

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 071 -2014-OEFA/TFA

EXPEDIENTE N° : 065-2011-DFSAI/PAS
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 481-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma la resolución de primera instancia pues el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental sí tenía competencia para imputar el incumplimiento de los mandatos ordenados por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, al constituir incumplimientos de normas de protección ambiental."

Lima, 29 ABR. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Atacocha S.A.A.¹ (en adelante, Atacocha) es titular de la unidad minera Atacocha, ubicada en el distrito de Yanacancha, provincia de Pasco, departamento de Pasco.
2. Del 25 al 29 de agosto de 2009, Consorcio Geosurvey – Shesa Consulting (en adelante, la supervisora) por encargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) realizó una supervisión regular en la unidad minera de titularidad de Atacocha.
3. Durante la supervisión, la supervisora verificó que Atacocha habría incumplido con las recomendaciones y medidas correctivas formuladas por el Osinergmin,

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100123500.

conforme se desprende del Informe N° 01-2009-GEOSHESA/MA (en adelante, Informe de Supervisión)².

4. El 24 de junio de 2011, la Sub Dirección de Instrucción de la Dirección de Fiscalización, Sanción e Incentivos (en adelante, DFSAI) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) notificó a Atacocha la Carta N° 112-2011-OEFA/DFSAI³, comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, atendiendo a los hechos verificados en la supervisión.
5. El 18 de julio de 2011⁴ y el 14 de mayo de 2013⁵ Atacocha presentó sus descargos respecto a la imputación realizada mediante Carta N° 112-2011-OEFA/DFSAI⁶.
6. El 14 de octubre de 2013, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI⁷, a través de la cual sancionó a Atacocha con una multa de doscientos setenta y dos con cuatro centésimas (272,04) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de 2 infracciones, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1: Sanción impuesta

N°	Hecho Imputado	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
1	La empresa minera no construyó el túnel de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central, lo que constituiría un incumplimiento del mandato	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD ⁸	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo	252,84 UIT

 ² Foja 6 a 826.

³ Fojas 927 a 934.

⁴ Fojas 935 a 937.

⁵ Fojas 948 a 964

 ⁶ El 25 de abril de 2013, la DFSAI emitió la Resolución Subdirectoral N° 296-2013-OEFA-DFSAI/SDI, mediante la cual amplió las imputaciones del inicio del procedimiento administrativo sancionador. (Foja 944 a 946)

⁷ Fojas 1001 a 1013.

⁸ Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable a la actividad minera. Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y minería OSINERGMIN N° 185-2008-OS-CD.

ANEXO 1

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

Rubro	Tipificación de la infracción Artículo 1° de la Ley 27699- Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la inversión en Energía y Minería	Base Legal	Supervisión y Fiscalización Minera

	establecido en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 001021 de fecha 30 de setiembre de 2008.		Directivo N° 185-2008-OS/CD	
2	El titular minero no construyó el canal de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso 1, lo cual constituiría un incumplimiento del mandato establecido en el numeral 2.1 del Artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00898 de fecha 22 de setiembre de 2008.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD	19,20 UIT
Multa total				272,04 UIT

Fuente: DFSAI

7. La Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos jurídicos:

- (i) Los hechos constatados por los funcionarios públicos, quienes tienen la condición de autoridad, tienen valor probatorio dentro de un procedimiento administrativo sancionador, salvo prueba en contrario.
- (ii) No obstante que a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador se encontraba vigente la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD, también resulta de aplicación la Resolución de Consejo de Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.
- (iii) La autoridad instructora varió la imputación de cargos como consecuencia de revalorizar lo verificado por la supervisora, al advertir que Atacocha no solo estaría incumpliendo lo establecido en la Resolución de Gerencia General N° 001021, sino también la Resolución de Gerencia General N° 000898.
- (iv) Las conductas imputadas a Atacocha por el incumplimiento de los mandatos emitidos por el Osinergmin, califican como infracciones continuadas pues su incumplimiento produce una situación antijurídica duradera en el tiempo.
- (v) La legalidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD viene dada por la Ley N° 27669⁹ y la Ley N° 28964¹⁰, que facultó al Consejo

9	Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad dispuestas, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN	Art. 2 Ley N° 27699 Artículos 10° y 13° de la Ley N° 28964. Numeral 232.1 Ley N°27444. Art. 18° y 41° del Reglamento aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD. Artículos 21°, 31° y 79° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.	Hasta 1000 UIT
---	---	---	----------------

Ley N° 27669, que aprobó la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinerg.

