Como puede observarse a continuación:

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DEL PLAN DE CIERRE DE PASIVOS DE LA UNIDAD MINERA LINCUNA TRES

Auto Directoral N° 134-2008. (...)

ANEXOS (...)

A.5 CAPITULO V

CAPITULO V

5. ACTIVIDADES DE CIERRE (...)

5.3 Estabilidad Física

5.3.1 Labores Mineras (...)

A. Labores Mineras Subterráneas

a) Bocaminas

Las medidas de cierre de bocaminas están orientadas a asegurar la estabilidad física y química. Por otro lado, los métodos de cierre de las aperturas a la superficie propuesto dependerán del tipo de labor y de las condiciones geológicas, hidrológicas y hidrogeológicas entre otros factores a considerar, los mismos que se describen a continuación:

Consiste en la construcción de un tapón hermético de concreto simple que confina el agua dentro de la galería, inundando las labores debido a la recuperación del nivel freático. (...)

A.2 Labores Mineras Superficiales (cielo abierto)

Rajos

La clausura de rajos abiertos comprende actividades de relleno con el material de desmonte masivo producto del desbrocé y del material de desmonte proveniente de las bocaminas producto de las exploraciones; en el caso de requerirse mayor material para el relleno de los rajos se empleará material de la zona. Se recomienda que la capa superior en un espesor de 0,50 m sea compactada." (subrayado agregado)

33. Asimismo, de la revisión del numeral 5.4 del Capítulo V "5. Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres³⁵, se precisa que, para lograr la estabilidad geoquímica de las bocaminas se colocará taponeros herméticos, con los cuales se eliminará el ingreso del oxígeno y se prevendrá la generación del DAR; y, respecto a los rajos, se utilizará una cobertura Tipo I, con lo cual se disminuirá la posible generación de drenaje ácido. Como puede observarse a continuación:

³⁴ Escrito presentado al Minem con N° de Registro 1786860 de fecha 2 de junio de 2008. El presente escrito complementa la información presentada en el Capítulo V "Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres, en respuesta a las observaciones formuladas por la autoridad certificadora en el procedimiento de evaluación del PCP Lincuna Tres.

³⁵ Escrito presentado al Minem con N° de Registro 1786860 de fecha 2 de junio de 2008. El presente escrito complementa la información presentada en el Capítulo V "Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres, en respuesta a las observaciones formuladas por la autoridad certificadora en el procedimiento de evaluación del PCP Lincuna Tres.

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DEL PLAN DE CIERRE DE PASIVOS DE LA UNIDAD MINERA LINCUNA TRES

Auto Directoral N° 134-2008.(...)

ANEXOS (...)

A.5 CAPITULO V

CAPITULO V

5. ACTIVIDADES DE CIERRE (...)

5.4 Estabilidad Geoquímica (...)

C. Estabilización Geoquímica de Labores Mineras

C.1. Labores Subterráneas(...)

Bocaminas

La estabilización geoquímica de las bocaminas comprende el cierre con diferentes tipos de tapones herméticos, con los cuales se eliminará el ingreso del oxígeno, con lo cual se prevendrá la generación del DAR.

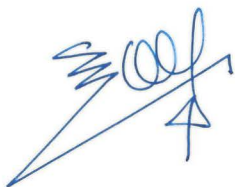
El Plano CSL-067300-3-EG-01 muestran las actividades de cierre proyectados en cada uno de los componentes, los cuales están relacionados a la utilización de una cobertura y en ciertos casos una revegetación con lo que se proyecta garantizar la estabilidad química en el tiempo.

D. Estabilización Geoquímica de Labores Mineras(...)

Rajos y tajos

La estabilidad geoquímica de ambas labores se logrará mediante la colocación de la cobertura Tipo I, con la cual se disminuirá la posible generación de drenaje ácido."
(subrayado agregado)

34. Adicionalmente, de la revisión del numeral 5.2 del Capítulo V "5. Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres³⁶, se menciona que, para lograr la estabilidad hidrológica de las bocaminas, se implementará canales de coronación a fin de interceptar la escorrentía superficial de las partes altas y conducir las hasta un curso de aguas natural, donde se descargan finalmente. Como se observa a continuación:



INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DEL PLAN DE CIERRE DE PASIVOS DE LA UNIDAD MINERA LINCUNA TRES

Auto Directoral N° 134-2008. (...)

ANEXOS (...)

A.5 CAPITULO V

CAPITULO V

5. ACTIVIDADES DE CIERRE (...)

5.2 Estabilización hidrológica de los componentes mineros (...)

A. Labores mineras y subterráneas

➤ Bocaminas

Canales de Coronación:

Estos canales tienen como función interceptar la escorrentía superficial de las partes altas y conducir las hasta un curso de aguas natural, donde se descargan finalmente.

35. Por último, de la revisión de los numerales 5.5 del Capítulo V "5. Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres³⁷, se establece que, para lograr el establecimiento y

³⁶ Escrito presentado al Minem con N° de Registro 1786860 de fecha 2 de junio de 2008. El presente escrito complementa la información presentada en el Capítulo V "Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres, en respuesta a las observaciones formuladas por la autoridad certificadora en el procedimiento de evaluación del PCP Lincuna Tres.

³⁷ Escrito presentado al Minem con N° de Registro 1786860 de fecha 2 de junio de 2008. El presente escrito complementa la información presentada en el Capítulo V "Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres, en respuesta a las observaciones formuladas por la autoridad certificadora en el procedimiento de evaluación del PCP Lincuna Tres.

forma del terreno y rehabilitación de hábitats de las bocaminas y rajos, se procederá con el relleno con material de desmonte, luego, las bocaminas serán cubiertas por el mismo material y se perfilará la parte superior dando la forma de la topografía actual, mientras que los rajos serán cubiertos por material orgánico y posteriormente se reforestará con características similares a la zona. Como puede observarse a continuación:

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DEL PLAN DE CIERRE DE PASIVOS DE LA UNIDAD MINERA LINCUNA TRES

Auto Directoral N° 134-2008. (...)

