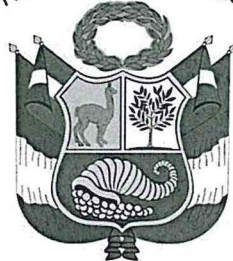


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 041 -2013-OEFA/TFA

Lima, 13 FEB. 2013

VISTO:

El Expediente N° 032-08-MA/E¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.² (en adelante, ATACOCHA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002626 de fecha 11 de mayo de 2009 y el Informe N° 043-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 01 de febrero de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 002626 de fecha 11 de mayo de 2009 (Fojas 207 a 212), notificada con fecha 14 de mayo de 2009, la Gerencia General impuso a ATACOCHA una multa de noventa y dos (92) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de siete (07) infracciones, conforme se detalla a continuación³:

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión especial llevada a cabo el 06 y 07 de febrero de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera ATACOCHA, ubicada en el distrito de Yanacancha, provincia y departamento de Pasco, de titularidad de COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A., obrantes en el Informe de Supervisión Especial N° GFM-045-2008 de fecha 13 de febrero de 2008 (Foja 14 a 35).

² COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. identificada con RUC N° 20100123500.

³ De acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002626 de fecha 11 de mayo de 2009, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en los extremos referidos a una (01) infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por incumplir su Estudio de Impacto Ambiental ya que no mantuvo el borde libre de 2 metros cuando continuó disponiendo relaves en el Vaso 1 del Depósito de Relaves de Cajamarquilla, luego de haberlos retirado para generar espacio; y una (01) infracción al artículo 42° del Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM, por no contar con autorización

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
No adoptar medidas de previsión y control para los efluentes mineros provenientes de las bocaminas Mina Antigua y la ubicada en el Nivel 3570, toda vez que se descargan directamente y sin tratamiento a la quebrada Atacocha y al suelo natural	Artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁴	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁵	10 UIT
Incumplir el compromiso asumido en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, aprobado por Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM, por no mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso 3	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT

para retirar relaves del Vaso 1 del Depósito de Relaves Cajamarquilla en la zona denominada Chicrin 3B, al depósito de relaves Chicrin.

4 DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALÚRGICA.

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

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente.

Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

5 RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016- 93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. (...)

En estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que teniendo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.

Disponer en el depósito de relaves Chicrín 3B, los relaves retirados del Vaso 1 del depósito de relaves Cajamarquilla, sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado	Artículos 2°, 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁶	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MMM	10 UIT
Construir un dique, hondonada en suelo natural (vaso) y una poza para captación de subdrenajes, entre el Vaso 1 del Depósito de Relaves Cajamarquilla y el Depósito de Relaves Chicrín, sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado	Artículos 2°, 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MMM	10 UIT
Construir un dique, hondonada en suelo natural (vaso) y una poza de captación de subdrenaje, entre el Vaso 1 del depósito de Relaves Cajamarquilla y el	Artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo		

⁶ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALÚRGICA.

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

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

Artículo 7°.- Los titulares de la actividad minera deberán presentar:

1. Los titulares de concesiones mineras y/o concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero que se encuentren en la etapa de producción u operación, en su caso, deberán presentar anualmente al Ministro de Energía y Minas, adjunta a la Declaración Anual Consolidada, antes del 30 de junio, la información contenida en Anexo No. 1, suscrita por un Auditor Ambiental registrado en el Ministerio de Energía y Minas.

Dicha información tendrá carácter de declaración jurada, y en ella se describirá las operaciones de su actividad que involucren emisiones al ambiente, y el seguimiento que los titulares realizan al Estudio de Impacto Ambiental y/o Programa de Adecuación y Manejo Ambiental aprobados.

2. Los titulares de concesiones mineras que, habiendo completado la etapa de exploración, proyecten iniciar la etapa de explotación, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

3. Los titulares de concesiones que se encuentren en la etapa de producción u operación y que requieren ampliar sus operaciones, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

Artículo 23°.- El EIA deberá presentarse al Ministerio de Energía y Minas en dos ejemplares. El Ministerio de Energía y Minas, luego de recibido el EIA y/o la ampliación solicitada, procederá a su revisión, la que deberá efectuarse dentro un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días. Transcurrido dicho plazo, sin haberse emitido comunicación alguna, el EIA quedará aprobado automáticamente.

Cabe aclarar que en atención a lo dispuesto por la primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, se establece que excepcionalmente se aplica el silencio administrativo negativo para aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales; en tal sentido, ya no se aplica la aprobación automática.

Depósito de Relaves Chicrín, sin contar con autorización ⁷	N° 018-92-EM ⁸		
Verter directamente y sin tratamiento alguno al río Huallaga el efluente que proviene del Vaso 1 del depósito de Relaves de Cajamarquilla, conducido por la cuneta de la carretera central a la poza de colección de subdrenajes sin contar con autorización	Artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículo 74° de la Ley N° 28611 ⁹ y artículo 104° de la Ley N° 26842 ¹⁰	Numeral 3.4 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MMM ¹¹	50 UIT

⁷ Cabe señalar que el numeral 3.6 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 002626, señaló que al referirse la presente imputación al inicio de trabajos de construcción de una hondonada en suelo natural (vaso) y una poza para captación de subdrenajes ubicados entre el Vaso 1 del depósito de relaves Cajamarquilla y el depósito de relaves Chicrín, sin contar con la autorización de la DGM; y, dado que sin contar con el EIA no es posible solicitar la autorización exigida de acuerdo con el artículo 37° del Reglamento de Procedimientos Mineros, en consecuencia, el hecho imputado da como resultado la infracción imputada en el numeral 2.5 de la resolución objeto de revisión.