Directivo del Osinergmin a tipificar hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como aprobar la Escala de Multas.

(vi) Atacocha no cumplió con el mandato referido a la construcción del túnel de derivación del río Huallaga pues no construyó el canal de sección trapezoidal en la parte central y el revestimiento de las paredes.

(vii) Atacocha incumplió la medida correctiva referida a la construcción del canal de coronación para el depósito de relaves Cajamarquilla Vaso I y II.

8. El 4 de noviembre de 2013¹¹, Atacocha apeló la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI, solicitando que se revoque la misma y se archive el presente procedimiento.

Fundamentos jurídicos del recurso de apelación

a) La primera infracción por incumplimiento del mandato dictado por el Osinergmin mediante Resolución de Gerencia General N° 001021 por no construir el canal trapezoidal en el túnel de derivación del río Huallaga, no tiene naturaleza ambiental sino de seguridad de las instalaciones, por lo que el OEFA no tenía competencia para sancionar el hecho infractor.

La recomendación que dio origen al mandato no se basó en un compromiso establecido en sus instrumentos de gestión ambiental, ni fue formulado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros; sino que fue formulada por la Dirección Técnica de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

La Resolución de Gerencia General N° 001021 no sustenta por qué la recomendación constituiría un compromiso ambiental. Tampoco existen medios probatorios en el expediente que establezcan el carácter ambiental del hecho imputado.

b) En cuanto a la segunda infracción sobre incumplimiento del mandato ordenado por Osinergmin mediante Resolución de Gerencia General N° 00898, el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM señala que los canales de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla Vaso I se construirán al final de la construcción del Vaso III; siendo ello así, Atacocha no ha incumplido recomendación alguna respecto de la construcción de dichos canales, pues todavía no ha culminado la construcción del Vaso III.

c) La Ley N° 27444 solo señala de forma genérica dos tipos de infracciones; sin embargo, si se hace concordancia con lo desarrollado por la doctrina, se

¹⁰ Ley N° 28964, que aprobó la Ley que transfirió competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg.

¹¹ Fojas 1015 a 1041 y complementada mediante escrito con registro N° 34318 (Fojas 1060 a 1071)

puede concluir que hay tres tipos de infracciones: instantáneas, permanentes y continuas.

Contrariamente a lo señalado por el OEFA, la naturaleza de las supuestas infracciones cometidas no corresponde a una de naturaleza continuada, toda vez que no se encuentran previstos los requisitos en la norma para que la misma califique como tal. Siendo ello así, se ha recurrido al concepto de infracción continuada para justificar la errónea aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 233° de la Ley N° 27444 con la finalidad de negar el hecho que la potestad sancionadora ya prescribió.

Las supuestas infracciones cometidas no son continuadas en la medida que éstas se refieren a aquellas situaciones en donde existe una recurrencia en la acción infractora cometida por el administrado a lo largo del tiempo, debiendo existir identidad de sujetos y una continuidad o reiteración de la conducta infractora en un periodo de tiempo. De esta manera, en el presente caso no se han generado varios hechos capaces de constituir en sí mismos una infracción administrativa, sino, solamente se ha generado un único supuesto de hecho infractor para cada infracción imputada.

Los hechos imputados constituyen infracciones instantáneas en la medida que se le otorgó un plazo para que cumpla con los mandatos ordenados por el Osinergmin; siendo que al no realizar las acciones solicitadas por la autoridad dentro del plazo, el hecho se consumó al término del plazo concedido.

Por lo tanto, el computo del plazo para la prescripción de la potestad sancionadora debió contabilizarse a partir del día siguiente de vencido el plazo establecido para el cumplimiento de los mandatos. Siendo ello así, ya prescribió la potestad sancionadora del OEFA.

- d) La metodología del cálculo de la multa del OEFA, se aplica cuando existe daño real o potencial, pero no cuando no existe daño como en el presente caso.

II. COMPETENCIA

9. 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 Ambiente¹², se crea el OEFA.

¹² 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.

10. Según lo establecen los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹³ (en adelante, Ley N° 29325), 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.
11. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la 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 OEFA¹⁴.
12. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁵ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin¹⁶ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁷, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión,

¹³ 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.