ANEXOS (...)

A.5 CAPITULO V

CAPITULO V

5. ACTIVIDADES DE CIERRE (...)

5.5 Establecimiento y forma del Terreno y Rehabilitación de Hábitats (...)

El establecimiento del terreno será reconformado de la siguiente forma:

- Las bocaminas serán rellenas con material de desmonte y serán cubiertas por el mismo material y perfilando la parte superior dando la forma de la topografía actual(...)
- Los rajos serán rellenos por material de desmonte, luego cubiertos por material orgánico y posteriormente se hará la reforestación con características similares a la zona.

36. De lo expuesto anteriormente, se advierte que Minera Lincuna se encuentra obligada a realizar las siguientes actividades de cierre: (i) en las bocaminas, debió implementar un tapón hermético de concreto simple rellenándolo con material de desmonte a fin de evitar la generación de drenaje ácido, así como construir canales de coronación para captar el agua de escorrentía, luego cubrirlo con material orgánico y finalmente perfilar la parte superior dando la forma de la topografía actual; y, (ii) en los rajos, debió rellenos con material de desmonte, luego colocar cobertura de suelo Tipo I y posteriormente realizar su reforestación.
37. Asimismo, de la revisión del "Informe de levantamiento de observaciones del Plan de Cierre de la Unidad Minera Lincuna Tres" se señala que los componentes que conforman la UEA Lincuna Tres, son los siguientes:

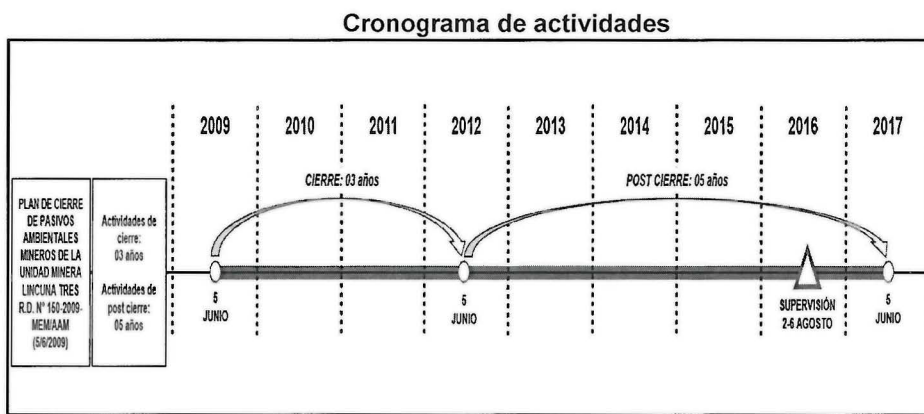
Cuadro 3.1.1-1 Componentes del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de la UEA Lincuna Tres

N°	Descripción	Tipo	Zona	Codificación	Coordenadas UTM	
					E	N
1	Labores Mineras Subterráneas	Bocaminas	San Salvador	L3-B1-SS	227 874	8 913 329
2			San Salvador	L3-B2-SS	228 131	8 915 129
3			Florida	L3-B3-F	228 130	8 915 497
4		Chimenea	San Salvador	Pique L3-P11-SS	227 966	8 913 383
	Labores Mineras a cielo abierto	Rajos	San Salvador	L3-R1-SS	227 934	8 913 386
			San Salvador	L3-R2-SS	227 991	8 913 397

			San Salvador	L3-R3-SS	228 131	8 915 129
			Florida	L3-R4-F	228 444	8 916 084

(...)³⁸

38. Cabe señalar, que las actividades contenidas en el PCP Lincuna Tres debían culminar como fecha máxima el 5 de junio de 2012, conforme se muestra en el siguiente detalle:



Elaboración: TFA.

Fuente: (i) Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de la Unidad Minera Lincuna Tres, aprobado mediante Resolución Directoral N° 150-2009-MEM/AAM. (ii) Acta de Supervisión.

Respecto al hallazgo detectado durante la Supervisión Regular 2016

39. En la Supervisión Regular 2016 se detectó que Minera Lincuna no habría ejecutado las actividades de cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS:

Nº	HALLAZGOS
1	Se ha evidenciado que no se ha realizado las actividades de cierre de los pasivos ambientales mineros de la Unidad Minera Lincuna Tres, de acuerdo al Plan de Cierre aprobado mediante Resolución Directoral N° 150-2009-MEM/AAM.

40. Lo observado durante la acción de supervisión se sustenta en las fotografías N° 12, 15, 17 y 18 contenidas en álbum fotográfico del anexo 5 del informe N° 144-2017-OEFA/DS-MIN.

³⁸

Escrito presentado al Minem con N° de Registro 1786860 de fecha 2 de junio de 2008. El presente escrito complementa la información presentada en el Capítulo V "Actividades de Cierre" del PCP Lincuna Tres, en respuesta a las observaciones formuladas por la autoridad certificadora en el procedimiento de evaluación del PCP Lincuna Tres.



Fotografía N° 12: Vista frontal del rajo L3-R1-SS, ubicado en las coordenadas UTM WGS-84 (Z18) N 8913014; E 227713. Se observó que no se ha colocado material de relleno en el rajo. Presencia de agua empozada dentro del rajo.



Fotografía N° 15: Vista panorámica del rajo L3-R2-SS. Se observó que no se ha colocado material de relleno en el rajo. Presencia de agua empozada dentro del rajo.