Atendiendo a ello, la Gerencia General del OSINERGMIN determinó que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 5° de la Resolución N° 640-2007-OS/CD, se ha configurado un concurso de infracciones, por lo que este Colegiado sólo resolverá sobre la sanción impuesta en el numeral 2.5 de la resolución apelada.

⁸ DECRETO SUPREMO N°018-92-EM. APRUEBAN EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS MINEROS.

Artículo 37°.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles.

La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias.

En el caso que se formulare oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento.

⁹ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

¹⁰ LEY N° 26842. LEY GENERAL DE SALUD.

Artículo 104°.-Toda persona natural o jurídica, está impedida de efectuar descargas de desechos o sustancias contaminantes en el agua, el aire o el suelo, sin haber adoptado las precauciones de depuración en la forma que señalan las normas sanitarias y de protección del ambiente.

¹¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

3. MEDIO AMBIENTE

(...) 3.4. La descarga de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente será sancionada de acuerdo a la tabla siguiente:

SANCIÓN POR OCURRENCIA			
	1ª Vez	2ª Vez	3ª Vez
Productores Mineros en General	Multa de 50UIT	Multa de 600 UIT	Paralización de actividades

<p>Incumplir la Recomendación N° 07 correspondiente a la Primera Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente del 2007: "Bocamina 3600: Sector Cajón de descarga de agua de mina hacia la Poza de Sedimentación en Planta.- El titular minero debe realizar el correspondiente mantenimiento y limpieza del canal que deriva las aguas hacia el cajón de descarga disponiendo adecuadamente los sedimentos"</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM¹²</p>	<p>02 UIT</p>
<p>MULTA TOTAL</p>		<p>92 UIT</p>

2. Mediante escrito con registro N° 1184422 presentado con fecha 04 de junio de 2009 (Fojas 215 a 243), ATACOCHA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 002626 de fecha 11 de mayo de 2009, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a. Los efluentes provenientes de la Bocamina Antigua (Nivel 3900) y la de Nivel 3570 no son descargados directamente al río Huallaga, toda vez que cuentan con un sistema de tratamiento de efluentes conformado por pozas de sedimentación ubicadas en la Planta Concentradora.

Así, se debe considerar que a la salida de la Bocamina Antigua del Nivel 3900 están las pozas de sedimentación, siendo recirculadas dichas aguas al interior de la mina, evitando su vertimiento directo al río Huallaga; y, en cuanto al efluente proveniente del Nivel 3570, éste es derivado a través de un canal a las pozas de sedimentación, antes de su descarga al río Huallaga por el punto de vertimiento E-09.

- b. Por razones de fuerza mayor siguió depositando los relaves en el Vaso 3, toda vez que no se aprobó oportunamente las autorizaciones para empezar a depositar los relaves en el Vaso Atacocha, lo que ocasionó que se disminuyera el borde libre.

Debe tenerse presente que en los meses de febrero y marzo del año 2008 entra en funcionamiento la Presa de Relaves del Vaso Atacocha, en donde se empezó

¹² RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

3. MEDIO AMBIENTE

(...)

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

a depositar todos los relaves procedentes de la operación, dejando de esta manera ya inoperativa la presa de relaves Cajamarquilla.

- c. Se retiraron los relaves del Vaso 1 del Depósito de Relaves de Cajamarquilla hacia la zona denominada Chicrín; sin embargo está realizando la remediación de la zona afectada mediante nivelación, perfilado de terreno, control de las aguas de escorrentía, cobertura con geotextil y una capa de top-soil.
- d. Durante la supervisión efectuada por el Ministerio de Energía y Minas durante el año 2007 se evidenció que la construcción del dique se encontraba en su etapa inicial de construcción (aproximadamente en un 30%) por lo cual pidieron que se paralice dicha construcción y se proceda a regularizarla, para lo cual debían solicitar la Modificación de la concesión de beneficio Chicrín N° 2.

Sin embargo, en espera de obtener la aprobación del Estudio de Estabilidad Física del Depósito de Relaves Chicrín 3B para su cierre definitivo, se continuó con la construcción parcial de la hondonada al considerar que de ocurrir algún evento fortuito, podría producirse deslizamiento de la Presa de Relaves Chicrín hacia las instalaciones de la Central Hidroeléctrica Marcopampa, por lo que la referida hondonada serviría como contención de los relaves deslizados por cuanto la misma está antes de la presa. Tal accionar se justifica al amparo del Principio Precautorio, contenido en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

- e. El efluente proveniente de las aguas decantadas del Vaso 1 Cajamarquilla, era conducida por una tubería a la cuneta lateral del Vaso Cajamarquilla hasta llegar a la Poza de Contingencia, donde se concluía el proceso de sedimentación, luego de lo cual era vertido al río Huallaga a través de su punto de vertimiento E-23.

A partir de los meses de febrero y marzo del 2008, que se puso en operación el Vaso Atacocha, dejó de funcionar dicho sistema de tratamiento y, por ende, el efluente que se vertía al río Huallaga.

- f. Se ha implementado un programa de limpieza y mantenimiento del canal de conducción de agua de mina en el Nivel 3600, donde las aguas utilizadas en el proceso de producción son conducidas a las pozas de sedimentación de la Planta Concentradora para su tratamiento.

Es necesario precisar que tanto el canal principal como el auxiliar están revestidos e impermeabilizados, controlando de esta forma las posibles filtraciones.