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.

Ley N° 29325.

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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

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

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

¹⁶ 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 OSINERGMIN

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

¹⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD, aprueban 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.


fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.


13. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁸, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁹, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD²⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

14. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal 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)²¹.


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.


 ¹⁸ 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.

 ¹⁹ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de organización y funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.
Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental
El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

 ²⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 032 - 2013-OEFA/CD, que aprueban el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 02 de agosto de 2013.

"Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recurso de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defecto de tramitación y otras funciones que el asigne la normativa de la materia."

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento jurídico 27.

15. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente²², 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.
16. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En esa situación, 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.
17. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional el conjunto de normas jurídicas que regulan 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 ambiente²³.
18. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como *principio jurídico*, que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como *derecho fundamental*²⁴ 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 preserve²⁵; y, (iii) como *conjunto de obligaciones* impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁶.

²² 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.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁴ 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.

²⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Fundamento jurídico 4) ha señalado lo siguiente:

"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".

²⁶ 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.

19. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos²⁷.
20. En tal contexto, 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 que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
21. Bajo este marco constitucional que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas, así como las obligaciones de los particulares en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A RESOLVER

22. La resolución de las controversias planteadas en el presente caso se puede realizar a partir del análisis de los aspectos relevantes de las cuestiones controvertidas en el expediente. De acuerdo con esta metodología, las respuestas a las controversias jurídicas, formuladas a modo de preguntas principales que a su vez se pueden sustentar en preguntas y respuestas secundarias, resuelven la controversia planteada²⁸.
23. A juicio del Tribunal, las cuestiones controvertidas principales y secundarias en el presente caso, son las siguientes:
 - (i) Primera cuestión controvertida: Si el OEFA tenía competencia para sancionar el incumplimiento del mandato establecido en la Resolución de Gerencia General N° 001021.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

²⁸ Una metodología para el trabajo jurídico similar a la adoptada por el Tribunal es propuesta por Marcial Rubio Correa que señala lo siguiente:

"Del cotejo de los hechos de la realidad y los elementos aportados al caso por el sistema jurídico, aparecen los problemas que deben ser solucionados desde el Derecho.
Los problemas son de dos tipos: principales (o centrales) y accesorios (o secundarios), ambos importantes. El problema principal es aquel cuya respuesta resuelve el caso planteado (...).
Los problemas accesorios son los que contribuyen a resolver el problema principal (...).
Los problemas deben ser formulados clara y distintamente (primera regla de Descartes) y analizados hasta en sus unidades de problema más elementales (segunda regla)".

Ver: RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Sexta Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1993. pp. 360 - 361

- (ii) Segunda cuestión controvertida: Si Atacocha incumplió el mandato ordenado por Resolución de Gerencia General N° 000898.
- (iii) Tercera cuestión controvertida: Si ha prescrito la potestad sancionadora del OEFA.
- (iv) Cuarta cuestión controvertida: Si los criterios de graduación para el cálculo de la multa aplicados en la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI son conformes al ordenamiento jurídico.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Primera cuestión controvertida: Si el OEFA tenía competencia para sancionar el incumplimiento del mandato establecido en la Resolución de Gerencia General N° 001021

24. En referencia a lo señalado en el literal a) del considerando 8 de la presente resolución, Atacocha sostiene que no tiene naturaleza ambiental el mandato dictado por el Osinergmin, sino que es un tema sobre seguridad de las instalaciones; por lo que el OEFA no tenía competencia para sancionar el hecho infractor. Agrega que la recomendación que dio origen al mandato no se basó en un compromiso establecido en sus instrumentos de gestión ambiental, ni fue formulado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros; sino que ésta fue formulada por la Dirección Técnica de Minería del Ministerio de Energía y Minas.
25. Al respecto, el artículo 38° del Decreto Supremo N° 018-92-EM que aprueba el Reglamento de Procedimientos Mineros²⁹ (en adelante, Decreto Supremo N° 018-92-EM) dispone que la Dirección General de Minería inspecciona las instalaciones de beneficio a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e **impacto ambiental** para otorgar la concesión de beneficio (Resaltado agregado).
26. En ese contexto, se realizó una inspección para verificar la culminación del proyecto de depósito de relaves Cajamarquilla - Primera Etapa (Vaso II) correspondiente a la modificación de la concesión de beneficio Chicrín N° 2. Producto de dicha inspección, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas elaboró el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM recomendando lo siguiente:

²⁹ Decreto Supremo N° 018-92-EM, que aprueba el Reglamento de Procedimientos Mineros, publicado en el diario oficial en El Peruano el 8 de setiembre de 1992.