Fotografía N° 17: Vista panorámica de la bacana L3-B1-SS, ubicada en las coordenadas UTM WGS-84 (Z18) N 8912957; E 227653. Se observó que no se han ejecutado actividades de cierre.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



41. En virtud de lo indicado en los considerandos precedentes, la DFSAI concluyó que el administrado no habría ejecutado las medidas de cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, incumpliendo lo dispuesto en su instrumento de gestión ambiental.

Presunta vulneración al principio de tipificación

42. En su escrito de apelación, Minera Lincuna alegó que la tipificación que corresponde aplicar en su caso es aquella establecida en el numeral 52.3 del artículo 52° del RPAAM y no lo establecido en el numeral 2.2 del artículo 2° del cuadro de tipificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD. Por lo cual el OEFA incurre en un vicio insubsanable.
43. Asimismo, el administrado señaló que la última fecha en que se produjo la conducta infractora fue el 5 de junio de 2012, por lo que le correspondería que se le aplique las normas vigentes a dicha fecha.
44. No obstante, cabe señalar que contrario a lo alegado por el administrado, la conducta infractora no cesó el 5 de junio de 2012, toda vez que se trata de una infracción de carácter permanente³⁹, cuya situación antijurídica permanece en el tiempo.
45. De lo indicado, en el cronograma de actividades, detallado en el numeral 38, se observa que Minera Lincuna contaba con un plazo de tres años, contabilizados

³⁹

Sobre las infracciones permanentes, Ángeles De Palma señala lo siguiente:

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

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

desde el 5 de junio de 2009 al 5 de junio de 2012, para ejecutar las labores de cierre de los pasivos ambientales de la Unidad Minera Lincuna Tres, por lo cual la conducta infractora recién daría inicio al día siguiente del vencimiento del plazo máximo del cronograma, esto es el 6 de junio de 2012.

46. Por tanto, al verificarse que a la fecha de las acciones de supervisión (del 2 al 6 de agosto de 2016) el administrado no habría procedido con el cierre de las bocaminas bocamina L3-B1-SS y rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS (compromiso contenido en el PCP Lincuna Tres), se advierte que la conducta antijurídica permanecía en el tiempo, correspondiendo la aplicación de las normas vigentes a la fecha de la acción de supervisión, toda vez que aún no se habría verificado el cese de las conductas infractoras.
47. Conforme a lo señalado precedentemente, resulta pertinente precisar que en el presente caso no ha existido una aplicación retroactiva de la norma, puesto que se aplicaron las normas vigentes a la fecha de verificación de la conducta infractora.

Existencia de eventos de fuerza mayor

48. En su recurso de apelación, Minera Lincuna señaló que las actividades de cierre no se han ejecutado debido al impedimento de los invasores y mineros ilegales, presentándose una situación de fuerza mayor; la misma que fue constatada por el OEFA durante las supervisiones regulares de los años 2014 y 2015.

49. Al respecto, de acuerdo con los numerales 4.2 y 4.3 del artículo 4° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD (TUO del RPAS)⁴⁰, la responsabilidad administrativa aplicable en el marco de un procedimiento administrativo sancionador es objetiva, razón por la cual, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción, el administrado solo puede eximirse de responsabilidad si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

⁴⁰ **RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD, que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA**, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

Artículo 4.- Responsabilidad administrativa del infractor

- 4.1 La responsabilidad administrativa del infractor es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera originarse por las acciones u omisiones que a su vez configuran la infracción administrativa.
- 4.2 El tipo de responsabilidad administrativa aplicable al procedimiento administrativo sancionador regulado en el presente Reglamento es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- 4.3 En aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero
- 4.4 Cuando el incumplimiento corresponda a varios sujetos conjuntamente, responderán de forma solidaria por las infracciones cometidas.

50. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el literal a) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la LPAG, constituye condición eximente de la responsabilidad por infracciones el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.

51. Al respecto, es pertinente señalar que en el artículo 1315° del Código Civil⁴¹, aplicable de manera supletoria al presente procedimiento administrativo sancionador, se define al “caso fortuito o fuerza mayor”, como:

(...) la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

52. Partiendo de ello, para considerar un evento como fortuito y eximente de responsabilidad, debe determinarse, en primer lugar, la existencia del evento y, adicionalmente, que este reviste de las características de extraordinario, imprevisible e irresistible⁴².

53. Ahora bien, con la finalidad de acreditar la configuración de un evento de fuerza mayor, Minera Lincuna presentó los siguientes documentos:

Documentos presentados que acreditarían la existencia de fuerza mayor	Descripción	Análisis
Copia de la demanda contencioso administrativa contra el Ministerio de Energía y Minias del 19 de mayo de 2016	Se trata de una demanda en la cual Minera Lincuna solicita al Poder Judicial se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 357-2015-MEM/DGAAM la cual dispuso que se tenga como no presentada su solicitud de ampliación de plazo para la ejecución del cronograma de PCP Lincuna Tres.	Dicho documento no está referido a incidentes vinculados a las actividades de cierre; y, además se trata de eventos posteriores al 27 de mayo de 2012, el cual fue el plazo máximo con que contaba Minera Lincuna para ejecutar su PCP.
Copia de diversas disposiciones fiscales del año 2013 y 2014 por el delito de hurto agravado,	Se trata de denuncia en agravio de la Minera Huacapeti S.A.C. así como de actos de obstrucción y entorpecimiento	Dichos documentos no se vinculan con el impedimento de Minera Lincuna de ejecutar sus actividades de cierre.

⁴¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 295. Código Civil**, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 1984. **Artículo 1315°.-** Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

⁴² Respecto a estas características, cabe precisar que, de acuerdo con lo señalado por De Trazegnies, lo extraordinario es entendido como aquel riesgo atípico de la actividad o cosa generadora del daño, notorio o público y de magnitud; es decir, no debe ser algo fuera de lo común para el sujeto sino fuera de lo común para todo el mundo. Asimismo, siguiendo al citado autor, lo imprevisible e irresistible implica que el presunto causante no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera o no podría prever el acontecimiento y resistir a él. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pp. 336 - 341.)