- g. Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, contenido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que no se ha valorado el fundamento de aplicación del Principio Precautorio, ya que respondiendo a una situación de fuerza mayor se ha construido sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental ni

autorización, el dique (vaso) y la poza para captación de subdrenaje entre el Vaso 1 del Depósito de Relaves Cajamarquilla y el Depósito de Relaves Chicrín.

- h. Se ha vulnerado el Principio de Legalidad contenido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que las imputaciones contenidas en los numerales 2.1, 2.8 y 2.9 de la resolución apelada (no adoptar medidas de previsión y control para los efluentes mineros provenientes de las Bocaminas Mina Antigua y la ubicada en el Nivel 3570; verter directamente y sin tratamiento alguno al río Huallaga el efluente que proviene del Vaso 1 del Depósito de Relaves de Cajamarquilla conducido por la cuneta de la carretera central a la poza de colección de subdrenajes sin contar con autorización; e incumplir la Recomendación N° 07 correspondiente a la Primera Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente del 2007), han sido interpretadas de manera distinta a lo evidenciado en su unidad minera.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013¹³, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁴, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

¹³ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

¹⁴ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁵.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
7. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325¹⁶, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁷, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD,¹⁸ modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, disponen que

¹⁵ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

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

¹⁶ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

¹⁷ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a. Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

¹⁸ RESOLUCIÓN N° 005-2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

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

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por ATACOCHA, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁹.
9. En tal sentido, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, se encontraba vigente al momento de la comisión de las infracciones, por lo que corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012²⁰.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

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

Sobre el particular, cabe indicar que, de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, constituye derecho fundamental de la persona "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"²¹.

¹⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

²⁰ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

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

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por "ambiente", por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente²²:

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

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales — vivientes e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

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

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

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...)". (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros²³.

²² La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

²³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por²⁴:

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

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

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

“Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsorora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.”. (El resaltado en negrita es nuestro)

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

En cuanto a la falta de medidas de previsión y control de los efluentes provenientes de la Bocamina Antigua y la ubicada en el Nivel 3570

11. Con relación a lo alegado en el literal a) del numeral 2, corresponde indicar que de conformidad con el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de las actividades realizadas en el área de su concesión.

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

²⁴ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

En ese sentido, recae sobre el titular de la actividad una obligación de cuidado y preservación del medio ambiente que se traduce en evitar e impedir que dichas emisiones, vertimientos o desechos causen o puedan causar efectos adversos, en razón de su grado de concentración o tiempo de permanencia en el medio ambiente; o sobrepasen los niveles máximos permisibles que resulten aplicables.

Por lo tanto, las obligaciones que subyacen del citado artículo 5° del reglamento se traducen en las siguientes obligaciones:

- a) Adopción de las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente.
- b) No exceder los niveles máximos permisibles.

Lo expuesto, precedentemente se condice con lo dispuesto en el numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 28611²⁵, Ley General del Ambiente, en el sentido que las normas ambientales son de orden público y se interpretan siguiendo los principios y normas contenidas en dicha Ley, la misma que recoge las obligaciones ambientales fiscalizables descritas en los literales precedentes.

En efecto, la obligación descrita en el literal a) se encuentra prevista, a su vez, en el artículo 74° y numeral 1 del artículo 75°²⁶ de la Ley N° 28611, que establecen el régimen de responsabilidad general para los titulares mineros respecto de todos los efectos negativos derivados del desarrollo de sus actividades y que obligan a la adopción de las medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental; mientras que el numeral 32.1²⁷ del artículo 32° del mismo cuerpo legal, recoge la obligación de no exceder los LMP, a que se refiere el literal b), precedente.

Atendiendo ello, resulta necesario señalar que en el Acta de Supervisión Inopinada a la Unidad Minera ATACOCHA, correspondiente a la supervisión especial efectuada el día 07 de febrero de 2008 (Foja 17), los funcionarios del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN encontraron las siguientes deficiencias:

²⁵ LEY N° 28611, LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 7.1°.- Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

²⁶ **Artículo 75.1°.-** El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.

²⁷ LEY N° 28611, LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 32.1°.- El Límite Máximo Permissible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio."

- “1. De la bocamina denominada mina antigua se descarga efluente a la quebrada Atacocha sin ningún tratamiento.
2. El efluente que se descarga al ambiente por la bocamina nivel 3570 discurre por el suelo en un tramo de aproximadamente 50m sin canalización revestida”

Lo señalado se sustenta con las fotografías N° 1 al 9 (Fojas 19 al 23) contenidas en el Informe N° GFM-045-2008 de fecha 13 de febrero de 2008 emitida por el supervisor del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, en las cuales se aprecia que no existen medidas de previsión y control para los efluentes supervisados toda vez que estos discurren por el suelo natural, sin canalización ni tratamiento.

En consecuencia se determina que ATACOCHA no adoptó las medidas de previsión y control respecto de sus efluentes provenientes de la Bocamina Antigua y la ubicada en el Nivel 3750, toda vez que se ha verificado que ATACOCHA tiene un manejo inadecuado de los mismos.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que ATACOCHA no desvirtúa la conducta imputada, toda vez que al contar con un sistema de tratamiento de efluentes conformado por pozas de sedimentación debió verificar que tales instalaciones se encontraran operativas y en buenas condiciones, es decir que sus efluentes provenientes de la Bocamina Antigua y la del Nivel 3570 fueran canalizados hacia las pozas de sedimentación para su respectivo tratamiento, antes de su descarga al río Huallaga.