"Artículo 38°.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente. La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. (...)"

"(..)

- b) Los canales de coronación de las márgenes derecha e izquierda del depósito de relaves Cajamarquilla deben estar culminadas conforme al proyecto aprobado. Plazo antes de la próxima temporada de lluvias (30-11-2006)
- c) Culminar la construcción del túnel de derivación del río Huallaga, conforme al proyecto aprobado. Plazo antes de la próxima temporada de lluvias (30-11-2006).

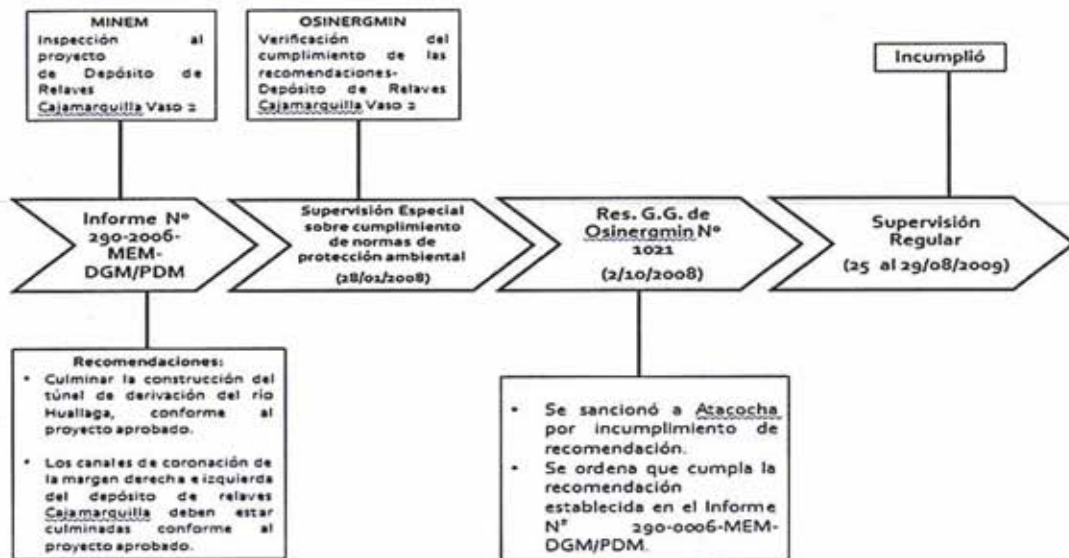
(...)³⁰

- 27. Ahora bien, la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin encargó a la empresa supervisora Asesores y Consultores Mineros S.A. que realice una supervisión especial en la unidad minera Atacocha a fin de que verifique el cumplimiento de las recomendaciones formuladas mediante Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM.
- 28. Como consecuencia de dicha supervisión, Osinergmin inició un procedimiento administrativo sancionador a Atacocha (Expediente N° 004-08-MA/E) por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio ambiente, imputando incumplimiento de la recomendación descrita en el literal c) del considerando 26 de la presente resolución.
- 29. Mediante Resolución de Gerencia General N° 001021 del 30 de setiembre de 2008, Osinergmin sancionó a Atacocha por incumplimiento de la recomendación en cuestión. De igual modo, se dispuso en el artículo segundo de la parte resolutive de la referida resolución que Atacocha "cumpla la recomendación signada en el literal c) del Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM, aprobada por Resolución N° 491-2006-MEM-DGM/V de la Dirección General de Minería, la misma que deberá hacerse dentro del plazo de seis (6) meses."³¹.
- 30. Lo antes expuesto, se gráfica del siguiente modo:

Gráfico N° 1: Línea de tiempo

³⁰ Foja 940.

³¹ Foja 758 a 759.