Partiendo de ello, el mencionado académico señala: *“para considerar la notoriedad del hecho como elemento esencial del caso fortuito no se requiere que esta característica (notorio o público o de magnitud) haya sido expresamente señalada en el artículo 1315. está implícitamente en la exigencia de que se trate de un hecho extraordinario”* (p 339).

entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos	de las actividades de dicha minera	
Cartas notariales de fecha 2 de setiembre de 2013	Se trata de documentos en los cuales se advierte a la empresa Transalvi E.I.R.L. que se retire de la concesión minera de Lincuna y que deje todo el mineral sustraído sin autorización.	Dichos documentos no están relacionados con el impedimento de sus actividades de cierre; además, se trata de eventos de fecha posterior al 27 de mayo de 2012, el cual es el plazo máximo con que contaba Lincuna para ejecutar las labores de cierre-.
Cartas de fechas 16 y 17 de octubre del 2013.	En dichos documentos Minera Lincuna comunica al Gobierno Regional de Ancash que no pudo llegar a un acuerdo con la Comunidad Campesina de Pampacancha respecto a los proyectos a realizarse.	Dichos documentos, no guardan vinculación con los impedimentos que señala Minera Lincuna para ejecutar las labores de cierre.

Fuente: TFA

54. De la revisión de los documentos presentados por Minera Lincuna, se tiene a bien indicar que ninguno de estos acredita la existencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor o hecho determinante de tercero, toda vez que no se encuentran referidos a incidentes vinculados con las actividades de cierre. Por tanto, carece de sustento lo alegado en este extremo.
55. Por otro lado, Minera Lincuna precisó que el personal de la Dirección de Supervisión del OEFA, durante las supervisiones regulares 2014 y 2015, constató que los invasores y mineros ilegales no permitían ingresar a la zona donde se encuentra la bocamina L3-B1-SS, así como los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS.
56. Al respecto, no resulta exacto lo alegado por Minera Lincuna; toda vez que, contrario a ello, durante las referidas supervisiones, el personal de OEFA pudo ingresar y constatar el estado de los pasivos ambientales, lo cual consta en el Álbum de Fotografías del Informe de Supervisión N° 525-2014-OEFA/DS-MIN⁴³ y en el Acta de la Supervisión Regular 2015⁴⁴.
57. Asimismo, cabe precisar que durante la supervisión regular 2016 el personal de la DS no advirtió la existencia de una tranquera en la zona que impida el acceso hacia los pasivos ambientales mineros. Sin embargo, aun cuando existiera dicho supuesto, el administrado pudo realizar el acceso a los componentes de PCP Lincuna tres por otra ruta tal como lo es el centro poblado de Ticapampa, el cual no presenta ninguna tranquera u obstrucción geográfica, tal como lo advirtió la Dirección de Supervisión mediante la visualización de una imagen satelital⁴⁵, la misma que fue corroborada por esta sala.

⁴³ Informe N° 525-2014-OEFA/DS-MIN contenido en un CD que obra en el folio 12 del expediente N° 1805-2016-OEFA/DFSAI/PAS

⁴⁴ Folios 40 al 42 del CD contenido en el presente expediente administrativo.

⁴⁵ Folio 190.

58. Por otro lado, Minera Lincuna alegó que la imagen satelital es tomada desde una distancia tan lejana que no permite identificar que elementos existen en el camino de acceso tales como impedimento por parte de los pobladores.
59. Al respecto, conforme se ha analizado en los párrafos precedentes, Minera Lincuna no ha presentado documentos que acrediten el impedimento del acceso a los componentes PCP Lincuna tres por parte de los pobladores de la zona.
60. Asimismo, Minera Lincuna alegó que, en las Actas de Supervisión Directa correspondientes los años 2014, 2015 y 2016, se tiene un Anexo debidamente firmado por los supervisores, en la cual se deja constancia de los eventos que constituyen de fuerza mayor.
61. Al respecto, resulta importante precisar que la suscripción de los documentos que contienen las observaciones del administrado, por parte de los representantes, colaboradores o supervisores del OEFA no implica su conformidad con los eventos que en ellos se encuentran señalados en el numeral 5 del artículo 245° del TUO de la LPAG.

Ampliación del plazo del plan de cierre

62. Por otro lado, Minera Lincuna argumentó que la ampliación del plazo para ejecutar el plan de cierre está siendo discutida en el Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo; por lo que, no existiendo un pronunciamiento final respecto de la fecha desde la cual se debe cumplir el cronograma, el OEFA debería quedar sujeto al pronunciamiento jurisdiccional.
63. En ese sentido, agregó que resultado final que se determine en sede judicial, respecto de la modificación del cronograma, influirá en lo que a la fecha se viene resolviendo en el presente procedimiento.
64. Al respecto, el artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584⁴⁶, *Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS y modificado por Decreto Legislativo N° 1067, dispone que:

Artículo 25°.- Efecto de la Admisión de la demanda

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

⁴⁶ DECRETO SUPREMO N° 013-2008-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, publicado en el diario oficial El Peruano el 29 de agosto de 2008.

Artículo 25°.- Efecto de la Admisión de la demanda

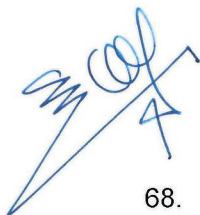
La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

65. De acuerdo a dicha norma, la admisión de la demanda (acción contenciosa administrativa) y el trámite de la misma no puede afectar la vigencia ni la ejecución del acto administrativo impugnado, salvo decisión judicial cautelar o normal legal que indique lo contrario⁴⁷.