En tal sentido, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción dentro del presente procedimiento sancionador, por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución 640-2007-OS/CD²⁸, concordado con el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444²⁹, Ley del Procedimiento Administrativo General, correspondía a ATACOCHA presentar los medios de prueba que acreditaran lo contrario, lo que no ocurrió en el presente caso.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado por ATACOCHA.

²⁸ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS-CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento (...)

21.4. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

²⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

En relación al incumplimiento de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobada por Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM

12. Con relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe tener presente que de acuerdo al numeral 2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con el artículo 2° de su Título Preliminar, para el desarrollo de actividades de explotación el titular minero debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA), el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y abarcar los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente³⁰.

En ese mismo sentido, los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611 prevén que los estudios ambientales en su calidad de instrumentos de gestión, 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 productivas³¹.

³⁰ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.**

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

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

³¹ **LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.**

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 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.

Por su parte, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dentro del procedimiento de certificación ambiental se debe seguir una serie de etapas, entre las cuales se tiene la revisión del EIA, lo que significa que luego de la presentación del estudio original por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente³².

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece las disposiciones que uniformizan los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe³³.

Lo expuesto en el párrafo precedente se explica en el sentido que tanto la formulación como el levantamiento de observaciones al EIA propuesto por el titular minero, se realizan mediante la expedición de informes por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros al interior del procedimiento de aprobación; siendo que en el caso de informes de levantamiento de observaciones, estos recogen los compromisos asumidos por dicho titular en respuesta a las observaciones, razón por la cual dichos informes integran el EIA finalmente aprobado por la resolución directoral emitida al efecto, la que constituye la Certificación Ambiental.

Así las cosas, resulta oportuno señalar que una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de marzo de 2009, será responsabilidad del titular de

32 LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

El procedimiento para la certificación ambiental constará de las etapas siguientes:

1. Presentación de la solicitud;
2. Clasificación de la acción;
3. Revisión del estudio de impacto ambiental;
4. Resolución; y,
5. Seguimiento y control

33 DECRETO SUPREMO N° 053-99-EM. ESTABLECEN DISPOSICIONES DESTINADAS A UNIFORMIZAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES.

Artículo 5°.- De existir observaciones en el EIA, EIAP, EA, PEMA, Plan de Cierre o Abandono, así como en su ampliación o modificación, y en la modificación del PAMA, la Dirección General de Asuntos Ambientales notificará por escrito al titular de la actividad para que en un plazo máximo de noventa (90) días pueda levantar las observaciones planteadas, después de las cuales la autoridad podrá declarar en abandono la solicitud de aprobación.

Artículo 6°.- Si, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la recepción del levantamiento de las observaciones, la DGAA no se pronuncia sobre dicho levantamiento, los estudios y documentos a que se refiere el artículo anterior, se darán por aprobados.

LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental

12.1 Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, la autoridad competente emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental si las hubiera.

12.2 La resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto.

la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental³⁴.

En este contexto normativo, conviene indicar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los EIA por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

Por lo tanto, a efectos de sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de los instrumentos de gestión ambiental antes mencionados, corresponde identificar el compromiso específico y su ejecución según el cronograma y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental correspondiente.

En el marco de lo expuesto, cabe señalar que mediante Resolución Ministerial N° 242-2007-MEM/DGAAM del 19 de julio de 2007 se aprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, cuyo compromiso vinculado en el presente procedimiento administrativo sancionador, se refiere a mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso 3.

Así las cosas, en el Capítulo 3 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Depósito de Relaves Cajamarquilla, referente a la descripción del proyecto (Foja 342 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental), se estableció lo siguiente:

*"Depósito de relaves Cajamarquilla – Vaso 3.- Los parámetros considerados para el diseño del depósito son:
(...)
Borde libre: 2 m"*

³⁴ REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL-DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley. (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, en el Acta de Supervisión Inopinada a la Unidad Minera ATACOCHA, en atención a la supervisión especial que se efectuó el día 07 de febrero de 2008 (Foja 18), el inspector del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN encontró las siguientes deficiencias:

"(...) 9. El vaso 3 del depósito de relaves Cajamarquilla, tiene borde libre de 30 cm. En promedio".

Asimismo, de las fotografías N° 13 y 14 (Foja 25) que forma parte del Informe N° GFM-045-2008 de fecha 13 de febrero de 2008, emitido por el supervisor del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, se aprecia que en el Vaso 3 del Depósito de Relaves Cajamarquilla, el relave está dispuesto casi al ras de la presa N° 4, no manteniéndose el borde libre de 2 metros.

De lo expuesto en el párrafo precedente se desprende que el OSINERGMIN, a través de su inspector, luego de supervisar el cumplimiento de los compromisos ambientales de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental, determinó que el compromiso de mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso 3 no fue cumplido.

En tal sentido, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción dentro del presente procedimiento sancionador, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a ATACOCHA presentar los medios de prueba que desvirtuasen el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió.

En efecto, la apelante no ha desconocido la ocurrencia de los hechos arriba citados; por el contrario, reconoce los mismos, alegando que por razones de fuerza mayor tuvo que seguir depositando relaves hasta que en marzo del año 2008 entró en funcionamiento la presa de relaves del Vaso Atacocha, dejando inoperativa la presa de relaves Cajamarquilla, argumento que no lo exonera de su responsabilidad.