Fuente: Elaboración propia

31. Conforme a lo antes expuesto, se desprende que Osinergmin consideró que el incumplimiento de la recomendación en cuestión era de naturaleza ambiental; por lo que hizo suyas las recomendaciones formuladas por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, toda vez que el incumplimiento de las medidas o acciones que debe cumplir el titular minero para la subsanación de observaciones dentro del plazo otorgado para la subsanación da lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador en atención a lo dispuesto por el numeral 28.4 del artículo 28 de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS-CD³².
32. De otro lado, en el Informe de Supervisión Especial de Verificación del Cumplimiento de Recomendación-Depósito de Relaves Cajamarquilla (Vaso II), correspondiente al expediente N° 004-08-MA/E, la empresa supervisora señaló que la implicancia ambiental que se estaría produciendo por no culminar la construcción del túnel de derivación del río Huallaga conforme el proyecto aprobado, sería la alteración de la calidad y cantidad de las aguas³³.
33. Al respecto, en el EIA del proyecto Nuevo Depósito de Relaves - Vaso Cajamarquilla Etapa 1 aprobado por Resolución Directoral

³² Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS-CD, que aprueba el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.

"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."

³³ Foja 23 del expediente N° 004-08-MA/E.

N° 234-2005-MEM/DGAAM el 8 de junio de 2005 (en adelante, EIA Nuevo Depósito de Relaves) se señala:

“3.6.1.1 Dimensionamiento del túnel

(...) a partir de su unión con la galería de acceso antes mencionada, el túnel llevará en la parte central del piso **un canal de sección trapezoidal, con el fin de conducir los caudales que ingresan por la galería (...)**³⁴.

3.6.1.2 Revestimiento del túnel

(...) Se considera además que el río en este sitio presenta transporte sólido en cantidad moderada, por lo tanto, es de **esperar efectos de abrasión**. Por estas consideraciones es conveniente dotar al piso de un revestimiento más resistente que la propia roca caliza (...) ³⁵ (Resaltado agregado)

34. De lo expuesto en el EIA Nuevo Depósito de Relaves, se desprende que la construcción del canal trapezoidal era una obligación ambiental, que debió cumplir Atacocha en su debido momento, pues el objetivo ambiental era evitar la alteración de la calidad del agua.
35. En efecto, el EIA Nuevo Depósito de Relaves considera que el río arrastrará en ese tramo sólidos en su corriente, los cuales pueden generar abrasión en el lecho del túnel formado de roca caliza lo cual incrementaría los sedimentos. Ello alteraría la calidad del agua, dependiendo de la turbulencia del río y del tamaño de la partícula, los sedimentos suspendidos podrían inicialmente afectar la calidad del agua y productividad del río al limitar la penetración de la luz³⁶. También, se debe tener en cuenta que los sedimentos pueden actuar como decantadores de varios contaminantes, pero igualmente pueden convertirse en una fuente de contaminantes bajo ciertas circunstancias.³⁷
36. Por lo tanto, el mandato dictado por el Osinergmin mediante el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General N° 001021 sí tiene naturaleza ambiental.

³⁴ Foja 151 del EIA del Nuevo Depósito de Relaves - Vaso Cajamarquilla Etapa 1.

³⁵ Foja 152 del EIA del Nuevo Depósito de Relaves - Vaso Cajamarquilla Etapa 1.

³⁶ Michael E. McClain. *Processes reducing sediment loads in rivers*. The Ecohydrology of South American Rivers and Wetlands. 2002. Netherlands. IAHS ed. p 202. Última fecha de consulta: 21 de marzo de 2014.
<http://books.google.com.pe/books?id=Ae1OJ-vyKSkC&pg=PA202&dq=sediments+in+rivers&hl=es&sa=X&ei=T3UsU5iGNuLL0AGD0oCYAw&ved=0CDsQ6AEwAg#v=onepage&q=sediments%20in%20rivers&f=false>

³⁷ Bernd Westrich, Ulrich Förstner. *10.3.1 Role of Sediments in Freshwater Quality*. Sediment Dynamics and Pollutant Mobility in Rivers: An Interdisciplinary Approach. Germany. Springer ed. p 401. Última fecha de consulta: 21 de marzo de 2014.
<http://books.google.com.pe/books?id=UxbcOmW9pvQC&pg=PA401&dq=sediments+in+rivers&hl=es&sa=X&ei=T3UsU5iGNuLL0AGD0oCYAw&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=sediments%20in%20rivers&f=false>