66. Al respecto, el profesor Guzmán Napurí ha señalado que:

La norma dispone que la interposición de la demanda contenciosa administrativa cabe únicamente contra la resolución o denegatoria ficta que agoten la vía administrativa, y no suspende lo resuelto por la entidad o por el Tribunal, según corresponda, a menos que en el proceso se obtenga una medida cautelar en dicho sentido. Siendo en este caso de aplicación el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, que se encuentra corroborado con el Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.⁴⁸
(Subrayado agregado).


67. Asimismo, el profesor Giovanni Priori Posada refiere que:



“uno de los privilegios de la Administración es el de la ejecutividad de los actos administrativos, conforme el cual el inicio del proceso contencioso administrativo no supone la suspensión del acto impugnado, salvo, claro está, que en el proceso se haya solicitado alguna medida cautelar tendiente a suspender los efectos del acto impugnado”⁴⁹.
(Subrayado agregado).

68. Conforme a lo expuesto, se verifica que la interposición de la acción contenciosa administrativa no debería suspender lo resuelto por la autoridad administrativa, en tanto no haya una disposición judicial que ordene a través de una medida cautelar dicha suspensión.

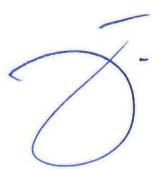
69. En relación con la ejecutoriedad de las resoluciones administrativas, en el artículo 201° del TUO de la LPAG⁵⁰ se ha dispuesto que los actos administrativos tienen carácter ejecutorio, salvo que exista alguna disposición legal expresa que señale lo contrario, o algún mandato judicial, o que los mismos estén sujetos a condición



⁴⁷ CERVANTES ANAYA, Dante A. *Manual de Derecho Administrativo*. Sexta Edición. Lima: Editorial Rodhas S.A.C., 2009, p.760.

⁴⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado: Análisis de la Ley y su Reglamento*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2015, p.512.

⁴⁹ PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara Editores, 2002, pág. 155.




⁵⁰ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, que incluye las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, así como también las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 de junio de 2008, entre otras.

TUO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 201.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.



o plazo conforme a ley. Por tanto, las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo impugnatorio (procedimiento recursivo), como son en este caso las resoluciones del TFA, constituyen decisiones de última y definitiva instancia administrativa que son ejecutables en sus términos.

70. En ese orden de ideas, de acuerdo con lo expuesto precedentemente, la ejecución de lo resuelto en última instancia administrativa sólo se podrá suspender si el administrado al haber acudido al Poder Judicial para cuestionar dicha decisión⁵¹, mediante la acción contenciosa administrativa, obtiene una medida cautelar a su favor y por el tiempo de vigencia de la misma, en concordancia con lo establecido en los artículos 608° y 612° del Código Procesal Civil⁵².
71. En atención a lo expuesto, corresponde señalar que, de la verificación de la página web del Poder Judicial, el procedimiento contencioso alegado por Minera Lincuna viene siendo tramitado en el 14 Juzgado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima⁵³, mediante expediente N° 08807-2016-01801-JR-CA-14 el mismo que no cuenta con medida cautelar o decisión alguna que deba ser acatada por esta entidad. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos del administrado.

Acumulación de procedimientos

72. En el escrito de descargos al Informe Final, Minera Lincuna solicitó que se acumulen los expedientes en trámite, debido a que existe más de un procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento del cronograma del PCP Lincuna Tres.
73. Sobre el particular, el Artículo 158°⁵⁴ del TUO de la LPAG establece que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los

⁵¹ Cabe indicar que en el artículo 20°-A de la Ley N° 29325, se ha establecido de manera expresa que para suspender los efectos de los actos administrativos emitidos por el OEFA se requiere que, en el marco de un proceso judicial, se obtenga una medida cautelar, previo ofrecimiento de una contracautela de naturaleza real o personal, como una carta fianza. Asimismo, mediante el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM se aprobaron las disposiciones reglamentarias del referido artículo 20°-A de la Ley N° 29325, en el que se señala que, con la sola interposición de una demanda judicial, no se suspende ni interrumpe los efectos, ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos referidos a la imposición de sanciones administrativas del OEFA. De igual forma, se precisa que para lograr tal efecto el administrado deberá obtener una medida cautelar al interior del proceso judicial correspondiente, previo ofrecimiento de una contracautela.

⁵² **RESOLUCION MINISTERIAL N° 10-93-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil**, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 1993.

Artículo 608°.- Juez competente, oportunidad y finalidad

Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. (...)

Artículo 612°.- Características de la medida cautelar

Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

⁵³ <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>
Consulta: 31 de mayo de 2018


⁵⁴ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS**

administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que **guarden conexión**.


74. Al respecto, cabe señalar que conforme a lo manifestado por la DFSAI, si bien las conductas infractoras están referidas al incumplimiento de las medidas de cierre (compromisos contenidos en el PCP Lincuna Tres), los hechos detectados en los indicados procedimientos están referidos a conductas infractoras independientes entre sí, pues fueron constatadas en oportunidades diferentes.
75. Asimismo, cabe precisar que según lo establece la norma precedente, el análisis de la viabilidad de la acumulación de los procedimientos administrativos corresponde ser efectuada en la etapa de instrucción, por lo cual, en el presente caso, es la DFSAI la autoridad competente para evaluar la referida acumulación. Por tanto, carece de objeto lo solicitado por el administrado en ese extremo.