Sobre el particular, de acuerdo al artículo 18° de la Ley N° 29325, en concordancia con el artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD³⁵, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las

³⁵ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 9°.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. Cuando el incumplimiento corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria por las infracciones que se cometan.

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

Artículo 18°.- Responsabilidad objetiva

Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

obligaciones fiscalizables derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales así como mandatos o disposiciones emitidas por este Organismo Técnico Especializado.

En tal sentido, las razones expuestas por ATACOCHA para justificar el incumplimiento de las medidas dispuestas en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM, no lo exoneran de responsabilidad por las infracciones sancionadas, correspondiendo desestimar lo alegado en estos extremos.

Desarrollo de actividades en la zona denominada Chicrín 3B, sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado

13. Con relación a lo alegado en el literal c) del numeral 2, cabe señalar que en el numeral 4.2.1 sobre la verificación en campo del Informe N° GFM-045-2008 de fecha 13 de febrero de 2008 (Foja 14 vuelta), el supervisor del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN señaló lo siguiente:

"4.2 Depósito de Relaves Cajamarquilla (Vaso 1, 2 y 3)

4.2.1 En la visita de inspección realizada el 9 y 10 de noviembre del 2007, se verificó que del Vaso 1 del depósito de relaves Cajamarquilla se retiraron relaves, generándose con ello un espacio para continuar utilizando dicho vaso. El relave retirado, se ha dispuesto en la parte superior del depósito de relaves Chicrín, en la zona denominada 3B. Estas actividades se realizaron sin autorización ni estudio ambiental alguno aprobado por el MEM"

De igual modo, de las fotografías N° 15 al 19 (Fojas 26 al 28) contenidas en el referido Informe N° GFM-045-2008 se aprecia que en el Vaso 1 del Depósito de Relaves Cajamarquilla se han retirado relaves, siendo dispuestos en la parte superior del depósito de relaves de Chicrín.

Atendiendo lo expuesto, debe afirmarse que en el presente caso existen pruebas de que ATACOCHA ha retirado el relave del Vaso 1 del depósito de relaves Cajamarquilla para disponer del mismo en el depósito de relaves Chicrín, pese a que no contaba con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado.

Además, la apelante no ha desconocido la ocurrencia de los hechos arriba citados; por el contrario, reconoce los mismos, toda vez que señala que está remediando la zona afectada mediante nivelación, perfilado de terreno, control de las aguas de escorrentía, cobertura con geotextil y una capa de top-soil; en tal sentido, correspondía aplicarle la multa correspondiente.

En base a las consideraciones antes expuestas se desestima lo alegado por la apelante.

Respecto de la construcción de un dique, hondonada en suelo natural (vaso) y una

poza de captación de subdrenaje sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado, ni con la respectiva autorización

14. En cuanto a los argumentos expuestos en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que en el numeral 4.6.1 sobre la verificación en campo del Informe N° GFM-045-2008 de fecha 13 de febrero de 2008 (Foja 15), el supervisor del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN señaló:

"4.6 Construcción de otro dique para nuevo depósito de relaves

4.6.1 En la presente supervisión, se verificó que CMA terminó la construcción de otro dique, ubicado entre el Vaso 1 del depósito de relaves Cajamarquilla y el depósito de relaves Chicrín. Asimismo, en dicho lugar existe una hondonada en suelo natural (Vaso), con impermeabilización por concluir. Así también, CMA estaba construyendo una poza de colección para captar los drenajes de esta nueva estructura (Vaso-dique)".

De igual modo, de las fotografías N° 31 al 33 contenidas en el referido Informe de Supervisión (Fojas 34 y 35) se aprecia la construcción de un dique y filtro ubicado entre el Vaso 1 del Depósito de Relaves Cajamarquilla y el Depósito de Relaves Chicrín.

Sobre el particular, la recurrente no niega la imputación de la conducta sancionada; por el contrario, reconoce que continuó con la construcción del dique mientras estaba a la espera de la aprobación del Estudio de Estabilidad Física del Depósito de Relaves Chicrín 3B para su cierre definitivo, justificando tal actuación en el supuesto que se presentara algún evento fortuito que originara el deslizamiento de la presa de relaves Chicrín hacia las instalaciones de la Central de Hidroeléctrica Marcopampa, la referida construcción (vaso) serviría de contención y evitaría algún impacto negativo al ambiente, sustentando su defensa en virtud del Principio Precautorio.

En consecuencia, está probado que ATACUCHA incumplió lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que no contaba con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado para la construcción de la hondonada (vaso) y poza de colección. Por otro lado, ampararse en el Principio Precautorio resulta impertinente dado que el mismo se aplica de manera excepcional *"cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente"*, previsto en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

Conforme lo señala Andaluz Westreicher, en cuanto a la aplicación del Principio Precautorio *no se trata pues de cualquier tipo de impacto ambiental negativo, son actividades que nos confrontan con posibles situaciones límite de las que, muchas veces, no hay retorno, como la extinción de alguna especie, hábitat o ecosistemas; o*

la interrupción, alteración o modificación de los procesos ecológicos esenciales. Todo lo cual pone potencialmente en severo riesgo el equilibrio de los hábitats, los ecosistemas o la propia biosfera.

Si bien se carece de certeza científica absoluta, debe contarse con indicios sólidos, sobre la base de información científica consistente, que lleve a la elaboración de una hipótesis acerca de un riesgo potencial de carácter grave o irreversible. En ese sentido, cualquier interpretación que de modo simplista describa cualquier cambio en el ambiente como dañino no puede ser aceptable³⁶.