37. Cabe agregar, que en la supervisión que dió origen al presente procedimiento, la supervisora verificó que Atacocha incumplió el mandato ordenado por Resolución de Gerencia General N° 001021, al señalar que "a la fecha, si bien es cierto Minera Atacocha ha culminado la construcción del túnel de derivación del río Huallaga, éste no se ha construido con canal de sección trapezoidal en la parte central"³⁸. Tal afirmación es complementada con la fotografía N° 12.13 contenida en el Informe de Supervisión ³⁹ en el cual se describe que el túnel no cuenta con sección trapezoidal en la parte central.
38. Por lo tanto, se desprende que Atacocha incumplió el mandato ordenado por la Resolución de Gerencia General N° 001021.
39. En base a lo antes expuesto, el OEFA tenía competencia para imputar el incumplimiento del mandato dictado por la Resolución de Gerencia General N° 001021, toda vez que la recomendación formulada en el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM sí tiene naturaleza ambiental.

En conclusión, el OEFA sí tenía competencia para imputar el incumplimiento del mandato ordenado por la Resolución de Gerencia General N° 001021, pues éste constituye un incumplimiento a las normas de protección ambiental, por lo que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.


V.2 Segunda cuestión controvertida: Si Atacocha incumplió el mandato ordenado por Resolución de Gerencia General N° 000898

40. En referencia a lo señalado en el literal b) del considerando 8 de la presente resolución, Atacocha sostiene que el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM señala que los canales de coronación del depósito de relaves Cajamarquilla se construirán al final de la construcción del Vaso III; siendo ello así, Atacocha no ha incumplido recomendación alguna respecto de la construcción de dichos canales, pues todavía no ha culminado la construcción del referido Vaso III.
41. Conforme se ha señalado precedentemente, como producto de la inspección que se realizó en el área del proyecto del depósito de relaves Cajamarquilla – Primera etapa (Vaso II), se emitió el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM en el cual la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas formuló la siguiente recomendación: "Los canales de coronación de las márgenes derecha e izquierda del depósito de relaves Cajamarquilla deben estar culminados conforme al proyecto aprobado".
42. En el referido Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM solo se dió cuenta de lo verificado durante la inspección al depósito de relaves Cajamarquilla - Primera Etapa (Vaso II).

³⁸ Foja 17.


³⁹ Foja 102.

43. Entonces, contrariamente a lo alegado por Atacocha, lo que consta en el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM es su manifestación, donde señaló que la construcción de los canales de coronación (margen derecha e izquierda) se realizaría al final de la construcción del Vaso III⁴⁰; sin embargo, ello no constituye un pronunciamiento de la autoridad competente que respalde a Atacocha para eximirse de su responsabilidad de cumplir con lo ordenado por el Osinergmin.
44. Cabe agregar que en el EIA Nuevo Depósito de Relaves se estableció como compromiso la obligación ambiental de construir canales de coronación (en la margen derecha e izquierda); sin embargo la misma fue incumplida por Atacocha conforme se corrobora de la Resolución de Gerencia General N° 000898 del 27 de setiembre de 2008, a través de la cual se sancionó a Atacocha por incumplimiento del compromiso antes mencionado⁴¹, y se ordenó como medida correctiva la construcción de los canales de coronación en el plazo de 120 días⁴².
45. Ahora bien, la medida correctiva ordenada por Osinergmin constituye una nueva obligación, independiente de la sanción impuesta en la Resolución de Gerencia General N° 000898 por incumplimiento de la obligación ambiental contenida en su EIA Nuevo Depósito de Relaves.
46. Siendo ello así, Atacocha tenía el plazo de 120 días para cumplir el mandato ordenado por el Osinergmin, pero ello no sucedió, conforme se corrobora del Informe de Supervisión en el cual la supervisora verificó que "Minera Atacocha no ha construido los canales de coronación para los depósitos de relaves Cajamarquilla Vasos I y II⁴³". Tal afirmación se complementa con las fotografías N° 12.11 y 12.12 contenidas en el Informe de Supervisión de las cuales se advierte la falta de canales de coronación⁴⁴.