Remediador Voluntario

76. Minera Lincuna señaló que es un remediador voluntario conforme a la Resolución Directoral N° 150-2009-MEM/AAM; y que las disposiciones específicas para los remediadores voluntarios se diferencian de las establecidas para los generadores.
77. Sobre el particular, cabe señalar la Resolución Directoral N° 150-2009-MEM/AAM el 5 de junio del 2009 se aprobó el Plan de cierre de pasivos de la unidad minera "Lincuna Tres", con la cual quedó obligada a cumplir con las especificaciones técnicas y compromisos contenidos en dicho Plan de cierre.⁵⁵


- 
78. Aunado a ello, cabe precisar que la presente conducta infractora está referida al incumplimiento de las medidas de cierre de la bocamina L3-B1-SS y de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, compromiso contenido en el PCP Lincuna Tres, en el marco de su obligación como remediador. Por ende, corresponde desestimar lo señalado por el titular minero en este extremo.

Aplicación del principio non bis in idem

- 
79. De otro lado, Minera Lincuna señaló que la subdirección de Instrucción e investigación ha argumentado que no existe identidad de hecho entre los expedientes N° 1187-2016 y N° 2095-2017, basado en que cada expediente se trata de distintos pasivos.
80. Al respecto, cabe reiterar que el principio de *non bis in idem* en su vertiente procesal, impide la dualidad de procedimientos (ambos con el mismo objeto) en la

Artículo 158°.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.



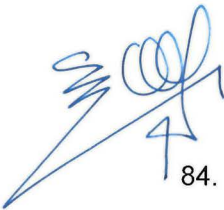
⁵⁵ Cabe precisar que de la verificación del listado de pasivos ambientales, aprobado por Resolución Ministerial N° 535-2016-MEM/DM, se advierte que Minera Lincuna se encuentra catalogado como responsable de la remediación de pasivos ambientales, tal como se visualiza en el siguiente enlace, consultado el 31 de mayo de 2018: http://www.minem.gob.pe/_legislacionM.php?idSector=1&idLegislacion=10991

misma vía o en vías distintas. De acuerdo a ello, implica que no puede haber dos procesos jurídicos de sanción contra una persona en el caso que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.


81. De la verificación de los expedientes antes mencionados se advierte que respecto del Exp. N° 1187-2016-OEFA/DFSAI/PAS se inició un PAS por no cerrar las bocaminas **L3-B2-SS** y **L3-B3-F**, mientras que en respecto del Exp. N° 2095-2017-OEFA/DFSAI/PAS, se inició el PAS por no cerrar las bocaminas L3-B1-SS y los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS; por lo cual no existe identidad de hecho entre las imputaciones, en tanto que ambas versan sobre incumplimiento de compromisos detectados en distintos componentes.
82. Por lo expuesto, al no existir identidad de hecho entre las referidas imputaciones, no se evidencia vulneración al principio *Non bis in ídem* alegado por el administrado.

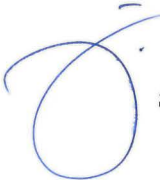

Actividades ejecutadas a la fecha

83. Minera Lincuna señaló, que actualmente viene realizando acciones para cumplir con presentar el informe de Cierre de Pasivos Priorizados, en cumplimiento del acuerdo con OEFA suscrito mediante acta de reunión de fecha 4 de julio de 2017, sin embargo, habiéndose aprobado la forma de proceder respecto a los componentes prioritarios del PAM Lincuna Tres, continúan con el procedimiento sancionador; no obstante, la existencia del referido compromiso el cual se viene cumpliendo.

- 
84. Al respecto, cabe precisar que la presentación del referido informe de Cierre de Pasivos Priorizados, no exime al administrado de la responsabilidad de la conducta infractora, puesto que en dicho informe se advierte únicamente las acciones inmediatas que el administrado llevaría a cabo para cumplir con las medidas preventivas ordenadas mediante Resoluciones Directorales N° 019-2017-OEFA/DS, N° 020-2017-OEFA/DS y N°021-2017-OEFA/DS, más no se desvirtúan los hechos imputados; por lo cual carece de sustento lo alegado en este extremo.

De la solicitud de medida cautelar y nulidad

- 
85. De otro lado, Minera Lincuna solicita que como medida cautelar se declare la nulidad de todo lo actuado toda vez que el incumplimiento de sus obligaciones contenidas en su instrumento de gestión ambiental se debió a causas de fuerza mayor.

- 
86. Cabe señalar que, según lo indicado en los párrafos precedentes, en el presente caso no se ha configurado la existencia de causales que generen la nulidad. Asimismo, resulta pertinente precisar que el dictado de las medidas cautelares es de competencia de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (autoridad decisora), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15°
- 

de la Resolución de Consejo Directivo N° 027-2017-OEFA/CD⁵⁶; por lo cual no resulta amparable lo alegado en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; 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; Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFAI del 17 de enero de 2018, en cuanto declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Compañía Minera Lincuna S.A. por la comisión de las conductas infractoras descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, por los fundamentos expuestos en su parte considerativa; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 045-2018-OEFA/DFAI del 17 de enero de 2018, en el extremo que ordenó a Compañía Minera Lincuna S.A. cumplir con la medida correctiva detallada en el Cuadro N° 2 de la presente resolución, por los fundamentos expuestos en su parte considerativa; quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a Compañía Minera Lincuna S.A.; y, remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (ahora, DFAI), para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



.....
SEBASTIÁN ENRIQUE SUI TO LÓPEZ
Presidente

**Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**

⁵⁶ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 027-2017-OEFA/CD

Capítulo I

Medidas Cautelares (...)

15.2 A solicitud de la Autoridad Instructora, la Autoridad Decisora puede dictar medidas cautelares antes del inicio o una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador.