En el presente caso, si ATACUCHA consideraba que pudiera generarse un deslizamiento de relaves en el Depósito de Relaves Chicrín como consecuencia de un caso fortuito, en aplicación del Principio de Prevención, establecido en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente³⁷, debió implementar las acciones necesarias para minimizar la fuente generadora del posible impacto al ambiente.

Por otro lado, los titulares mineros no pueden iniciar sus operaciones sin que previamente cuenten con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado para su proyecto, obligación que se contrae del artículo 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental³⁸, y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 22° del Reglamento la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental³⁹, el cual establece que no podrá

³⁶Andaluz Westreicher, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Editorial IUSTITIA S.A.C. 2011. Página 586.

³⁷ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Título Preliminar.- Derechos y Principios

Artículo VI.- Principio de Prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

³⁸ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 3°.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2° y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

³⁹ REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.

Artículo 22°.- Otorgamiento de licencias, derechos y autorizaciones para proyectos de inversión

No podrán otorgarse licencias, derechos, autorizaciones, ni cualquier otro título habilitante para el inicio de la ejecución de proyectos de inversión sujetos al SEIA, sin contar con la Certificación Ambiental expedida por la Autoridad Competente.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, las Autoridades Competentes, según corresponda, podrán emitir certificados, constancias o similares que sean requisito para obtener la Certificación Ambiental, sin que ello implique autorización para ejecutar parcial o totalmente las obras o actividades de los proyectos de inversión.

El titular puede, bajo su cuenta y riesgo, iniciar trámites administrativos que tengan como requisito la certificación ambiental, lo cual en ningún caso implicará la posibilidad de ejecutar parcial o totalmente el proyecto, ni la ampliación de los plazos legalmente establecidos para dichos trámites. En este último caso, la autoridad a cargo de dichos trámites debe aplicar los apercibimientos de ley y sólo podrá resolverlos después de otorgada la Certificación Ambiental por la Autoridad Competente.

otorgarse licencias, derechos, autorizaciones para la ejecución de un proyecto si no cuenta con el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental aprobado.

De las referidas normas se concluye que es requisito indispensable para cualquier proyecto de inversión contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado, toda vez que sin la correspondiente certificación ambiental no se puede obtener consecuentemente los permisos y autorizaciones para el inicio de la ejecución del proyecto.

En ese sentido, si ATACOCHA había evaluado que la construcción de la hondonada (vaso) serviría a futuro para evitar algún impacto al ambiente, debió contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado, dado que el marco normativo correspondiente es de obligatorio cumplimiento para los titulares mineros.

En ese contexto, era obligación de ATACOCHA obtener la debida certificación ambiental para la construcción del dique, hondonada en suelo natural (vaso) y la poza de captación del sub-drenaje; por lo que, en base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

Sobre el vertimiento de efluente minero metalúrgico al río Huallaga sin contar con autorización

15. Con relación a lo alegado en el literal e) del numeral 2, cabe indicar que en virtud del Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o análoga.

A su vez, sobre la aplicación del citado Principio, MORÓN URBINA⁴⁰ ha señalado que el mandato de tipificación derivado del mismo no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En efecto, corresponde a la Administración verificar la correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que esto último implicaría sancionar conductas que no se encuentran calificadas como ilícitos.

Sobre el particular, conforme se desprende del Oficio N° 143-2008-OS-GFM (Foja 36), mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo

(...)

⁴⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9ª edición, 2011.

sancionador, la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN imputó a ATACOCHA el siguiente hecho:

"Desarrollo de actividades mineras sin autorización"

8. El efluente de exceso que proviene del Vaso 1 del depósito de relaves Cajamarquilla, es conducido por la cuneta de la carretera central a la poza de colección de subdrenajes, de donde es vertida directamente y sin tratamiento alguno al río Huallaga (fotografías 23 al 25).

Por este vertimiento sin autorización, CMA infringió los artículos 5° y 6° del RPAAMM, el artículo 74° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 y el artículo 104° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, encontrándose incurso en el subnumeral 3.4 del numeral 3, Medio Ambiente, de la EMP".

Sin embargo, resulta oportuno señalar con relación a la infracción tipificada en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, que el supuesto de hecho del citado tipo infractor prevé la realización de descargas de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente; más no incluye dentro del tipo a los efluentes minero-metalúrgicos, cuyo vertimiento se ha supervisado.

Por tal motivo, considerar que las descargas de efluentes minero-metalúrgicos al ambiente sin autorización configuran la infracción prevista en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, constituye una interpretación extensiva del tipo que vulnera el Principio de Tipicidad, invocado al inicio del presente numeral.

En efecto, el supuesto de hecho de este último tipo infractor no prevé como infracción el incumplimiento de las normas establecidas en los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículo 74° de la Ley N° 28611 y artículo 104° de la Ley N° 26842, razón por la cual se concluye que en este extremo se realizó una interpretación extensiva del ilícito sancionado, no admitida por el Principio de Tipicidad.

Siguiendo ese orden de ideas, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado que la resolución apelada vulneró el Principio de Tipicidad, al haberse sancionado como ilícito administrativo un supuesto no previsto en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, conforme a lo expuesto líneas arriba; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444⁴¹, corresponde

⁴¹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 202°.- Nulidad de Oficio

declarar de oficio la nulidad de dicho acto administrativo en el extremo referido a la infracción bajo análisis, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 202.2 del artículo 202°⁴² de la Ley N° 27444, corresponde disponer la reposición del presente procedimiento administrativo sancionador hasta el momento en que se realice la imputación de cargos.