En conclusión, Atacocha incumplió la medida correctiva dispuesta en el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General N° 000898, pues no construyó los canales de coronación dentro del plazo concedido, por lo que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

V.3 Tercera cuestión controvertida: Si ha prescrito la potestad sancionadora del OEFA

- 
47. En referencia a lo señalado en el literal c) del considerando 8 de la presente resolución, Atacocha sostiene que las infracciones imputadas no son de naturaleza continuada, toda vez que no se cumplen los requisitos establecidos en la norma para que la misma califique como tal. Atacocha refiere que constituyen infracciones



⁴⁰ Foja 3 del expediente N° 004-08-MA/E, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador contra Atacocha.

⁴¹ En el expediente administrativo sancionador N° 2007-053. (Foja 750)

⁴² Foja 756.

⁴³ Foja 17.



⁴⁴ Foja 101.

instantáneas en la medida que se le otorgó un plazo para que cumpla con los mandatos ordenados por el Osinergmin; siendo que al no realizar las acciones solicitadas por la autoridad dentro del plazo el hecho se consumó al término del plazo concedido.

48. Al respecto, cabe indicar que el artículo 233° de la Ley N° 27444 establece que el inicio del cómputo del plazo de prescripción en infracciones de acción continuada, comienza en la fecha del cese de las mismas; mientras que para el caso de las infracciones instantáneas comienza en la fecha en que se cometió la infracción⁴⁵.
49. Por consiguiente, para determinar si en el presente caso se ha configurado el supuesto de la prescripción de la potestad sancionadora del OEFA es preciso analizar si las infracciones cometidas por Atacocha tienen el carácter de infracción instantánea o infracción continuada.
50. Es importante hacer hincapié que cuando el artículo 233° de la Ley N° 27444 indica *acción continuada*, se debe entender que la ley contempla y se está refiriendo a una situación antijurídica prolongada en el tiempo. Por ello, el *dies a quo* del plazo de prescripción comienza a contarse a partir del cese de la conducta infractora⁴⁶.
51. Al respecto, este Tribunal considera que en el caso particular de las infracciones por incumplimiento de mandatos, descritas en los numerales 1 y 2 del cuadro N° 1 de la presente resolución, éstas no tienen naturaleza jurídica de infracción instantánea sino de acción continuada, por cuanto el incumplimiento de los mismos por parte de Atacocha ha producido una situación antijurídica duradera en el tiempo que configura infracción administrativa y que sólo puede cesar por voluntad propia del administrado.
52. En efecto, mientras Atacocha persista en el incumplimiento de los mandatos dictados por el Osinergmin mediante Resolución de Gerencia General N° 000898 y 001021, respectivamente, se mantendrá el ilícito administrativo indefinidamente. Bajo ese supuesto, las infracciones no han dejado de producirse pues Atacocha no ha ofrecido los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de los mandatos dictados por Osinergmin; por lo tanto no se ha iniciado el término inicial del cómputo del plazo y no ha prescrito la potestad sancionadora mientras no se acredite el cese de la conducta infractora.

⁴⁵ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

"Artículo 233°.- Prescripción (...)

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. (...)"

⁴⁶ La doctrina de Derecho Administrativo Sancionador, concordante con el Derecho Penal, es unánime en sostener que en el caso de las infracciones permanentes "...su plazo de prescripción comienza, precisamente en el instante en que cesa el estado antijurídico creado por el autor y no antes, en la medida en que no puede empezar a prescribir aquello que todavía no ha terminado". Por ello, pues, no puede operar la prescripción porque la infracción no ha dejado de producirse, es decir, no se inicia el cómputo del plazo y no prescribe mientras persiste el incumplimiento, no prescribe mientras no cesa la misma. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda Edición, 2010, España: Thomson Reuters, p. 653.

53. En cambio, las conductas imputadas no pueden considerarse como infracciones instantáneas porque en este tipo de infracciones el hecho se consuma en un solo acto, y en el presente caso, la conducta infractora de Atacocha se mantiene duradera en el tiempo, toda vez que no ha cumplido con los mandatos ordenados por la entidad fiscalizadora.
54. Por lo tanto, considerando que en el presente procedimiento no se ha acreditado el cese de tales incumplimientos, el plazo prescriptivo para tales infracciones aún no ha iniciado.

En consecuencia, no ha prescrito la potestad sancionadora del OEFA, por lo que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

V.4 Cuarta cuestión controvertida: Si los criterios de graduación para el cálculo de la multa aplicados en la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI son conformes al ordenamiento jurídico

55. En referencia a lo señalado en el literal d) del considerando 8 de la presente resolución, Atacocha sostiene que la metodología del cálculo de la multa del OEFA, se aplica cuando existe daño real o potencial, pero no cuando no existe daño como en el presente caso.
56. Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al principio de razonabilidad, reconocido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa que impliquen la imposición de sanciones deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁴⁷.
57. Por su parte, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 regula el principio de razonabilidad aplicable en el marco de la potestad sancionadora administrativa, precisando que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.
58. En tal sentido, el principio de razonabilidad prescribe que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción,

⁴⁷ Ley N° 27444.

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."

debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación⁴⁸:

- a) **La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;**
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

59. En este orden de ideas, se advierte que la determinación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos a nivel normativo, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar en un caso específico la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa.

60. En esa línea, con relación a la aplicación del principio materia de análisis, Morón Urbina explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa"⁴⁹. (Subrayado agregado)

61. Bajo dicho contexto, el artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD (en adelante, Resolución N° 003-2011-OEFA/CD),





⁴⁸

Ley N° 27444.

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor"

⁴⁹

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador. Novena Edición. Gaceta Jurídica. P. 699.

aplicable al presente caso, establece que para graduar la sanción se deberá observar los criterios establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444. A su vez, el artículo 33° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, Resolución N° 012-2012-OEFA/CD) recoge los criterios para graduar la sanción, así como los demás criterios previstos en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁵⁰.

62. En virtud de lo expuesto, se observa que el OEFA se encuentra habilitado a emitir las normas correspondientes a fin de reglamentar el procedimiento administrativo sancionador, así como a establecer criterios respecto a la gradualidad de las sanciones correspondientes, en virtud a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de Ley N° 27444 así como en el numeral 229.2 del artículo 229° de la Ley N° 27444⁵¹.
63. En el presente procedimiento administrativo, la sanción impuesta respecto de las infracciones que están detalladas en los numerales 1 y 2 del cuadro N° 1 de la presente resolución se encuentran previstas en el rubro 9 del Anexo 1 de la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones del Osinergmin aplicable a la actividad minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD.
64. Así las cosas, a efectos de determinar y graduar las sanciones aplicables dentro de los márgenes citados en el párrafo precedente, la DFSAI aplicó la fórmula descrita

⁵⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

"Artículo 33°.- Criterios para graduar la sanción

Para graduar la sanción se aplicarán los siguientes criterios:

- (i) El beneficio ilícito esperado;
- (ii) La probabilidad de detección de la infracción;
- (iii) El daño potencial a los bienes jurídicos materia de protección;
- (iv) El daño concreto a los bienes jurídicos materia de protección;
- (v) La extensión de los efectos de la infracción; y,
- (vi) Los demás criterios previstos en el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General."

⁵¹ Ley N° 27444.

"Título Preliminar

(...)

Artículo II.- Contenido

(...)

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

(...)

Artículo 229°.- Ámbito de aplicación de este Capítulo

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo."

en el considerando 75 de la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI⁵², en el cual se consideró los siguientes criterios a fin de graduar la sanción:

- i. Beneficio ilícito derivado de la infracción (B),
- ii. Probabilidad de detección (p)

65. En cuanto a los factores atenuantes y agravantes (F), se corrobora de los considerandos 82 y 92 de la resolución apelada que no se asignó un valor al Factor F1 (Gravedad del daño al ambiente). Tampoco se asignó ningún valor a los demás factores atenuantes y agravantes; por lo que la fórmula de la multa se consignó un valor de 1 (100%) para el factor (F), que es igual a 1.
66. Siendo ello así, de lo anterior se advierte que los referidos criterios considerados por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI se encuentran acordes con los criterios recogidos por el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, así como por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

En consecuencia, la aplicación de la multa se realizó conforme al principio de razonabilidad, y al no haber daño real en el presente caso, se aplicó correctamente los factores atenuantes y agravantes. Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por Atacocha.

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

SE RESUELVE:

Artículo primero.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 481-2013-OEFA/DFSAI del 14 de octubre de 2013, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a doscientos setenta y dos con cuatro centésimas (272,04) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicarse al momento de la cancelación el número de la

⁵²
$$Multa = \left(\frac{B}{p} \right) \cdot [F]$$

presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- 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



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