.....
EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ
Vocal

**Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**

.....
CARLA LORENA PEGORARI RODRIGUEZ
Vocal

**Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**

.....
MARCOS MARTÍN YUI PUNIN
Vocal

**Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**

VOTO DISCREPANTE DEL VOCAL RAFAEL MAURICIO RAMIREZ ARROYO

Guardando el debido respeto por la opinión vertida en mayoría por los colegas vocales, emito un voto discrepante respecto de la decisión adoptada en la Resolución N° 157-2018-OEFA/TFA-SMEPIM en base a las consideraciones que expongo seguidamente:

I. Antecedentes.

1. De la lectura del Expediente N° 2095-2017-OEFA/DFSAI/PAS se advierte que Compañía Minera Lincuna S.A. vendría discutiendo la modificación del cronograma del plan de cierre de la Unidad Minera Lincuna Tres ante el Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo.
2. Al respecto, de la búsqueda efectuada en el sistema de consulta de expedientes judiciales – CEJ se advierte que efectivamente a la fecha existe un expediente judicial que guarda relación con el presente caso tal como se indica en el considerando anterior, siendo este el siguiente:

Expediente	Demandante	Juzgado	Estado
08807-2016-0-1801-JR-CA-14	Compañía Minera Lincuna S.A.	14 juzgado Permanente Contencioso Administrativo de Lima	En tramite

3. Considerando que la apelación presentada ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental y que forma parte del Expediente N.° 2095-2017-OEFA/DFSAI/PAS tiene como cuestión controvertida confirmar o no la responsabilidad de Compañía Minera Lincuna S.A. por no realizar el cierre de la bocamina L3-B1-SS, así como de los rajos L3-R1-SS y L3-R2-SS, incumpliendo lo dispuesto en su instrumento de gestión ambiental; es necesario verificar La conexión o no entre ambos procedimientos.
4. Al respecto, las obligaciones ambientales tienen como elementos constitutivos el modo, forma y plazo para su cumplimiento; siendo que para el presente caso el plazo a través del cronograma de cumplimiento es un elemento que se está debatiendo ante el Poder Judicial tanto como en el presente caso, por lo tanto, se advierte una relación directa entre ambos.

II. La proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes


5. En principio, conviene revisar el tratamiento que el ordenamiento jurídico prevé para abordar situaciones como la ocurrida en el presente caso. Un estudio desde la Constitución comporta tener en cuenta lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 04952-2011-PA/TC, pronunciamiento en el que ha señalado:

4. (...) debe explicarse el contenido del principio de proscripción de avocamiento indebido. El artículo 139.2 de la Constitución, en su parte pertinente, dispone que: “[...] Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones [...]”.
5. Como ya fue expresado por este Colegiado en la STC 0003-2005-PI/TC (fund. 149 y ss.), tal disposición contiene dos normas prohibitivas. “Por un lado, la proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial”.

El referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, “consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial, puesto que como este Tribunal recordó en la STC 00023-2003-AI/TC:

(...) El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso [fundamento 29. Cf. igualmente, STC 0004-2006-AI/TC, fundamentos 17-18].

Así, el principio de independencia judicial exige “la imposibilidad de aceptar intromisiones en el conocimiento de los casos y controversias que son de conocimiento del Poder Judicial. Pero, de otro lado, la prohibición del avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial también es una garantía compenetrada con el derecho al juez predeterminado por la ley, cuyo contenido constitucionalmente declarado excluye que una persona pueda ser juzgada por órganos que no ejerzan funciones jurisdiccionales o que, ejerciéndolas, no tengan competencia previamente determinada en la ley para conocer de un caso o controversia” (STC 0003-2005-PI/TC, fund. 151”).

- 
6. A partir de lo establecido por el Tribunal Constitucional queda claro que el numeral 2) del artículo 139° de la Constitución contempla, por un lado, la proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial. Ambas tienen sustento constitucional en el principio de independencia judicial que garantiza, desde una dimensión externa que la autoridad judicial no sea vea afectada por intereses fuera de la organización judicial y que no sea influenciada por presiones externas; y desde una dimensión interna que la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio.

7. Al tener la prohibición de avocamiento indebido la finalidad de garantizar la independencia judicial en la dimensión externa opera, en principio, como un estándar que debe ser respetado al momento de conocer de una controversia llevada a sede judicial; entender la proscripción desde otra perspectiva conllevaría a desnaturalizarla y a convertirla en un simple acto declarativo.
8. No se puede dejar de advertir que existe legislación infraconstitucional que recoge lo establecido en la Constitución respecto del principio de independencia judicial en su vertiente de proscripción del avocamiento indebido como el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala: *“Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.”* Dicha prescripción legal debe ser entendida en los términos señalados *supra*, sobre todo cuando se incorpora en la norma que regula las funciones, prerrogativas y deberes de los jueces del Poder Judicial.
9. De lo anotado, fluye que a nivel constitucional el principio de independencia judicial configura la proscripción de avocamiento indebido y que esta prohibición se encuentra plasmada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de manera clara y en los mismos términos utilizados en la Carta Política sin que pueda advertirse, en principio, que la prohibición en comento se encuentre sujeta a excepción alguna.

III. La tutela judicial efectiva y la acción contencioso administrativa

10. Con respecto a la tutela judicial efectiva prevista en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N° 763-2005-PA/TC que *“es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legi[t]imidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.”*
11. Como puede observarse, una de las manifestaciones de la tutela judicial es permitir el acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales sin que sea relevante la pretensión que formula; tampoco llega a ser relevante la legitimidad *per se* del petitorio de la demanda. La segunda vertiente de la tutela judicial garantiza que luego de acudir a un proceso y obtenido un resultado el justiciable vea materializada la decisión eficazmente.
12. En esa línea, debe mencionarse que el artículo 148° de la Constitución establece que *“Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”*. Teniendo en

consideración lo indicado previamente debe entenderse que un justiciable en ejercicio irrestricto de su derecho a la tutela judicial efectiva puede hacer uso de la acción contencioso administrativa para cuestionar las decisiones administrativas firmes.