En relación al incumplimiento de la Recomendación N° 07 del Informe N° 06-MA-2007-ACOMISA, correspondiente a la Primera Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente de 2007

16. Respecto a los argumentos contenidos en el literal f) del numeral 2, resulta oportuno señalar que a efectos de emitir un pronunciamiento motivado y fundado en las reglas jurídicas vigentes a la fecha en que se produjeron los hechos materia de análisis, como exigencia derivada del Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, resulta necesario establecer el marco jurídico vigente a la fecha de la supervisión, desarrollada el 06 y 07 de febrero de 2008.

Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería, modificado por Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, a la fecha de supervisión correspondía al OSINERGMIN el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en el sector minero⁴³.

Por su parte, en virtud del artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dicha

202.1 En cualquiera de los casos numerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

⁴² 202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

⁴³ LEY N° 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería

agencia reguladora se encontraba autorizada a ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras debidamente calificadas y clasificadas⁴⁴.

A su vez, se tiene que los principios, criterios, modalidades, sistemas y procedimientos relacionados al ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN -a la fecha de la supervisión durante la cual se formularon las observaciones y se detectó su incumplimiento-, se encontraban regulados por el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD.

Ahora bien, de conformidad con el literal m) del artículo 23° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, las empresas supervisoras se encuentran facultadas a formular recomendaciones en materia ambiental, las cuales deberán anotarse en el libro de protección y conservación del ambiente de la empresa supervisada, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas⁴⁵.

Al respecto, conviene explicar que la formulación de recomendaciones constituye la materialización del Principio de Acciones Correctivas que orienta la actividad de supervisión ambiental, regulado en el numeral 1.10 del Rubro 4.0 de la Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2001; y tiene como propósito ordenar la solución de las deficiencias detectadas durante la supervisión⁴⁶.

⁴⁴ LEY N° 27699, LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. (...)

DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Empresas Supervisoras

Las funciones de supervisión y fiscalización atribuidas por el presente Reglamento a OSINERG podrán ser ejercidas a través de empresas supervisoras. Las empresas supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por OSINERG. Estas empresas supervisoras serán contratadas y solventadas por OSINERG, de acuerdo a la normatividad vigente. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia

⁴⁵ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 23°.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras

Las empresas supervisoras tienen las siguientes obligaciones (...)

m) Para el caso de las actividades mineras, sin perjuicio de lo que se señale en el informe respectivo, los supervisores deberán anotar en los libros de seguridad e higiene minera y de protección y conservación del ambiente, los hallazgos y recomendaciones, con indicación del plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento, de acuerdo al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS 046-2001-EM) o el que lo sustituya.

⁴⁶ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 009-2001-EM-DGAA. GUÍA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – SUBSECTOR MINERÍA.

En efecto, el establecimiento de una recomendación se justifica en los hallazgos u observaciones verificados en las instalaciones del titular minero, los cuales traducen principalmente las condiciones deficientes en los procesos, técnicas u operaciones realizadas para el desarrollo de la actividad minera, así como la detección de incumplimientos a las obligaciones fiscalizables en materia ambiental, que causan o pueden causar impactos negativos al ambiente.

De este modo, con el propósito de superar estas condiciones o incumplimientos detectados durante la supervisión, el Supervisor Externo se encuentra habilitado a formular las recomendaciones que considere adecuadas para subsanar las mismas y así evitar o disminuir el impacto negativo que tales condiciones causan o puedan causar al ambiente, correspondiendo precisar que la obligación de hacer o no hacer en que consiste la recomendación no sólo se sustenta en la normativa del sector sino también en los criterios técnicos y las tecnologías disponibles que resultaran aplicables.

A su vez, cabe agregar que la labor de determinación sobre el cumplimiento o no de las recomendaciones formuladas por los Supervisores Externos en la forma, modo y/o plazo especificados para su ejecución, corresponde a la autoridad encargada de supervisión, fiscalización y sanción, siendo posible en caso de verificar una situación

PRINCIPIOS DE LA FISCALIZACIÓN

1.10 Acciones Correctivas

Las acciones correctivas se refieren a los procedimientos que rectificarán el no-cumplimiento. Cuando sea apropiado, el fiscalizador deberá recomendar medidas de acción correctivas basadas en los resultados encontrados. (...)

1.27 Organización y Preparación del Reporte Final

La organización del informe final de fiscalización es crítica para completar el programa de fiscalización. De acuerdo con lo aprobado en la Resolución Directoral 129-96-EM/DGM, el Informe de fiscalización elaborado por las Empresas de Auditoría e Inspectoría deberán tener en cuenta la siguiente estructura: (...)

VI) Recomendaciones

Las recomendaciones constituyen las medidas a implementar por la entidad fiscalizada y deben estar orientadas a corregir las deficiencias emergentes de la fiscalización realizada. Estarán dirigidas al Ministerio de Energía y Minas y a los funcionarios de la entidad fiscalizada, que tengan competencia para disponer lo conveniente.

Los plazos de ejecución de las recomendaciones, serán computados a partir de la fecha de presentación del informe de fiscalización a las empresas mineras.

Las recomendaciones deben fundamentarse en lo observado durante la inspección in situ y en las conclusiones del informe; indicando el plazo de ejecución.

Las recomendaciones estarán dirigidas a los responsables de ordenar la solución de las deficiencias y deben ser técnica y económicamente factibles de implementar.

Al formular las recomendaciones se enfatizará en precisar las medidas necesarias para la acción correctiva, aplicando criterios de oportunidad, de acuerdo a la naturaleza de las observaciones.