13. El artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, señala que: *“La finalidad de la acción contencioso administrativa es el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”*. Asimismo, el artículo 3° establece que *“Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.”* A partir de lo indicado puede afirmarse, por un lado, que el proceso contencioso administrativo es un proceso de plena jurisdicción pues no solo busca revisar el acto administrativo en la forma que ha sido emitido, sino que el juez está facultado a cautelar los derechos de los administrados y pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de acto administrativo impugnado, vale decir puede verificar el contenido material del derecho aplicado; y además, que existe una exclusividad en el cuestionamiento de los actos administrativos al tener que ser impugnados únicamente en sede contenciosa. Si bien se deja abierta la posibilidad de acudir al amparo, con la sentencia recaída en el Expediente N° 00987-2014-PA/TC y en atención al carácter residual del amparo es poco probable cuestionar un acto administrativo en sede constitucional, con la salvedad de aquellos que están vinculados al derecho a la pensión. Es por ello que el proceso contencioso administrativo se convierte en la vía exclusiva y excluyente para cuestionar actos administrativos.
14. La regulación procesal del contencioso administrativo⁵⁷ contempla los efectos de la admisión de la demanda. Dicha norma procesal estableció en su redacción original (artículo 23°) que: *“La admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo establecido por esta Ley sobre medidas cautelares.”* Actualmente, el artículo 25° señala que: *“La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.”* Si bien una interpretación exigiría el dictado de una medida cautelar por parte del juez que conoce del proceso judicial respecto de los efectos de un acto administrativo que ha adquirido firmeza, por lo que de no existir dicho mandato expreso debe entenderse que el acto administrativo cuestionado al estar vigente puede ser ejecutado.
15. Sin entrar a discutir si lo que está en juego en la presente controversia, existe a mi criterio una prohibición de avocamiento indebido y la garantía de tutela judicial, garantía y principio constitucional respectivamente, que deben ser interpretados

⁵⁷ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

de modo tal que pueda integrar la relación entre los poderes públicos y la sociedad, más aún cuando la acción contenciosa administrativa tiene reconocimiento constitucional, subyaciendo en este tipo de proceso el control del Poder Judicial.

IV. La ponderación como herramienta para decidir entre la proscripción de avocamiento indebido y la continuación del procedimiento administrativo

16. Aunque se ha señalado que la prohibición de avocamiento indebido no admite excepción alguna desde la visión del Tribunal Constitucional, pues se sustenta en el principio de independencia judicial y ello guarda armonía con la posibilidad de todo ciudadano de acceder a un proceso judicial, se advierte que a nivel infraconstitucional se cuenta con una regulación procesal para la acción contenciosa administrativa que busca dotar de eficacia la actividad estatal asegurando que los actos administrativos se dicten en el marco del ordenamiento jurídico y se protejan los derechos subjetivos de los administrados.
17. Es por ello que en el cumplimiento de las funciones de los vocales debe recordarse que, de acuerdo al inciso b) del artículo 16° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD y sus modificatorias, es función de los vocales evaluar que en la tramitación de los procedimientos administrativos se hayan aplicado los principios y respetado los derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Perú, las leyes y demás normas aplicables.
18. Lo indicado sirve de marco de actuación a la función resolutoria encargada, por lo que cualquier decisión que se adopte debe enmarcarse en la Norma Fundamental y las leyes y demás normativa, motivo por el cual debe entenderse que la prohibición de avocamiento indebido debe tener márgenes razonables de actuación donde la finalidad sea el respeto a la seguridad jurídica evitando en lo posible decisiones contradictorias. Ello, teniendo en consideración que existen resoluciones expedidas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental que han sido declaradas nulas básicamente por haber sido emitidas sin tener en cuenta la existencia de procesos judiciales cuya pretensión tenía incidencia en lo resuelto en la vía administrativa. Dejar de advertir ello es negar la realidad de lo que ocurre en un Estado Social y Democrático de Derecho mirando solo una disposición legal fuera del contexto judicial.
19. En el planteamiento de la mayoría se decide por resolver el recurso de apelación interpuesto por el administrado pues así se protege el medio ambiente de manera efectiva. Al respecto, debe señalarse que la disyuntiva no se da respecto a proteger el derecho fundamental al medio ambiente o no protegerlo sino, como se ha señalado, evitar que existan decisiones contradictorias que distorsionen la seguridad jurídica como interés general. Si bien es cierto la imposición de la multa tiene un efecto disuasivo frente a futuros incumplimientos *per se* no la convierte en la una herramienta que proteja efectivamente el derecho al medio ambiente pues para ellos también existen otras medidas administrativas.

20. Bajo tal premisa, debe concluirse que en virtud de la prohibición de avocamiento indebido y la aplicación del principio de razonabilidad, al efectuarse un test de conexidad entre las pretensiones de las demandas contencioso administrativas y la pretensión impugnatoria materia del recurso de apelación en el procedimiento administrativo sancionador, se ha verificado que la decisión judicial a dictarse en el Expediente N° 08807-2016-0-1801-JR-CA-14 podría tener incidencia en la resolución administrativa a dictarse, por lo que además, al no tratarse de un acto administrativo que se encuentre en etapa de ejecución, corresponde suspender el procedimiento administrativo sancionador en el estado en que se encuentra hasta que se dilucide el proceso judicial iniciado por Compañía Minera Lincuna S.A.
21. Finalmente, habiéndose dispuesto la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a los argumentos del recurso de apelación presentado por el administrado.

En consecuencia, mi voto es por suspender el procedimiento administrativo sancionador en el estado en que se encuentra hasta que se dilucide el proceso judicial.



.....
RAFAEL MAURICIO RAMIREZ ARROYO
Vocal

**Sala Especializada en Minería Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**