Se deberá incluir recomendaciones que mejoren los controles internos cuando se detecte deficiencias de control. También se deberá incluir en este rubro las recomendaciones determinadas en auditorías anteriores que no hayan sido corregidas.

La Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA se encuentra disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/guiamineriaix.pdf>

de incumplimiento imponer la sanción correspondiente, según lo indicado en el párrafo anterior de acuerdo a lo establecido por el numeral 28.4 del artículo 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD⁴⁷.

Es por estos motivos que, una vez formulada la recomendación en ejercicio de la potestad supervisora, ésta se constituye en una auténtica obligación ambiental fiscalizable, resultando exigible y sancionable de conformidad con el tipo infractor previsto en el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.


Atendiendo a lo expuesto, corresponde señalar que la fiscalizadora externa ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. durante la supervisión de las normas de protección y conservación del ambiente realizada en el año 2007 en la Unidad Minera ATACOCHA y concesión de beneficio Chicrín, estableció lo siguiente:

“Recomendación N° 07.- Bocamina 3600: Sector cajón de descarga de agua de mina hacia la Poza de Sedimentación en Planta.- El titular minero debe realizar el correspondiente mantenimiento y limpieza del canal que deriva las aguas hacia el cajón de descarga disponiendo adecuadamente los sedimentos.

Plazo : 15 días útiles (Fecha de Vencimiento: 10-08-07)

*Responsable : Superintendencia de Mina
Jefe de Medio Ambiente”*

(Foja 237 del expediente administrativo sancionador N° 2007-053).

 Sobre el particular, en el numeral 4.8 referente a la verificación en campo del Informe N° GFM-045-2008 de fecha 13 de febrero de 2008 (Foja 15), el supervisor del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN manifestó lo siguiente:

“En el canal que deriva el efluente que proviene del nivel 3600, se verificó el derrame de efluentes, como consecuencia del colapso de dicho canal (...)

Este incumplimiento fue verificado en la supervisión ambiental regular efectuada en julio del 2007, lo que motivó que el fiscalizador encargado de dicha supervisión formule la recomendación respectiva (recomendación N°

⁴⁷ RESOLUCION N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS DE OSINERGMIN.

Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

7), otorgándole un plazo de 15 días para ser cumplida (10 de agosto del 2007). Sin embargo, en las fechas de supervisión materia del presente informe (6 y 7 de febrero del 2008), aún no se había cumplido con la recomendación del fiscalizador externo” (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, se verifica que ATACOCHA no cumplió con la recomendación efectuada por el fiscalizador externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. durante la supervisión de las normas de protección y conservación del ambiente realizada en el año 2007, contenido en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-Acomisa.

Ahora bien, conforme a la disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió en el presente caso.

Finalmente, cabe precisar que de acuerdo al artículo 9° del mencionado Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y artículo 18° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales así como mandatos o disposiciones emitidas por este Organismo Técnico Especializado, razón por la cual encontrándose acreditado el incumplimiento de la Recomendación N° 07 del Informe N° 06-MA-2007-Acomisa, correspondiente a la Primera Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente de 2007 elaborada por la fiscalizadora externa ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., correspondía imponer la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

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

Sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad y Legalidad

17. Respecto a lo alegado en los literales g) y h) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 regula el Principio de Razonabilidad, el mismo que establece que las sanciones a ser aplicadas deberán adaptarse dentro de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar.

Tal dispositivo legal debe concordarse con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 230° del mismo cuerpo legal, por el cual se establece que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo para estos efectos observar los criterios de graduación.

Por otro lado, el Principio de Legalidad contenido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que les sean atribuidas y con los fines para los que les fueron conferidas.

Ahora bien, en cuanto a lo alegado por la apelante respecto a que no se ha valorado el fundamento de aplicación del Principio Precautorio, conforme ya se ha señalado en el considerando N° 15 de la presente resolución, era obligación de ATACOCHA implementar las medidas que logran eliminar la fuente generadora del impacto pero respetando el marco legal correspondiente.

Siguiendo ese orden de ideas, se tiene que en el presente procedimiento sancionador se ha acreditado objetivamente que la recurrente no ha cumplido con las normas sustantivas que fueron objeto de imputación, por lo que le correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que asciende al valor fijo de diez (10) UIT.

Asimismo, se constata que la multa total impuesta se determinó de acuerdo a lo establecido por la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002626 de fecha 11 de mayo de 2009, sólo en el extremo referido a la infracción de los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el artículo 74° de la Ley N° 28611, el artículo 104° de la Ley N° 26842, por los fundamentos expuestos en el numeral 15 de la parte considerativa de la presente resolución; y, en consecuencia, **RETROTRAER** el procedimiento administrativo sancionador al momento en que se realice la imputación de cargos en dicho extremo, **DEVOLVIÉNDOSE** los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que actúe conforme a sus atribuciones.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 002626 de fecha 11 de mayo de 2009, en los extremos no incluidos en el artículo primero

que antecede, por los fundamentos expuestos en los numerales 11 al 14 y 16 al 17 de la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO TERCERO.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a cuarenta y dos (42) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

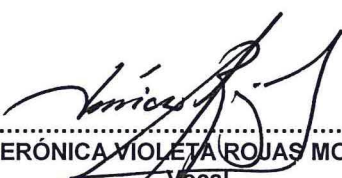
ARTÍCULO CUARTO.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y Comuníquese.


.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


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


.....
HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental