

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución N°109-2023-OEFA/TFA-SE emitida en el
marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Nexa
Resources Atacocha S.A.A.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

María Teresa Cabrejos Caballero

ASESOR:

Martha Inés Aldana Durán

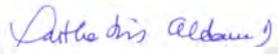
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, ALDANA DURAN, MARTHA INES, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Informe Jurídico sobre la Resolución N°109-2023-OEFA/TFA-SE emitida en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Nexa Resources Atacocha S.A.A.”**, del autor(a) CABREJOS CABALLERO, MARIA TERESA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 10 de julio del 2024

ALDANA DURAN, MARTHA INES	
DNI: 25680829	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8795-1631	

RESUMEN

El informe detalla un procedimiento administrativo sancionador iniciado por el OEFA contra Minera Nexa Resources Atacocha S.A.A por no cumplir con los plazos de cierre según el Plan de Cierre de Minas vigente durante la supervisión, a pesar de que posteriormente se extendieron esos plazos mediante una modificación del plan antes del inicio del procedimiento. Las normas pertinentes incluyen regulaciones sobre el cierre de minas y el derecho administrativo.

Según el análisis jurídico realizado, a pesar de ampliar la vida útil de la unidad minera mediante la modificación del Estudio de Impacto Ambiental, la referencia explícita en este sobre la aplicación del Plan de Cierre de Minas vigente durante la supervisión generó la exigibilidad de cumplir con este durante dicha etapa.

Sin embargo, al inicio del procedimiento sancionador, el OEFA disponía de un Plan de Cierre de Minas modificado que hacía inexigible la ejecución de las actividades de cierre en el plazo establecido por el plan vigente durante la supervisión.

En este contexto, en base a la cooperación entre las entidades competentes en materia ambiental, la modificación del Plan de Cierre de Minas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador no debió aprobarse respecto de los componentes cuestionados por el OEFA durante la supervisión.

Pese a ello, dado que la modificación del Plan de Cierre de Minas fue aprobada antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, el OEFA debió aplicar el Principio de Retroactividad Benigna, considerando que este actúa como una norma complementaria de tipo administrativo en blanco.

Palabras clave

Plan de Cierre de Minas, Estudio de Impacto Ambiental, Vida Útil, Cooperación Interinstitucional, Principio de Retroactividad Benigna

ABSTRACT

This Report outlines an administrative sanctioning procedure initiated by OEFA against Minera Nexa Resources Atacocha S.A.A for failing to meet closure deadlines as stipulated in the Mine Closure Plan during the supervision period, despite subsequently extending these deadlines through a plan amendment prior to the procedure's commencement. Relevant regulations encompass mine closure guidelines and administrative law.

According to the legal analysis conducted, despite extending the operational lifespan of the mining unit via an amendment to the Environmental Impact Assessment, explicit mention therein of adhering to the Mine Closure Plan during the supervision period rendered compliance mandatory at that stage.

However, at the commencement of the sanctioning procedure, OEFA possessed an amended Mine Closure Plan that rendered the execution of closure activities within the timeframe stipulated by the plan during supervision unnecessary.

In this context, based on cooperation among competent environmental entities, the amendment to the Mine Closure Plan prior to the commencement of the administrative sanctioning procedure should not have been approved concerning components contested by OEFA during supervision.

Nevertheless, given that the amendment to the Mine Closure Plan was approved prior to the initiation of the administrative sanctioning procedure, OEFA should have applied the Principle of Benign Retroactivity, considering it acts as a supplementary norm of administrative nature in blank.

Keywords

Mine Closure Plan, Environmental Impact Assessment, Operational Lifespan, Interinstitutional Cooperation, Principle of Benign Retroactivity

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
I.1. Justificación de la elección de la resolución	6
I.2. Presentación del caso.....	10
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	11
II.1. Antecedentes	11
II.2. Hechos relevantes del caso	15
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS ..	18
III.1. Problema principal.....	18
III.2. Problemas secundarios	18
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	18
IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	18
IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	20
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	21
1. ¿La ampliación de la vida útil del proyecto minero mediante la MEIA implicó la ampliación de las actividades de cierre establecidas en el 2MPCM?	21
1.1. Sobre la relación entre el cierre de minas y la vida útil del proyecto minero	21
1.2. Sobre la relación de complementariedad entre un EIA y un PCM.....	24
2. ¿La información con la que cuenta el OEFA antes del inicio del PAS debe ser utilizada para analizar la validez de la imputación a ser realizada por parte de esta autoridad?	29
2.1. Sobre lo señalado por Nexa en la MEIA respecto a la aplicación de la 2MPCM.....	29
2.2. Sobre la información con la que contaba el OEFA durante la fiscalización ambiental.....	31
3. ¿La 3MPCM debió de ser aprobada, bajo un análisis interinstitucional?	33
3.1. Sobre la interinstitucionales ambiental.....	33
3.2. Sobre la aprobación de la 3MPCM por el MINEM y su relación con la fiscalización del OEFA	34
4. ¿Es viable la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna al haberse aprobado la 3MPCM antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador?	36
4.1. Sobre la 3MPCM como una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco	36

4.2. Sobre el juicio de benignidad	42
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	46



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Expediente No. 0064-2020-OEFA/DFAI/PAS Resolución No. 109-2023-OEFA/TFA-SE
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Ambiental Derecho Minero Derecho Administrativo
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución No. 129-2022-OEFA/TFA-SE, No. 209-2022-OEFA/TFA-SE y No. 568-2022-OEFA/TFA-SE
Demandante / Denunciante	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)
Demandado / Denunciado	Nexa Resources Atacocha S.A.A
Instancia administrativa o jurisdiccional	Segunda Instancia Administrativa
Terceros	-
Otros	-

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

De acuerdo a lo establecido en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), toda actividad con un potencial impacto negativo significativo en el ambiente, debe contar con una certificación ambiental. Por lo tanto, las actividades mineras -que se caracterizan por su potencial impacto ambiental- requieren contar con su respectiva certificación ambiental, a través de la cual se establezcan obligaciones fiscalizables para el titular. Además de esta certificación, que constituye una herramienta principal de gestión ambiental, existen otros instrumentos complementarios, siendo los Planes de Cierre de Minas los más destacados en la industria minera. Estos instrumentos también establecen obligaciones fiscalizables para el titular, y definen las actividades de cierre que el titular debe ejecutar para restaurar de manera progresiva y final las áreas afectadas por la minería.

En ese sentido, los Planes de Cierre de Mina tienen un rol determinante en el desarrollo sostenible del país, en tanto tienen como finalidad mitigar los impactos negativos de la actividad minera en la salud de la población, en el ecosistema circundante y en la propiedad¹. Así, las medidas establecidas en dicho instrumento buscan rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera, para que ésta pueda alcanzar las características de un ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista². Sin este instrumento, y sin su adecuado cumplimiento, sería imposible garantizar una actividad minera realmente responsable con el ambiente y con las poblaciones aledañas.

A pesar de la importancia del mencionado instrumento, los procedimientos administrativos sancionadores derivados del incumplimiento del Plan de Cierre de Minas, particularmente por no ejecutar las actividades de cierre progresivo de

¹Artículo 1° de la Ley No. 28090, Ley que regula el Cierre de Minas.

²Artículo 3° de la Ley No. 28090, Ley que regula el Cierre de Minas.

acuerdo al cronograma aprobado, son usuales y es usual, a su vez, que acarreen multas millonarias para el administrado³. Un ejemplo de ello se encuentra en la Resolución No. 109-2023-OEFA/TFA-SE (la “Resolución”), resolución bajo análisis, en la cual la multa impuesta al titular supera los tres millones de soles, siendo la multa más alta impuesta a dicho administrado en su historial de infracciones, conforme se puede observar a continuación:

Gráfico 1

Detalle de infracciones ambientales sancionadas de Nexa conforme Registro Único de Infractores Ambientales Sancionados por el OEFA/

Administrado	Subsector	Expediente	Hecho imputado	Monto de la multa (UIT)
NEXA RESOURCES ATACÓCHA S.A.A.	Minería	0064-2020-OEFA/DFAI/PAS	El administrado no implementó las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Ticiacayán respecto a (i) Estabilidad hidrológica (canal de concreto), y (iii) revegetación en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Ticiacayán, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental. (Se archiva en el extremo referido a no haber implementado las actividades de cierre del depósito de relaves Ticiacayán respecto a la Estabilidad geotécnica (cobertura Tipo VIII))	7343.01
NEXA RESOURCES ATACÓCHA S.A.A.	Minería	0065-2011-DFSAI/PAS	Incumple el mandato establecido por OSINERGMIN, por el cual se señalaba que debía construir el (tunel) de derivación del río Huallaga con canal trapezoidal en la parte central.	252.84
NEXA RESOURCES ATACÓCHA S.A.A.	Minería	1927-2019-OEFA/DFAI/PAS	El titular minero construyó dos bocaminas, identificadas como Bocamina N° 1 y Bocamina N° 2, ubicadas en las coordenadas UTM WGS 84 E 367 341, N 8 830 140 y E 367 275, N 8 830 176 no contempladas en su instrumento de gestión ambiental.	193.2
NEXA RESOURCES ATACÓCHA S.A.A.	Minería	0064-2020-OEFA/DFAI/PAS	El administrado implementó una labor minera no contemplada, ubicada en las coordenadas UTM (Datum G884-LBL): E 366 308, N 8 830 184, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	129.36
NEXA RESOURCES ATACÓCHA S.A.A.	Electricidad	0306-2022-OEFA/DFAI/PAS	El administrado no cumplió con las disposiciones contempladas en la normativa ambiental, toda vez que no adoptó medidas de prevención a fin de evitar impactos negativos al ambiente, como consecuencia de la fuga y desbordamiento de agua del canal de demasías de la CH Chaprin por el colapso (rotura) de quince metros del muro lateral.	127.5
NEXA RESOURCES ATACÓCHA S.A.A.	Minería	0064-2020-OEFA/DFAI/PAS	El administrado no implementó las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Chicrin Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A respecto a la revegetación, toda vez que se verificaron sectores que no contaban con revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental. (Se archiva en el extremo referido a no haber implementado las actividades de cierre del depósito de relaves Chicrin Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A respecto a la estabilidad geotécnica)	77.13

Fuente: Registro Único de Infractores Ambientales Sancionados por el OEFA (RUIAS)

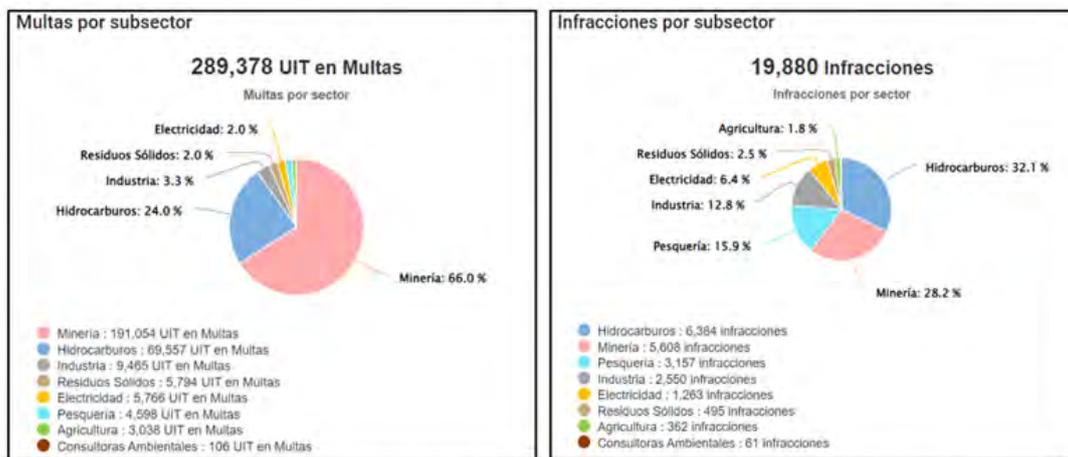
El persistente incumplimiento de las actividades de cierre, que tiene como consecuencia la imposición de multas significativas, se torna aún más preocupante al observar que las estadísticas del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (el “OEFA”) revelan que el subsector minero acumula la mayor cantidad de multas en comparación con otros subsectores. Además, el subsector minero ocupa el segundo lugar en términos de infracciones

³En el RUIAS es posible evidenciar que numerosos titulares de actividad minera (Activos Mineros S.A.C., Compañía Minera Santa Luisa S.A., Compañía Minera San Simón S.A., entre otros) han incurrido en la infracción referida a no ejecutar las medidas de cierre pertinentes conforme a lo establecido en su Plan de Cierre de Minas, siendo sancionados con las multas más altas por dicho incumplimiento.

identificadas, después del subsector de hidrocarburos, como se puede observar a continuación:

Gráfico 2

Estadísticas de infracciones y multas ambientales por subsectores



Fuente: Registro Único de Infractores Ambientales Sancionados por el OEFA (RUIAS)

Teniendo en cuenta lo antes señalado, se puede evidenciar que los altos niveles de incumplimientos al Plan de Cierre de Minas, especialmente en lo referente a las actividades de cierre progresivo, sugiere que los titulares de las actividades mineras pueden no estar completamente informados de las responsabilidades que implica el cierre adecuado de los componentes mineros. Además, indica que podrían existir problemas de institucionalidad entre las autoridades competentes en la aprobación de los Planes de Cierre de Minas y la fiscalización de su cumplimiento. Esta brecha en la comprensión y adecuada implementación resulta en sanciones que, además de afectar financieramente a los administrados, tienen implicaciones ambientales y sociales significativas.

Una de las explicaciones de este escenario, puede encontrarse en la práctica común referida a la existencia de un desfase entre lo establecido en el Estudio de Impacto Ambiental (el "EIA"), que constituye el principal instrumento de gestión ambiental del titular minero, y su respectivo Plan de Cierre de Minas (el "PCM"), el cual tiene la naturaleza de instrumento de gestión ambiental complementario. Esta relación principal-accesorio se ve afectada cuando, por ejemplo, se extiende la vida útil de la mina mediante una modificación del EIA,

pero el titular de la actividad minera incumple con su obligación de solicitar la modificación de su PCM oportunamente, en atención a la ampliación de la vida útil del proyecto.

Así, cuando el OEFA fiscaliza la unidad minera, identifica la falta de ejecución de determinadas actividades de cierre según el PCM vigente durante la Supervisión. Sin embargo, el titular posteriormente solicita la modificación del PCM y esta es autorizada por el Ministerio de Energía y Minas (el "MINEM") antes del inicio del procedimiento sancionador, pese a la Supervisión ya iniciada por el OEFA. En ese sentido, esta última autoridad sanciona al titular de la actividad minera basándose en el incumplimiento del PCM vigente durante la Supervisión, aunque el plazo para ejecutar las actividades de cierre ya ha sido modificado y ampliado con anterioridad al procedimiento sancionador.

La situación mencionada anteriormente es compleja, en tanto existe incertidumbre en el administrado en cuanto a cómo interpretar el carácter complementario de sus instrumentos ambientales, así como a la falta de certeza en cuanto a si la conducta en la que incurre es antijurídica al iniciarse el procedimiento sancionador. Además, plantea interrogantes respecto a la efectiva interinstitucionalidad entre la entidad que aprueba los PCM y la que supervisa el cumplimiento de dicho instrumento. Esta situación trae como resultado que se califique como infracción aquello que materialmente ya está autorizado, lo que transgrediría el principio de verdad material.

En consecuencia, es crucial, para promover la inversión minera responsable que se tenga claridad sobre estas situaciones dada su frecuencia en el sector minero. La importancia de esta temática se refleja, además, en el hecho de que la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía se encuentra recopilando casos similares para dialogar con el OEFA y encontrar soluciones equilibradas, sin dejar de lado la importancia de proteger el medio ambiente. Por tanto, el análisis de la Resolución ilustra un caso que ejemplifica lo anteriormente señalado, siendo necesario que exista una adecuada resolución de la controversia.

I.2. Presentación del caso

La presente Resolución se trata de un procedimiento administrativo sancionador (“PAS”) iniciado por el OEFA contra la empresa minera Nexa Resources Atacocha S.A.A (“Nexa”), por no haber implementado las actividades de cierre progresivo en dos componentes mineros (depósitos de relaves) conforme al cronograma establecido en el PCM vigente durante la Supervisión (el “2MPCM”), con lo cual habría incumplido con este instrumento de gestión ambiental.

En este caso, Nexa extendió la vida útil del proyecto al obtener la modificación de su EIA (la “MEIA”). Luego, la empresa fue fiscalizada por el OEFA, donde se observó que, a pesar de la extensión de la vida útil, según el 2MPCM vigente durante la Supervisión, no se habían llevado a cabo las actividades de cierre progresivo en el plazo aprobado en dicho instrumento. Más tarde, la empresa obtuvo la modificación de su PCM (la “3MPCM”) para ajustarlo a la prolongación de la duración operativa de su proyecto, antes de que se iniciara el PAS. En última instancia, el Tribunal de Fiscalización Ambiental confirmó la responsabilidad de Nexa por incumplir con las actividades de cierre según el cronograma aprobado en el 2MPCM (vigente durante la Supervisión). Ello independientemente de la aprobación de la 3MPCM antes del inicio del PAS, mediante la cual se establecieron nuevos plazos para la ejecución de las actividades de cierre, considerando que la solicitud de esta modificación fue realizada fuera del plazo establecido legalmente.

El problema principal que se analizará en el presente informe versa sobre la identificación de los criterios adecuados que debió tener en consideración el OEFA a efectos de analizar la responsabilidad administrativa de Nexa por no haber ejecutado las actividades de cierre establecidas en la 2MPCM, posteriormente modificada mediante la 3MPCM antes del inicio del PAS.

A efectos de resolver dicho problema principal, se analizarán cuatro problemas secundarios, referidos a (i) si la ampliación de la vida útil del proyecto minero mediante la MEIA implicó la ampliación de las actividades de cierre establecidas en el 2MPCM; (ii) si la información con la que cuenta el OEFA antes del inicio del

PAS debe ser utilizada para analizar la validez de la imputación a ser realizada por esta autoridad; (iii) si la 3MPCM debió ser aprobada por el MINEM bajo un análisis interinstitucional; y (iv) si es viable la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna al haberse aprobado el 3MPCM antes del inicio del PAS.

Los instrumentos normativos a emplear se basan en la legislación en materia ambiental, tales como la Ley No. 28611, Ley General del Ambiente, así como la Ley No. 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM. También se utilizará normativa sectorial en minería, tal como la Ley No. 28090, Ley que regula el Cierre de Minas y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 033-2005-EM, el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado mediante Decreto Supremo No. 040-2014-EM, entre otros. Además, se utilizará la legislación que regulan los procedimientos administrativos sancionadores, tales como el Texto Único Ordenado de la Ley No. 2744, Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 004-2019-JUS y el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo No. 027-2017-OEFA-CD.

Por otro lado, se empleará jurisprudencia de casos similares resueltos por el OEFA, doctrina sobre la complementariedad de los instrumentos de gestión ambiental, y doctrina relativa a la obligación de interinstitucionalidad entre las entidades competentes en materia ambiental.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

Nexa es una empresa dedicada a la actividad de explotación minera. Es titular de la unidad minera denominada “Atacocha” (la “Unidad Minera”), la cual se encuentra ubicada en el departamento de Pasco.

Mediante la Resolución Directoral No. 119-2018-SENACE-JEF del 21 de agosto de 2018, Nexa obtuvo la aprobación de su MEIA, mediante la cual extendió la vida útil de la Unidad Minera. De acuerdo al artículo 9° de la Ley No. 28090⁴, Ley que regula el Cierre de Minas, Nexa contaba con plazo hasta el 21 de agosto de 2019 para solicitar su 3MPCM.

Entre el 12 al 18 de marzo del 2019, la Dirección de Supervisión Ambiental en Energía y Minas realizó una Supervisión regular en la Unidad Minera (la “Supervisión”), e identificó que Nexa no había ejecutado las actividades de cierre progresivo en dos componentes (depósito de relaves) según el cronograma del 2MPCM vigente durante la Supervisión, aprobado mediante la Resolución Directoral No. 098-2016-MEM-DGAAM del 04 de abril de 2016, conforme se puede observar a continuación:



⁴**Artículo 9.- Modificación y actualización del Plan de Cierre de Minas**

9.1. En caso el titular de la actividad minera modifique el Estudio de Impacto Ambiental deberá, en el plazo máximo de un (1) año de aprobada dicha modificación, presentar la modificación del Plan de Cierre de Minas (...).

Gráfico 3

Cuadro de tipificación de infracciones al inicio del PAS⁵

N°	Hecho Imputado	Norma tipificadora
1	<p>No haber implementado las actividades de cierre en <u>zonas del Depósito de Relaves Tlacaván</u> respecto a: Estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VIII) en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Tlacaván; Estabilidad hidrológica (canal de concreto); y, revegetación en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Tlacaván, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.</p>	
2	<p>No haber implementado las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A respecto a: Estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VI-A y VI-B); y, revegetación, toda vez que se verificaron sectores que no contaban con cobertura ni revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.</p>	<p>Tipificación de infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental, aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD (...) "Artículo 5°. - Infracción administrativa relacionada al incumplimiento</p>

⁵A efectos del presente Informe, se analizarán únicamente las infracciones No. 1 y 2. La infracción No. 4 fue archivada en primera instancia administrativa.

3	Haber implementado una labor minera no contemplada, ubicada en las coordenadas UTM (Datum GS84-18L): E 366 308, N 8 830 184, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	del Instrumento de Gestión Ambiental Constituye infracción administrativa calificada como muy grave el incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente. Esta conducta es sancionada con una multa de hasta quince mil (15 000) Unidades Impositivas Tributarias (...).
4	No haber implementado las actividades de cierre del depósito de desmonte de relaves Chicrín Antiguo, respecto a: Estabilidad Geoquímica (Cobertura Tipo I-AC, capa de caliza, material impermeable (arcilla), grava, top soil y revegetación); Estabilidad Hidrológica (canal de coronación); y, revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	

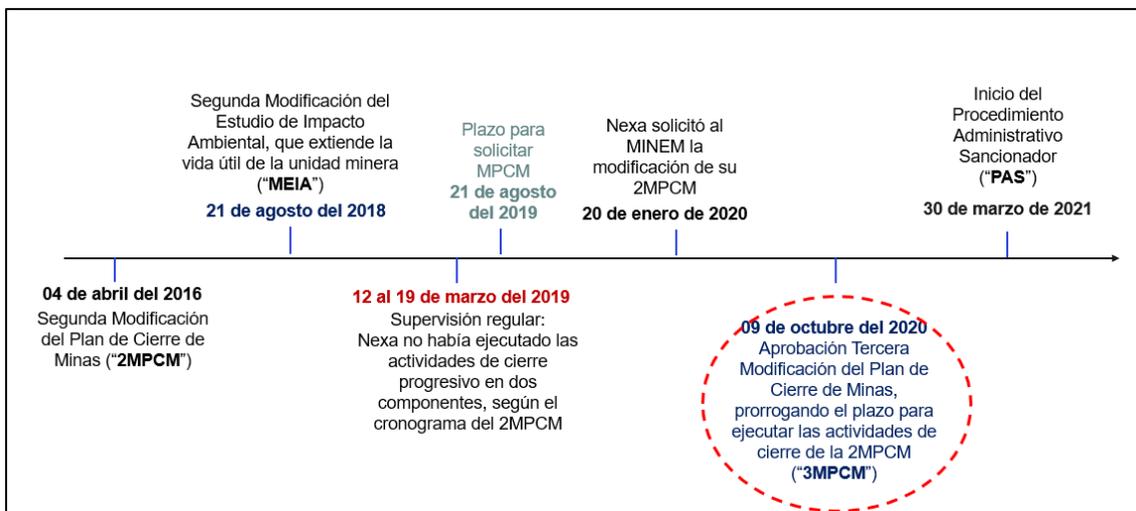
Fuente: Resolución No. 0229-2021-OEFA/DFAI-SFEM de fecha 26 de febrero de 2021

Posteriormente, el 20 de enero de 2020 (fuera del plazo establecido), Nexa solicitó al MINEM la modificación de su 2MPCM, siendo que el 9 de octubre de 2020, mediante la Resolución Directoral No. 136-2020/MINEM DGAAM se aprobó la 3MPCM, prorrogando el plazo para ejecutar las actividades de cierre en los componentes cuestionados por el OEFA.

Para mayor detalle de los hechos mencionados anteriormente, se presenta la siguiente línea del tiempo:

Gráfico 4

Línea del tiempo sobre hechos antes del inicio del PAS



Fuente: *Elaboración propia*

II.2. Hechos relevantes del caso

Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador:

- Mediante Resolución Subdirectorial No. 0229-2021-OEFA/DFAI-SFEM de fecha 2 de marzo de 2021, el OEFA inició un procedimiento sancionador contra Nexa, por cuatro (04) infracciones administrativas referidas al incumplimiento de su instrumento de gestión ambiental (2MPCM), siendo de relevancia para el presente informe aquellas referidas a incumplir con ejecutar las actividades de cierre progresivo en dos depósitos de relaves, conforme al cronograma del 2MPCM vigente durante la Supervisión.
- Mediante los descargos al inicio del procedimiento sancionador presentados en marzo del 2021, Nexa argumentó que el plazo para la ejecución de las actividades de cierre habría sido modificado antes del inicio del PAS, conforme a lo dispuesto en la 3MPCM, así como que implementó las acciones correctivas oportunamente.

Informe Final de Instrucción:

- Mediante Informe Final de Instrucción No. 01513-2021-OEFA/DFAI-SFEM de fecha 3 de noviembre de 2021, se propuso imponer una multa de 16500.900 UIT. Nexa objetó esta decisión presentando sus descargos, argumentando que la 3MPCM había sido aprobada antes del inicio del PAS, y que, por tanto, se le debía eximir de responsabilidad.
- Mediante Resolución Directoral No. 2661-2021-OEFA/DFAI de fecha 1 de diciembre de 2021, el OEFA estableció la responsabilidad de Nexa, imponiendo una multa de 7591.714 UIT.

Recurso de Reconsideración:

- Nexa presentó un recurso de reconsideración, que fue parcialmente atendido mediante la Resolución Directoral No. 00121-2022-OEFA/DFAI, reduciendo la multa a 7,550.036 UIT y manteniendo la responsabilidad administrativa.

Recurso de Apelación:

- En marzo de 2022, Nexa apeló la decisión argumentando que la MEIA prolongó la vida útil del proyecto, y, por lo tanto, el cronograma del PCM. Además, señaló que la 3MPCM fue aprobada antes del inicio del PAS, lo que implica que la conducta dejó de ser típica y antijurídica. Asimismo, argumentó que la 3MPCM dejó sin sustento los alcances de la supuesta infracción al otorgar un mayor plazo para ejecutar las acciones del PCM que se habían imputado como incumplidas y, además, se materializó antes del inicio del PAS, por lo que debería eximirse de responsabilidad. Por último, alegó una violación del principio de no confiscatoriedad y razonabilidad, en tanto el cálculo de la multa fue considerado excesivo y no tuvo en cuenta un costo postergado.
- Mediante Resolución No. 109-2023-OEFA/TFA-SE de fecha 02 de marzo de 2023, el OEFA confirmó la responsabilidad de Nexa, e impuso una multa total

de 7,420.141 UIT. Esta autoridad señaló que el administrado se encuentra en la obligación de ejecutar el cierre de sus componentes conforme a lo establecido en el instrumento de gestión ambiental que se encuentre vigente durante la fecha de Supervisión. Así, en tanto durante dicha Supervisión se encontraba vigente el cronograma anterior a la 3MPCM, es decir, el 2MPCM, el administrado debía dar cumplimiento al cierre respecto de dicho cronograma.

- Asimismo, el TFA indica que las conductas infractoras constituyen hechos típicos y antijurídicos, en tanto se debe tomar en cuenta el cronograma establecido en el instrumento vigente durante la Supervisión, así como que en la MEIA se precisó que solo aplicaba para los nuevos componentes, y que los no mencionados se regían por el 2MPCM vigente, conforme se observa a continuación:

Gráfico 5

Acápites del Informe No. 529-2018-SENACE-JEF/DEAR del 21 de agosto de 2018 que sustenta la aprobación de la MEIA

11.8 Plan de cierre a nivel conceptual

El presente capítulo describe las actividades de cierre correspondientes a los componentes nuevos y/o modificaciones consideradas en la Segunda MEIA Chicrín, ya que los componentes e instalaciones existentes y anteriores a la presente Modificación, ya cuentan con un plan de cierre aprobado mediante Resolución Directoral N°098-2016-MEM-DGAAM.

Fuente: Resolución No. 109-2023-OEFA/TFA-SE

- Asimismo, señalaron que es válido exigir el cierre de los componentes respecto al cronograma de cierre anterior, en tanto estas actividades de cierre resultaban exigibles al momento de la Supervisión y no se había realizado ningún procedimiento de actualización o modificación del cronograma del PCM antes del vencimiento de estas.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

III.1. Problema principal

¿Qué criterios debió tener en cuenta el OEFA a efectos de analizar la responsabilidad administrativa del titular minero por no haber ejecutado las actividades de cierre establecidas en la 2MPCM, posteriormente modificadas mediante la 3MPCM, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador?

III.2. Problemas secundarios

(i) ¿La ampliación de la vida útil del proyecto minero mediante la MEIA implicó la ampliación de las actividades de cierre establecidas en el 2MPCM?

(ii) ¿La información con la que cuenta el OEFA antes del inicio del PAS debe ser utilizada para analizar la validez de la imputación a ser realizada por parte de esta autoridad?

(iii) ¿La 3MPCM debió de ser aprobada, bajo un análisis interinstitucional?

(iv) ¿Es viable la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna al haberse aprobado la 3MPCM antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

La postura a tomar respecto al problema principal y sus problemas secundarios es que, de acuerdo con la normativa vigente, el cierre de minas depende intrínsecamente de la vida útil de los proyectos mineros. En ese sentido, de acuerdo con los Principios de Complementariedad e Indivisibilidad, debe entenderse que el PCM es un instrumento complementario al EIA, por lo que la lectura de dichos instrumentos debe realizarse en conjunto. Así, de aplazarse la vida útil del proyecto, en aplicación del Principio de Verdad Material, siendo que

la vida del proyecto ha sido extendida, se debe entender que, por consecuencia, también se ha extendido el plazo para ejecutar el cierre de sus componentes.

Sin embargo, en el caso específico analizado, si bien se amplió la vida útil de la unidad minera mediante la obtención de la MEIA, en dicha modificación el operador minero no modificó los componentes objetos del PAS y señaló que, respecto a dichos componentes, aplicaban las actividades de cierre aprobadas en el 2MPCM. Así, la información con la que contaba el OEFA se puede dividir en dos períodos: (i) durante la Supervisión, cuando solo se contaba con la MEIA que indicaba que para los componentes identificados aplicaba las actividades de cierre establecidas en el 2MPCM. En ese momento, bajo el entendimiento del OEFA, eran exigibles las actividades de cierre del 2MPCM; y (ii) durante la etapa instructora del PAS, cuando ya se contaba con aprobación de la 3MPCM, que ampliaba el cronograma de cierre de los componentes, lo que hacía que las actividades de cierre establecidas en el 2MPCM ya no fueran exigibles.

Teniendo en cuenta la información previamente mencionada, lo ideal habría sido que el MINEM no aprobara la 3MPCM, considerando que el administrado ya se encontraba bajo una Supervisión en la cual se había identificado el incumplimiento de las actividades de cierre establecidas en la 2MPCM. Esta situación pone de manifiesto un problema significativo de interinstitucionalidad entre la autoridad competente para aprobar los PCM y la entidad encargada de fiscalizar su cumplimiento. La falta de coordinación y comunicación efectiva entre estas entidades lleva a un entendimiento erróneo por parte del titular de la actividad minera sobre la aplicación y cumplimiento de sus actividades de cierre. Dicha problemática no solo dificulta la adecuada implementación de las actividades estipuladas en el PCM, sino que también puede resultar en pérdida de confianza en el sistema regulador.

Ahora bien, dado que ya se había aprobado la 3MPCM antes del inicio del PAS, el OEFA debió revisar esa información y, en atención a los derechos del administrado, aplicar el Principio de Retroactividad Benigna en tanto con la

obtención de esta modificación se previeron condiciones más favorables para el administrado. Ello porque dicho instrumento, al calificar como una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco, se integra a la norma tipificadora (bloque de tipicidad), siendo posible que se habilite la aplicación del principio de retroactividad benigna. Así, al realizar el juicio de benignidad correspondiente, resulta más favorable la aplicación de la 3MPCM, en tanto establecía un plazo mayor para la ejecución de las actividades de cierre.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro en contra del fallo, en tanto si bien se debió sancionar al titular de la actividad minera, la sanción imputada no debió ser por haber incumplido con ejecutar las actividades de cierre progresivo, sino por no haber solicitado la modificación de su plan de cierre de minas dentro del plazo debido.

Por un lado, concuerdo con la posición del TFA respecto a que la complementariedad entre la ampliación de la vida útil del proyecto mediante la MEIA y las actividades de cierre establecidas en el PCM, tiene como condición que el administrado no haya indicado expresamente que las actividades de cierre para ciertos componentes se registrarán por un PCM específico. Asimismo, es necesario precisar que la falta de Nexa consiste en no presentar la MCPM dentro del plazo establecido por la norma, lo cual se puede desprender del análisis realizado por la autoridad fiscalizadora. Sin embargo, dicha tipificación no existe actualmente.

Por otro lado, considero que el TFA debería haber considerado la aplicabilidad del principio de retroactividad benigna. Antes del inicio del PAS, se había obtenido la modificación del plan de cierre de minas que preveía una situación más favorable para el administrado. A diferencia de lo argumentado por el OEFA, en materia ambiental, es posible flexibilizar la aplicación del mencionado principio sobre compromisos ambientales derivados de un instrumento de gestión ambiental, en tanto este instrumento, al calificar como una norma complementaria en blanco, se integra en la norma que establece la infracción.

En consecuencia, y sin desmerecer la importante labor que realiza el OEFA en lo que respecta a la fiscalización ambiental, así como a la necesidad de exigir el cumplimiento a los titulares de actividad minera de sus obligaciones ambientales, especialmente en lo referente a las actividades de cierre, este caso pone de manifiesto un análisis poco razonable, que obstaculiza una gestión adecuada de los componentes ambientales.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿La ampliación de la vida útil del proyecto minero mediante la MEIA implicó la ampliación de las actividades de cierre establecidas en el 2MPCM?

1.1. Sobre la relación entre el cierre de minas y la vida útil del proyecto minero

A efectos de identificar la existencia de relación entre el cierre de minas y la vida útil de un proyecto minero, es necesario analizar la naturaleza del PCM como instrumento de gestión ambiental. Así, la naturaleza de este instrumento se encuentra establecida en la normativa que lo rige, es decir, en la Ley No. 28090, Ley que regula el Cierre de Minas (“Ley PCM”), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 033-2005-EM (“Reglamento PCM”). Por tanto, será necesario realizar una interpretación sistemática de lo establecido en dicha normativa para determinar la inherente relación entre el cierre de minas y la vida útil del proyecto minero.

Así, el artículo 3° de la Ley PCM establece la definición del PCM, señalando que éste tiene como finalidad definir las medidas necesarias para rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera, debiéndose llevar a cabo dicha rehabilitación mediante la ejecución de medidas antes, durante y después del cierre de operaciones. A partir de la definición establecida en la norma, es posible entender que el cierre de la mina implica la ejecución de determinadas acciones que se deberán implementar a lo largo de la vida útil del proyecto minero, con la

finalidad de lograr objetivos específicos en términos ambientales y socioambientales que se traducen en una adecuada finalización o terminación de la operación de manera anticipada y programada.

Lo mencionado anteriormente se refuerza mediante lo establecido en el artículo 5° de la Ley PCM⁶, que establece que el contenido del PCM debe describir las medidas de rehabilitación para las etapas de Operación, Cierre Final y Post Cierre. Así como que en el artículo 9° del Reglamento PCM⁷ se establece que en el EIA debe incorporarse un PCM a nivel conceptual. En ese sentido, el cierre de minas implica actividades que inician desde la elaboración y aprobación de un PCM conceptual en la certificación ambiental inicial, hasta la implementación de actividades de cierre durante las fases de construcción y operación, actualizaciones periódicas o modificaciones del PCM, así como la ejecución de actividades de cierre final y post cierre.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, es posible afirmar que existe una relación inherente y directa entre el cierre de minas y la vida útil del proyecto minero, en tanto ésta última va a determinar y condicionar no solamente el diseño conceptual del PCM, sino también el momento de implementación de acciones de rehabilitación que se incluirán en dicho instrumento. Ello se establece de manera específica en el artículo 8° de la Ley PCM, el cual establece expresamente que el PCM deberá realizarse durante la vida útil de la operación minera.

Así, la vida útil del proyecto minero será el criterio legal determinante para la ejecución de los diversos escenarios de cierre de la mina, según lo establecido en las definiciones del artículo 7° del Reglamento PCM:

⁶Artículo 5.- Contenido del Plan de Cierre de Minas

El Plan de Cierre de Minas deberá describir las medidas de rehabilitación, su costo, la oportunidad y los métodos de control y verificación para las etapas de Operación, Cierre Final y Post Cierre. Asimismo, deberá indicar el monto y plan de constitución de garantías ambientales exigibles.

⁷ Artículo 9.- De los instrumentos de gestión ambiental y el Plan de Cierre

(...) El Plan de Cierre de Minas que se incluye en el Estudio de Impacto Ambiental, se presenta a nivel conceptual ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, de acuerdo a lo dispuesto en la normatividad vigente (...)

- Cierre Progresivo: La etapa operativa del proyecto configura el escenario del cierre progresivo, toda vez que las medidas de cierre se ejecutarán de manera concurrente al desarrollo del proyecto minero.
- Cierre Final: Inicia al término de la vida útil del proyecto como consecuencia del agotamiento de los recursos minerales y de la culminación de las operaciones mineras.

Para mayor entendimiento, el MINEM (2006) señala en la Guía para la Elaboración de Planes de Cierre de Minas del Ministerio de Energía y Minas - MINEM, que el cronograma de las actividades de cierre progresivo y de cierre final debe encontrarse basado en el plan de operación de la mina. De la misma manera, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (2023), señala en su Informe No. 0295-2023/MINEM-DGAAM-DGAM, que las medidas de cierre progresivo implementadas conforme el contenido del PCM se ejecutan durante la vida útil de la operación minera, y las medidas de cierre final y post cierre, se implementan luego de la vida útil del proyecto.

Dicho entendimiento no es ajeno al razonamiento de la autoridad fiscalizadora, quien mediante la Resolución N° 243-2023-OEFA/TFA-SE, establece que el titular está obligado a llevar a cabo las medidas descritas en el Plan de Cierre de Minas de manera gradual a lo largo de la vida operativa de la mina, asegurando así el cumplimiento de metas como la estabilidad física y química a largo plazo (Tribunal de Fiscalización Ambiental, 2023).

Por tanto, resulta evidente que la duración prevista del proyecto, es decir, la vida útil del mismo, es el factor clave para organizar la implementación de las medidas de cierre. Por consiguiente, cualquier modificación en la duración del proyecto minero, ya sea una reducción o una ampliación, como resultado de la certificación ambiental, demandará una revisión en la planificación de las medidas de cierre.

Al respecto, es importante considerar que la duración estimada de un proyecto o unidad minera puede variar considerablemente. Esta variabilidad puede deberse al descubrimiento de nuevas reservas, avances tecnológicos o cambios en los precios de los metales. Del mismo modo, la duración del proyecto puede acortarse debido al agotamiento del yacimiento o a la falta de rentabilidad. En tales circunstancias, será imprescindible ajustar el plan de cierre para que se adapte a la nueva duración prevista de la mina.

Ahora bien, en este caso específico, Nexa identificó la necesidad operativa de extender la vida útil del proyecto. Por esta razón, solicitó una modificación de su EIA y obtuvo la MEIA en el año 2018. A partir de ello, y como se desprende de lo desarrollado previamente, es posible concluir que la ampliación de la vida útil del proyecto en la MEIA, implicó que se tengan que realizar ajustes al PCM que se tenía aprobado, en tanto el cierre progresivo de los componentes depende de esta vida útil; tal como se encuentra señalado en la Ley PCM y su Reglamento.

Dicho razonamiento es parcialmente acogido por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (el "TFA") en la Resolución, en tanto concuerda con que la aprobación de la MEIA, que modificó la vida útil del proyecto minero, tuvo incidencias directas en el cronograma del PCM, razón por la cual analizan la presentación pertinente de dicho instrumento dentro del plazo establecido. Así, es correcto el entendimiento realizado por la autoridad fiscalizadora; sin embargo, existen ciertos matices que serán analizados en los siguientes apartados.

1.2. Sobre la relación de complementariedad entre un EIA y un PCM

Habiendo determinado que el cierre de minas se encuentra directamente relacionado a la vida útil del proyecto, es necesario identificar cuál es la relación de complementariedad entre el EIA y el PCM, a efectos de determinar cómo deben leerse dichos instrumentos.

El inciso a) del artículo 3° del Reglamento de la Ley No. 27446, conocida como Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y aprobado mediante Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM ("Reglamento Ley SEIA"), establece el Principio de Indivisibilidad. Este principio indica que la evaluación

ambiental debe considerar de manera integral y coordinada las estrategias, esquemas, esfuerzos y proyectos de inversión, abordando todos sus componentes de manera unificada. Asimismo, implica la identificación de medidas específicas y viables que deben cumplirse obligatoriamente para asegurar una gestión ambiental adecuada y un desempeño ambiental favorable en todas las fases.

Por otro lado, el inciso c) del mismo reglamento establece el Principio de Complementariedad, el cual busca promover la coherencia y complementariedad en la aplicación de los Instrumentos de Gestión Ambiental y otras obligaciones a nivel local, regional y nacional, asegurando así la uniformidad en el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

Además, según Mendoza (2018), el Principio de Indivisibilidad se define como la exigibilidad uniforme de las obligaciones ambientales en todas las secciones de un instrumento de gestión ambiental, independientemente de la sección específica en la que se detallen.

Finalmente, el artículo 16° del Reglamento Ley SEIA establece que la certificación ambiental implica que la Autoridad Competente emita un dictamen sobre la viabilidad ambiental del proyecto en su totalidad. Esta certificación no puede ser parcial, fragmentada, provisional o condicionada, ya que cualquier forma de otorgamiento parcial llevaría a su anulación.

En ese sentido, los EIA se diseñan y aprueban teniendo en consideración la vida útil del proyecto minero. Ello se evidencia, por ejemplo, en los Términos de Referencia (TdR) comunes para los Estudios de Impacto Ambiental (Categoría III) de proyectos de explotación, beneficio y labor general mineros metálicos a nivel de factibilidad, aprobados mediante Resolución Ministerial No. 116-2015-MEM/DM, mediante el cual se establece que en la “Descripción del proyecto” del EIA, de debe poder identificar y describir las diversas fases del proyecto, tales como la planificación, construcción, operación, mantenimiento y cierre, junto con la duración estimada de cada una de estas fases y la vida útil proyectada del proyecto (MINEM, 2015).

Como se puede observar, el EIA abarca la evaluación de todas las fases del proyecto bajo examen. En lo referente a la fase de cierre, el EIA incluye un PCM con medidas de rehabilitación conceptualmente diseñadas. Sin embargo, los Términos de Referencia aprobados establecen que la duración del proyecto debe ser evaluada en el EIA, y se requiere la inclusión de un cronograma detallado que abarque todas las etapas del proyecto; esto porque es en función a la vida útil del proyecto que corresponde establecer las medidas de manejo ambiental aplicables. En resumen, el EIA determina cómo se ejecutará el proyecto desde su construcción hasta su cierre y rehabilitación posterior, definiendo así los plazos correspondientes a cada fase. Por esta razón, la Resolución Ministerial mencionada anteriormente considera como parte del EIA o la MEIA la descripción del proyecto incluso en la fase de cierre y rehabilitación posterior.

Esta misma idea se refleja en el artículo 51° del Reglamento PCM, el cual establece que la garantía del Plan de Cierre se basa en la duración estimada de la unidad minera según lo establecido en el instrumento de gestión ambiental. Por lo tanto, es en el EIA y no en el PCM donde se determina hasta qué punto se realizará la operación y a partir de cuándo la unidad minera o el proyecto deberán ser clausurados.

En relación a este tema, las acciones establecidas en el EIA, que incluyen el plan de cierre conceptual como parte integral de este documento de gestión ambiental, son posteriormente ampliadas mediante el PCM a nivel de factibilidad, conforme a lo estipulado por la Ley PCM y su Reglamento. Además, el artículo 9° del Reglamento PCM establece el carácter de complementariedad del PCM en relación con el EIA, señalando expresamente que el Plan de Cierre de Minas complementa el Estudio de Impacto Ambiental.

En este sentido, en tanto el PCM complementa al EIA, la vida útil del proyecto que se refleja en el PCM es definida en función de lo que se establece en el EIA. Ello obedece a que el PCM abarca la rehabilitación de las áreas o componentes construidos y operados según lo establecido en el EIA, ejecutándose al finalizar los plazos de las actividades y obras previstas en la Certificación Ambiental.

El numeral 1.4.3.2 de la Guía para la Elaboración de Planes de Cierre de Minas del MINEM establece que el PCM detallado es una actualización del PCM conceptual incluido en el EIA (MINEM, 2016, p. 7-8). Este PCM detallado incorpora los resultados de todos los estudios realizados durante el planeamiento final y las etapas de diseño del proyecto, así como los escenarios de cierre progresivo, final y post cierre. Esta aclaración de la Guía es significativa porque muestra que el PCM presentado conforme a la Ley PCM no es un documento independiente del EIA, sino que se basa en lo ya aprobado en este último, especialmente en lo referente a la duración aprobada, constituyendo una actualización del plan de cierre conceptual.

Por consiguiente, la complementariedad del PCM se explica inicialmente porque este documento, presentado después del EIA, detalla las acciones de restauración de los elementos contemplados en el EIA, en línea con la duración aprobada y con un mayor nivel de detalle sobre las medidas de cierre y remediación ambiental. Sin embargo, según la ley, el PCM se ajusta a lo ya aprobado en la certificación ambiental.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, la normativa es coherente en señalar que la ampliación de la vida útil del proyecto mediante la modificación del EIA, conlleva a la necesaria modificación de los compromisos del PCM anteriormente aprobado. Así, el artículo 9° de la Ley PCM establece, expresamente, que cuando el titular de la actividad minera modifique su EIA, deberá presentar la modificación del PCM en el plazo máximo de un año (01) de aprobada dicha modificación.

Así, como regla general, siguiendo la lógica de la dependencia del cierre de minas a la vida útil del proyecto, así como de la complementariedad del PCM al EIA, se desprende que la aprobación de la variación de las condiciones del proyecto a través de una MEIA, conlleva la correspondiente modificación del PCM. Por tanto, ¿cómo deben leerse estos instrumentos en el caso concreto?

Al respecto, es importante reconocer que, por su alcance y contenido, la MEIA de Nexa debería tener prioridad sobre el 2MPCM aprobado anteriormente, aun

cuando ambos son actos administrativos de igual jerarquía y uno es posterior al otro. Resultaría poco lógico suponer que el Estado Peruano haya emitido dos resoluciones sucesivas y contradictorias, ambas exigibles por las entidades de fiscalización estatales. En tal situación, surgiría una contradicción ya que el Estado no podría exigir el cumplimiento simultáneo de dos actos administrativos contradictorios. Por lo tanto, como regla general, únicamente los aspectos y compromisos establecidos en la MEIA, que difieran de la 2MPCM, no serían aplicables para el administrado; ello considerando la prevalencia de la MEIA frente al 2MPCM

Ahora bien, en la Resolución bajo análisis, evidenciamos que, si bien el TFA pretende hacer un análisis respecto a la complementariedad del PCM y el EIA, se limita a señalar, en el considerando 76, que la ampliación de la vida útil únicamente se encuentra referida a los componentes modificados en la MEIA, mas no a los componentes materia del PAS, que no se encuentran incluidos en dicha modificación.

Al respecto, consideramos que, si bien la afirmación realizada por la autoridad competente es correcta, no se ha realizado un análisis exhaustivo respecto a que la regla general es que la ampliación de la vida útil a través de la MEIA, implica necesariamente, la ampliación del plazo establecido en el PCM para ejecutar el cierre de los componentes, debiéndose interpretar dichos instrumentos de manera complementaria y coherente.

En la Resolución, se observa que Nexa menciona la existencia de resoluciones emitidas por el TFA, como la Resolución No. 129-2022-OEFA/TFA-SE del 30 de marzo de 2022, donde se resolvió no declarar la responsabilidad administrativa del titular de la actividad minera respecto al incumplimiento de sus actividades de cierre, debido a la ampliación de la vida útil del proyecto mediante la obtención de la MEIA. Sin embargo, el Tribunal en el punto 109 de la Resolución, aclara que el archivo de la infracción no se debe a la ampliación de la vida útil del proyecto mediante la obtención de la MEIA, sino a que el administrado presentó la modificación de su PCM antes del vencimiento del plazo establecido en la normativa vigente, después de aprobada la MEIA.

La lógica subyacente en esta argumentación del TFA sugiere, en realidad, que con la ampliación de la vida útil del proyecto minero sí se extiende el cronograma de cierre de los componentes, de ahí que la norma establezca un plazo determinado para solicitar la modificación del PCM una vez obtenida la MEIA. Sin embargo, a efectos de la fiscalización en el cumplimiento de las actividades de cierre, no se considerará que existe una infracción, siempre y cuando la solicitud de modificación del PCM se presente dentro del plazo de un (01) año de aprobada la MEIA.

Considerando lo anterior, se recomienda que en materia minero ambiental, exista una infracción específica por no presentar la modificación del PCM dentro del plazo establecido por ley después de aprobada la MEIA. Esta medida permitiría disuadir al titular de actividad de generar desfases entre los mencionados instrumentos, y permitiría atender la lógica subyacente del verdadero incumplimiento identificado por el OEFA.

Por tanto, si bien la conclusión del TFA es en esencia adecuada, no es posible evidenciar una adecuada argumentación que establezca claridad respecto a (i) que el cierre de minas depende de la vida útil del proyecto; y que (ii) el PCM es un instrumento complementario al EIA, por lo que la extensión de la vida útil de la mina a través de la MEIA sí implica, como regla general, que se extienda el cierre de los componentes, siendo que a efectos de la fiscalización en el cumplimiento de las actividades de cierre, será necesario haber presentado la solicitud de modificación del PCM oportunamente.

2. ¿La información con la que cuenta el OEFA antes del inicio del PAS debe ser utilizada para analizar la validez de la imputación a ser realizada por parte de esta autoridad?

2.1. Sobre lo señalado por Nexa en la MEIA respecto a la aplicación de la 2MPCM

Ahora bien, un punto determinante a resolver en el presente caso, es lo señalado por el titular de la actividad en su MEIA en la sección referida al “Plan de cierre a nivel conceptual”. Así, tal como se puede evidenciar en la Resolución, el titular

señaló que, respecto a los componentes e instalaciones existentes y anteriores a la MEIA (entre los cuales se encuentran aquellos que son materia del PAS), se debía aplicar las actividades de cierre aprobadas mediante la 2MPCM.

Esto resulta determinante en el análisis del caso concreto. Si bien la ampliación de la vida útil del proyecto mediante la obtención de la MEIA genera una extensión del plazo para ejecutar los cronogramas de cierre, esta extensión no será aplicable si el administrado ha especificado de manera clara y precisa que, respecto a determinados componentes, se aplicarán los plazos y actividades de cierre establecidas en la 2MPCM. En este contexto, y tal como se ha mencionado en los apartados anteriores, es esencial que el EIA y el PCM sean interpretados de manera coherente y complementaria, de modo que no se contradigan entre sí. Así, hasta el momento de la Supervisión, el administrado indicó que para los componentes anteriores a la MEIA se aplicaría el cronograma de la 2MPCM, y este cronograma no es incompatible con el resto de la MEIA, por lo que el OEFA correctamente respetó dicha disposición.

Al respecto, el artículo 7° de la Ley SEIA⁸ establece que la información que se encuentra contenida en la solicitud de la certificación ambiental (abarca las medidas de prevención, mitigación o corrección previstas) tiene carácter de declaración jurada. En ese sentido, la explicitación por parte del administrado en su MEIA sobre la aplicación del 2MPCM añade una capa de complejidad al caso en cuestión. Al destacar que los componentes anteriores y no modificados se regirán por el plan de cierre aprobado mediante la 2MPCM, el administrado establece una condición específica que debe ser considerada por la Administración. Esta afirmación, respaldada por el carácter de declaración jurada según el artículo 7° de la Ley SEIA, implica que la administración no puede pasar por alto esta disposición al evaluar el cumplimiento de las obligaciones ambientales del titular de la actividad minera.

⁸ **Artículo 7.- Contenido de la solicitud de certificación ambiental**

7.2 La información contenida en la solicitud deberá ser suscrita por el proponente o titular y tendrá carácter de declaración jurada.

Cabe señalar que, sin perjuicio de que más adelante se analizará la implicancia de la aprobación de la 3MPCM, es pertinente señalar que, siempre y cuando el administrado no hubiese obtenido la 3MPCM antes del inicio PAS, Nexa hubiese sido encontrado responsable por incumplir con las actividades de cierre conforme el plazo establecido en su 2MPCM.

2.2. Sobre la información con la que contaba el OEFA durante la fiscalización ambiental

A efectos de determinar la validez de la imputación realizada por OEFA, resulta necesario analizar la información con la que contaba dicha autoridad durante la fiscalización ambiental en la Unidad Minera. Para ello, es crucial desglosar la información obtenida en dos etapas específicas: (i) la fase de supervisión, en la cual se realiza una investigación preliminar; y (ii) la fase de instrucción, en la cual, al identificarse incumplimientos, se inicia el PAS correspondiente.

Lo expuesto anteriormente se respalda en el numeral 3 del artículo 252° del Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (“TUO LPAG”), según el cual antes de dar inicio formal al procedimiento sancionador, se pueden realizar acciones preliminares de investigación, verificación e inspección para determinar de manera preliminar si existen circunstancias que justifiquen su inicio. Esta fase, conocida como Supervisión Directa en materia ambiental, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo No. 027-2017-OEFA-CD (el “Reglamento OEFA”), es llevada a cabo por la Dirección de Supervisión, que actúa como la autoridad supervisora.

Esta etapa, conforme señalan Gómez y Granados (2015), la autoridad supervisora tiene la capacidad de monitorear y comprobar las acciones de los administrados para garantizar un adecuado cumplimiento ambiental y el respeto de las obligaciones ambientales que pueden ser fiscalizadas según la normativa ambiental, los instrumentos de gestión ambiental, las medidas administrativas

establecidas por el OEFA y otras fuentes normativas relacionadas con el medio ambiente.

Por otro lado, se encuentra la etapa instructora, que marca formalmente el inicio del PAS. De acuerdo con el artículo 5° del Reglamento OEFA, este procedimiento se inicia con la notificación de cargos al administrado, llevada a cabo por la autoridad instructora. Según Macassi y Salazar (2019), en las etapas del PAS del OEFA, es con la imputación de cargos al titular de la actividad por parte de la autoridad instructora que realmente comienza dicho procedimiento.

La distinción entre estas dos etapas es relevante para identificar la información disponible para el OEFA y determinar si esta es pertinente para la validez de la acusación efectuada por la autoridad administrativa. Durante la etapa de Supervisión, se observa que Nexa había obtenido sólo la MEIA, que extendía la vida útil del proyecto. Sin embargo, y como se ha mencionado previamente, en dicho instrumento se hacía referencia a la aplicación del 2MPCM para los componentes anteriores a la modificación. En este contexto, durante la Supervisión, era razonable esperar el cumplimiento del 2MPCM, ya que era compatible con la MEIA, en tanto ni siquiera se había realizado la solicitud de la 3MPCM.

Sin embargo, en la etapa instructora, Nexa ya había obtenido por parte del MINEM la 3MPCM, que modificaba el cronograma de cierre establecido en el 2MPCM. Durante esta etapa, el OEFA debía analizar la validez de exigir el cumplimiento de estas actividades de cierre, ya que se encontraba ante dos instrumentos de gestión ambiental contradictorios: el 2MPCM y la 3MPCM. Desde una perspectiva material, Nexa ya no estaba obligado a cumplir con el 2MPCM, aunque durante la Supervisión no hubiera cumplido con las actividades en el plazo establecido en dicho instrumento.

En consecuencia, el OEFA debe considerar esta información dividida en dos etapas distintas al iniciar el y analizar la validez de la imputación. La aprobación de la 3MPCM materialmente hizo inexigible lo determinado durante la Supervisión. De hecho, en la misma resolución, el TFA reconoce parcialmente

ello al calcular multa, indicando que, aunque la infracción no se subsanó, cesó cuando se obtuvo la 3MPCM, antes del inicio del PAS.

No obstante, es importante destacar que no se niega el incumplimiento de Nexa en la ejecución de las actividades de cierre: durante la Supervisión, se habría cometido un incumplimiento al no ejecutar estas actividades dentro del plazo establecido en el 2MPCM, que estaba vigente en ese momento. Sin embargo, la imputación debe tener en cuenta que, antes del inicio del PAS, la situación jurídica de Nexa había cambiado debido a la aprobación de la 3MPCM que invalidaba la exigencia de las actividades establecidas en el 2MPCM. Este punto será abordado más adelante en relación con la aplicación de la Retroactividad Benigna como criterio que el TFA debió utilizar para resolver sobre la responsabilidad administrativa del titular de la actividad minera.

3. ¿La 3MPCM debió de ser aprobada, bajo un análisis interinstitucional?

3.1. Sobre la interinstitucionales ambiental

Un aspecto determinante a efectos de analizar adecuadamente el presente caso versa sobre la obtención de la 3MPCM, en tanto es justamente la aprobación de dicho instrumento lo que genera la controversia materia de análisis. Para ello, es necesario realizar un análisis de esta aprobación bajo un enfoque interinstitucional de entidades administrativas, en tanto son dos las que se encuentran involucradas: el MINEM, en la aprobación de la 3MPCM, y el OEFA, en la fiscalización del cumplimiento de dicho instrumento.

Así, es pertinente señalar que la actuación de la administración pública, como lo son ambas entidades señaladas previamente, se encuentra regulada en el TUO LPAG, en donde se establecen las normas que resultan de común aplicación para las actuaciones de la función administrativa del Estado. En dicho cuerpo normativo, dentro del Subcapítulo III, se regula la obligación de las entidades del estado de colaborar entre ellas, estableciendo que todas deben regirse por el criterio de colaboración, sin que ello signifique la renuncia a la competencia de cada entidad.

En materia ambiental, el mecanismo de cooperación interinstitucional se sustenta en la complejidad que existe para la administración en enfrentar los desafíos originados en este ámbito. En ese sentido, tal como señalan Rodrigo y Arenas (2014) la complejidad de estos desafíos torna imposible la solución efectiva y eficiente de estos problemas de forma aislada y con solo un actor social. Así, surge la necesidad de una coordinación entre actores, que permita la interacción de instituciones a través de mecanismos de acción conjunta en torno a proyectos en común, a la ejecución de programas colectivos, que involucren recursos, potencialidades e intereses compartidos (Rosales, 2019).

En efecto, es posible evidenciar que existe una verdadera cooperación interinstitucional cuando se observa la coordinación y cooperación entre instituciones del estado, con la finalidad de mejorar la provisión de servicios, maximizar recursos y, además, aumentar la efectividad respecto a la colocación de bienes sociales (Rosales, 2019).

En ese sentido, las entidades gubernamentales también tienen la obligación de cooperar de manera interinstitucional, con la finalidad de cumplir con los objetivos y políticas públicas del país. Aplicando esto al caso presente, tanto el MINEM como el OEFA tienen la responsabilidad de cooperar interinstitucionalmente en relación con los PCM. La aprobación de este instrumento por parte del MINEM será crucial para que el OEFA pueda llevar a cabo una fiscalización efectiva de su cumplimiento. Del mismo modo, la evaluación del cumplimiento de dicho instrumento por parte del OEFA será determinante para considerar la viabilidad de aprobar una modificación del PCM.

3.2. Sobre la aprobación de la 3MPCM por el MINEM y su relación con la fiscalización del OEFA

Tal como se ha señalado anteriormente, el MINEM es la entidad competente para aprobar los PCM y sus modificaciones. Por otro lado, el OEFA es la entidad competente para fiscalizar el cumplimiento de los PCM y sus modificaciones. Así, resulta necesario que ambas entidades mantengan una cooperación y coordinación interinstitucional, a efectos de garantizar la eficacia de la

supervisión ambiental y el adecuado cumplimiento de las actividades de cierre en el sector minero.

Ahora bien, en el presente caso, es posible evidenciar que durante la Supervisión iniciada por el OEFA en la Unidad Minera, se identificó que éste titular se encontraba en incumplimiento de sus actividades de cierre conforme a la 2MPCM vigente en dicho momento. Sin embargo, de manera posterior, y pese a la fiscalización iniciada contra el administrado, el MINEM aprobó la 3MPCM, que volvió inexigible el plazo de las actividades de cierre establecidas en la 2MPCM, estableciendo un plazo mayor. Dicha situación, evidencia un error por parte de esta última autoridad, quien debió tener en cuenta, antes de la aprobación de la 3MPCM, que Nexa se encontraba inmersa en una fiscalización en la cual se había determinado el incumplimiento de las actividades de cierre que justamente se buscaban modificar mediante la solicitud de la 3MPCM.

Al respecto, es necesario recordar que la finalidad del PCM y sus respectivas modificaciones no es regularizar las actividades de cierre, sino que, por el contrario, tiene como finalidad establecer las medidas necesarias para rehabilitar el área afectada por la actividad minera durante la vida del proyecto minero.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, el MINEM no debió aprobar la 3MPCM, en tanto debió tener en cuenta que Nexa se encontraba en un efectivo incumplimiento del instrumento que buscaba modificar. De dicha situación es posible, entonces, concluir que existe una efectiva falta de cooperación interinstitucional entre las entidades involucradas: el OEFA debió comunicar al MINEM, oportunamente, la Supervisión en donde se identificó el incumplimiento de Nexa respecto a las actividades de cierre establecidas en la 2MPCM, y en atención a ello, el MINEM no debió aprobar la 3MPCM, al menos respecto a los componentes en los cuales ya se había identificado un incumplimiento.

Ahora bien, lo mencionado anteriormente hubiese sido la situación ideal; sin embargo, dado que la autoridad competente ya aprobó la 3MPCM, esta información debió ser comunicada oportunamente al OEFA. Este último debió considerar dicha información al momento de iniciar el PAS. Es fundamental reconocer que el administrado tiene derechos que le permiten mantener una expectativa legítima respecto a las actuaciones de la administración, lo cual implica que no pueden ser sancionados por acciones derivadas de errores cometidos por parte de las autoridades administrativas, como la aprobación de la 3MPCM.

4. ¿Es viable la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna al haberse aprobado la 3MPCM antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador?

4.1. Sobre la 3MPCM como una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco

De acuerdo a lo señalado por el TFA en la Resolución bajo análisis, en los considerados 139 y 140, no es posible realizar la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna en el presente caso. Ello porque, bajo su entendimiento, no es posible aplicar dicho principio en actos administrativos, tales como son los PCM, siendo aplicable únicamente cuando se trate de normas jurídicas.

Al respecto, consideramos que la posición de la autoridad administrativa es incorrecta, pues permite mermar la confianza legítima con la que cuentan los titulares de las actividades mineras respecto a las aprobaciones de sus instrumentos ambientales, así como que atenta contra el principio de verdad material en la exigibilidad de las actividades de cierre.

Contrariamente a lo indicado por el TFA, en este caso es viable aplicar el Principio de Retroactividad Benigna. Aunque desde una perspectiva estrictamente administrativa, el instrumento ambiental se considera un acto administrativo, en el ámbito ambiental específico, este instrumento actúa como

una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco. Esto significa que la norma que define la infracción (incumplimiento del instrumento de gestión ambiental, específicamente del PCM) requiere que nos remitamos a un acto administrativo para su completa tipificación. De esta manera, los compromisos ambientales del instrumento de gestión ambiental se integran con la norma que tipifica la infracción (bloque de tipicidad), lo que permite la aplicación de este principio.

En el ámbito del derecho administrativo, una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco se refiere a un tipo específico de regulación en la cual el contenido de la norma no se encuentra completamente detallado en la ley principal, sino que requiere de normas adicionales o complementarias para su total aplicación y entendimiento. En este caso, la tipificación realizada por el OEFA requiere remitirnos al PCM, a efectos comprender su total aplicación.

Souto (2005) define las leyes penales en blanco como preceptos que establecen la pena o sanción sin especificar completamente el supuesto de hecho delictivo, remitiéndose el legislador a normas de igual o inferior jerarquía, otras leyes, reglamentos o actos administrativos para complementar el contenido legal.

Según el Tribunal Constitucional (2014), en la Sentencia emitida en el Expediente No. 0006-2014-PI/TC, la validez constitucional de las leyes penales en blanco depende de que la unidad normativa penal, compuesta por la norma remisiva y la complementaria, cumpla con las garantías derivadas del principio de legalidad penal. Esto incluye la necesidad de que la conducta prohibida esté definida de manera previa, clara e inequívoca.

Ahora bien, si bien esta figura referida a las leyes penales en blanco nació en el marco del derecho penal, también resultan aplicables dentro del derecho administrativo, en tanto éste forma parte del Derecho público en aplicación de la facultad sancionadora del Estado (*ius puniendi*). Al respecto, Gómez (2014) señala que el Derecho administrativo se encuentra dentro del ámbito del Derecho

público, compartiendo este espacio con el Derecho penal y otros sistemas legales que destacan el poder soberano del Estado, su capacidad jurídica para establecer normativas de comportamiento con la finalidad de mantener la paz y el bienestar social.

De la misma manera, Huapaya (2014) señala que la facultad sancionadora de la Administración (*ius puniendi estatal*), se fundamenta en el derecho penal y se desarrolla en el ámbito del derecho administrativo. Esta potestad estatal de imponer órdenes, mandatos, prohibiciones y sanciones, aunque no esté explícitamente consagrada constitucionalmente, refleja el propósito fundamental de la existencia del Estado. Asimismo, esta facultad está estrechamente vinculada al *ius puniendi* general del Estado, que se ejerce en materia penal para las infracciones más graves y en el ámbito del derecho administrativo sancionador para las infracciones de menor entidad (pp. 42-44).

Baca (2016) explica que en Derecho Administrativo se emplean tipificaciones mediante normas de remisión o normas sancionadoras en blanco, donde un tipo establecido por una norma es completado por otra diferente que define la conducta prohibida u obligatoria.

En el presente caso, observamos que las imputaciones referidas a la falta de cierre de componentes se sustentan en lo siguiente:

Gráfico 6

Tipificación de infracciones

<p>Hecho Detectado^a</p>	<p>No haber implementado las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Ticlayán respecto a: Estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VIII) en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Ticlacayán; y, Estabilidad hidrológica (canal de concreto); y, revegetación en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Ticlacayán, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.¶</p> <p>No haber implementado las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A respecto a: Estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VI-A y VI-B); y, revegetación, toda vez que se verificaron sectores que no contaban con cobertura ni revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.¶</p>
<p>Norma tipificadora^a</p>	<p>Tipificación de infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental, aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD¶</p> <p>(...)¶</p> <p>"Artículo 5°.-.- Infracción administrativa relacionada al incumplimiento¶</p> <p>del Instrumento de Gestión Ambiental Constituye infracción administrativa calificada como muy grave el incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente. Esta conducta es sancionada con una</p>

	<p>multa de hasta quince mil (15 000) Unidades Impositivas Tributarias (...).</p>
<p>Compromiso Ambiental Incumplido</p>	<p>Resolución Directoral No. 098-2016-MEM-DGAAM del 04 de abril de 2016, que aprueba la Segunda Modificación del Plan de Cierre de Minas:</p> <div style="text-align: center;">  </div>

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, podemos observar que nos enfrentamos a una situación donde la tipificación se hace por remisión, lo que significa que simplemente referirse a la norma que tipifica no es suficiente para determinar si ha habido un incumplimiento. Es decir, es necesario dirigirse al Instrumento de Gestión Ambiental, en este caso, al PCM, para examinar si la conducta detectada va en contra del compromiso específico establecido en dicho instrumento. Por lo tanto, la acción prohibida no está claramente definida en la norma, sino que es

necesario consultar el instrumento ambiental, identificar el compromiso pertinente y luego determinar si el acto infractor constituye un incumplimiento.

El mencionado razonamiento, ha sido avalado y aplicado por el OEFA con anterioridad en diversas Resoluciones, conforme se puede observar a continuación:

Gráfico 7

Resolución No. 00383-2019-OEFA/DFAI

<p>Lima, 28 de marzo de 2019</p> <p style="text-align: center;">RESOLUCIÓN N° 00383-2019-OEFA/DFAI</p> <p>EXPEDIENTE N° : 1806-2018-OEFA/DFAI/PAS</p>		<table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>Compromiso Anterior</th> <th>Compromiso Actual</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Hecho imputado</td> <td>El administrado no instaló la infraestructura aislante de ruido en el área de decapado de la planta industrial, incumpliendo con su compromiso ambiental asumido en su PAMA.</td> <td>Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.</td> </tr> <tr> <td>Norma tipificadora</td> <td>Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.</td> <td>Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.</td> </tr> <tr> <td>Fuente de Obligación</td> <td>Cronograma de Implementación de Medidas Adicionales a las aprobadas, de la Actualización del Plan de Manejo Ambiental del PAMA la Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM del 3 de agosto del 2016</td> <td>Resolución Directoral N° 063-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI del 18 de enero del 2019, sustentada en el Informe N° 00273-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI-DEAM. "Artículo 1°. - Modificar el Plan de Manejo Ambiental establecido en el Programa de Manejo y Adecuación (PAMA) (...) y actualizado por Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM (...) de la empresa PRODUCTOS DE ACERO CASABDO S.A. retirándose del mismo la medida ambiental "Se usara infraestructura aislante que evite el paso del ruido hacia el exterior" en el área de Decapado; (...)".</td> </tr> </tbody> </table>		Compromiso Anterior	Compromiso Actual	Hecho imputado	El administrado no instaló la infraestructura aislante de ruido en el área de decapado de la planta industrial, incumpliendo con su compromiso ambiental asumido en su PAMA.	Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.	Norma tipificadora	Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.	Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.	Fuente de Obligación	Cronograma de Implementación de Medidas Adicionales a las aprobadas, de la Actualización del Plan de Manejo Ambiental del PAMA la Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM del 3 de agosto del 2016	Resolución Directoral N° 063-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI del 18 de enero del 2019, sustentada en el Informe N° 00273-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI-DEAM. "Artículo 1°. - Modificar el Plan de Manejo Ambiental establecido en el Programa de Manejo y Adecuación (PAMA) (...) y actualizado por Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM (...) de la empresa PRODUCTOS DE ACERO CASABDO S.A. retirándose del mismo la medida ambiental "Se usara infraestructura aislante que evite el paso del ruido hacia el exterior" en el área de Decapado; (...)".
	Compromiso Anterior	Compromiso Actual												
Hecho imputado	El administrado no instaló la infraestructura aislante de ruido en el área de decapado de la planta industrial, incumpliendo con su compromiso ambiental asumido en su PAMA.	Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.												
Norma tipificadora	Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.	Literal b del artículo 13° del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE.												
Fuente de Obligación	Cronograma de Implementación de Medidas Adicionales a las aprobadas, de la Actualización del Plan de Manejo Ambiental del PAMA la Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM del 3 de agosto del 2016	Resolución Directoral N° 063-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI del 18 de enero del 2019, sustentada en el Informe N° 00273-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI-DEAM. "Artículo 1°. - Modificar el Plan de Manejo Ambiental establecido en el Programa de Manejo y Adecuación (PAMA) (...) y actualizado por Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM (...) de la empresa PRODUCTOS DE ACERO CASABDO S.A. retirándose del mismo la medida ambiental "Se usara infraestructura aislante que evite el paso del ruido hacia el exterior" en el área de Decapado; (...)".												

70. Sobre el particular, resulta oportuno manifestar que de acuerdo al principio de retroactividad contemplado en el numeral 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, **salvo que las posteriores le sean más favorables**.

71. En tal sentido, resulta pertinente realizar en el presente caso, un análisis integral de la regulación anterior y actual sobre la materia para determinar si en el presente caso resulta aplicable un supuesto de retroactividad benigna a favor del administrado.

72. En el presente caso concreto, el tipo infractor materia de análisis tiene como fuente de obligación la Resolución Directoral N° 336-2016-PRODUCE/DVMYPE-IDIGGAM de fecha 3 de agosto del 2016, en la cual el administrado se comprometió a instalar una infraestructura aislante de ruido en el área de decapado de la Planta Callao.

73. No obstante, conforme se ha mencionado anteriormente, de la revisión de la Resolución Directoral N° 063-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI del 18 de enero del 2019 se evidencia que el administrado ya no se encuentra obligado a cumplir con dicho compromiso. Por tanto, resulta pertinente realizar un análisis comparativo entre el compromiso establecido en el Plan de Manejo Ambiental anterior y el actual, para determinar si en este caso resulta aplicable un supuesto de retroactividad benigna a favor del administrado.

De lo hasta aquí señalado, se desprende que la obligación del administrado inicialmente era de instalar una infraestructura aislante de ruido en el área de decapado de la Planta Callao; no obstante, con la aprobación de la Resolución Directoral N° 063-2019-PRODUCE/DVMYPE-IDGAAMI, debió de ser exigible al administrado el cumplimiento de dicho compromiso y de esta forma se extinguió el presunto incumplimiento observado durante la Supervisión Especial 2017.

En atención a lo anterior, del análisis conjunto de la norma tipificadora y la fuente de la obligación fiscalizable, se concluye que el bloque de tipicidad actual es más favorable para el administrado, por lo que, en aplicación del principio de retroactividad benigna, corresponde declarar el archivo del hecho imputado N° 3 del presente PAS, careciendo de objeto pronunciarse respecto a los demás descargos presentados por el administrado.

Gráfico 8

Resolución Directoral No. 1311-2017-OEFA/DFSAI

 Resolución Directoral N° 1311-2017-OEFA/DFSAI Expediente N° 1573-2016-OEFA/DFSAI/PAS													
<p>44. Sobre el particular, <u>el principio de irretroactividad</u> contemplado en el Numeral 5 del Artículo 246° del TUO de la LPAG, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. De este modo, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, <u>tanto en lo referido a la tipificación de la infracción</u> como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.</p> <p>45. Cabe señalar que, en los casos de tipificación mediante normas de remisión o normas sancionadoras en blanco, el tipo de una norma es completado por otra que contiene la obligación⁴⁹.</p> <p>46. En el presente caso, <u>el tipo infractor materia de análisis tiene como fuente de obligación el compromiso ambiental establecido en el PACPE del administrado</u>; sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, <u>con posterioridad a dicho instrumento de gestión ambiental se adquirieron nuevos compromisos ambientales a través de la Constancia de Verificación PACPE 2015</u>. Por tanto, resulta pertinente realizar un <u>análisis comparativo entre la regulación anterior y la actual</u>, para determinar si resulta aplicable un supuesto de retroactividad benigna a favor del administrado.</p>	<p>Cuadro N° 4: Comparativo entre la regulación anterior y la actual aplicable al tratamiento de efluentes domésticos y de inodoros</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>Regulación Anterior</th> <th>Regulación Actual</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Hecho imputado</td> <td>No implementar un (1) sistema de tratamiento biológico o biológico, conforme al Cronograma de Implementación de su PACPE.</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Norma tipificadora</td> <td>Numeral 92 del Artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE.</td> <td>Numeral 92 del Artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE.</td> </tr> <tr> <td>Fuente de la obligación</td> <td>Plan Complementario Pesquero, aprobado por Resolución Directoral N° 016-2010-PRODUCE/DIGAPP El administrado asumió el compromiso de implementar equipos complementarios al sistema de tratamiento de efluentes que les permitan alcanzar los Límites Máximos Permisibles, a través de un Cronograma de Implementación. Entre los equipos se encuentran: un (1) tanque de equalización, una (1) celda de flotación y un (1) sistema de tratamiento biológico⁵⁰, entre otros.</td> <td>Constancia de Verificación de Implementación del PACPE N° 001-2015-PRODUCE/DGCHD-Depchd El administrado se comprometió a realizar el tratamiento de efluentes domésticos y de inodoros a través del vertimiento a la red de alcantarillado administrado por SEDA-CHIMBOTE.</td> </tr> </tbody> </table> <p>Elaboración: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos - OEFA.</p> <p>47. Del cuadro anterior, se puede apreciar que, <u>la regulación actual resulta más favorable a la actualidad</u>; toda vez que, <u>el administrado no se encuentra obligado a realizar un tratamiento complementario de los efluentes domésticos antes de su vertimiento a la red de alcantarillado público</u>. En tal sentido, los hallazgos del Acta de Supervisión III y el Acta de Supervisión IV, <u>han dejado de ser punibles en aplicación del principio de retroactividad benigna</u>, por lo que corresponde declarar <u>el archivo del PAS</u> en el presente extremo.</p>		Regulación Anterior	Regulación Actual	Hecho imputado	No implementar un (1) sistema de tratamiento biológico o biológico, conforme al Cronograma de Implementación de su PACPE.		Norma tipificadora	Numeral 92 del Artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE.	Numeral 92 del Artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE.	Fuente de la obligación	Plan Complementario Pesquero, aprobado por Resolución Directoral N° 016-2010-PRODUCE/DIGAPP El administrado asumió el compromiso de implementar equipos complementarios al sistema de tratamiento de efluentes que les permitan alcanzar los Límites Máximos Permisibles, a través de un Cronograma de Implementación. Entre los equipos se encuentran: un (1) tanque de equalización, una (1) celda de flotación y un (1) sistema de tratamiento biológico ⁵⁰ , entre otros.	Constancia de Verificación de Implementación del PACPE N° 001-2015-PRODUCE/DGCHD-Depchd El administrado se comprometió a realizar el tratamiento de efluentes domésticos y de inodoros a través del vertimiento a la red de alcantarillado administrado por SEDA-CHIMBOTE.
	Regulación Anterior	Regulación Actual											
Hecho imputado	No implementar un (1) sistema de tratamiento biológico o biológico, conforme al Cronograma de Implementación de su PACPE.												
Norma tipificadora	Numeral 92 del Artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE.	Numeral 92 del Artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE.											
Fuente de la obligación	Plan Complementario Pesquero, aprobado por Resolución Directoral N° 016-2010-PRODUCE/DIGAPP El administrado asumió el compromiso de implementar equipos complementarios al sistema de tratamiento de efluentes que les permitan alcanzar los Límites Máximos Permisibles, a través de un Cronograma de Implementación. Entre los equipos se encuentran: un (1) tanque de equalización, una (1) celda de flotación y un (1) sistema de tratamiento biológico ⁵⁰ , entre otros.	Constancia de Verificación de Implementación del PACPE N° 001-2015-PRODUCE/DGCHD-Depchd El administrado se comprometió a realizar el tratamiento de efluentes domésticos y de inodoros a través del vertimiento a la red de alcantarillado administrado por SEDA-CHIMBOTE.											

Sin embargo, y tal como menciona el TFA en la Resolución, este afirma haberse apartado de cualquier razonamiento que busque aplicar la Retroactividad Benigna en casos similares al presente análisis, basándose exclusivamente en que dicho principio sólo podría aplicarse ante cambios en normas jurídicas. No obstante, como se ha explicado en los apartados precedentes, esta argumentación ha sido desvirtuada.

4.2. Sobre el juicio de benignidad

Habiendo determinado que el 3MPCM califica como una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco, sobre la cual es posible aplicar el principio de retroactividad benigna, es necesario analizar dicho principio, así como realizar un juicio de benignidad, a efectos de determinar si corresponde aplicarlo en el presente caso.

Así, el inciso 5 del artículo 248° del TUO LPAG, establece el Principio de Retroactividad Benigna. Según esta disposición, las normas sancionadoras son aplicables en el momento en que el administrado comete la conducta sujeta a sanción, a menos que disposiciones posteriores le sean más favorables. Este principio permite que las disposiciones sancionadoras puedan aplicarse

retroactivamente en beneficio del presunto infractor o del infractor, abarcando tanto la tipificación de la infracción como la imposición de la sanción y sus plazos de prescripción, incluso en el caso de sanciones en curso al entrar en vigor la nueva normativa.

En ese sentido, para la aplicación del mencionado principio, es necesario identificar si con la aprobación de la 3MPCM se establecieron condiciones más favorables para el administrado. Así, realizando un comparativo entre ambos instrumentos, es posible identificar dos bloques de tipicidad:

Gráfico 9

Juicio de Benignidad

2MPCM	3MPCM
Las medidas de cierre debían establecerse hasta el 2018 y 2017.	Las medidas de cierre debían establecerse hasta el 2022 y 2023.

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, es posible evidenciar que la 3MPCM implica condiciones más favorables para el administrado, en tanto permitía que el cierre de los componentes cuestionados por el OEFA se ejecute en un plazo mayor. Ahora bien, el TFA en la Resolución señala que no corresponde la aplicación de este principio en materia ambiental, en tanto los instrumentos de gestión ambiental son actos administrativos, y el Principio de Retroactividad Benigna únicamente aplica para normas. Además, pese a haber existido resoluciones que resuelven considerando como viable la aplicación del mencionado principio, el TFA señala que se aleja de dichos pronunciamientos.

Al respecto, consideramos errónea la argumentación de la autoridad fiscalizadora, en tanto desconoce principios que deben ser aplicados en todo PAS, y que funcionan como límites al ius puniendi de la Administración. No aplicar el principio de retroactividad benigna en el caso concreto, sin considerar

que toda tipificación referida a un incumplimiento del instrumento de gestión ambiental es una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco, implica un trato desigual entre los administrados, que no mantiene justificación alguna.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El cierre de la mina depende de la vida útil del proyecto, y esta se determina en el EIA (o MEIA); por lo que el PCM , en cuanto a plazo, es accesorio a lo que señala la MEIA. Por esta razón, la normativa establece que al obtener la MEIA, se debe solicitar la modificación del PCM dentro de un plazo determinado.
- En el caso concreto, en la MEIA aprobada, se amplió la vida útil de la mina, implicando un aplazamiento del cierre de los componentes. Sin embargo, en esta misma MEIA, el administrado señaló que respecto a los componentes anteriores y no modificados (los mismos que fueron materia del PAS), serían aplicable las actividades de cierre aprobadas en el 2MPCM.
- La lógica subyacente del OEFA al sancionar el incumplimiento del PCM implica que la falta de Nexa radica en no haber cumplido con presentar la MPCM dentro del periodo estipulado por la normativa (un año después de la aprobación de la MEIA). A pesar de ello, la tipificación específica de esta falta no está contemplada en la actualidad, siendo recomendable que se cuente con ella.
- La información que tenía OEFA, y que debió ser analizada coherentemente por dicha autoridad, se puede dividir en dos períodos: (i) durante la Supervisión, en donde resultaban exigibles las actividades de cierre del 2MPCM; y (ii) durante la etapa instructora, en donde la aprobación de la 3MPCM convirtió en inexigibles las actividades de cierre del 2MPCM cuestionadas durante el PAS.

- Idealmente, y en atención a una cooperación interinstitucional entre el MINEM y el OEFA, esta primera autoridad no debería haber aprobado la 3MPCM, considerando que el OEFA había realizado una supervisión donde había identificado un incumplimiento por parte del administrado en materia de cierre de minas que estaba siendo objeto de modificación por MINEM.
- Se recomienda fortalecer la normativa y las políticas públicas ambientales para mejorar la integración entre el Sistema de Evaluación Ambiental y el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Esta interrelación permitirá que la evaluación ambiental considere aspectos cruciales de la fiscalización ambiental y viceversa, asegurando así una gestión ambiental más coherente y efectiva.
- Dado que ya se había aprobado la 3MCPCM antes del inicio del PAS, el OEFA debía revisar esa información y, en atención a los derechos del administrado, aplicar el Principio de Retroactividad Benigna.
- La 3MPCM debe ser considerada como una norma complementaria de un tipo administrativo en blanco al momento de analizarla dentro de la tipificación referida al incumplimiento de un instrumento de gestión ambiental. Ello porque, a efectos de verificar el incumplimiento, la norma nos remite necesariamente al instrumento de gestión ambiental, en este caso, al PCM pertinente. Esta consideración, en materia ambiental, permite la flexibilización del Principio de Retroactividad Benigna, en tanto el instrumento de gestión ambiental se integra a la norma tipificadora, haciendo factible la aplicación de dicho principio cuando se genere un nuevo bloque de tipicidad (conformado por los compromisos ambientales del 3MPCM) más favorable para el administrado.

BIBLIOGRAFÍA

Baca Oneto, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho THĒMIS*, (69), 27-43.

Decreto Supremo N° 033-2005-EM, Reglamento para el Cierre de Minas (14 de agosto de 2005). *Diario Oficial El Peruano*, 15 de agosto de 2005.

Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (24 de setiembre de 2009). *Diario Oficial El Peruano*, 25 de setiembre de 2009.

Decreto Supremo N° 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero (5 de noviembre de 2014). *Diario Oficial El Peruano*, 12 de noviembre de 2014.

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (22 de enero de 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 25 de enero de 2019.

Gómez, H. (2014). El derecho administrativo sancionador ambiental: experiencias en Colombia, España y Perú. En *Ponencias del I Seminario Internacional del OEFA* (p. 9).

Gómez Apac, H. R., & Granados Mandujano, M. (2015). El macroproceso de la fiscalización ambiental. *Revista De Derecho Administrativo*, (15), 75-95. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15171>

Huapaya, M. (2014). El derecho administrativo sancionador ambiental: experiencias en Colombia, España y Perú. En *Ponencias del I Seminario Internacional del OEFA* (pp. 42-43).

Ley N° 27446, Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental (20 de abril de 2001). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de abril de 2001.

Ley N° 28090, Ley que regula el Cierre de Minas (13 de octubre de 2003). *Diario Oficial El Peruano*, 14 de octubre de 2003.

Macassi Zavala, J. P., & Salazar Ortia, E. E. (2019). El control de la discrecionalidad en la supervisión y el procedimiento administrativo sancionador del OEFA. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 148-170. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22169>

Mendoza Benza, M. R. (2018). ¡Lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre! El principio de indivisibilidad en la evaluación ambiental: un análisis para la determinación de su alcance.

Ministerio de Energía y Minas. (2006). *Guía para la Elaboración de Planes de Cierre de Minas*.

Ministerio de Energía y Minas. (2023). *Informe N° 0295 -2023/MINEM-DGAAM-DGAM: Informe sobre Criterios para determinar el periodo de cierre progresivo de los planes de cierre de minas*.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2023). *Resolución N° 243-2023-OEFA/TFA-SE*, de fecha 25 de mayo de 2023.

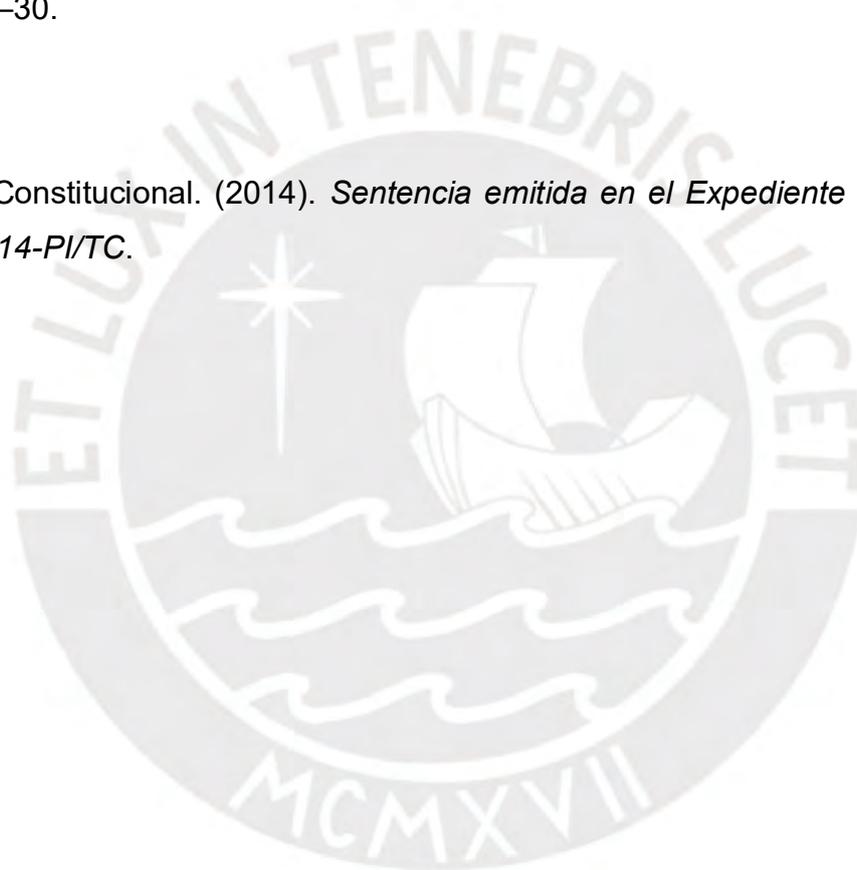
Resolución Ministerial No. 116-2015-MEM/DM. Aprueban Términos de Referencia Comunes para la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental Detallados y Semidetallados de las Actividades de Exploración, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero y otros, en cumplimiento del D.S. N° 040-2014-EM. *Diario Oficial El Peruano*, 13 de marzo de 2015.

Rosales, A. (2019). La interinstitucionalidad en las relaciones multilaterales de la cooperación interregional en América Latina. *Latin American Journal of Trade Policy*, 2(3), 28-48.
<https://enfoceseducacionales.uchile.cl/index.php/LAJTP/article/view/53162>

Rodrigo, P., & Arenas, D. (2014). La nueva gobernanza política y las colaboraciones intersectoriales para el desarrollo sostenible. *Innovar*, 24(53), 197-210.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-50512014000300016

Souto, M. A. (2016). Las leyes penales en blanco. *Nuevo Foro Penal*, 12(68), 13–30.

Tribunal Constitucional. (2014). *Sentencia emitida en el Expediente No. 0006-2014-PI/TC*.





**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería, Energía,
Actividades Productivas e Infraestructura y Servicios**

RESOLUCIÓN N° 109-2023-OEFA/TFA-SE

EXPEDIENTE N° : 0064-2020-OEFA/DFAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : NEXA RESOURCES ATACOCHA S.A.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 00121-2020-OEFA/DFAI

SUMILLA: Se confirma la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral N° 0229-2021-OEFA/DFAI del 26 de febrero de 2021, en el extremo que declaró la responsabilidad administrativa de Nexa Resources Atacocha S.A.A. por la comisión de las conductas infractoras Nros. 1, 2 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

Asimismo, se revoca la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, en el extremo que sancionó a Nexa Resources Atacocha S.A.A. con una multa ascendente a 7 343,313¹ (siete mil trescientos cuarenta y tres con 313/1000) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la conducta infractora N° 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución; reformándola con una multa ascendente a 7 343,009 (siete mil trescientos cuarenta y tres con 009/1000) Unidades Impositivas Tributarias.

De otro lado, se revoca la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, en el extremo que sancionó a Nexa Resources Atacocha S.A.A. con una multa ascendente a 77,360 (setenta y siete con 360/1000) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la conducta infractora N° 2 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución; reformándola con una multa ascendente a 77,132 (setenta y siete con 132/1000) Unidades Impositivas Tributarias.

Finalmente, se revoca la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, en el extremo referido a los fundamentos del cálculo por la primera instancia de las multas impuestas a Nexa Resources Atacocha S.A.A., por la comisión de la conducta infractora N° 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución; multa que, en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor, corresponde mantener en el monto de 129,363 (ciento veinte nueve con

¹ En el año 1982, a través de la Ley N° 23560, el Perú se adhirió al Sistema Internacional de Unidades que tiene por norma que los millares se separan con un espacio y los decimales con una coma. En ese sentido, así deben ser leídas y comprendidas las cifras de la presente resolución.

363/1000) Unidades Impositivas Tributarias.

Lima, 02 de marzo de 2023

I. ANTECEDENTES

1. Nexa Resources Atacocha S.A.A.² (en adelante, **Nexa**) es titular de la unidad fiscalizable Atacocha (en adelante, **UF Atacocha**), ubicada en el distrito de San Francisco de Asís de Yarusyacán, provincia y departamento de Pasco.
2. Respecto a la UF Atacocha, entre otros, Nexa cuenta con los siguientes instrumentos de gestión ambiental:
 - i) Modificación del Plan de Cierre de Minas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 139-2012-MEM/AAM del 03 de mayo de 2012 (en adelante, **MPCM Atacocha 2012**).
 - ii) Actualización del Plan de Cierre de Minas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 387-2012-MEM-AAM del 22 de noviembre de 2012 (en adelante, **APCM Atacocha 2012**).
 - iii) Segunda Modificación del Plan de Cierre de Minas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 098-2016-MEM-DGAAM del 04 de abril de 2016 (en adelante, **Segunda MPCM Atacocha 2016**).
 - iv) Segunda Modificación del Estudio de Impacto Ambiental de la Ampliación de Capacidad de Producción de la Planta Concentradora de la Concesión de Beneficio Chicrín N° 2 a 5000 TMD”, aprobada mediante Resolución Directoral N° 119-2018- SENACE-JEF/DEAR del 21 de agosto del 2018 (en adelante, **Segunda MEIA Atacocha 2018**).
 - v) Tercera Modificación del Plan de Cierre de Minas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 136-2020-MINEM-DGAAM del 09 de octubre de 2020 (en adelante, **Tercera MPCM Atacocha 2020**).
3. Del 12 al 18 de marzo de 2019, la Dirección de Supervisión en Energía y Minería (**DSEM**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (**OEFA**) realizó una supervisión regular a la UF Atacocha (en adelante, **Supervisión Regular 2019**), cuyos resultados se encuentran contenidos en el Acta de Supervisión y el Informe de Supervisión N° 783-2019-OEFA/DSEM-CMIN del 29 de noviembre de 2019 (en adelante, **Informe de Supervisión**)³.
4. Sobre esta base, mediante Resolución Subdirectoral N° 0229-2021-OEFA/DFAI-SFEM del 26 de febrero de 2021⁴ (en adelante, **RSD 229-2021**), la Subdirección de Fiscalización en Energía y Minas (**SFEM**) de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (**DFAI**) del OEFA dispuso el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador contra Nexa (en adelante, **PAS**)⁵.

² Registro Único de Contribuyentes N° 20100123500.

³ Documento digitalizado en el INAF.

⁴ Documento digitalizado en el INAF, notificada el 02 de marzo de 2021.

⁵ Conforme al numeral 6.2.1 del Reglamento de Acciones de Fiscalización Ambiental y seguimiento y verificación a Entidades de Fiscalización Ambiental del OEFA durante el Estado de Emergencia Sanitaria decretado en el país ante el brote del COVID-19, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 008-2020-OEFA/CD, el cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos y actividades derivadas del ejercicio de las funciones

5. Luego del análisis de los descargos presentados por el administrado⁶, la SFEM emitió el Informe Final de Instrucción N° 01513-2021-OEFA/DFAI/SFEM del 29 de octubre de 2021⁷ (en adelante, **Informe Final de Instrucción**).
6. Posteriormente, tras la revisión de los descargos contra el Informe Final de Instrucción⁸, mediante la Resolución Directoral N° 02661-2021-OEFA/DFAI del 30 de noviembre de 2021⁹ (en adelante, **RD 2661-2021**), la DFAI declaró la responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de las siguientes conductas infractoras:

Cuadro N° 1: Detalle de las conductas infractoras¹⁰

N°	Conductas infractoras	Normas sustantivas	Normas tipificadora
1	Nexa no implementó las actividades de cierre en zonas del depósito de relaves Tlclacayán (en adelante, Depósito Tlclacayán) respecto a: ii) Estabilidad hidrológica (canal de concreto); y, (iii)	Artículo 3 de la Ley N° 28090, Ley que regula el Cierre de Minas (LCM) ¹¹ ; artículos 24 y 25 del Reglamento para el Cierre de Minas aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo 036-2016-EM ¹²	Artículo 5 de la Tipificación de infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental,

de fiscalización ambiental a cargo del OEFA se encuentra suspendido desde el 16 de marzo de 2020 hasta que la actividad sujeta a fiscalización se reinicie, que, en principio, se daba con el registro del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del COVID-19 (**Plan COVID-19**). Siendo que el administrado registró su Plan COVID-19 el 05 de junio de 2020.

- ⁶ Escrito con Registro N° 2021-E01-027871 del 30 de marzo de 2021.
- ⁷ Documento digitalizado en el INAF, notificado el 03 de noviembre de 2021.
- ⁸ Escrito N° 2021-E01-098759 del 24 de noviembre de 2021.
- ⁹ Documento digitalizado en el INAF, notificada el 01 de diciembre de 2021.

¹⁰ Mediante la RD 2661-2021, la DFAI archivó los siguientes extremos:

1	Nexa no implementó las actividades de cierre en zonas del Depósito Tlclacayán respecto a: ii) Estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VIII)
2	Nexa no implementó las actividades de cierre en zonas del Depósito Chicrín respecto a: (i) estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VI-a y VI-B).
4	Nexa no implementó las actividades de cierre del Depósito Chicrín Antiguo, respecto a: i) Estabilidad Geoquímica (Cobertura Tipo I-AC, capa de caliza material impermeable (arcilla, grava, topsoil y revegetación); ii) Estabilidad Hidrológica (canal de coronación); y, iii) revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.

¹¹ **LCM**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2003.

Artículo 3.- Definición del Plan de Cierre de Minas

El Plan de Cierre de Minas es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista. La rehabilitación se llevará a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones, cumpliendo con las normas técnicas establecidas, las mismas que permitirán eliminar, mitigar y controlar los efectos adversos al ambiente generados o que se pudieran generar por los residuos sólidos, líquidos o gaseosos producto de la actividad minera.

¹² **RLCM**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de agosto de 2005.

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

En todas las instalaciones de la unidad minera el titular de actividad minera está obligado a ejecutar las medidas de cierre establecidas en el Plan de Cierre de Minas aprobado, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre. El programa de monitoreo (ubicación, frecuencia, elementos, parámetros y condiciones a vigilar) será propuesto por el titular de actividad minera y aprobado por la autoridad, el cual será específico de acuerdo a las características de cada área, labor o instalación y debe ser realizado hasta que se demuestre la estabilidad física y química de los componentes mineros objeto del Plan de Cierre de Minas.

Artículo 25.- Ejecución de medidas de cierre progresivo

El titular de actividad minera está obligado a cumplir de manera eficaz y oportuna, con las medidas de cierre progresivo establecidas en el Plan de Cierre de Minas aprobado, durante la vida útil de su operación minera, debiendo ejecutarlas en forma inmediata cuando cesen las operaciones mineras en las áreas o instalaciones que

	revegetación en parte del talud y la corona del mencionado depósito, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	(RLCM); artículo 24 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (LGA) ¹³ ; artículo 15 de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley del SEIA) ¹⁴ ; artículos 13 y 29 del Reglamento de la Ley del SEIA, aprobado con Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (Reglamento del SEIA) ¹⁵ .	aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD; detallada en el numeral 3.1 del rubro 3 del Cuadro anexo a la misma (Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD) ¹⁶ .
2	Nexa no implementó las actividades de cierre en zonas del depósito de relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3B (en adelante,	Artículo 3 de la LCM; artículos 24 y 25 del RLCM; artículo 24 de la LGA; artículo 15 de la Ley del SEIA; y, artículos 13 y 29 del Reglamento del SEIA.	Artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD, detallado en el numeral 3.1 del rubro 3

corresponda, conforme al cronograma aprobado por la autoridad competente. Sólo podrán ser objeto de cierre final, las labores, áreas e instalaciones, que, por razones operativas, no hayan podido cerrarse durante la etapa productiva o comercial.

¹³ **LGA**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre de 2015.

Artículo 24.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

¹⁴ **Ley del SEIA**

Artículo 15.- Seguimiento y control

15.1 La autoridad competente será la responsable de efectuar la función de seguimiento, supervisión y control de la evaluación de impacto ambiental, aplicando las sanciones administrativas a los infractores.

15.2 El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental Estratégica.

¹⁵ **Reglamento del SEIA**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de setiembre de 2009.

Artículo 13.- Instrumentos de gestión ambiental complementarios al SEIA

Los instrumentos de gestión ambiental no comprendidos en el SEIA son considerados instrumentos complementarios al mismo. Las obligaciones que se establezcan en dichos instrumentos deben ser determinadas de forma concordante con los objetivos, principios y criterios que se señalan en la Ley y el presente Reglamento, bajo un enfoque de integralidad y complementariedad de tal forma que se adopten medidas eficaces para proteger y mejorar la salud de las personas, la calidad ambiental, conservar la diversidad biológica y propiciar el desarrollo sostenible, en sus múltiples dimensiones.

Artículo 29.- Medidas, compromisos y obligaciones del titular del proyecto

Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.

¹⁶ **Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD**, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 16 de febrero de 2018.

Artículo 5.- Infracción administrativa relacionada al incumplimiento del Instrumento de Gestión Ambiental

Constituye infracción administrativa calificada como muy grave el incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente. Esta conducta es sancionada con una multa de hasta quince mil (15000) Unidades Impositivas Tributarias.

INFRACCIÓN (SUPUESTO DE HECHO DEL TIPO INFRACTOR)	BASE LEGAL REFERENCIAL	CALIFICACIÓN GRAVEDAD INFRACCIÓN	SANCIÓN MONETARIA
3 DESARROLLAR PROYECTOS O ACTIVIDADES INCUMPLIENDO LO ESTABLECIDO EN EL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL			
3.1 Incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente.	Artículo 13 y 29 del Reglamento de la Ley del SEIA.	MUY GRAVE	HASTA 15000 UIT

	Depósito Chicrín) respecto a la vegetación; toda vez que se verificaron sectores que no contaban con revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.		del Cuadro anexo a la misma.
3	Nexa implementó una labor minera no contemplada, ubicada en las coordenadas UTM (Datum GS84-18L): E 366 308, N 8 830 184, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	Literal a) del artículo 18 del Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Exploración, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM (RPGAAE) ¹⁷ ; artículo 24 de la Ley del SEIA; y, artículos 13 y 29 del Reglamento del SEIA.	Artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD detallada en el numeral 3.1 del rubro 3 del Cuadro anexo a la misma

Fuente: RD 2661-2021

Elaboración: Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA)

7. Asimismo, mediante el artículo 1 de la RD 2661-2021, la DFAI sancionó a Nexa con una multa total de 7 591,714 (siete mil quinientos noventa y uno con 714/1000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), vigentes a la fecha de pago, conforme al siguiente detalle:

Detalle de las multas impuestas - RD 2661-2021

Conductas Infractoras	Multas
Conducta Infractora N° 1	7 384,612 UIT
Conducta Infractora N° 2	77,739 UIT
Conducta Infractora N° 3	129,363 UIT
Total	7 591,714 UIT

Fuente: RD 2661-2021

Elaboración: TFA

8. El 23 de diciembre de 2021¹⁸, Nexa interpuso recurso de reconsideración contra la RD 2661-2021.
9. Mediante la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022¹⁹ (en adelante, **RD 121-2022**), la DFAI se pronunció respecto al recurso de reconsideración interpuesto, en los siguientes términos:
- (i) Declaró infundado el recurso interpuesto respecto de la determinación de responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de las conductas infractoras detalladas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución.
 - (ii) Declaró fundado en parte el recurso de reconsideración, respecto al cálculo de la multa conforme al siguiente detalle:

¹⁷ **RPGAAE**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre de 2014.

Artículo 18. – De las obligaciones generales para el desarrollo de toda actividad minera

Todo titular de actividad minera está obligado a:

a) Cumplir la legislación ambiental aplicable a sus operaciones, las obligaciones derivadas de los estudios ambientales, licencias, autorizaciones y permisos aprobados por las autoridades competentes, así como todo compromiso asumido ante ellas, conforme a ley, y en los plazos y términos establecidos.

¹⁸ Escrito con Registro N° 2021-E01-107799.

¹⁹ Documento digitalizado en el INAF, notificada el 28 de febrero de 2022.

Cuadro N° 2: Detalle de las multas impuestas- RD 121-2022

Conductas Infractoras	Multas
Conducta Infractora N° 1	7 343,313 UIT
Conducta Infractora N° 2	77,360 UIT
Conducta Infractora N° 3	129,363 UIT
Total	7 550,036 UIT

Fuente: RD 121-2022

Elaboración: TFA

10. El 21 de marzo de 2022, Nexa interpuso recurso de apelación²⁰ contra la RD 121-2022; asimismo, solicitó el uso de la palabra para exponer sus alegatos.
11. El 05, 31 de mayo de 2022 y 02 de febrero de 2023²¹, Nexa presentó alegatos complementarios al recurso de apelación.
12. El 02 de junio de 2022, se llevó a cabo el informe oral solicitado por Nexa²².

II. COMPETENCIA

13. 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 Ambiente²³, se creó el OEFA.
14. Según lo establecido en los artículos 6 y 11 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011 (**Ley del SINEFA**)²⁴, 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.

²⁰ Escrito con Registro N° 2022-E01-024156.

²¹ Escritos con Registros N° 2022-E01-042852, N° 2022-E01-049805 y N° 2022-E01-122137.

²² Acta de audiencia de informe oral del 02 de junio de 2022.

²³ **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

Se encuentran adscritos al Ministerio del Ambiente los siguientes organismos públicos:

3. 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.

²⁴ **Ley del SINEFA**

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

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

Artículo 11.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

15. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del SINEFA dispone que, mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA²⁵.
16. De esta manera, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²⁶ 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 (**Osinergmin**)²⁷ al OEFA. Siendo que mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁸, se estableció que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
17. Por otro lado, el artículo 10 de la Ley del SINEFA²⁹ y los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA³⁰, disponen que el TFA es el órgano encargado de ejercer

²⁵ **Ley del SINEFA**
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.

²⁶ **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.

²⁷ **Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de Supervisión y Fiscalización de las actividades mineras al Osinerg**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2007.
Artículo 18.- Referencia al Osinerg
A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

²⁸ **Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD, que aprueba los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el Osinergmin y el OEFA.**
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.

²⁹ **Ley del SINEFA**
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.

³⁰ **Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre de 2017.
Artículo 19.- Tribunal de Fiscalización Ambiental
19.1 El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano resolutorio que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos; y está integrado por Salas Especializadas en los asuntos de competencia del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.
19.2 La conformación y funcionamiento de las Salas del Tribunal de Fiscalización Ambiental es regulada mediante Resolución del Consejo Directivo del OEFA.

Artículo 20.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental tiene las siguientes funciones:

- a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.

funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

18. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, se 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)³¹.
19. En esa misma línea, en el numeral 2.3 del artículo 2 de la LGA³², se prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
20. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. Así pues, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, ya que el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
21. En el sistema jurídico nacional, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional las normas que tutelan 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 ambiente³³.
22. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental³⁴, 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 preserve³⁵; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a

-
- b) Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
 - c) Emitir precedentes vinculantes que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de las normas de competencia del OEFA, cuando corresponda.
 - d) Ejercer las demás funciones que establece la normativa vigente sobre la materia.

³¹ Fundamento jurídico 27 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC.

³² **LGA**

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.

³³ Fundamento jurídico 33 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03610-2008-PA/TC.

³⁴ **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.

³⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, ha

autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³⁶.

23. Cabe destacar que, en su dimensión como conjunto de obligaciones, la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
24. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³⁷.
25. Bajo dicho marco normativo, que tutela el ambiente adecuado y su preservación, el TFA interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del PAS.

IV. ADMISIBILIDAD

26. El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles de notificado el acto impugnado y cumple con los requisitos previstos en los artículos 218 y 221 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (**TUO de la LPAG**)³⁸; por lo que es admitido a trámite.

señalado sobre el derecho a un ambiente sano 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.

³⁶ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia N° 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.

³⁷ Fundamento jurídico 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03048-2007-PA/TC.

³⁸ **TUO de la LPAG**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de enero de 2019. Mediante Ley N° 31603, publicada el 05 de noviembre de 2022, se modificó el artículo 207 de la LPAG, que corresponde al artículo 218 del TUO de la LPAG:

Artículo 218.- Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación

Solo en caso de que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días, con excepción del recurso de reconsideración que se resuelve en el plazo de quince (15) días.

Artículo 221. – Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.

V. CUESTIÓN PREVIA

Sobre la vulneración al derecho de defensa por no otorgar informe oral

27. En su escrito complementario, Nexa refiere que, durante la tramitación del PAS, la DFAI habría vulnerado su derecho al debido procedimiento y de defensa, ya que no le concedió el informe oral solicitado.
28. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional³⁹ establece que, en el ámbito de un PAS, el derecho de defensa garantiza la protección de aquellos derechos que pudieran ser afectados en el ejercicio de la potestad sancionatoria; por lo que el administrado debe tener la posibilidad de recurrir la decisión, de presentar pruebas de descargo y de obtener un pronunciamiento debidamente motivado. Asimismo, establece la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para la presentación de los alegatos de descargo o contradicción.
29. En esa línea, establece que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los administrados se les impide arbitraria e indebidamente ejercer los medios legales suficientes para su defensa⁴⁰.
30. Ahora bien, respecto al no otorgamiento del informe oral, el Tribunal Constitucional establece que dicha situación no constituye un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa, ya que, en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, el interesado tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa mediante la presentación de escritos⁴¹.
31. En relación con ello, el artículo 9 del Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 3741-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 24 al 26.

El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 01147-2012-PA/TC, fundamento 16.

16. De igual manera este Tribunal en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (Exp. N.º 0582-2006-PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros).

⁴¹ Pleno Sentencia 629/20200, Tribunal Constitucional del Expediente N° 00789-2018-PHC/TC, fundamento 9.

9. g Sobre este extremo de la demanda, es oportuno advertir lo ya también precisado por este Tribunal, en el sentido de que en aquellos supuestos donde el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio del derecho de defensa la imposibilidad de realizar el informe oral, siempre que el interesado haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa por escrito a través de un informe. Por ello, el hecho de que no haya informado oralmente en la Vista de la Causa, no significa que se haya violado el derecho de defensa del demandante por esta razón. (Cfr. resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 0137-2011-PHC, 5510-2011-PHC, 1147-2012-PA, 1307-2012-PHC, 3486-2012-PA, 3619-2012-PHC, 4594-2012-PA, 2881-2013-P1-IC, 4558-2013-PHC, 7131-2013-PHC, 7181-2013-PHC, entre otras).

N° 027-2017-OEFA/CD (**RPAS**)⁴², reconoce que corresponde a la Autoridad Decisora determinar si se lleva a cabo la audiencia de informe oral solicitado.

32. Teniendo claro este marco conceptual, para esta Sala la denegatoria a un pedido de informe oral no constituye *per se* una restricción al derecho de defensa del administrado, toda vez que tal situación no lo limita de presentar los argumentos y medios probatorios de defensa que estime pertinentes.
33. En este sentido, el TFA ha establecido que, cuando existen elementos de prueba suficientes para generar convicción respecto al pronunciamiento a emitir, no resulta necesario programar una audiencia de informe oral⁴³.
34. A ello se debe agregar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 del TUO de la LPAG, los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento formular alegaciones, aportar elementos de juicio, los mismos que deberán ser analizados por la autoridad al resolver⁴⁴.
35. Sobre la base de este marco de ideas, se concluye que la no programación del pedido de informe oral no produjo indefensión al administrado, pues a lo largo del PAS este tuvo la oportunidad de exponer y sustentar sus argumentos mediante sus diferentes escritos de descargos⁴⁵.

Sobre la Resolución N° 0120-2022-OEFA/TFA-SE

36. Adicionalmente, en el escrito de descargos complementarios, Nexa alega que debe aplicarse el mismo criterio establecido en la Resolución N° 0120-2022-OEFA/TFA-SE.
37. Al respecto, conforme indica Nexa, en la Resolución N° 0120-2022-OEFA/TFA-SE del 28 de marzo de 2022, el TFA declaró la nulidad del PAS al verificar que no se atendió la solicitud de informe oral, mas no porque la DFAI no haya otorgado el informe oral solicitado; conforme se muestra:

⁴² **Resolución de Consejo Directivo N° 027-2017-OEFA/CD que aprobó el RPAS**, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de octubre de 2017.

Artículo 9. - Audiencia de informe oral

9.1 La Autoridad Decisora puede, de oficio o a solicitud de parte, citar a audiencia de informe oral, con no menos de tres (3) días hábiles de anticipación.

9.2 La audiencia de informe oral debe ser registrada por la Entidad en audio y/o video a través de cualquier medio que permita dejar constancia de su realización.

⁴³ Criterio adoptado en el considerando 10 de la Resolución N° 216-2020-OEFA/TFA-SE del 29 de octubre de 2020.

⁴⁴ **Artículo 172.- Alegaciones**

172.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

⁴⁵ Escritos con Registro N° 2020-E01-092069 y N° 2021-E01-064766.

40. Llegados a este punto, en el caso concreto, ARPE solicitó el uso de la palabra en el "tercero otrosí decimos" del escrito de descargos al Informe Final de Instrucción, como se observa a continuación:

TERCERO OTROSÍ DECIMOS: Que, conforme al artículo 9° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N.º 027-2017-OEFA/CD, solicitamos se nos conceda el uso de la palabra por espacio de quince (15) minutos a los abogados, como a nuestro técnico especialista ambiental, para los efectos de informar oralmente, la fundamentación jurídica como técnica respectivamente.

Fuente: Escrito con Registro N° 2021-E01-087816.

41. En ese sentido, en función a lo indicado en los considerandos que preceden, correspondía a la Autoridad Decisora pronunciarse sobre dicha solicitud, ya sea en el decurso del PAS o emitiendo pronunciamiento sobre la misma en la resolución final; no obstante, de la revisión del Expediente N° 1133-2020-OEFA/DFAI/PAS y del Sistema de Trámite Documentario (**SIGED**)⁴¹, esta Sala verifica que no obra documento alguno en referencia a la solicitud de uso de la palabra cursada por ARPE, así como tampoco se advierte su mención en el resumen de descargos que fueron analizados en la Resolución Directoral.
42. Por tanto, el hecho de que la DFAI no haya atendido la solicitud de uso de la palabra presentada por el recurrente, constituye una vulneración al principio del debido procedimiento. Sobre ese punto, no se cuestiona aquí el hecho que el otorgamiento o denegatoria de un pedido de informe oral constituye una potestad de la Autoridad Decisora, sino que esta potestad no se haya ejercido en concordancia con los principios que inspiran todo debido procedimiento, los cuales exigen que se exponga mínimamente por qué se toma una u otra decisión.

Fuente: Resolución N° 0120-2022-OEFA/TFA-SE

38. En atención a lo expuesto, debe considerarse que, en el PAS, la DFAI estableció que contaba con los medios probatorios necesarios para emitir pronunciamiento; con lo que no resultaba necesario programar un informe oral; como se evidencia a continuación:

191. Por último, respecto a la solicitud de uso de la palabra, esta Dirección considera que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, el administrado tuvo la oportunidad de exponer y sustentar sus argumentos de defensa mediante la presentación del escrito de descargos N° 1 y 2; por lo que, se estima que se cuenta con la información suficiente para resolver el presente PAS de acuerdo al principio de verdad material³⁶.
192. A mayor abundamiento, en pronunciamientos similares, el Tribunal de Fiscalización Ambiental³⁷ sostiene que, cuando existen elementos de prueba suficientes para generar convicción respecto al pronunciamiento a emitir, no resulta necesario programar una audiencia de informe oral.
193. Por lo expuesto, esta Dirección considera desestimar la solicitud de informe oral presentada por el administrado, en tanto se ha meritado que, en el presente expediente, obran los elementos de prueba suficientes, necesarios para emitir un pronunciamiento válido. Asimismo, hasta la emisión de la presente Resolución, el administrado ha podido exponer y sustentar sus argumentos de defensa, siendo que no se vulnera el principio del debido procedimiento ni su derecho de defensa.

Fuente: RD 2661-2021

39. Por lo tanto, en atención a lo expuesto, se aprecia que la DFAI sí valoró la solicitud de informe oral planteado por Nexa; y que la denegación de esta responde a que la primera instancia declaró que contaba con los medios probatorios necesarios para emitir pronunciamiento.
40. En consecuencia, en la tramitación del PAS no se han vulnerado los derechos al debido procedimiento y al derecho de defensa de Nexa.

VI. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

41. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso se circunscriben a las siguientes:

- (i) Determinar si correspondía declarar la responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de las conductas infractoras Nros. 1 y 2 descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución.
- (ii) Determinar si correspondía declarar la responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de la conducta infractora N° 3 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución.
- (iii) Determinar si las multas impuestas a Nexa por la comisión de las conductas infractoras Nros. 1, 2 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución se enmarcan en los parámetros legales previstos en nuestro ordenamiento.

VII. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

VII.1 Determinar si correspondía declarar la responsabilidad administrativa de Nexa por las conductas infractoras 1 y 2 descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución

42. De forma preliminar al análisis de los argumentos expuestos por Nexa, se considera necesario exponer el marco normativo que regula la obligación de los administrados de cumplir los compromisos asumidos en sus instrumentos de gestión ambiental.

A. Sobre el marco normativo de los compromisos ambientales

- 43. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la LCM, el Plan de Cierre de Minas (**PCM**) es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera, para que este alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista.
- 44. Asimismo, el artículo 24 y 25 del RLCM, establece que, en todas las instalaciones de la unidad minera, el titular de actividad minera está obligado a ejecutar las medidas de cierre establecidas en el PCM aprobado, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre.
- 45. En los artículos 16 y 18 de la LGA, se disponen que los instrumentos de gestión ambiental incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas a ser realizadas por los administrados.
- 46. De esta manera, en el artículo 24 de la LGA, se consagra a la evaluación de impacto ambiental como el instrumento de gestión aplicable obligatoriamente a toda actividad humana que implique servicios y otras actividades susceptibles de causar impactos ambientales significativos, precisando que aún aquellos proyectos o actividades no comprendidos dentro del SEIA deben cumplir con las normas ambientales específicas.

47. Asimismo, en el artículo 15 de la Ley del SEIA, se establece que el OEFA es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas previstas en la evaluación ambiental estratégica.
48. En esta línea, resulta pertinente traer a colación al artículo 29 del Reglamento del SEIA⁴⁶, en el cual se dispone que, una vez aprobados los instrumentos de gestión ambiental por la autoridad competente y obtenida la certificación ambiental, el titular de la actividad es responsable de cumplir con todas las medidas, compromisos y obligaciones contenidos en ellos.
49. Interpretando el marco normativo expuesto, el TFA ha manifestado en anteriores oportunidades que los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento; razón por la cual deben ser efectuados conforme fueron aprobados por la autoridad de certificación ambiental. Ello es así, toda vez que se encuentran orientados a prevenir, mitigar o revertir en forma progresiva, según sea el caso, la generación y el impacto negativo al ambiente que puedan ocasionar las actividades productivas⁴⁷.
50. Sobre esta base, el TFA también ha manifestado que, a efectos de determinar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de un instrumento de gestión ambiental, corresponde no solo identificar el compromiso relevante, sino también, desarrollando un análisis progresivo, las especificaciones contempladas para su cumplimiento, relacionadas al modo, lugar y tiempo. Y luego de ello, evaluar el compromiso desde la finalidad que busca, la cual está orientada a la prevención de impactos negativos al ambiente⁴⁸.

B. De los compromisos asumidos por Nexa

B.1. De las actividades de cierre: estabilidad hidrológica (conducta infractora N° 1)

51. Conforme a la MPCM Atacocha 2012, Nexa se encontraba obligada a ejecutar las actividades de estabilidad hidrológica en la zona del Depósito Tíclacayán, mediante obras de derivación, como la implementación de un canal de emergencia.
52. En relación con ello, el mencionado instrumento establece el diseño del canal de emergencia, conforme al Anexo 5.3 "Ingeniería de detalle Plan de Cierre de la Presa Tíclacayán"; según se muestra:

⁴⁶ **Reglamento del SEIA**

Artículo 29.- Medidas, compromisos y obligaciones del titular del proyecto

Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.

⁴⁷ Al respecto, se pueden citar la Resolución N° 0028-2020-OEFA/TFA-SE del 29 de enero de 2020 y Resolución N° 018-2021-OEFA/TFA-SE del 19 de enero de 2021, entre otras.

⁴⁸ Ver considerando 31 de la Resolución N° 324-2018-OEFA/TFA-SMEPIM de fecha 12 de octubre de 2018.

**CAPÍTULO V
ACTIVIDADES DE CIERRE**

- 5.1. Cierre temporal
- 5.2. Cierre progresivo
- 5.2.5. *Estabilidad hidrológica*

La estabilización hidrológica se realiza mediante obras de derivación y drenaje de aguas superficiales que consisten en canales de coronación, cajas colectoras, alcantarillas, estructuras de disipación y otras que deben estar ubicadas y dimensionadas de tal manera que corrijan los cursos actuales de las aguas de escorrentía evitando problemas de erosión e inundación en caso de presentarse eventos hidrológicos extremos.

5.2.5.3. Estabilidad hidrológica del depósito de relaves Ticlacayan

En el Anexo N° 5.3., de la presente Modificación del plan de Cierre, se adjunta las obras de cierre del depósito de relaves Ticlacayan donde muestran la Hidrología y el diseño hidráulico así como los cálculos y estimaciones de caudales máximos.

Fuente: MPCM Atacocha 2012

**INGENIERÍA DE DETALLE
PLAN DE CIERRE DE LA PRESA TICLACAYÁN**

8.0 HIDROLOGÍA Y DISEÑO HIDRÁULICO

8.2 Diseño Hidráulico y Manejo de Flujos Extraordinarios

- 8.2.1 Objetivo
- 8.2.2 Criterios de Diseño

8.2.2.4 Diseño de la Sección

La sección que satisface los criterios de diseño, consiste en un canal de sección rectangular de 4 m de base y 2,8 m de altura. Dada la sección se requiere que el canal sea construido de concreto armado cuyo espesor de muros será de 0,30; y el espesor de base será de 0,30 m en el tramo de la progresiva 0+053 hasta la progresiva 0+335, y de 0.40 m en el tramo de la progresiva 0+335 hasta la progresiva 0+600.

8.2.3 Estructuras Consideradas

8.2.3.2 Transición y Canal de Emergencia

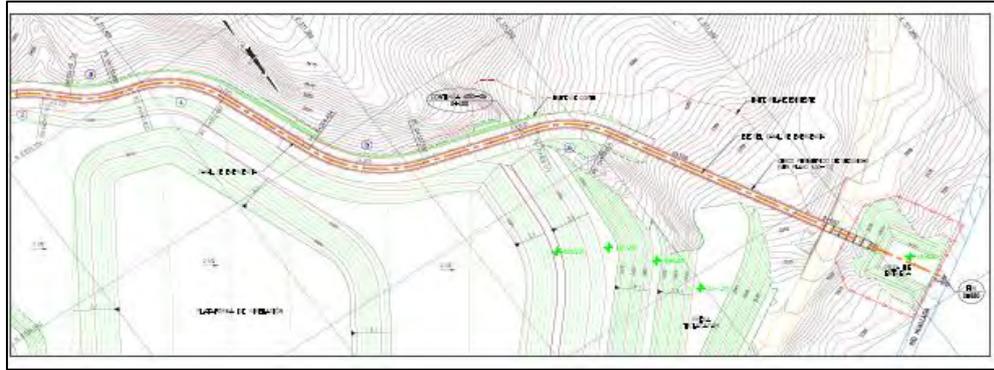
El canal de emergencia posee sección rectangular de 4m de base y 2,8 m de altura en todo el desarrollo de la estructura. Entre la progresiva 0+053 y 0+365 el canal posee una pendiente de 2,5%. Sin embargo, en la parte final (0+365 y 0+600) se desarrolla con una pendiente de 23,25%.

Fuente: MPCM Atacocha 2012

Estructura de manejo de Agua- Canal de Emergencia



Fuente: Anexo 5.3 de la MPCM Atacocha 2012 - Plano N° 400-05 – Estructura del manejo del agua-canal de emergencia-Planta y Perfil- Lamina 1 de 2



Fuente: Anexo 5.3 de la MPCM Atacocha 2012 - Plano N° 400-06 – Estructura del manejo del agua-canal de emergencia-Planta y Perfil- Lamina 2 de 2

53. Asimismo, en la Segunda MPCM Atacocha 2016, se establecieron las obras de cierre para el Depósito Ticlacayán, en los siguientes términos:

5.2.5 Estabilidad Hidrológica
(...)
5.2.5.1 Diseños Hidráulicos aprobados
Es imprescindible captar la escorrentía producto de la precipitación y drenarlas a la quebrada, a continuación, se presenta un cuadro resumen de las obras hidráulicas aprobadas que a la fecha sigue vigente.

Tipo	Componente	Identificación	Situación Del Componente	Obras de Cierre	Observaciones
Instalaciones de Manejo de Residuos	Depósitos de Relaves	Depósito de relaves Chicrín Antiguo	Inactivo	Canal coronación	Actividad Aprobada
		Depósito de relaves Chicrín actual C1, 2, 2A, 2B y 3A	Inactivo	Canal coronación	Actividad Aprobada
		Depósito de relaves Cajamarquilla	Inactivo	Realizado	Actividad Aprobada
		Depósito de relaves Ticlacayán	Inactivo	Canal coronación	Actividad Aprobada
		Depósito de relaves Malauchaca	Inactivo	Canal coronación	Actividad Aprobada

B.2. De las actividades de cierre: revegetar: (conductas infractoras N° 1 y 2)

54. Asimismo, conforme al MPCM Atacocha 2012, Nexa asumió el compromiso de revegetar los Depósitos Ticlacayán y Chicrín, mediante la colocación de dos tipos de materiales que permitan la revegetación de especies; conforme se aprecia:

CAPÍTULO V
ACTIVIDADES DE CIERRE

5.1. Cierre temporal
5.2. Cierre progresivo
5.2.7. Revegetación.

Se procederá a cubrir la superficie de los relaves con dos tipos de materiales, una con un material inerte (Transición y/o morrenas) que en su estructura tenga finos, este material estará en contacto con el relaves, sobre este material inerte se colocará suelo agrícola mezclada con turba en un espesor de 20 cm como mínimo. Ambos materiales serán provenientes de la remoción de capas orgánicas superficiales y sub-superficiales obtenidas en la construcción de la presa Atacocha.

La selección de especies empleadas en la revegetación, siguiendo el concepto de sucesión de comunidad de plantas, determina que deben utilizarse gramíneas (rye grass y pastos) y trébol para la revegetación inicial, proporcionando la cubierta necesaria para el hábitat de la fauna silvestre. Estas especies pioneras mejorarán el desarrollo del suelo y cambiarán las características microclimáticas hasta el punto que otras especies de la zona como arbustos típicos se adecuen a las condiciones cambiadas para invadir la zona.

Fuente: MPCM Atacocha 2012

B.3. Sobre el plazo de ejecución de las medidas de cierre:

55. De conformidad con el cronograma de cierre establecido en la Segunda MPCM Atacocha 2016, Nexa se comprometió a implementar las medidas de cierre establecidas en la MPCM Atacocha 2012, hasta el 2018 para el Depósito Ticlacayán; y, hasta el 2017, en el caso del Depósito Chicrín, conforme se muestra:

Depósito Ticlacayán

CRONOGRAMA FISICO DEL CIERRE PROGRESIVO

Proyecto: MODIFICACION DEL PLAN DE CIERRE DE LA UNIDAD MINERA ATACOCHA
 Cliente: COMPAÑIA MINERA ATACOCHA S.A.A.
 Lugar: SAN FRANCISCO DE ASIS DE YARUJAYCAN - PASCO - PASCO

feb-16

CRONOGRAMA FISICO DEL CIERRE PROGRESIVO	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
OBRAS PRELIMINARES							
INSTALACIONES DE MANEJO DE SUDOR							
DEPOSITOS DE RELAVES							
DEPOSITO DE RELAVES TICLACAYAN							
ESTABILIDAD HIDROLOGICA							
REVEGETACION							

Depósito Chicrín

Documentación complementaria presentada por el administrado al Ministerio de Energía y Minas, mediante escrito N° 2585342 del 09 de marzo de 2016, que forma parte de la 2MPCM Atacocha 2016.

CRONOGRAMA FISICO DEL CIERRE PROGRESIVO

Proyecto: MODIFICACION DEL PLAN DE CIERRE DE LA UNIDAD MINERA ATACOCHA
 Cliente: COMPAÑIA MINERA ATACOCHA S.A.A.
 Lugar: SAN FRANCISCO DE ASIS DE YARUJAYCAN - PASCO - PASCO

feb-16

CRONOGRAMA FISICO DEL CIERRE PROGRESIVO	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
INSTALACIONES DE MANEJO DE SUDOR							
DEPOSITO DE RELAVES CHICRIN ACTUAL C1, 2, 2A, 2B Y 3A							
ESTABILIDAD GEOQUIMICA							
ESTABILIDAD HIDROLOGICA							
REVEGETACION							

(...)

56. De lo expuesto, se colige que **Nexa se encontraba obligada a implementar las medidas de cierre en el Depósito Ticlacayán (referidos a la estabilidad física y a la revegetación) hasta el 2018; y, en el Depósito Chicrín (respecto de la revegetación) hasta el 2017.**

C. De lo verificado durante la Supervisión Regular 2019

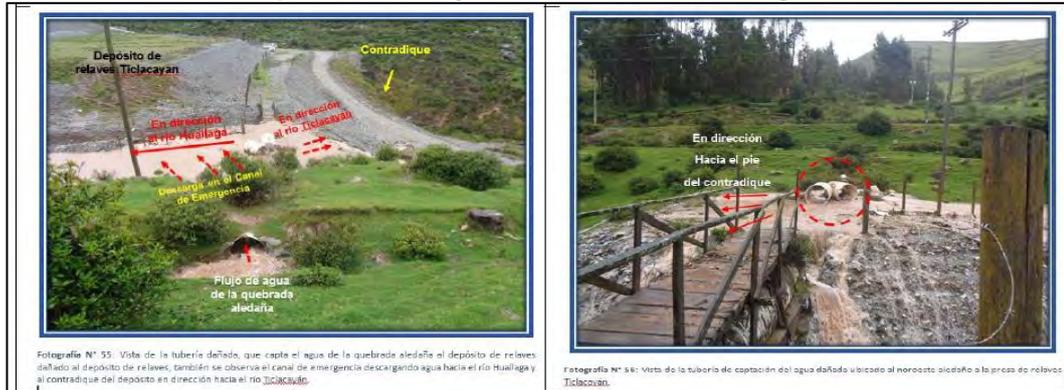
C.1. Del Depósito Ticlacayán (conducta infractora N° 1)

De la estabilidad Hidrológica

57. En el Depósito Ticlacayán, la DSEM constató que el canal de emergencia ubicado en el estribo izquierdo de la presa auxiliar del depósito -de forma rectangular de 5 metros de ancho por 3 metros de alto y 400 metros de longitud aproximadamente- era de suelo natural.
58. Adicionalmente, verificó que la tubería de derivación de aguas de escorrentía se encontraba rota y colmatada, lo que permitió que las aguas de la quebrada sin nombre discurren en dos direcciones: hacia el canal de emergencia (canal en tierra) adyacente al depósito de relaves (lado oeste) y hacia el río Ticlacayán (suroeste).

59. Lo verificado por la DSEM se sustenta en las siguientes fotografías:

Depósito Ticolacayán – Estabilidad Hidrológica



Fuente: RD 2661-2021

De la revegetación:

60. Del mismo modo, en el Depósito Ticolacayán, en el tramo ubicado entre las coordenadas UTM (Datum WGS 84, zona 18L): 371333E, 8835 717N y 371026E, 8835802N, la DSEM constató que el talud del depósito de relaves se encontraba erosionado y con presencia de cárcavas.
61. Asimismo, verificó que la corona del depósito de relaves no se encontraba revegetada y había presencia de material tipo grava.
62. Lo verificado por la DSEM se sustenta en las siguientes fotografías:

Depósito Ticolacayán - Revegetación





Fuente: RD 2661-2021

C.2. Del Depósito Chicrín (conducta infractora N° 2)

De la revegetación

63. Durante la Supervisión Regular 2019, la DSEM constató que la plataforma del depósito de relaves no contaba con vegetación, evidenciando presencia de material tipo ripio en la superficie.
64. Lo señalado se encuentra verificado en el Informe de Supervisión, donde se observa la falta de revegetación en el canal de derivación de emergencia, la presencia de cárcavas en algunas zonas del Depósito Chicrín; conforme al siguiente detalle:

Depósito Chicrín - Revegetación





Fuente: Informe de Supervisión

65. En atención a lo evidenciado, en el Informe de Supervisión, la DSEM estableció que Nexa incumplió las medidas de cierre establecidas en la MPCM Atacocha 2012; toda vez que no implementó las medidas de cierre en el Depósito Tlacayán: respecto de: (i) la estabilidad hidrológica -canal de concreto-; (ii) ni la revegetó -parte del talud y la corona-. Además, (iii) no revegetó algunas zonas del Depósito Chicrín.

66. Hallazgos que motivaron la tramitación del PAS, en el cual la DFAI declaró la responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de las conductas infractoras Nros. 1 y 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

D. Del recurso de apelación

D.1. La supuesta ilegalidad de la RD 2661-2021, al confirmar sanciones por hechos que no eran antijurídicos a la fecha de la imputación de cargos

67. En el recurso de apelación, Nexa alega que, cuando se le inició el PAS, las conductas imputadas no eran reprochables jurídicamente; ya que, conforme señala, no constituían hechos antijurídicos en la medida que el cronograma de cierre fue modificado en octubre de 2020 -con la Tercera MPCM Atacocha 2020-.

68. Al respecto, el administrado señala que la autoridad certificadora aprobó la Tercera MPCM Atacocha 2020 considerando la ampliación de la vida útil del proyecto, establecido en la Segunda MEIA Atacocha 2018, instrumento que fue aprobado antes de la Supervisión Regular 2019.

69. Asimismo, Nexa alega que se estaría vulnerando lo establecido en el numeral 3 del artículo 254 del TUO de la LPAG, respecto a describir los hechos constitutivos de infracción. Del mismo modo, el administrado sostiene una presunta vulneración al principio de tipicidad, en la fase de la aplicación de la norma; ya que el hecho imputado no tiene correspondencia con la conducta descrita en la norma.

70. Además, el administrado sostiene que, a la fecha de la Supervisión Regular 2019, ya había iniciado el proceso de procura y contratación de la consultora que elaboró la Tercera MPCM Atacocha 2020.

71. En base a lo anterior, Nexa considera haber demostrado la vulneración al principio de legalidad, puesto que es absolutamente inconducente sancionarla por un supuesto incumplimiento de plazos cuando la propia autoridad certificadora amplió dichos plazos al considerar que no existe un perjuicio ambiental.

Análisis del TFA

72. De lo expuesto por Nexa se colige que esta considera que las conductas imputadas dejaron de ser antijurídicas al momento de iniciarse el PAS; toda vez que: (i) la Segunda MEIA Atacocha 2018 amplió la vida útil del proyecto; y, (ii) la Tercera MPCM 2020 modificó el plazo para ejecutar las medidas de cierre en los depósitos Tlacayán y Chicrín hasta el 2022 y 2023.

De la Segunda MEIA Atacocha 2018

73. Al respecto, conforme se detalló en el literal B de la cuestión controvertida en análisis, en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016, se establecieron las medidas de cierre aplicables a los depósitos de desmonte Tlacayán y Chicrín; asimismo, se estableció el plazo para su ejecución hasta el 2017 y 2018, respectivamente.
74. Habiendo indicado ello, de la revisión de la Segunda MEIA Atacocha 2018, se aprecian los once (11) componentes propuestos por Nexa para su inclusión en el mencionado instrumento, los cuales se detallan a continuación:

Componentes propuestos - Segunda MEIA Atacocha 2018

Tabla 1.5-1: Componentes Propuestos en la 2MEIA Chicrín 5000 TMD

Ítem	Componente	Coordenadas UTM WGS 84		Área (m²)	Área (ha)
		Zona 19S			
		Este	Norte		
1	Tajo SG Satélite Este	367,554	8'829,698	79,702.91	7.97
2	Tajo SG Satélite Oeste (+ Canal de Coronación)	366,348	8'830,274	38,256.00	3.83
3	Accesos plataformas chimeneas desm. - mineral	367,236	8'829,850	1,810.66	0.18
4	Accesos plataformas chimeneas desm-mineral	367,004	8'829,760	512,769.26	51.28
	Depósito de Desmonte Interior Tajo-Zona Norte				
	Depósito de Desmonte Interior Tajo-Zona Oeste				
	Chimeneas de paso desmonte y mineral				
	Stockpile A y B				
5	Chimeneas de paso desmonte y mineral	367,214	8'829,900	4,099.96	0.41
6	Canales de coronación Depósito de desmonte-relave	367,367	8'830,910	16,742.25	1.67
7	Planta de Shotcrete Reubicada	367,905	8'830,195	1,466.87	0.15
8	Planta de Shotcrete Nueva	367,120	8'830,618	378,053.41	37.80
	Depósito de topsoil				
	Pozas de Subdrenaje y Drenaje				
9	Línea de Media Tensión hacia infraestructuras proyectadas	366,092	8'829,806	1,392.00	0.14
10	Accesos Proyectados	367,842	8'829,795	4,2098.40	4.21
11	Planta de Tratamiento de Aguas Residuales	367,067	8'831,562	1,2892.19	1.29
	Planta de Tratamiento de Agua Potable				
TOTAL				1 089,283.91	108.93

Fuente: CMA, 2018

Fuente: Resumen Ejecutivo de la Segunda MEIA 2018

75. Asimismo, en el referido instrumento se estableció un Cronograma de Actividades, precisando que las actividades de cierre se realizarán en el año 10, conforme se muestra a continuación:

Cronograma de Actividades- Segunda MEIA Atacocha 2018

Tabla 1.5-14: Cronograma de Actividades - Etapa de Cierre

Componentes	Operación									Cierre					
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8	Año 9	Año 10	Año 11	Año 12	Año 13	Año 14	Año 15
Tajo SG Central															
Tajo SG Satélite Este															
Canal de coronación Tajo Satélite Este															
Tajo SG Satélite Oeste															
Depósito de desmonte Atacocha															
Canales de coronación Depósito D. Atacocha															
Depósito de desmonte interior tajo Central															
Chimeneas de paso desmonte - mineral															
Stockpile															
Depósito de Top soil y material inadecuado															
Planta de Shotcrete Nueva															
Planta de Shotcrete Nueva Reubicada															
Campamento de Personal															
Línea de media tensión 4.18 kV															
Nuevos accesos proyectados															

Etapa de Cierre Progresivo	■
Etapa de Cierre Final	■
Etapa de Post Cierre (Mantenimiento y Monitoreo)	■

(*) Incluye sus respectivas cunetas de coronación
 Nota: Los accesos proyectados, se construirán según se desarrollen las actividades, y se cerrarán progresivamente al finalizar las actividades programadas.
 Fuente: SRK 2017.

76. De lo antes detallado, contrariamente a lo alegado por la recurrente, se evidencia que, si bien la Segunda MEIA Atacocha 2018 amplió la vida útil del proyecto, esta ampliación únicamente está referida a los componentes adicionados (nuevos o modificados) en dicho instrumento.
77. Lo indicado anteriormente se justifica en lo señalado en el Informe N° 529-2018-SENACE-JEF/DEAR del 21 de agosto de 2018 -que forma parte de la Segunda MEIA Atacocha 2018- respecto a que el Cronograma de Cierre es aplicable para los nuevos componentes o aquellos que fueron modificados; precisando que los componentes existentes ya cuentan con un plan aprobado, la Segunda MPCM Atacocha 2016. Dicho extremo se muestra seguidamente:

11.8 Plan de cierre a nivel conceptual

El presente capítulo describe las actividades de cierre correspondientes a los componentes nuevos y/o modificaciones consideradas en la Segunda MEIA Chicrín, ya que los componentes e instalaciones existentes y anteriores a la presente Modificación, ya cuentan con un plan de cierre aprobado mediante Resolución Directoral N°098-2016-MEM-DGAAM.

Fuente: Informe N° 529-2018-SENACE-JEF/DEAR del 21 de agosto de 2018

78. En ese sentido, del análisis de los referidos documentos, estos no varían el plazo de ejecución de las medidas de cierre establecidas en la Segunda MPCM Atacocha 2016, toda vez que los componentes e instalaciones existentes y anteriores a la Segunda MEIA Atacocha 2018 debieron cumplir con el cierre progresivo y culminar el 2018 –Depósito Ticlacayán– y 2017 –Depósito Chicrín–, conforme estaba establecido.

De la Tercera MPCM 2020

79. Conforme se indicó, en el recurso de apelación, Nexa sostiene que tramitó la modificación del PCM, como consecuencia de la ampliación de la vida útil del proyecto con la Segunda MEIA Atacocha 2018.

80. En relación con ello, debe reiterarse que la Segunda MEIA Atacocha 2018 no hace referencia a los depósitos Tíclacayán ni Chicrín, tampoco modifica el Cronograma de Cierre (señalando expresamente que los componentes existentes ya cuentan para su manejo ambiental con la Segunda MPCM Atacocha 2016).
81. Asimismo, debe considerarse que Nexa no es que no ejecutó medidas de cierre en los depósitos Tíclacayán y Chicrín; ya que, de la lectura de la RD 2661-2021, el administrado ejecutó medidas de cierre referidas a la estabilidad geoquímica en ambos componentes; entonces, no es que esta consideró no realizar las medidas de cierre.
82. Por lo que el alegato de Nexa referido a que tuvo que esperar la aprobación de este instrumento para tramitar la modificación del PCM –actuando en atención principios de confianza legítima y seguridad jurídica- no tiene asidero.
83. Sin perjuicio de lo indicado, se procedió a revisar la Tercera MPCM 2020, verificando que la autoridad certificadora amplió el plazo para el cierre progresivo de determinados componentes hasta el 2023; conforme se aprecia:

Cronograma Cierre Progresivo – Tercera MPCM 2020

7.1.1 Cronograma Cierre Progresivo
 El cierre progresivo se desarrollará a lo largo de tres años calendario, con inicio en enero del 2021 (año 1) y culminación en diciembre del 2023 (año 3). Los componentes de esta etapa se listan a continuación:

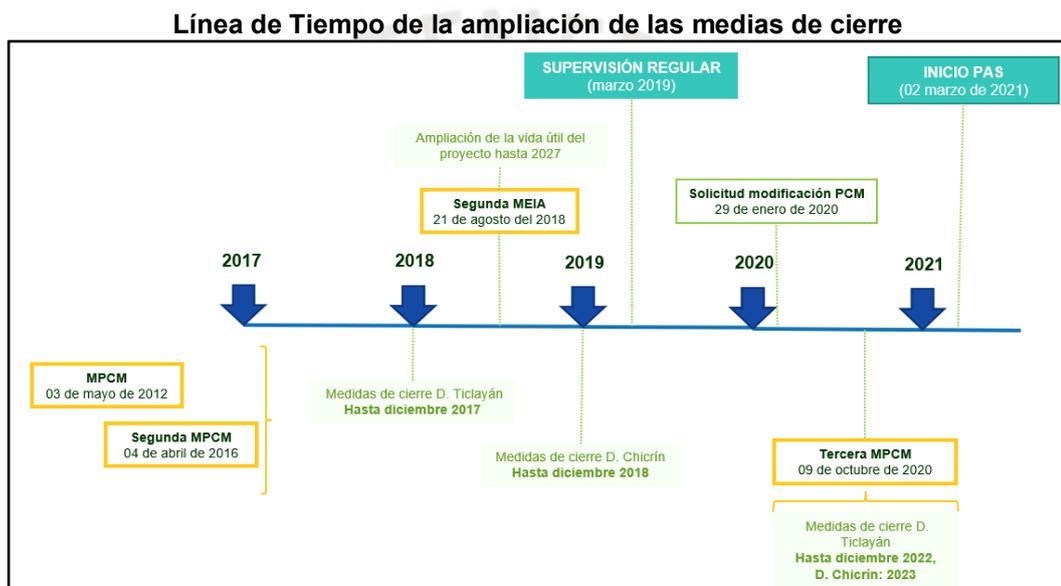
Tabla 7-1 Componentes del cierre progresivo

Item	Tipo de componente	Componente
10	Mina	Bocamina Lalaquia 1
11		Bocamina Lalaquia 2
15		Bocamina 4287
16		Bocamina 4287-2
17		Bocamina Nv. 3900
18		Chimenea Lalaquia 1
19		Chimenea Lalaquia 2.a
20		Chimenea Lalaquia 2.b
37		Chimenea Alk392
38		Chimenea 4150
39		Chimenea 5315
40		Chimenea 5239
41		Chimenea 5339-2
42		Chimenea 5342
43		Chimenea 5349-2
44		Chimenea 5349
45		Chimenea 5359
46		Chimenea 605
47		Chimenea RB 69
48		Chimenea RB Nueva Vasconia
51	Tajo SG Satélite Este.	
52	Tajo SG Satélite Oeste (+ Canal de Coronación).	
54	Instalaciones de procesamiento	Planta Concentradora Chicrín Antiguo
57	Instalaciones para el manejo de residuos	Depósito de desmonte interior tajo- zona norte
59		Stockpile A
61		Botadero Lalaquia 1
62		Botadero Lalaquia 2
63		Depósito de desmonte Nv. 4050
64		Depósito de desmonte Nv. 4154
65		Depósito de desmonte Yanapampa Nv. 3900
66		Depósito de desmonte Atacocha 2
68		Depósito de relaves Chicrín Antiguo
69		Depósito de relaves Chicrín actual C1, 2, 2A, 2B y 3A
70		Depósito de relaves Cajamarquilla
71		Depósito de relaves Tíclacayán
72		Depósito de relaves Malauchaca
74	Instalaciones para el manejo de residuos	Wetland Atacocha
92	Otras infraestructuras relacionadas con el proyecto	Subestación eléctrica Atacocha
101		Grifo Atacocha
102		Depósitos de combustible
111		Tanque para relleno hidráulico
124		Depósito de topsoil
128	Vivienda y servicios para los trabajadores	Campamento y oficinas de mina Atacocha*
129		Centro médico Atacocha

Fuente: elaboración propia

84. De lo indicado, con la Tercera MPCM Atacocha 2020, se modificó el plazo para ejecutar las medidas de cierre contempladas en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016, respecto de los Depósitos Tíclacayán y Chicrín, de 2018 y 2017, respectivamente, estableciendo que las medidas de cierre se ejecutarán hasta el 2023.

85. No obstante, dicha modificación -en el plazo- no exime de responsabilidad administrativa a Nexa por la omisión de las obligaciones contempladas en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016; ya que, al momento de realizarse la Supervisión Regular 2019 (del 12 al 18 de marzo de 2019), dichos compromisos se encontraban vigentes y eran exigibles al administrado en los términos (estabilidad hidrológica y revegetación) y plazos (2018 y 2017) contemplados.
86. Adicionalmente, debe considerarse que Nexa solicitó la tramitación de la modificación del PCM el 29 de enero de 2020 y obtuvo la aprobación de dicho instrumento el 09 de octubre de 2020.
87. Con la finalidad de detallar lo antes indicado, se preparó la siguiente línea de tiempo:



Elaboración: TFA

88. De la línea de tiempo, se aprecia que, al momento de la Supervisión Regular 2019, resultaba exigible a Nexa los compromisos ambientales asumidos en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016; ya que la Segunda MEIA Atacocha 2018 no modificó el alcance de estos.
89. Asimismo, se evidencia que Nexa solicitó la modificación del PCM dos años después de vencidos los plazos establecidos para implementar las medidas de cierre y un año después de realizada la Supervisión Regular 2019 -del 12 al 18 de marzo de 2019-; en tal sentido, al momento de solicitar la modificación, ya se había configurado la infracción administrativa, al vencerse el plazo establecido para la implementación de medidas de cierre, a finales del 2018, referida a incumplir lo establecido en el instrumento de gestión ambiental (IGA) aprobado por la autoridad competente.
90. En atención a ello, mediante la RSD 229-2021, la SFEM imputó a Nexa el supuesto de hecho tipificado como infracción en el numeral 3.1 del rubro 3 del Cuadro de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD, en atención al principio de tipicidad; conforme se aprecia:

Imputación de Cargos

Tabla N° 1: Presuntas infracciones administrativas imputadas al administrado														
N°	Actos u omisiones que constituirían infracción administrativa	Calificación de infracciones imputadas, normas tipificadoras y sanciones que podrían corresponder												
1	El administrado no implementó las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Tlacayán respecto a: (i) Estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VIII) en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Tlacayán, (ii) Estabilidad hidrológica (canal de concreto), y (iii) revegetación en parte del talud y la corona del Depósito de Relaves Tlacayán, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	Compromiso ambiental presuntamente incumplido												
		Norma sustantiva presuntamente incumplida												
2	El administrado no implementó las actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A respecto a: (i) estabilidad geoquímica (cobertura Tipo VI-A y VI-B); y, (ii) revegetación, toda vez que se verificaron sectores que no contaban con cobertura ni revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	Norma tipificadora y sanciones aplicables												
		<p>Tipificación de infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental, aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD (...)</p> <p>"Artículo 5°. - Infracción administrativa relacionada al incumplimiento del Instrumento de Gestión Ambiental <i>Constituye infracción administrativa calificada como muy grave el incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente. Esta conducta es sancionada con una multa de hasta quince mil (15 000) Unidades Impositivas Tributarias.</i> (...)</p> <p>ANEXO: CUADRO DE TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y ESCALA DE SANCIONES RELACIONADAS CON LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="width: 5%;">Infracción (supuesto de hecho del tipo infractor)</th> <th style="width: 20%;">Base legal referencial</th> <th style="width: 20%;">Calificación de la gravedad de la infracción</th> <th style="width: 15%;">Sanción no monetaria</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">3</td> <td colspan="3">Desarrollar proyectos o actividades incumpliendo lo establecido en el instrumento de gestión ambiental</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">3.1</td> <td>Incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la Autoridad Competente.</td> <td>Artículos 13° y 29° del Reglamento de la Ley del SEIA</td> <td style="text-align: center;">Muy Grave</td> </tr> </tbody> </table>			Infracción (supuesto de hecho del tipo infractor)	Base legal referencial	Calificación de la gravedad de la infracción	Sanción no monetaria	3	Desarrollar proyectos o actividades incumpliendo lo establecido en el instrumento de gestión ambiental			3.1	Incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la Autoridad Competente.
Infracción (supuesto de hecho del tipo infractor)	Base legal referencial	Calificación de la gravedad de la infracción	Sanción no monetaria											
3	Desarrollar proyectos o actividades incumpliendo lo establecido en el instrumento de gestión ambiental													
3.1	Incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la Autoridad Competente.	Artículos 13° y 29° del Reglamento de la Ley del SEIA	Muy Grave											

Fuente: RSD 229-2021

91. Sobre el particular, debe indicarse que la no implementación de actividades de cierre en los términos y plazos contemplados en la Segunda MPCM Atacocha 2016 configura un incumplimiento al instrumento de gestión ambiental.
92. Adicionalmente, cabe señalar que las conductas infractoras Nros. 1 y 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, conforme a la imagen mostrada, no requieren para su configuración la materialización del daño; ya que lo que se sanciona es la omisión *per se* de las obligaciones contenidas en los instrumentos de gestión ambiental aprobados.
93. Ahora bien, respecto al alegato formulado por Nexa referido a que en la tramitación del PAS se omitió el requisito contenido en el numeral 3 del artículo 254 del TUO de la LPAG, corresponde señalar que en el mencionado numeral se establece lo siguiente:

TUO de la LPAG

Artículo 254. - Caracteres del procedimiento sancionador

254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

94. De la lectura, se aprecia que dicho numeral está referido a la notificación de cargos al administrado con información previa y detallada de la acusación para que este pueda ejercer su derecho de defensa, situación que se satisfizo en el PAS; toda vez que, con la notificación de la RSD 229-2021, se informó de forma oportuna los elementos de hecho (verificados durante la Supervisión Regular 2019) y de derecho (compromisos ambientales) que fundamentaron tal imputación.
95. Con lo que, en el caso concreto, Nexa contó con una imputación precisa, clara y suficiente, conforme a los principios de tipicidad y legalidad. Asimismo, de la revisión de los actuados del expediente, se evidencia que Nexa presentó sus descargos a la imputación realizada por la SFEM, ejerciendo su derecho a la defensa.

D.2. Sobre la complementariedad de los PCM a la certificación ambiental y están sujetos a esta

96. En su recurso de apelación, Nexa sostiene que, al momento de la Supervisión Regular 2019, contaba con dos instrumentos de gestión ambiental: la Segunda MPCM Atacocha 2016 y la Segunda MEIA Atacocha 2018 que se contradecían; ya que, al momento de la Supervisión Regular 2019, Nexa contaba con la Segunda MEIA Atacocha 2018 y con el plazo –de un año- para tramitar la modificación del PCM; situación que fue debidamente valorada por la DFAI.
97. En relación con ello, el administrado agrega que no pudo tramitar la modificación de su PCM antes del vencimiento del plazo establecido para la ejecución de las medidas de cierre, ya que estos se encuentran supeditados a la modificación de la certificación ambiental.
98. Por lo que, conforme sostiene Nexa, exigir el cumplimiento del PCM implicaría una actuación inconsistente con la Segunda MEIA Atacocha 2018; siendo esta irracional, inviable y sin mayor lógica ambiental.
99. Al respecto, Nexa señala que, en anteriores pronunciamientos –como el señalado en la Resolución Directoral N° 0957-2019-OEFA-DFAI–, la DFAI archivó un extremo del procedimiento administrativo sancionador, pese a identificar que el administrado no implementó las medidas de cierre del PCM vigente al momento de la supervisión, puesto que, antes de su inicio, este obtuvo a su favor la modificación del PCM que amplió el plazo de ejecución de las referidas medidas.
100. En relación con ello, en el recurso complementario, Nexa señala que el TFA, en la Resolución N° 129-2022-OEFA/TFA-SE, admitió la relación de complementariedad entre el PCM y el Estudio de Impacto Ambiental.

Análisis del TFA

101. Sobre el particular, conforme se indicó -considerando 78 de la presente resolución- la Segunda MEIA Atacocha 2018 si bien amplió la vida útil del proyecto, aquello no implicó la modificación de los compromisos ambientales referidos a las medidas de cierre de los depósitos Ticlacayán y Chicrín; ya que, en el referido instrumento, expresamente se indicó que estas deben ejecutarse conforme a los términos establecidos en la Segunda MPCM Atacocha 2016.
102. Es decir, en la Segunda MEIA Atacocha 2018, se reconoce la vigencia de los compromisos ambientales contenidos en la Segunda MPCM Atacocha 2016, como las medidas de cierre contemplados para los depósitos Ticlacayán y Chicrín;

por lo que Nexa se encontraba obligada a implementar las medidas de cierre en el Depósito Tíclacayán (referidos a la estabilidad física y a la revegetación) hasta el 2018; y, en el Depósito Chicrín (revegetación) hasta el 2017.

103. Siendo ello así, al momento de la Supervisión Regular 2019, seguían siendo exigibles las obligaciones establecidas en la Segunda MPCM Atacocha 2016; sin evidenciarse ninguna contradicción con la Segunda MEIA Atacocha 2018.

Sobre la Resolución Directoral N° 0957-2019-OEFA-DFAI

104. Ahora bien, con relación a la Resolución Directoral N° 0957-2019-OEFA-DFAI del 28 de junio de 2019, alegada por Nexa, corresponde señalar que la DFAI determinó archivar un extremo del procedimiento administrativo sancionador en atención a que las medidas de cierre aplicables para la cantera San José B fueron ampliadas mediante la modificación del PCM, aprobado con posterioridad a la acción de supervisión, como se visualiza:

Resolución Directoral N° 0957-2019-OEFA-DFAI del 28 de junio de 2019

Sobre la aprobación de la MPCM 2018

50. Si bien a la fecha de la Supervisión Regular 2017, resultaba aplicable para los componentes cantera San José B y área de préstamo N° 4, el cronograma de cierre progresivo establecido en la MPCM 2014, cuyo vencimiento se produjo en el año 2016, en febrero de 2018, se aprobó la MPCM 2018, la cual amplió dicho cronograma para el año 2018, únicamente respecto del componente cantera San José B, conforme se aprecia a continuación:
51. En consecuencia, en la medida de que respecto del componente cantera San José B, se ha producido una modificación de la fecha de vencimiento del cronograma para la ejecución de sus actividades de cierre progresivo, siendo aplicable a la fecha, el establecido en la MPCM 2018 y ya no el contenido en la MPCM 2014, el cierre progresivo de dicho componente ya no resultaba exigible a la fecha de la Supervisión Regular 2017, en ese sentido, **corresponde archivar este extremo de la presente imputación.**

105. Sobre el particular, de la revisión de las resoluciones emitidas por la DFAI, se aprecia que la decisión establecida por la primera instancia en la Resolución Directoral N° 0957-2019-OEFA-DFAI fue variada por sendos pronunciamientos posteriores, estableciendo que el instrumento de gestión ambiental vigente al momento de la acción de supervisión es el exigible, ya que en este momento es que se detecta la conducta infractora. A continuación, se muestran alguno de estos pronunciamientos:

Resolución Directoral N° 00487-2021-OEFA/DFAI del 21 de marzo de 2021

28. Finalmente, en cuanto a que la Segunda APCM 2019 consigna que la bocamina BMM-04 se encontraba cerrada y que faltaban actividades de estabilidad física, ello no podría exonerar de responsabilidad administrativa al titular minero, toda vez que al momento de la Supervisión Regular 2018 se encontraba vigente la Tercera MPCM 2015 y la Sexta MPCM 2017 y, por ende, no existía ninguna variación a dichos compromisos de actividades de cierre.
29. Adicionalmente, es importante señalar que la Segunda APCM 2019 fue presentada para su evaluación al Ministerio de Energía y Minas el 26 de diciembre de 2018 (escrito con registro N° 2885775) y su aprobación tuvo como fecha el 20 de diciembre de 2019, por consiguiente, el nuevo escenario que se establece con dicho instrumento de gestión ambiental es posterior a la Supervisión Regular 2018, cuando la Autoridad Supervisora ya había detectado la infracción.
30. Asimismo, la presentación y aprobación de la Segunda APCM 2019 fue realizada en un periodo en que los plazos para la ejecución de las actividades de cierre del componente consignadas en la Tercera MPCM 2015 y la Sexta MPCM 2017 se encontraban vencidos, en ese sentido, si el administrado consideró realizar modificaciones, debió llevar a cabo el trámite respectivo ante la autoridad certificadora en un momento oportuno, es decir, antes del vencimiento de los plazos para el desarrollo de las actividades de cierre.
32. En esa línea, aun cuando la unidad fiscalizable "Julcani" cuente con la Segunda APCM 2019, lo cierto es que al momento de la Supervisión Regular 2018, la revegetación resultaba exigible conforme a los términos aprobados en la Tercera MPCM 2015 y la Sexta MPCM 2017.

Resolución Directoral N° 1678-2022-OEFA/DFAI del 20 de octubre de 2022

36. Al respecto, es necesario reiterar que el cierre de la bocamina B-SR-03 debía concluir el 07 de setiembre del 2019 según lo establecido en la MPCM Santa Rosa 2017. Ahora, en el Informe N° 497-2021/MINEM-DGAAM-DEAM-DGAM que sustenta la Resolución Directoral N° 252-2021/MINEM-DGAAM que aprueba la Actualización del Plan de Cierre de Minas de la unidad minera Santa Rosa (APCM Santa Rosa 2021), se señala que, mediante escrito N° 3106515 del 28 de diciembre de 2020, el administrado presentó la APCM Santa Rosa 2021 al MINEM.
37. Del párrafo precedente, se desprende que, el administrado presentó la APCM Santa Rosa 2021, después del vencimiento del plazo de cierre para la bocamina B-SR-03, en el supuesto que el administrado consideró que las medidas de cierre que ha propuesto y han sido aprobados por la autoridad certificadora ameritaban la modificación del cronograma de cierre, tenía la obligación legal de solicitar su
38. En ese sentido cabe resaltar que lo alegado por el administrado no desvincula su responsabilidad administrativa toda vez que, a la fecha de realizada la supervisión, el instrumento ambiental fiscalizable vigente era la MPCM Santa Rosa 2017, por lo que su incumplimiento genera una infracción administrativa. Además, en la Resolución Directoral N° 252-2021/MINEM-DGAAM la Autoridad Certificadora establece en el Artículo 5° que la aprobación de la Actualización del Plan de Cierre de Minas de la unidad minera Santa Rosa **no regulariza ni convalida los incumplimientos a los instrumentos de gestión ambiental complementarios aprobados, a la normativa ambiental general y/o sectorial vigente en los que haya podido incurrir el administrado.**

Resolución Directoral N° 00179-2023-OEFA/DFAI del 15 de febrero de 2023

70. Ahora bien, en el presente caso, al momento de la Supervisión Regular 2020 (mes de junio de 2020) aún se encontraba vigente la Segunda APCM 2019 y, por ende, durante dicha supervisión al no existir ninguna variación a los plazos de las actividades de cierre de revegetación y estabilidad hidrológica en los depósitos de desmonte P-sur y IX-3360, resultaban siendo exigibles al administrado.
71. Aunado a ello, durante la realización de la Supervisión Regular 2020, el plazo para la ejecución de la revegetación y estabilidad hidrológica en los depósitos de desmonte P-sur y IX-3360 se encontraban vencidos (primer y segundo semestre de 2019) y, por consiguiente, tales actividades debieron encontrarse debidamente culminadas, sin embargo, esto no fue cumplido por el administrado.
72. Ante ese escenario, la solicitud del administrado al MINEM para prorrogar los plazos del cierre progresivo y la aprobación de la Segunda MPCM 2022 fueron realizados de manera posterior a los plazos vencidos de la Segunda APCM 2019, es decir, cuando ya se había configurado el incumplimiento a compromisos ambientales vigentes de la Segunda APCM 2019, por lo tanto, la modificación de los plazos de las actividades de cierre en la Segunda MPCM 2022 no podrían eximir al administrado de la presente infracción.
73. El análisis mencionado anteriormente coincide con los reiterados pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, en los que se precisa que: (i) una modificatoria posterior de los compromisos ambientales no podría exonerar de responsabilidad del infractor; (ii) el compromiso ambiental es una declaración de voluntad del titular minero, por la cual se obliga a realizar ciertas acciones durante el desarrollo de sus actividades; y, (iii) los administrados tienen conocimiento de las características de su actividad, por lo que de ocurrir inconvenientes en el cumplimiento de sus obligaciones debió comunicarlo oportunamente al órgano sectorial competente y proceder con la modificación del mismo; tal como se aprecia a continuación. Algunos

106. De los pronunciamientos antes mostrados, se verifica que la DFAI determinó que los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento en el modo y forma en ellos establecidos.
107. Esta decisión fue reiterada en la resolución apelada, en el presente caso, RD 2661-2021, donde se estableció que, al momento de la Supervisión Regular 2019, eran exigibles los compromisos ambientales contenidos en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016.
108. Por otro lado, respecto a la alegación del administrado respecto a que OEFA tenía conocimiento de la solicitud de modificación del PCM, el TFA señaló en anteriores

pronunciamientos⁴⁹ que la aprobación de instrumentos de gestión ambiental determina las acciones que se implementarán en el futuro, a partir de la fecha de aprobación del instrumento, de acuerdo a los compromisos ambientales evaluados y aprobados por la Autoridad Certificadora, los cuales no tienen efectos retroactivos, esto es, que las medidas a adoptarse se harán acorde al cronograma del instrumento aprobado.

Sobre la Resolución N° 129-2022-OEFA/TFA-SE

109. Al respecto, de la revisión de la Resolución N° 129-2022-OEFA/TFA-SE del 30 de marzo de 2022, se aprecia que, contrariamente a lo alegado por la recurrente, en este caso se procedió a archivar el procedimiento administrativo sancionador no porque la Modificación de Estudio de Impacto Ambiental de la UF Contonga, aprobado por Resolución Directoral N° 114-2020-MINEM/DGAAM del 04 de setiembre de 2020, haya ampliado la vida útil del proyecto, sino que se verificó que el administrado fue diligente en presentar la modificación de su PCM antes del vencimiento del plazo establecido para las medidas de cierre y antes de la acción de supervisión; conforme se muestra:

- | |
|---|
| <p>61. En este punto, si bien cuando se realizó la Supervisión Regular 2019, esto es del 05 al 06 de junio de 2019, era exigible a Minera Quenuales los compromisos ambientales contemplados en el APCM 2012 y la SMPCM 2015 referidos a las <u>medidas de cierre para las bocaminas Gal-1, Gal-2, Gal-3, Gal-4, Gal-5, Gal-6 y Chimeneas Ch-1, Ch-2, Ch-3, Ch-4, Ch-5, Ch-6</u>; resulta importante señalar que la recurrente ha acreditado haber iniciado el trámite de modificación de estas medidas con anterioridad: (i) a la fecha de vencimiento contemplado para la ejecución de las medidas de cierre; y, (ii) a la Supervisión Regular 2019; ya que esta fue presentada el 21 de diciembre de 2015.</p> <p>62. En tal sentido, la demora por la autoridad certificadora, no resultaría imputable a la recurrente; máxime, si esta cumplió con presentar la modificación con anterioridad (04 años antes) al vencimiento del plazo de ejecución de las medidas de cierre contempladas en la SMPCM 2015; y, la vida útil de los componentes materia del presente PAS, ha sido ampliado mediante la aprobación de la MEIA Contonga; con lo que, no correspondería exigir a la recurrente el cierre de estos.</p> <p>63. Por lo tanto, velando por la razonabilidad⁴⁴ y coherencia⁴⁵ en la exigibilidad de las obligaciones emanadas de mandatos administrativos emitidos por el OEFA y aquellas previstas en los instrumentos de gestión ambiental aprobados por la Autoridad Certificadora, corresponde revocar la Resolución Directoral N° 01208-2021-OEFA/DFAI y la Resolución Directoral N° 02209-2021-OEFA/DFAI, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Minera Los Quenuales por las conductas infractoras descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución; y, en consecuencia, revocar la correspondiente multa impuesta; con el archivamiento de dichos extremos del PAS, en atención a la MEIA Contonga.</p> |
|---|

Fuente: Resolución N° 129-2022-OEFA/TFA-SE

110. Situación de hecho (tramitación anterior al vencimiento y de la acción de supervisión) que no se configuró en el PAS, toda vez que Nexa solicitó la tramitación de la modificación del PCM el 29 de enero de 202; esto es, dos años después de vencidos los plazos establecidos para implementar las medidas de cierre y un año después de realizada la Supervisión Regular 2019.
111. En consecuencia, los descargos formulados por Nexa en este extremo han quedado desvirtuados, correspondiendo desestimarlos.

⁴⁹ Véase la Resolución N° 568-2022-OEFA/TFA-SE del 28 de diciembre de 2022, N° 398-2021-OEFA/TFA-SE del 23 de noviembre de 2021, Resolución N° 126-2022-OEFA/TFA-SE del 30 de marzo de 2022, entre otras.

D.3. Sobre el eximente de subsanación voluntaria

112. En su recurso de apelación, Nexa sostiene que, antes de iniciado el PAS, tramitó voluntariamente la Tercera MPCM Atacocha 2020, la cual fue aprobada en octubre de 2020; con lo que, a la fecha del inicio del PAS, se había producido la corrección de las conductas infractoras.
113. Al respecto, la recurrente señala que la DFAI incurre en una inconsistencia legal, ya que Nexa no puede ejecutar las acciones de cierre desde la aprobación de la Segunda MEIA Atacocha 2018 y de la Tercera MPCM Atacocha 2020.

Análisis del TFA

114. En el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG⁵⁰, se establece una condición eximente de responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, referida a la subsanación voluntaria de la conducta infractora que debe realizarse con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.
115. Sobre el particular, según la línea trazada por el TFA, a fin de que se configure la eximente antes mencionada deben concurrir las siguientes condiciones: (i) que se produzca de manera voluntaria; (ii) que se realice de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador; y, (iii) que la subsanación sea de la conducta infractora en sí y sus efectos⁵¹.
116. En el presente caso, se imputó a Nexa no implementar las medidas de cierre en los depósitos Ticlacayán y Chicrín, como parte de sus medidas de cierre; siendo esto así, es preciso mencionar que la naturaleza de estas infracciones resulta subsanable al tratarse de infracciones permanentes⁵², entendidas como aquellas que crean una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo; hasta la implementación de las medidas de cierre incumplidas.

⁵⁰ **TUO de la LPAG**

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: (...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

⁵¹ Con relación a la subsanación voluntaria, debe señalarse de manera referencial que "(...) no solo consiste en el cese de la conducta infractora, sino que, cuando corresponda, la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta infractora (...)". Ministerio de Justicia (2017). *Guía Práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. Segunda edición. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Aprobada mediante Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ, p. 47.

⁵² Al respecto, Morón Urbina señala lo siguiente

Las infracciones permanentes consisten, por lo tanto, en la realización de un acto ilícito que se configura en un momento determinado y que se consuma a través de los efectos que se prolongan durante el tiempo. La particularidad de este tipo de infracciones, que las diferencias de las categorías desarrolladas previamente, es su vocación de ilicitud luego de consumada la acción ilícita. Dicha vocación de continuidad permanece durante el desarrollo de dichos efectos, los cuales no cesan en tanto se mantiene la voluntad infractora del sujeto.

Morón Urbina, Juan Carlos. (2019) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. T. II. 14ª. Edición. Gaceta Jurídica. P. 484.

117. La subsanación, entonces, está referida a cumplir con aquello a lo que el administrado se encontraba obligado⁵³; es decir, para que se configure la subsanación voluntaria, el administrado debe subsanar la acción u omisión tipificada como infracción antes de ser notificado con la imputación de cargos que da inicio al procedimiento administrativo sancionador⁵⁴.
118. Siendo ello así, la modificación del PCM, con la Tercera MPCM Atacocha 2020, no exime la responsabilidad administrativa de Nexa por la omisión de las obligaciones establecidas en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016; ya que su aprobación no subsana la conducta infractora verificada durante la Supervisión Regular 2019, sino que genera un nuevo compromiso ambiental.
119. Adicionalmente, debe considerarse que Nexa no cumplió con acreditar que -antes del inicio del PAS- implementó las medidas de cierre de los depósitos Ticlacayán y Chicrín.
120. En tal sentido, contrariamente a lo alegado por Nexa, no se cuentan con medios probatorios suficientes que acrediten la subsanación de la conducta infractora; y, la modificación de su instrumento de gestión ambiental no implica una actuación voluntaria que involucre la subsanación de la conducta infractora imputada.

D.4. Sobre la vulneración al principio de verdad material y debida motivación

121. En su recurso de apelación, Nexa sostiene que la DFAI habría conculcado el principio de verdad material y motivación al no haber verificado todas las actuaciones realizadas en torno al PCM y no hacer una evaluación integral de todos los instrumentos de gestión ambiental.

Análisis del TFA

122. Conforme con lo dispuesto en el artículo 3 del TUO de la LPAG, la motivación constituye un elemento de validez del acto administrativo. Nótese en ese sentido que, según lo señalado en el artículo 6 del mencionado cuerpo normativo, la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado⁵⁵.

⁵³ Sánchez, T. T. (2019). ¡Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración. THEMIS: Revista de Derecho, (74), 91-105.

⁵⁴ Torres, N. M. (2020). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. Derecho & Sociedad, (54), 385-396.

⁵⁵ **TUO de la LPAG**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. [...]

123. Siguiendo esta línea de análisis, debe señalarse que, conforme a lo establecido en el numeral 5.4 del artículo 5 del TUO de la LPAG⁵⁶, el contenido del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por los administrados. De ahí, que resulte necesario una adecuada valoración de los medios probatorios presentados por el administrado, a efectos de que se obtenga una decisión debidamente motivada.
124. Partiendo de ello, es posible colegir que la motivación exige que la autoridad administrativa justifique toda decisión que adopte, lo cual implica, por un lado, la exposición de los hechos (debidamente probados) y, por otro, la relación de estos con la norma que describe la infracción administrativa que es materia de imputación; ello, como garantía del debido procedimiento administrativo.
125. Asimismo, en plena observancia del principio de verdad material, se debe tener en consideración que las decisiones del órgano resolutor deben fundamentarse en hechos probados y sustentados a través de los medios probatorios idóneos y suficientes, de tal manera que su decisión se encuentre motivada y fundada en derecho; por lo que corresponde a aquella la obligación de desplegar las acciones necesarias en aras de determinar o no la existencia de una conducta infractora y sancionable.
126. En ese sentido, conforme al marco normativo expuesto con relación a la verdad material y la motivación de los actos administrativos, es pertinente revisar la RD 2661-2021 y la RD 121-2022; a fin de verificar si se evaluaron las modificaciones relacionadas con la modificación del PCM.
127. Sobre el particular, en la RD 2661-2021, la DFAI señala que, cuando se realizó la Supervisión Regular 2019, la Tercera MPCM Atacocha 2020 aún no se encontraba vigente; por lo que en dicha fecha eran exigibles los compromisos ambientales asumidos por Nexa en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016; conforme se muestra:

Análisis de la Conducta Infractora N° 1

53. De lo señalado en la Tercera MPCM Atacocha 2020, se advierte que el cronograma de cierre progresivo para el depósito de relaves Tíclacayán ha sido modificado, el cual comprende hasta el año 2022¹³, por lo que, a la presente fecha el cronograma aún se encuentra vigente; no obstante, a la fecha en que se llevó a cabo la Supervisión Regular 2019 la Tercera MPCM Atacocha 2020 no había sido todavía aprobada por la autoridad competente.
54. Ello quiere decir, que cuando se llevó a cabo la Supervisión Regular 2019 el administrado debió de haber culminado las acciones de cierre referidas a la estabilidad geoquímica, hidrológica y revegetación, toda vez que el cronograma vigente a dicha fecha ya había culminado; por tanto, la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 no exime de responsabilidad al administrado, sin embargo, dicha circunstancia será tomada en cuenta para evaluar la procedencia del dictado de medidas correctivas.

Fuente: RD 2661-2021

⁵⁶

TUO de la LPAG

Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes

Análisis de la Conducta Infractora N° 2

100. De lo señalado en la Tercera MPCM Atacocha 2020, se advierte que el cronograma de cierre progresivo para el depósito de relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B y 3A ha sido modificado, el cual comprende del año 2022 al 2023²¹, por lo que, a la presente fecha el cronograma aún se encuentra vigente; no obstante, en la fecha en que se llevó a cabo la Supervisión Regular 2019 la Tercera MPCM Atacocha 2020 aún no había sido aprobada por la autoridad competente.
101. Ello quiere decir, que cuando se llevó a cabo la Supervisión Regular 2019 el administrado debió de haber culminado las acciones de cierre referidas a la estabilidad geoquímica y revegetación, toda vez que el cronograma vigente a dicha fecha ya había culminado; por tanto, la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 no exime de responsabilidad al administrado, sin embargo, dicha circunstancia será tomada en cuenta para evaluar la procedencia del dictado de medidas correctivas.

Fuente: RD 2661-2021

128. En esa misma línea, en la RD 121-2022, la DFAI señala que la aprobación de la Segunda MEIA Atacocha 2018 no modifica los compromisos ambientales contenidos en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016:

Análisis de la Conducta Infractora N° 1 y 2

46. Sobre el particular, corresponde señalar que de la revisión del Sistema de Evaluación Ambiental en Línea del MINEM, se advierte que si bien mediante Resolución Directoral N° 119-2018-SENACE-JEF/DEAR del 21 de agosto del 2018, se aprobó la Segunda Modificación del Estudio de Impacto Ambiental de la Ampliación de Capacidad de Producción de la Planta Concentradora de la Concesión de Beneficio Chicrín N° 2 a 5000 TMD²² (en adelante, **Segunda MEIA Atacocha 2018**), dicha circunstancia no constituye un elemento para eximirse de responsabilidad del cumplimiento de las acciones de cierre, tanto del depósito de relaves Ticlacayán y del depósito de relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A.
47. Ello, en razón a que en la fecha en que se llevó a cabo la Supervisión Regular 2019, 12 al 18 de marzo del 2019, se encontraba vigente y aprobado el cronograma de cierre final de la Segunda MPCM Atacocha 2016, el cual estableció como fecha final para las actividades de cierre en el depósito de relaves Ticlacayán el año 2018 y para el depósito de relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A el año 2017.
48. En ese sentido, el administrado se encontraba en la obligación de ejecutar el cierre de dichos componentes conforme a lo establecido en su instrumento de gestión ambiental, siendo que, en el presente caso, durante las acciones de la Supervisión Regular 2019 el único instrumento aprobado para el cierre de minas, era la Segunda MPCM Atacocha 2016, por lo que era obligación del administrado dar cumplimiento a las actividades de cierre contempladas dentro del cronograma de cierre establecido, o en su defecto, si tenía previsto seguir operando la unidad minera Atacocha era responsabilidad del administrado actualizar el Plan de Cierre de Minas aprobado antes de su vencimiento, ello en atención a lo señalado en el artículo 24° del Reglamento de Cierre de Minas, el cual establece que el *titular de actividad minera está obligado a ejecutar las medidas de cierre establecidas en el Plan de Cierre de Minas aprobado.*

Fuente: RD 121-2022

129. De lo expuesto, ha quedado evidenciado que la DFAI valoró los instrumentos de gestión ambiental aprobados en torno al PCM; por lo que, durante la tramitación del PAS, no se vulneraron los principios de verdad material ni de motivación; correspondiendo desestimar los alegatos formulados por Nexa en este extremo.

D.5. Sobre la falta de validez de la RD 2661-2021 y 121-2022, puesto que no cumplen con la finalidad de las sanciones administrativas

130. En su recurso de apelación, Nexa alega que, en el presente caso, no se cumple la finalidad disuasiva ni represiva de la sanción, puesto que carece de objeto desalentar la comisión del ilícito si ya Nexa ejecutó diversas medidas correctivas para remediar la supuesta conducta antijurídica.

Análisis del TFA

131. Sobre el particular, si bien la función esencial de la sanción es castigar, para con ello prevenir o evitar la comisión de acciones que se consideran indeseables; la sanción cumple dos finalidades: (i) la primaria, dirigida al infractor; y, (ii) la secundaria, dirigida a aquel que podría realizar la conducta prohibida. En tal

sentido, la Administración no solo sanciona la conducta según el daño que le cause al bien jurídico, sino que también puede sancionar por la puesta en riesgo de este⁵⁷, mediante la evitación de la conducta infractora.

132. Sumado a ello, debe considerarse que se constató que Nexa en otro procedimiento administrativo sancionador –seguido en el Expediente 1372-2020-OEFA/DFAI/PAS- reiteró las conductas analizadas en este caso; ya que tramitó su modificación del PCM, una vez vencidos los plazos para ejecutar las medidas de cierre y una vez verificado dicho incumplimiento por parte de OEFA; poniendo en evidencia la poca diligencia de la recurrente respecto al cumplimiento del plazo establecido en sus compromisos ambientales.
133. En atención a ello, la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta por la DFAI en el PAS busca desincentivar la omisión de los compromisos asumidos en su instrumento de gestión ambiental.

D.6. Sobre la aplicación de la retroactividad benigna

134. En su recurso de apelación, Nexa alega que, con la modificación de la Tercera MPCM Atacocha 2020, que estableció que las medidas de cierre se realizarían progresivamente hasta los años 2022 y 2023; y, considerando además la ampliación de la vida útil, el bloque de tipicidad es más favorable para Nexa.
135. Sobre el particular, Nexa señala que el TFA debería seguir con el criterio establecido por la DFAI en la Resoluciones Directorales Nros. 383-2019-OEFA/DFAI, 725-2018-OEFA/DFAI y 1311-2017-OEFA/DFAI, en atención al principio de predictibilidad.

Análisis del TFA

136. Al respecto, la retroactividad benigna ha sido recogida en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG⁵⁸, en el cual se prevé que las disposiciones sancionadoras⁵⁹ producen efectos retroactivos en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en **lo referido a la tipificación de la infracción** como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.
137. De esta manera, bajo los alcances de la retroactividad benigna, si luego de la comisión de un ilícito administrativo se produce una modificación normativa y la nueva norma establece una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma, así no haya estado vigente al momento de la

⁵⁷ Sánchez, T. T. (2019). ¡Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración. THEMIS: Revista de Derecho, (74), 91-105.

⁵⁸ **TUO DE LA LPAG**
Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)
5. Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

⁵⁹ La referencia legal a las “disposiciones sancionadoras” no debe limitarse a la que tipifica una conducta como infractora, sino también a la que define la conducta en el caso de normas sancionadoras en blanco o por remisión. Cfr. BACA, Víctor. “La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador”. En: *Themis*, N° 69, Lima, 2016, p. 36.

comisión del hecho ilícito o al momento de su calificación por la autoridad administrativa.

138. De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que el análisis de benignidad se realiza sobre la base y comprensión de las normas tipificadoras, pues son estas las que califican determinadas conductas como infracciones administrativas y, a su vez, las que determinan su consecuencia jurídica (ej.: la imposición de una multa)⁶⁰.
139. De esta manera, el TFA ha sido claro en establecer como parte de su línea interpretativa⁶¹ que el principio de retroactividad benigna versa sobre la aplicación de una norma más favorable al administrado y no respecto a disposiciones establecidas en actos administrativos, como es el caso de las actualizaciones y/o modificaciones de instrumentos de gestión ambiental.
140. Asimismo, el TFA también ha establecido⁶² que el criterio de aplicación del principio de retroactividad benigna a compromisos ambientales adoptado por la DFAI —por ejemplo, en la Resolución Directoral N° 725-2018-OEFA/DFAI y la Resolución Directoral N° 383-2019-OEFA/DFAI que cita el administrado—, no es vinculante para esta instancia. Ello, debido a que el principio de retroactividad benigna únicamente es aplicable a normas jurídicas, no siendo posible su aplicación de manera extensiva a obligaciones de origen distinto al jurídico, como es el caso de los compromisos ambientales.
141. En consecuencia, los alegatos formulados por Nexa en este extremo de su apelación también han sido rebatidos; correspondiendo confirmar la declaración de responsabilidad de Nexa por la comisión de las conductas infractoras detalladas en los numerales 1 y 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

VII.2 Determinar si correspondía declarar la responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de la conducta infractora N° 3 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución.

A. Del marco normativo que regula el cumplimiento de los compromisos ambientales

142. De acuerdo con lo establecido en los artículos 16, 17 y 18 de la LGA, los instrumentos de gestión ambiental incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto medio ambiente generado por las actividades productivas a ser realizadas por los administrados.
143. En esa línea, la Ley del SEIA exige que toda actividad económica que pueda resultar riesgosa para el medio ambiente obtenga una certificación ambiental antes de su ejecución. Cabe mencionar que, durante el proceso de la certificación ambiental, la autoridad competente realiza una labor de gestión de riesgos, estableciendo una serie de medidas, compromisos y obligaciones que son incluidos en los instrumentos de gestión ambiental y tienen por finalidad reducir, mitigar o eliminar los efectos nocivos de la actividad económica.

⁶⁰ Criterio adoptado en el considerando 51 de la Resolución N° 451-2019-OEFA/TFA-SMEPIN del 10 de octubre de 2019 y considerando 45 de la Resolución N° 009-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 08 de enero de 2019.

⁶¹ Ver considerando 67 de la Resolución N° 356-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 25 de julio de 2019.

⁶² Ver considerando 69 de la Resolución N° 356-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 25 de julio de 2019.

144. Una vez aprobados los instrumentos de gestión ambiental por la autoridad competente y, por ende, obtenida la certificación ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 y 55 del Reglamento del SEIA, es responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, los compromisos y obligaciones contenidas en ellos para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en dicho instrumento y con aquellas que se deriven de otras partes de dichos instrumentos que quedan incorporados a los mismos.
145. En concordancia con ello, en el literal a) del artículo 18 del RPGAAE, se impone a los titulares de la actividad minera la obligación de cumplir con los compromisos ambientales derivados de sus estudios ambientales.

B. Del compromiso asumido por Nexa

146. De la revisión de la Segunda Modificación del Estudio de Impacto Ambiental de la Ampliación de Capacidad de Producción de la Planta Concentradora de la Concesión de Beneficio Chicrín N° 2 a 5000 TMD”, aprobada mediante Resolución Directoral N° 119-2018- SENACE-JEF/DEAR del 21 de agosto del 2018 (en adelante, Segunda MEIA Atacocha 2018), establece lo siguiente:

2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

2.12 Descripción de la Etapa de Operación y Mantenimiento

2.12.1 Descripción General

2.12.1.4 Mina

2.12.1.4.5 Labores con proyección a superficie

Como parte de las operaciones mineras de la UM Atacocha se desarrollaron labores con proyección a superficie que en total corresponden a 17 bocaminas y 30 chimeneas.

Bocaminas

De las 17 bocaminas diez se encuentran operativas. En la siguiente tabla se presenta la ubicación en coordenadas y el estado actual de las bocaminas de la UM Atacocha, más el IGA correspondiente.

Tabla 2.12-4: Ubicación y Estado Actual de las Bocaminas en la UM Atacocha

Bocaminas	Coord.WGS 84		Estado actual	IGA que aprueba
	Este	Norte		
Túnel Don Paco	369,1988	8'829,997	Operativa: La bocamina Túnel Don Paco tiene una sección aproximada de 4 m de ancho x 4 m de alto y se encuentra en el nivel 3600 cerca de la planta concentradora actual (Chicrín N°2). La bocamina se encuentra operativa y en el entorno se observa la presencia de pasto y pequeños arbustos. En el lugar existen elementos como: línea férrea, líneas eléctricas, redes de tuberías, objetos metálicos, losas de concreto y un canal que sirve de drenaje cuyas medidas son: 0.40 m ancho x 0.50 m de alto (espesor de 0.20 m).	A, B
San Ramón	366,9188	8'830,023	Operativa: La bocamina San Ramón tiene una sección aproximada de 4 m de ancho x 3.2 m de alto y se encuentra emplazada en el nivel 4000 de la zona Atacocha. Cerca de la bocamina se encuentra el almacén general, la casa de lámparas, almacén de testigos y la superintendencia. La bocamina es de concreto armado y ladrillos, actualmente se encuentra operativa y sirve de ingreso hacia las operaciones mineras de la zona.	A, B
3570	369,3118	8'830,032	Operativa: La bocamina 3570 se encuentra cerca de la planta concentradora actual en la ruta que conecta los campamentos de Chicrín con la mina y oficinas de Atacocha. El portal de la bocamina tiene una sección media de 5 m ancho y 6 m de alto, no tiene ningún tipo de soporte debido a que está construido en roca competente.	A, B
3900 - Antigua	367,8008	8'829,891	No operativa	A, B
3900 - Nueva	367,7788	8'829,834	Operativa: La bocamina 3900 – Nueva se encuentra en una zona contigua a la antigua bocamina 3900, tiene una sección de 2 m de ancho x 3.5 m de alto. Cerca al portal existe una poza de agua que sirve para los trabajos de perforación y dos pozas de 2 m de ancho x 3 m de largo que sirven para almacenar desechos.	A, B
Nueva			que sirve para los trabajos de perforación y dos pozas de 2 m de ancho x 3 m de largo que sirven para almacenar desechos.	
Nv. 4150 San Gerónimo	368,0908	8'829,200	Operativa: La bocamina San Gerónimo, se ubica en el sector conocido como Santa Bárbara y tiene una sección de 3 m x 4 m. Esta bocamina actualmente se encuentra operativa siendo esta empleada como acceso hacia las labores de explotación.	A, B
Lalaquia 1	366,1688	8'830,629	No operativa	A, B
Lalaquia 2	366,2868	8'829,974	No operativa	A, B
Extracción 3600	369,2148	8'830,014	Operativa: La bocamina de Extracción 3600 se encuentra en una zona próxima a la zona de locomotoras y al Túnel Don Paco. Esta presenta una línea férrea y una subestación eléctrica de 460 V, tiene una sección promedio de 2.5 m de ancho x 2 m de alto y el portal es de concreto armado y los aleros de ladrillo. Actualmente la bocamina se encuentra operativa y sirve de ingreso hacia las operaciones mineras de la zona.	A, B
Carlos Chino	365,9608	8'833,484	No operativa	A, B
Lulicocha	365,7268	8'833,058	No operativa	A, B
4050	367,9188	8'829,861	La bocamina 4050 se encuentra ubicada en el nivel 4,050 de la zona Atacocha y actualmente se encuentra operativa. Tiene una sección aproximada de 4.0 m de ancho por 3.0 m de alto. La bocamina está emplazada en una zona de macizo rocoso, presentando una entrada de forma abovedada, que se encuentra reforzada con pernos de anclaje y shotcrete.	C
4154	367,9258	8'829,464	Operativa: La bocamina 4154 está emplazada sobre roca meteorizada, la cual en su contorno interior está protegida por una estructura metálica (tipo alcantarilla metálica) y se encuentra ubicada en el nivel 4154 de la zona Atacocha. Las dimensiones aproximadas son de 3.5 m de ancho por 4.0 m de alto; actualmente se encuentra operativa. La entrada está protegida por estructuras de concreto que actúa de contención y en la parte alta se observa cobertura de suelo vegetal de espesor considerable.	C
4218	367,7758	8'829,394	Operativa: La bocamina está emplazada en macizo rocoso, su entrada tiene una dimensión aproximada de 4.0 m de ancho por 5.0 m de alto. La entrada está reforzada con pernos de anclaje y shotcrete.	C

Nota:
A = R.D. N° 198-2009-MEM-AAM que aprueba el Plan de cierre de minas de la unidad minera Atacocha
B = R.D. N° 139-2012-MEM/AAM que aprueba la Modificación del plan de cierre de minas de la Unidad Minera Atacocha
C = R.D. N° 243-2016-MEM/DGAAM. Del 11/08/2016 que aprueba la Memoria Técnica Detallada (MTD) de la Unidad Minera Atacocha
Fuente: CMA, 2018

Fuente: pag.11 y 12 del Capítulo 2.12 de Segunda MEIA Atacocha 2018

Chimeneas

De las 17 bocaminas 10 se encuentran operativas. En la siguiente tabla se presenta la ubicación en coordenadas y el estado actual de las bocaminas de la UM, así como el IGA correspondiente.

Componente	Coord. WGS 84		Estado actual	Especificaciones	IGA que aprueba
	Este	Norte			
Chimenea Lalaquia 1	366 168	8 830 629	No operativa	-	A, B
Ch. Lalaquia 2.a	366 286	8 829 974	No operativa	-	A, B
Ch. Lalaquia 2.b	366 286	8 829 974	No operativa	-	A, B
Ch. 356 – bocamina Nv 4263	366 168	8 830 629	Operativa	-	A, B
Ch. 605 Nv 4280	366 286	8 829 974	Operativa	-	A, B
Ch. 665 Nv 4300	366 286	8 829 974	Operativa	-	A, B
Ch. 4150 – bocamina 4192-4103	366 981	8 830 025	Operativa	-	A, B
Ch. 5359 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 182	8 829 518	Operativa	-	A, B
Ch. 5349 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 239	8 829 493	Operativa	-	A, B
Ch. 5339 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 029	8 830 090	Operativa	-	A, B
Ch. 5394 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 802	8 829 044	Operativa	-	A, B
Ch. 5315 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 783	8 829 049	Operativa	-	A, B
Ch. 5252 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 749	8 829 048	Operativa	-	A, B
Ch. 5305 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 794	8 828 953	Operativa	-	A, B
Ch. 5342 (Pradera Vasconia) Nv 4390	367 789	8 829 019	Operativa	-	A, B
RB-3 Lalaquia Nv 4200	367 726	8 829 463	Operativa	-	A, B
Ch. 392 Nv 4200	367 781	8 829 263	Operativa	-	A, B
RB-69 Nv 4103	367 779	8 829 122	Operativa	-	A, B
Ch. Aik392					
(CH-AT-01)	367,170	8'830,174	Operativa	Construida con el objetivo principal de mejorar la ventilación de interior mina, siendo su función la de extracción de aire viciado de interior mina, la sección de la chimenea es circular y tiene un diámetro de 1.5 m.	C
Ch. 4150					
(CH-AT-02)	367,084	8'830,118	Operativa	Cuenta con una parrilla de protección. En superficie la chimenea se ubica sobre un afloramiento rocoso rodeado por un entorno paisajístico con escasa vegetación.	C
Ch. 605					
(CH-AT-10)	367,103	8'829,935	Operativa	Igual que las características anteriores. La sección de la chimenea es circular y tiene un diámetro de 2 m.	C
Ch. RB 69					
(CH-AT-11)	367,329	8'830,227	Operativa	Igual que las características anteriores. La sección de la chimenea es circular y tiene un diámetro de 2.1 m.	C

Nota:
A = R.D. N° 198-2008-MEM-AAM que aprueba el Plan de cierre de minas de la unidad minera Atacocha
B = D. N° 139-2012-MEM/AAM que aprueba la Modificación del plan de cierre de minas de la Unidad Minera Atacocha
C = R.D. N° 243-2016-MEM/DGAAM. Del 11/08/2016 que aprueba la Memoria Técnica Detallada (MTD) de la Unidad Minera Atacocha (...)."

Fuente: pág. 12 y 13 del Capítulo 2.12 de Segunda MEIA Atacocha 2018

147. De lo expuesto, se verifica que Nexa se comprometió a ejecutar en la UF Atacocha únicamente las bocaminas aprobadas por su instrumento de gestión ambiental.

C. Sobre la Supervisión Regular del 2019

148. Conforme a lo señalado en el Informe de Supervisión, la DSEM constató una bocamina ubicada en las coordenadas UTM (Datum GS84-18L): 366308E, 8830184N, la misma que tenía carteles que la identificaban como “bocamina Lalaquia 2”.

149. La referida bocamina se encontraba abierta, con una sección de 2 metros de alto y 1,6 metros de ancho, aproximadamente. Además, se identificó agua empozada en el interior de la bocamina, la cual no generaba un drenaje, y delante de ella había material acumulado, en un área aproximada de 100 m².

150. Lo verificado por la DSEM se sustenta en las fotografías Nros. 4, 5, 6 y 8, contenidas en el Panel Fotográfico, que se muestran a continuación:

Componente verificado

COMPONENTE: BOCAMINA LALAQUIA 2



Fotografía N° 4: Lectura de las coordenadas tomadas en la Bocamina Lalaquia 2, UTM (Datum WGS 84-18L): E 366 308, N 830 184)



Fotografía N° 5: Material acumulado al frente de la Bocamina con varios letreros que indican Bocamina Lalaquia 2 y Chimenea Lalaquia 2



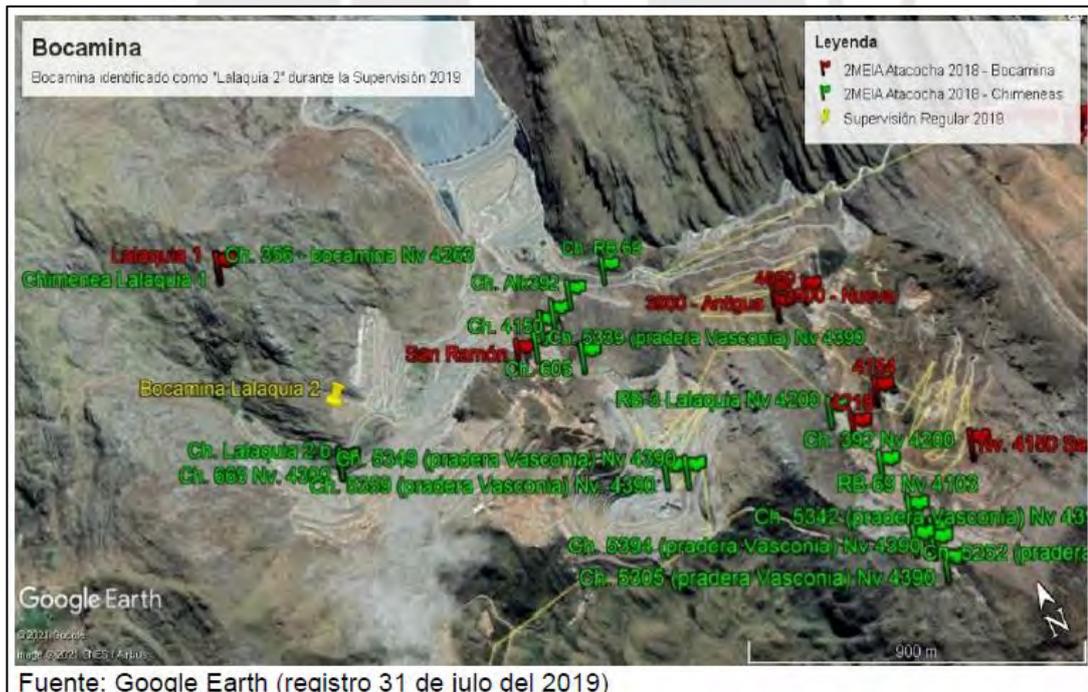
Fotografía N° 6: Se observa abierto la entrada de la bocamina Lalaquia 2, con material acumulado en la entrada, vegetación en su ingreso y presenta agua acumulado en su interior



Fotografía N.º 8: Se observa material de desmonte acumulado frente de la bocamina, sobre un área aproximada de 100 m²

Fuente: Informe de Supervisión

151. De la georreferenciación del componente verificado durante la Supervisión Regular 2019 y los componentes aprobados en la Segunda MEIA Atacocha 2018, la DSEM advirtió que la bocamina detectada no correspondía a ninguna labor minera contemplada en un instrumento de gestión ambiental. A continuación, se muestra dicha georreferenciación:



152. Asimismo, la DSEM constató que la Segunda MEIA Atacocha 2018 contempla la implementación de una bocamina denominada Lalaquia 2, distinta a la verificada en campo; ya que el componente verificado durante la Supervisión Regular 2019 se encuentra a 212 metros de la referida bocamina; conforme se aprecia:



Fuente: RD 2661-2021

153. En atención a ello, la DSEM concluyó que el administrado implementó una labor minera no contemplada en su instrumento de gestión ambiental.
154. Dicho hallazgo motivó la tramitación del PAS, donde la DFAI declaró la responsabilidad administrativa de Nexa por la comisión de la conducta infractora N° 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

D. Del recurso de apelación

Sobre la corrección de la conducta infractora

155. En el recurso de apelación, Nexa señala que cerró la labor minera evidenciada; alegando que dicha situación calificaría como una corrección de la conducta infractora, tal como se informó en el Segundo Informe Semestral de PCM del año 2020, el 04 de enero de 2021; es decir, con anterioridad al inicio del PAS.
156. Asimismo, indica que este cierre se realizó de manera previa al plazo previsto en el instrumento de gestión ambiental. Además, indica que, con el cierre de este componente, se restablecieron las condiciones naturales del área y, por ende, todos los potenciales efectos de la presunta conducta infractora.
157. Al respecto, la recurrente alega la aplicación de la eximente de responsabilidad contemplada en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG; norma que no hace una diferencia entre aquellas infracciones subsanables y no subsanables.

Análisis del TFA

158. Sobre el particular, conforme se indicó previamente, en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG se establece que para que se configure la subsanación voluntaria deben concurrir las siguientes condiciones: (i) que se produzca de manera voluntaria; (ii) que se realice de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador; y, (iii) que la subsanación sea de la conducta infractora en sí y sus efectos.

159. Al respecto, en la Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador, elaborada por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁶³, se señala respecto a la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad lo siguiente⁶⁴:

2.4. Eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa

Al ejercer su potestad sancionadora, la autoridad administrativa debe valorar una serie de circunstancias vinculadas al caso concreto que le permitirán determinar si se ha configurado un supuesto de exclusión de responsabilidad (condiciones eximentes) (...) en los casos en que así corresponda.

(...)

Cabe indicar que este supuesto no solo consiste en el cese de la conducta infractora, sino que, cuando corresponda, la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta infractora. Ello con la finalidad de no generar impunidad y evitar que el imputado se apropie del beneficio ilícitamente obtenido por la infracción.

(Énfasis agregado)

160. Del texto citado, se advierte que el supuesto de exclusión de responsabilidad está sujeto a la valoración que debe realizar la autoridad administrativa respecto de las circunstancias particulares del caso concreto; considerando para ello, no solo el cese de la conducta infractora, sino que corresponde valorar también la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido.
161. Bajo esta óptica, no solo se evaluará la concurrencia de los requisitos descritos, sino también el carácter subsanable del incumplimiento detectado, desde la naturaleza de la conducta infractora y desde los efectos que la misma despliega, atendiendo a que existen infracciones que, debido a su propia naturaleza o por disposición legal expresa⁶⁵, no son susceptibles de ser subsanadas.
162. En virtud de lo expuesto, esta Sala analizará si la conducta realizada por el administrado se configura dentro del supuesto de eximente de responsabilidad administrativa establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

De la naturaleza insubsanable de las infracciones referidas a la implementación de una instalación o componente no contemplado en un instrumento de gestión ambiental

163. Conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley del SEIA, los estudios ambientales deberán, entre otros, identificar y caracterizar las implicaciones y los

⁶³ La citada guía fue emitida por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del MINJUS en el marco de sus funciones para promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento de Organización y Funciones del MINJUS, aprobado con Decreto Supremo N° 013-2017-JUS.

⁶⁴ MINJUS. *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. 2da edición, aprobada con la Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ del 07 de junio de 2017, p. 45.

⁶⁵ Tal es el caso del exceso de los LMP, la infracción por no adoptar las medidas de previsión y control para no exceder los valores estándares de Calidad Ambiental (ECA), el incumplimiento de una obligación de carácter formal que cause daño o perjuicio, la implementación de una instalación o componente no contemplado en un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente, entre otros.

impactos ambientales negativos en todas las fases y durante todo el período de duración del proyecto; así como también la estrategia de manejo ambiental o la definición de metas ambientales, incluyendo, según el caso, el plan de manejo, el plan de contingencias, el plan de compensación y el plan de abandono o cierre.

164. Por su parte, el artículo 12 de dicha norma establece que la Autoridad Certificadora se encuentra facultada para imponer obligaciones adicionales surgidas del procedimiento de evaluación, declarar la viabilidad ambiental del proyecto propuesto, elaborar el informe técnico-legal correspondiente, así como emitir la resolución que aprueba el estudio ambiental, la cual constituye la Certificación Ambiental; sin perjuicio de que el titular del proyecto tramite los permisos correspondientes para la ejecución del mismo.
165. Resulta importante mencionar que, de los instrumentos de gestión ambiental, emanan tres tipos de obligaciones fiscalizables: (i) obligaciones de comunicar, tales como informar a la autoridad el inicio o el cierre de operaciones; (ii) obligaciones de hacer, referidas a implementar diversos componentes, tales como canales de escorrentía, plataformas de perforación, entre otros; y, (iii) obligaciones de no hacer, entendidas como la prohibición de realizar determinadas actividades, como realizar perforaciones en áreas naturales frágiles, tales como un bofedal.
166. Dicho ello, los titulares de actividades se encuentran limitados a ejecutar únicamente las acciones autorizadas en su instrumento de gestión ambiental, prohibiéndoseles la ejecución de actividades distintas a las previstas en aquellas; por ello, el incumplimiento de estas obligaciones constituye infracción sancionable.
167. En relación con lo anterior, la implementación de un componente adicional no contemplado implica, como mínimo, poner en riesgo al entorno natural donde se desarrollan dichas actividades, pues tal operación se ha realizado sin considerar medidas de prevención o mitigación de impactos ambientales negativos previstos en un estudio de impacto ambiental⁶⁶.
168. De esta manera, si se implementa una instalación no contemplada en un instrumento de gestión ambiental, dicha situación ya no puede ser revertida con acciones posteriores, pues el instrumento de gestión ambiental que en un futuro contemple los componentes mineros regularizados, no incluirá medidas de manejo ambiental para aquellos impactos que se pudieron haber ocasionado con su implementación.
169. Considerando lo expuesto, y en estricta congruencia con los anteriores pronunciamientos del TFA⁶⁷, corresponde concluir que la implementación de una instalación no contemplada en un instrumento de gestión ambiental carente de toda previsión ambiental -por su naturaleza- no resulta subsanable.

⁶⁶ Según Granero, el estudio de impacto ambiental es un documento técnico en el que se identifican, valoran y previenen los impactos, planteando el seguimiento y control ambiental de la ejecución de un proyecto. Por lo tanto, el objetivo general del EIA pasa por el estudio del medio biofísico y socio-económico, el análisis del proyecto y la identificación y definición de las acciones que pueden provocar un impacto ambiental, recogiendo las propuestas para evitarlos, reducirlos o compensarlos.

GRANERO, Javier, [et-al], *Evaluación de Impacto Ambiental*, Primera Edición. FC. Editorial. España. 2011, p. 75.

⁶⁷ Resolución N° 005-2022-OEFA/TFA-SE del 06 de enero de 2022, Resolución N° 224-2021-OEFA-TFA-SE del 20 de julio de 2021, Resolución N° 194-2021-OEFA-TFA-SE del 28 de junio de 2021, Resolución N° 086-2019-OEFA-TFA-SMEPIM del 22 de febrero de 2019, Resolución N° 165-2019-OEFA-TFA-SMEPIM del 26 de enero de 2019, Resolución N° 192-2018-OEFA-TFA-SMEPIM del 02 de julio de 2018, Resolución N° 190-2018-OEFA-TFA-SMEPIM del 28 de junio de 2018, Resolución N° 092-2018-OEFA-TFA-SMEPIM del 18 de abril de 2018 y Resolución N° 059-2018-OEFA-TFA-SMEPIM del 07 de marzo de 2018, entre otras.

170. En ese sentido, cabe indicar que, si bien Nexa realizó actividades de cierre en la bocamina detectada en la Supervisión Regular 2019; ello, no significa que haya subsanado dicha conducta infractora, en tanto la obligación imputada como incumplida —según lo previsto en la Segunda MEIA Atacocha 2018— no se circunscribe sobre la ejecución de medidas de cierre⁶⁸.
171. Asimismo, debe considerarse que no se está cuestionando si el administrado cumplió o no con cerrar la bocamina, sino que la recurrente haya implementado un componente adicional no previsto en su instrumento de gestión ambiental.
172. Considerando lo expuesto, se concluye que la implementación de un componente no contemplado en un instrumento de gestión ambiental carente de toda previsión ambiental -por su naturaleza- no resulta subsanable.
173. Siendo ello así, esta Sala es de la opinión que ningún medio probatorio que pudiera presentar el administrado –incluyendo las labores de cierre– podrá demostrar la subsanación de la conducta infractora descrita en el numeral 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, a efectos de que se le exima de responsabilidad, en el marco de lo establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG.
174. En consecuencia, corresponde confirmar la declaración de responsabilidad de Nexa por la comisión de la conducta infractora N° 3 detallada del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

VII.3 Determinar si las multas impuestas a Nexa por la comisión de las conductas infractoras Nros. 1, 2 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución se enmarcan en los parámetros legales previstos en nuestro ordenamiento

A. De las sanciones administrativas

175. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones, con lo cual tienen como fin último adecuar las conductas de los administrados al cumplimiento de determinadas normas; para ello, la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas a imponer sea mayor o igual al beneficio esperado por estos por la comisión de las infracciones.
176. Ciertamente, la premisa referida fue materializada por el legislador en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, al señalar que las sanciones a imponerse deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, conforme se aprecia a continuación:

⁶⁸ Al respecto, considerar que este Tribunal ha mantenido este criterio en las Resoluciones Nros. 086-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 22 de febrero de 2019, 165-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 26 de enero de 2019, 190-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 28 de junio de 2018, 092-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 18 de abril de 2018, 058-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 07 de marzo de 2018, entre otras.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad. - (...) las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (...)

177. En atención a ello, en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores seguidos en el ámbito de competencias del OEFA, la determinación de la multa se evalúa de acuerdo con la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, modificada con la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 024-2017-OEFA/CD y la Resolución de Consejo Directivo N° 00083-2022-OEFA/PCD (**Metodología para el Cálculo de Multas**).

178. En el Anexo N° 1 “Fórmulas que expresan la metodología” de la Metodología para el Cálculo de Multas, se señaló que, en el caso que no existe información suficiente para la valorización del daño real probado (cálculo económico del daño), la multa base se calculará considerando el beneficio ilícito y la probabilidad de detección, y luego a ello se aplicarán los factores para la graduación de sanciones correspondientes, tal como se aprecia en la siguiente fórmula:

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

Donde:

B = Beneficio ilícito (obtenido por el administrado al incumplir la norma)

p = Probabilidad de detección

F = Suma de factores para graduación de sanciones (1+f1+f2+f3+f4+f5+f6+f7)

179. En esa medida, se evidencia que la Metodología para el Cálculo de Multas tiene como propósito que: (i) las multas dispuestas por la autoridad administrativa desincentiven la comisión de infracciones a la legislación ambiental; (ii) se brinde un tratamiento equitativo y razonable a los administrados a través del conocimiento público de los criterios objetivos que permiten su graduación; y, (iii) se contribuya a garantizar la resolución expeditiva de los problemas ambientales que ponen en riesgo el valor de los recursos naturales, la protección de la salud y la vida humana.

180. Adicionalmente, mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 00083-2022-OEFA/PCD del 29 de diciembre de 2022, se aprueba el “Manual de aplicación de criterios objetivos de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores para la graduación de sanciones en el OEFA” (**Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas**), el cual tiene por objetivo establecer criterios objetivos a emplear en la Metodología para el Cálculo de Multas, procediéndose a seguir sus indicaciones para el análisis del cálculo de la multa.

181. Teniendo en cuenta ello, este Tribunal evaluará si el cálculo de la multa impuesta del Informe N° 00287-2022-OEFA/DFAI-SSAG del 18 de febrero de 2022 (en adelante, **Informe de Cálculo de Multa I**) y el Informe N° 03997-2021-OEFA/DFAI-SSAG del 29 de noviembre de 2021 (en adelante, **Informe de Cálculo de Multa II**) se realizó de conformidad con el principio de razonabilidad y en estricta observancia de la Metodología para el Cálculo de Multas.

B. Cálculo de la multa impuesta por la DFAI

182. Mediante la RD 121-2022, fundamentada en el Informe de Cálculo de Multa I, la DFAI declaró que la sanción impuesta a Nexa por la comisión de las conductas infractoras descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución asciende al monto total de 7 750,036 UIT.

B.1. Conducta infractora N° 1 del Cuadro N° 1

183. Conforme al Informe de Cálculo de Multa I, por la comisión de la conducta infractora N° 1 del Cuadro N° 1, la Subdirección de Sanción y Gestión de Incentivos (**SSAG**) obtuvo como valor de la multa un monto ascendente a 9 110,776 (nueve mil ciento diez con 776/1000) UIT.

184. Tras realizar el análisis de no confiscatoriedad⁶⁹, la SSAG determinó una multa ascendente a **7 343,313 (siete mil trescientos cuarenta y tres con 313/1000) UIT**, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 3: Valor de la Multa - Conducta Infractora N° 1 (DFAI)

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	2 277,694 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,5
Factores para la graduación de sanciones [F] = $(1+f_1+f_2+f_3+f_4+f_5+f_6+f_7)$	200%
Multa calculada en UIT = (B/p) *(F)	9 110,776 UIT
Tipificación, numeral 3.1 de la RCD N° 006-2018-OEFA/CD; rango hasta 15 000 UIT	9 110,776 UIT
Análisis de no confiscatoriedad. Numeral 12.2 del artículo 12 del RPAS	7 343,313 UIT
Valor de la multa impuesta	7 343,313 UIT

Fuente: Informe de Cálculo de Multa I
Elaboración: TFA

⁶⁹ Al respecto, conforme al Informe de Cálculo de Multa I, mediante escrito con Registro N° E01-2020-013324 del 31 de enero de 2020, el administrado presentó sus ingresos brutos percibidos en el ejercicio gravable 2018.

Numeral	Infracción	Monto calculado	% prorratio	Monto final
5.1	Hecho imputado N.º1	9110.776 UIT	96.728%	7343.313 UIT
5.2	Hecho imputado N.º2	95.944 UIT	1.019%	77.360 UIT
5.3	Hecho imputado N.º3	212.211 UIT	2.253%	129.363 UIT*
		9418.931 UIT	100.000%	7550.036 UIT

B.2. Conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1

185. Conforme al Informe de Cálculo de Multa I, por la comisión de la conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1, la SSAG obtuvo como valor de la multa un monto ascendente a 95,944 (noventa y cinco con 944/1000) UIT.
186. Luego realizar el análisis de no confiscatoriedad, la SSAG determinó una multa ascendente a **77,360 (setenta y siete con 360/1000) UIT**, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 4: Multa impuesta – Conducta Infractora N° 2 (DFAI)

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	26,651 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,5
Factores para la graduación de sanciones [F] = $(1+f_1+f_2+f_3+f_4+f_5+f_6+f_7)$	180%
Multa calculada en UIT = (B/ p) *(F)	95,944 UIT
Tipificación, numeral 3.1 de la RCD N° 006-2018-OEFA/CD; rango hasta 15 000 UIT	95,944 UIT
Análisis de no confiscatoriedad. Numeral 12.2 del artículo 12 del RPAS	77,360 UIT
Valor de la multa impuesta	77,360 UIT

Fuente: Informe de cálculo de multa I

Elaboración: TFA

B.3. Conducta infractora N° 3 del Cuadro N° 1

187. Conforme al Informe de Cálculo de Multa I, por la comisión de la conducta infractora N° 3 del Cuadro N° 1, la SSAG obtuvo como valor de la multa un monto ascendente a 212,211 (doscientos doce con 211/1000) UIT.
188. Posteriormente, tras realizar el análisis de no confiscatoriedad, la SSAG determinó una multa ascendente a **129,363 (ciento veintinueve con 363/1000) UIT**, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 5: Multa impuesta – Conducta Infractora N° 3 (DFAI)

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	55,845 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,5
Factores para la graduación de sanciones [F] = $(1+f_1+f_2+f_3+f_4+f_5+f_6+f_7)$	190%
Multa calculada en UIT = (B/p)*(F)	212,211 UIT
Tipificación, numeral 3.1 de la RCD N° 006-2018-OEFA/CD; rango hasta 15 000 UIT	212,211 UIT
Análisis de no confiscatoriedad. Numeral 12.2 del artículo 12 del RPAS	171,041 UIT
Principio de prohibición de reforma en peor de la RD 121-2022	129,363 UIT ⁷⁰
Valor de la multa impuesta	129,363 UIT

Fuente: Informe de Cálculo de Multa I

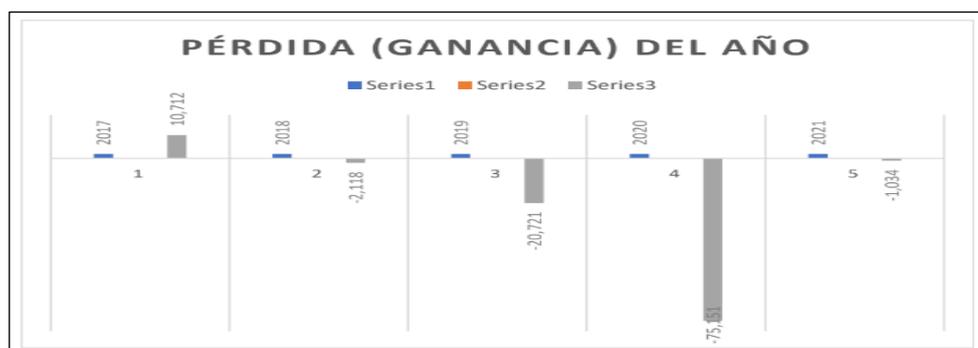
Elaboración: TFA

⁷⁰ Al respecto, conforme al Informe de Cálculo de Multa I, el valor del prorrateo (2,253%) efectuado es de 171,041 UIT; no obstante en el Informe de Cálculo II, se estableció el monto de 129,363 UIT; por lo que, en atención al principio de reforma en peor, se mantiene dicho monto.

C. De los alegatos formulados por Nexa

C.1. De la confiscatoriedad de la multa impuesta

189. En el recurso de apelación, Nexa alega que la sanción impuesta por la comisión de las conductas infractoras detalladas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución es confiscatoria; ya que, al revisar la Declaración Anual de Impuestos correspondiente al 2018 (en adelante, **Declaración Impuestos 2018**), se evidencia que la multa impuesta excede el límite legal.
190. Asimismo, la recurrente señala que la situación de pérdida descrita en la Declaración Impuestos 2018 empeoró el 2020, conforme al siguiente detalle:



Fuente: Recurso de apelación

191. Sumado a ello, Nexa alega que la multa impuesta generará que esta no pueda costear las medidas de cierre contempladas en la Tercera MPCM Atacocha 2020, poniendo en riesgo el bien jurídico protegido por el OEFA, el ambiente.
192. Adicionalmente, la recurrente señala que la información remitida, correspondiente al año 2021, es la correcta ya que la multa impuesta deberá ser pagada durante este ejercicio; en tal sentido, alega que, en atención a los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2021, el TFA considere la situación económica de Nexa, puesto que el pago de la multa impuesta podría generar su disolución y liquidación.

Análisis del TFA

Sobre el criterio de no confiscatoriedad

193. En aplicación a lo previsto en el numeral 12.2 del artículo 12 del RPAS⁷¹, la multa total a ser impuesta no puede ser mayor al diez por ciento (10 %) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción.
194. Asimismo, conforme al numeral 12.3 del artículo 12 del RPAS⁷², se establece que el administrado puede acreditar lo que percibió el año anterior a la fecha de la

71

RPAS

Artículo 12.- Determinación de las multas

12.2 La multa a ser impuesta no puede ser mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción.

72

RPAS

Artículo 12.- Determinación de las multas

12.3 A fin de que resulte aplicable lo establecido en el numeral precedente, el administrado puede acreditar en el escrito de descargos a la imputación de cargos el monto de ingreso bruto anual que percibió el año anterior a

comisión de la conducta mediante declaraciones juradas presentadas ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (**Sunat**), estados financieros, libros contables u documentos de naturaleza similar.

195. Al respecto, para el caso de los contribuyentes que se encuentren en el Régimen General, en el literal b) del artículo 180 del Código Tributario, se establece que se considerará como ingreso a la información contenida en los campos o casillas de la Declaración Jurada Anual en las que se consignen los conceptos de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables de acuerdo con las Ley del Impuesto a la Renta.
196. De lo expuesto se infiere que: (i) la multa total no puede ser mayor al diez por ciento (10 %) del ingreso bruto anual percibido el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción; y, (ii) para acreditar dicho ingreso el administrado puede presentar Declaraciones Juradas, donde se considerarán aquellos campos que consignen los conceptos de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables.
197. Habiendo establecido ello, se analizará si la multa total impuesta a Nexa por la comisión de las conductas infractoras detalladas en el Cuadro N° 1 resulta ser confiscatoria como alega la recurrente.

Del caso concreto

198. A través del escrito del 31 de enero de 2020⁷³, Nexa presentó sus ingresos netos percibidos durante el año 2018.
199. Al respecto, conforme al Informe de Cálculo de Multa II, la SSAG estableció que los ingresos brutos percibidos por Nexa, en el ejercicio gravable 2018, ascendieron a 7 591,714 UIT; tal como se evidencia:

Análisis de no confiscatoriedad-DFAI (Informe de Cálculo de Multa II)

Al respecto, cabe precisar que, en la RSD, la SFEM del OEFA, solicitó al administrado sus ingresos brutos del año 2018.

De acuerdo con la información reportada por el administrado en su Declaración Anual de Renta, sus ingresos brutos percibidos en el ejercicio gravable 2018 ascendieron a **75 917.14 UIT**⁵³. En este caso la multa resulta confiscatoria para el administrado.

Por lo tanto, se ha procedido a prorratear el monto calculado respecto al tope del 10%, el cual asciende a **7 591.714 UIT**, entre las imputaciones materia de análisis en el presente informe, según el siguiente cuadro:

Fuente: Informe de Cálculo de Multa II

200. Posteriormente, mediante el Informe de Cálculo de Multa I, la SSAG estableció que los estados financieros al 30 de setiembre de 2021 presentados por Nexa no corresponde al año anterior de la comisión de las conductas infractoras detalladas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución y que dicha información no se encontraba auditada; por ello, no será utilizada.

la fecha en que ha cometido la infracción, mediante declaraciones juradas presentadas ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, estados financieros, libros contables u otros documentos de naturaleza similar.

⁷³ Escrito con Registro N° E01-2020-013324.

201. En tal sentido, la SSAG procedió a prorratear la multa calculada, en atención al monto total calculado (9 418, 931 UIT) y teniendo como tope el 10% de los ingresos brutos declarados por el administrado para el año 2018, equivalente a 7 591,714 UIT; conforme se muestra:

Análisis de no confiscatoriedad-DFAI
(Informe de Cálculo de Multa I)

VI. Análisis de no confiscatoriedad

De acuerdo con la información reportada por el administrado en su Declaración Anual de Renta, sus ingresos brutos percibidos en el ejercicio gravable 2018 ascendieron a **75 917.14 UIT**⁴⁷. En este caso la multa resulta confiscatoria para el administrado.

Por lo tanto, se ha procedido a prorratear el monto calculado respecto al tope del 10%, el cual asciende a **7 591.714 UIT**, entre las imputaciones materia de análisis en el presente informe, según el siguiente cuadro:

Cuadro N.º 11: Análisis de confiscatoriedad

Numeral	Infracción	Monto calculado	% prorrateo	Monto final
5.1	Hecho imputado N.º1	9110.776 UIT	96.728%	7343.313 UIT
5.2	Hecho imputado N.º2	95.944 UIT	1.019%	77.360 UIT
5.3	Hecho imputado N.º3	212.211 UIT	2.253%	129.363 UIT*
		9418.931 UIT	100.000%	7550.036 UIT

(*) El valor según el prorrateo efectuado es de 171.041 UIT, el cual corresponde al 2.253% del valor total de la multa calculada: 9 418.931 UIT. Sin embargo, al advertir que la multa del hecho imputado N.º3 en el ICM2 es de 129.363 UIT, y en concordancia con el principio de no reforma en peor, se ha considerado este último valor para la determinación del monto total de la sanción.

Fuente: Informe de Cálculo de Multa I

202. De lo expuesto, se tiene que la DFAI realizó el análisis de no confiscatoriedad, utilizando la Declaración Jurada correspondiente al año 2018, presentado por Nexa, para establecer el tope establecido en el artículo 12 del TUO de la LPAG.

Sobre los estados financieros en aplicación del criterio de no confiscatoriedad

203. Con relación a los estados financieros remitidos, se debe señalar que el criterio de no confiscatoriedad se aplica para el ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción, correspondiente únicamente al año 2018.
204. De lo anterior, los estados financieros presentados muestran años diferentes a lo solicitado con el fin de denotar una situación de pérdidas acumuladas para los años 2020 y 2021; sin embargo, la detección de la conducta infractora se produce en la Supervisión Regular 2019, la cual es una fecha anterior a los estados financieros mostrados.
205. Asimismo, dichos informes financieros indican que la situación patrimonial y planes de la Gerencia ha adoptado la condición de irregular, conforme a lo establecido por la Ley General de Sociedades; sin embargo, el análisis de confiscatoriedad no está vinculado al resultado (utilidad o pérdida) final de los periodos mencionados.
206. Es así que, para la determinación del Ingreso bruto anual percibido por el infractor, en el año 2018, se utiliza la información de la Declaración Jurada Anual y no sobre los estados financieros, ya que las utilidades o pérdidas obtenidas por el administrado no son aplicables en el criterio de no confiscatoriedad.

207. Adicionalmente, lo que se persigue con la imposición de una sanción no es generar un desmedro en la esfera patrimonial del administrado al momento de ejecutar la multa como alega el administrado, sino que el régimen sancionatorio asegure la integridad de los bienes jurídicos ambientales protegidos.
208. En consecuencia, por todo lo mencionado, ni la RD 121-2022 ni el Informe de Cálculo de Multa I vulneran el principio de no confiscatoriedad.

C.2. Sobre la probabilidad de detección

209. En el recurso de apelación, Nexa cuestiona el valor establecido para la probabilidad de detección, al considerar que la situación pudo ser advertida en función a los informes semestrales sobre el cumplimiento de su PCM; al respecto, la recurrente indica que si bien estos fueron remitidos al Ministerio de Energía y Minas (**Minem**) se encuentran disponibles para la Administración Pública, pudiendo el OEFA acceder a ellos; por lo que se habría configurado el auto-reporte.

Análisis del TFA

210. Sobre el particular, de la revisión el Informe de Cálculo de Multa I, se aprecia que, para las conductas infractoras detalladas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, la SSAG estableció que las probabilidades de la detección son medias (0,50), en atención a que estas fueron detectadas por la DSEM en la Supervisión Regular 2019; conforme se muestra:

<p>V. Determinación de la sanción</p> <p>ii) Probabilidad de Detección (p)</p> <p>Se considera una probabilidad de detección media¹⁰ (0.50), dado que la infracción fue validada mediante una supervisión regular, realizada por la Dirección de Supervisión Ambiental de Energía y Minas (en adelante, DSEM), del 12 al 18 de marzo del 2019.</p>

Fuente: Informe de Cálculo de Multa I

211. Siendo ello así, respecto al alegato formulado por Nexa, se debe señalar que el valor de 1,00 para la probabilidad de detección es aplicado en los casos donde la detección de la causa de la conducta infractora es mediante un auto reporte; proceso mediante el cual el infractor, de manera expresa, reporta a la autoridad competente la comisión de una infracción.
212. En el presente caso, debe considerarse que: (i) Nexa no acreditó el reporte expreso de la omisión de los compromisos ambientales, en los informes presentados ante el Minem; asimismo, (ii) para la detección de las conductas imputadas en el PAS fue necesaria la realización de una supervisión regular, implicando un esfuerzo de la Autoridad de Supervisión.
213. Sobre el particular, respecto de la conducta infractora N° 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, corresponde señalar que, el 04 de enero de 2021, Nexa reportó ante el Minem el cierre de la bocamina detectada durante la Supervisión Regular 2019; no obstante, no indicó que esta se trataba de un componente no contemplado. Siendo necesario para su identificación la visita al proyecto y el ploteo con el resto de los componentes.

214. Bajo tales consideraciones, corresponde mantener el valor de 0,50 como probabilidad de detección de las conductas infractoras Nros. 1, 2 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, desestimándose lo alegado por Nexa.

C.3. Sobre la corrección de la conducta

215. En el recurso de apelación, Nexa alega que debe considerarse la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 como una corrección de la conducta, ya que desde la aprobación de la Segunda MEIA Atacocha 2018, Nexa no se encontraba obligada a cumplir con los compromisos ambientales contenidos en un cronograma desfasado.
216. Asimismo, respecto de la conducta infractora N° 3, Nexa alega que la corrección se habría configurado, debido a que esta realizó el cierre del componente verificado por la DSEM.

Análisis del TFA

Respecto a las conductas infractoras Nros. 1 y 2

217. De la revisión el Informe de Cálculo de Multa I, se aprecia que la SSAG considera que la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 no genera la corrección de las conductas infractoras Nros. 1 y 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución; ya que, al momento de la acción de la Supervisión Regular 2019, eran exigibles los compromisos ambientales de Nexa asumidos en la MPCM Atacocha 2012 y en la Segunda MPCM Atacocha 2016; conforme se muestra:

Ahora bien, respecto a que la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 califica como una corrección de la conducta, dado que el cronograma presuntamente incumplido ha variado y se encuentra vigente, se debe indicar que si bien el administrado solicitó la modificación del escenario de cierre para los depósitos de relaves Tíclacayán y Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A, ello no lo exonera de responsabilidad administrativa ni corrige la conducta infractora, toda vez que la Tercera MPCM Atacocha 2020 fue aprobada con posterioridad (9 de octubre de 2020) a la fecha en la que debía de haber culminado sus actividades de cierre progresivo referentes a la estabilidad hidrológica y revegetación del depósito de relaves Tíclacayán en el año 2018 y revegetación del depósito de relaves Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A en el año 2017.

En ese sentido, aun cuando la unidad fiscalizable "Atacocha" cuente con la Tercera MPCM Atacocha 2020, lo cierto es que al momento de la Supervisión Regular 2019, las actividades de cierre progresivo para los depósitos de relaves Tíclacayán (estabilidad hidrológica y revegetación) y Chicrín Actual C1, 2, 2A, 2B, 3A (revegetación) resultaban exigibles conforme a los términos aprobados en la Segunda MPCM Atacocha 2016; por tanto, se desvirtúa lo alegado por el administrado.

Fuente: Informe de Cálculo de Multa I

218. En esa línea, a criterio de este Colegiado, y en concordancia de lo expuesto anteriormente, la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 no genera la corrección de los compromisos asumidos por Nexa; toda vez que con el referido instrumento se generan nuevas obligaciones (con nuevos plazos de cumplimiento) y no una corrección.

219. Sin perjuicio de lo antes indicado, en el Informe de Cálculo de Multa I, la SSAG establece que la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 será considerada como el cese de la conducta infractora, criterio compartido por este Tribunal.

Respecto a la conducta infractora N° 3

220. De la revisión el Informe de Cálculo de Multa I, se aprecia que la SSAG considera que el cierre de la bocamina evidenciada durante la Supervisión Regular 2019 que no se encontraba contemplada no acredita la corrección de la conducta infractora; conforme se muestra:

Respuesta SSAG-DFAI:

La Resolución Impugnada no ha considerado la corrección de las presuntas conductas infractoras

Respecto al punto (i) y (ii) corresponde indicar que el presente hecho se encuentra referido a la implementación de un componente no contemplado, por lo que se debe tener en cuenta que de los instrumentos de gestión ambiental emanan dos clases de obligaciones fiscalizables: (i) obligaciones específicas de hacer, referidas al estricto cumplimiento de los compromisos ambientales; y (ii) obligaciones implícitas de no hacer, referidas a la prohibición de hacer algo no provisto en el instrumento de gestión ambiental. El incumplimiento de ambas obligaciones constituye un incumplimiento a dicho instrumento de gestión ambiental.

Ahora, el administrado reitera que ha realizado el cierre de la bocamina detectada durante la Supervisión Regular 2019; sin embargo, ello no lo exime de responsabilidad ni significa que haya subsanado la conducta infractora, en tanto la presente conducta infractora no está referida a la ejecución de las medidas de cierre contempladas en el instrumento de gestión ambiental del administrado, es decir, no se cuestiona si el administrado cumplió o no con cerrar la bocamina, sino que ejecutó una bocamina adicional, la cual no se encuentra contemplada en su instrumento de gestión ambiental, por lo que, la implementación de un componente no contemplado en un instrumento de gestión ambiental carece de toda previsión ambiental – por su naturaleza – no resulta subsanable; por tanto, se desvirtúa lo alegado por el administrado.

Fuente: Informe de Cálculo de Multa I

221. Sobre el particular, la conducta infractora N° 3 está referida a que el administrado implementó un componente no contemplado en su instrumento de gestión ambiental y respecto del cual no se establecieron medidas de manejo; por ello, resulta materialmente imposible corregir la mencionada conducta, puesto que primero debió tramitarse la modificación del instrumento y luego la ejecución de este componente.
222. Al respecto, en el Informe de Cálculo de Multa I, la SSAG establece que la comunicación del cierre del componente verificado será considerada como el cese de la conducta infractora, criterio compartido por este Tribunal.
223. En atención a lo expuesto, corresponde desestimar los alegatos formulados por Nexa en este extremo.

C.4. Sobre la indebida consideración del agravante por presunto daño potencial, a pesar de que se aprobó la Tercera MPCM Atacocha 2020

Respecto de la conducta infractora N° 1 (estabilidad hidrológica)

224. En el recurso de apelación, Nexa alega que, para establecer la afectación a la calidad de suelo, la DFAI debió realizar una revisión de las precipitaciones de la zona, a fin de identificar valores atípicos, las características del suelo de la zona, los parámetros de diseño del canal de emergencia relacionadas con las condiciones hidrológicas y registros de calidad de las aguas del río Tíclacayán, ya que el canal no construido está relacionado con eventos hidrológicos atípicos.

Respecto de las conductas infractoras Nros. 1 y 2 (revegetación)

225. Asimismo, la recurrente sostiene que la primera instancia no sustenta la existencia de material arrastrado hacia el río Huallaga como prueba de la presunta afectación.
226. Adicionalmente, Nexa alega que la DFAI hace afirmaciones generales evaluando los instrumentos de gestión ambiental y no las áreas carentes de revegetación, sin acreditar la vulneración a la flora y a la fauna del lugar y sin considerar que la finalidad de la revegetación no es retornar el área a sus condiciones iniciales, sino que busca proporcionar un hábitat disponible para la fauna silvestre.
227. Al respecto, la recurrente indica que la presencia de fauna dependerá de las medidas de revegetación a las que se debe hacer seguimiento; asimismo, precisa que la fauna está impedida de ingresar a los depósitos de desmonte, ya que estas zonas se encuentran cerradas.

Respecto de la conducta infractora N° 3

228. Nexa alega que la DFAI no acreditó el daño potencial al suelo, puesto que esta sustenta la afectación en el instrumento de gestión ambiental, sin considerar que este ha sido concebido de manera general, para todo el proyecto y no para el componente verificado durante la Supervisión Regular.
229. Sumado a ello, la recurrente considera que la DFAI no consideró que Nexa procedió a cerrar dicho componente.

Análisis del TFA

Respecto a la conducta infractora N° 1

230. Respecto a la erosión del suelo, esta afirmación se basa en lo detectado en la acción de Supervisión Regular 2019, en la que se precisan zonas erosionadas en el depósito de relaves de Tíclacayán conforme se aprecia en el considerando 41. Asimismo, se observó la erosión las cuales se aprecian en las fotografías 36 y 38:

41. Durante la acción de supervisión 2019 se observó lo siguiente:

- En el tramo ubicado entre las coordenadas UTM (Datum WGS 84-18L): E 371 333, N 8 835 717 y E 371 026, N 8 835 802, el talud del depósito de relaves se encontraba erosionado y con presencia de cárcavas.



Fuente: Informe de Supervisión

231. En ese sentido, la afectación al componente suelo fue detectada y registrada mediante medios fotográficos en la acción de supervisión; por lo que no corresponde realizar los estudios indicados por el administrado, debido a que la erosión del componente ambiental suelo ha sido identificado y señalado concretamente en el Informe de Supervisión.
232. **Respecto de la afectación a la calidad del agua**, cabe indicar que esta afirmación se basa en lo detectado en la Supervisión Regular 2019, donde se precisa que las aguas de las precipitaciones que tenían contacto con los taludes sin cobertura vegetal, al suroeste del depósito de relaves Tlacacayán, arrastraban parte del material del talud expuesto hacia el canal en tierra, el que finalmente conducía dichas aguas al río Huallaga. Lo indicado se observa en las fotografías 55 y 56:

41. Durante la acción de supervisión 2019 se observó lo siguiente:

- Las aguas de las precipitaciones que tenían contacto con los taludes sin cobertura vegetal, al suroeste del depósito de relaves Tlacacayán, arrastraban parte del material del talud expuesto hacia el canal en tierra, el que finalmente conducía dichas aguas al río Huallaga.



Fuente: Informe de Supervisión

233. Por lo expuesto, se ha verificado mediante las fotografías y lo detectado en el Informe de Supervisión el contacto del agua con suelo desprovisto de vegetación, el cual confluye hacia el río Huallaga; por lo que se confirma el daño potencial al componente ambiental agua.
234. **En relación con la fauna**, es importante mencionar que, en la evaluación más reciente de las especies de flora y fauna realizada por el administrado, se cuenta con la Tercera MPCM Atacocha 2020, en la cual en su Capítulo 3 se menciona:

3. CONDICIONES ACTUALES DEL ÁREA DEL PROYECTO

3.2 Ambiente biológico

3.2.2 Flora terrestre

3.2.2.1 Zona de operaciones

Unidades de vegetación

Según la información extraída de la Segunda MEIA Chicrín (2018), se definieron ocho (08) ambientes, los cuales se dividen en cinco (05) unidades de vegetación natural y tres (03) zonas antropizadas: (i) matorral bajo, (ii) pajonal, (iii) césped de puna con afloramiento rocoso, (iv) roquedal con escasa vegetación, (v) bofedal, (vi) áreas intervenidas, (vii) área rural, y (viii) plantación forestal.

3.2.3 Fauna terrestre

3.2.3.1 Zona de operaciones

Insectos

Se estima que la composición de la entomofauna registrada en el área de evaluación está conformada por 45 familias taxonómicas, distribuidas en nueve (09) órdenes

Anfibios y reptiles

Se estima que la composición de especies en el área de evaluación está conformada por el anfibio *Rhinella spinulosa*, reportada durante las evaluaciones de la temporada seca 2016 (TS 2016). Este hallazgo es considerado como el primer antecedente que se tiene sobre el estado poblacional y presencia de especies de la herpetofauna en el área de estudio.

Mamíferos

Se estima que la composición de la mastofauna registrada en el área de evaluación está conformada por 11 especies; distribuidas en cuatro (04) familias y dos (02) órdenes.

235. De lo indicado, es preciso destacar que, en los estudios ambientales, las especies de flora y fauna se identifican en base a un trabajo de campo a partir de evidencia; siendo que, en el presente IGA, se realizaron siete (07) estaciones de monitoreo durante julio del 2016 (TS 2016) y nueve (09) durante abril del 2017 (TH 2017), de las que se encontraron 24 especies de aves y 11 especies de mamíferos entre otras; en ese sentido, la fauna identificada es específica de la zona y tiene la capacidad de transitar libremente en busca de nuevos hábitats.
236. Asimismo, tal como se advierte en el considerando 130 del Informe de Supervisión, la no ejecución de medidas de cierre podría generar dispersión de material particulado y erosión hídrica en las paredes o taludes del depósito por la falta de cobertura y vegetación.
237. Asimismo, la falta de cobertura y vegetación ocasiona una serie de cambios que repercuten de manera negativa en la fertilidad y la productividad natural del suelo; es así como se ha demostrado la importancia de la cubierta vegetal en la conservación de los suelos⁷⁴.
238. Por lo expuesto, corresponde considerar el daño potencial a tres componentes ambientales suelo, flora y fauna; correspondiendo un valor del 30% al ítem 1.1 del factor f1.

⁷⁴ Al perder los suelos su cobertura natural se presenta, en seguida, una serie de cambios que repercuten de manera negativa en la fertilidad y la productividad natural del suelo; se ha demostrado la importancia de la cubierta vegetal en la conservación de los suelos (Albaladejo et al., 1998).
Fuente: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57792009000300008

Respecto de la conducta infractora N° 3

239. Al respecto, se indica que, en la Supervisión Regular 2019, se verificó que la labor minera no se encontraba cerrada; adicionalmente, en la parte externa se observó la acumulación de material en un área aproximada de 100 m; encontrándose expuesto a agentes ambientales, como lluvia que pudo ingresar conllevando a generación de drenajes durante la época de precipitación pluvial.
240. Asimismo, es importante mencionar que, durante la implementación, se ha realizado el movimiento de suelo y remoción de cobertura vegetal, lo cual genera su pérdida; por lo expuesto, se advierte de daño potencial a los componentes ambientales suelo, flora y a la fauna identificada en la Tercera MPCM Atacocha 2020. Aunado a ello, la falta de cobertura y vegetación ocasiona una serie de cambios que repercuten de manera negativa en la fertilidad y la productividad natural del suelo; siendo que se ha demostrado la importancia de la cubierta vegetal en la conservación de los suelos⁷⁵.
241. Por lo expuesto, corresponde una valoración de 30% al ítem 1.1. del factor f1.

C.5. Sobre el costo postergado

242. En el recurso de apelación, Nexa alega que el cálculo de la multa presenta un error de método al no considerar el costo postergado como parte de su evaluación, ya que no existe un costo evitado, ni un ahorro a partir de la no realización de las actividades de cierre contempladas como parte del PCM, y estas inversiones serán con certeza implementadas más adelante.
243. Adicionalmente, Nexa alega que realizará la inversión correspondiente al PCM en un futuro; sin embargo, no especifica los límites de ese futuro:

"pero ese costo evitado también incluye otro concepto, reconocido en la metodología, que es el costo postergado, cuando el administrado en vez de realizar la inversión en el momento A lo hace en el momento B, pero hace la inversión o la tiene que hacer, ahí el beneficio ilícito es solamente la diferencia, no es toda la inversión"

Fuente: Informe oral

Análisis del TFA

Sobre el costo postergado

244. Al respecto, se debe señalar que el concepto del costo postergado no está especificado como tal en la Metodología para el Cálculo de Multa del OEFA, sino que esta mencionado dentro del concepto del costo evitado.

Costo evitado: Ahorro obtenido al incumplir las obligaciones ambientales fiscalizables, mediante la no realización o postergación de las inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de daños ambientales durante el lapso de incumplimiento de la normativa ambiental.

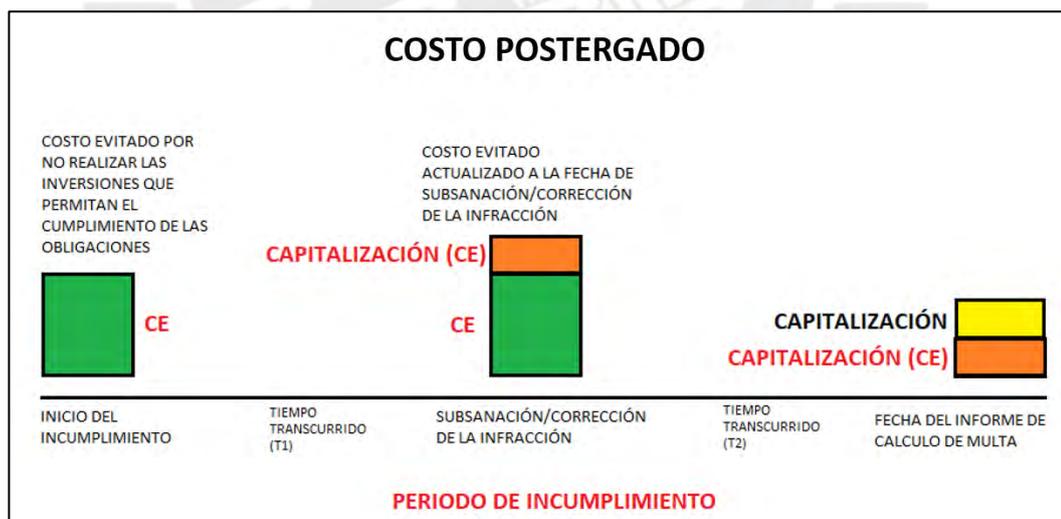
Fuente: Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas

⁷⁵

Al perder los suelos su cobertura natural se presenta, en seguida, una serie de cambios que repercuten de manera negativa en la fertilidad y la productividad natural del suelo; se ha demostrado la importancia de la cubierta vegetal en la conservación de los suelos (Albaladejo et al., 1998).

Fuente: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57792009000300008

245. En ese sentido, para hablar del costo postergado se debe abordar el costo evitado, que según la metodología incluye tanto el ahorro por no haber realizado las inversiones que permitían el cumplimiento de las obligaciones, así como la “postergación de las inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de los daños ambientales”.
246. Ahora bien, el costo evitado es calculado para el periodo de incumplimiento de la normativa ambiental; en ese sentido, se define como periodo de incumplimiento según el Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas:
- Período de incumplimiento: Tiempo transcurrido desde la fecha del incumplimiento hasta su cese o hasta la fecha de cálculo de la multa.
Fuente: Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas
247. Se define entonces, como costo postergado, las inversiones para realizar la subsanación/corrección total del incumplimiento antes de la aplicación de la multa⁷⁶, solo cuando se encuentre dentro del periodo de incumplimiento y cuando la conducta sea subsanable.
248. De lo anterior, se detalla el concepto donde el administrado subsana o corrige la infracción, destinando el costo para cumplir con la normativa ambiental generando que este se descuenta; sin embargo, ya que el dinero tiene valor en el tiempo, este habría generado un beneficio ilícito “capitalización (CE)” en un “tiempo transcurrido (T1)”.
249. Posteriormente esta capitalización se vuelve a capitalizar durante el “tiempo transcurrido (T2)” hasta la “fecha del informe de cálculo de multa”, ya que comprende el periodo de incumplimiento, obteniéndose como beneficio ilícito dicha capitalización:



Elaboración: TFA

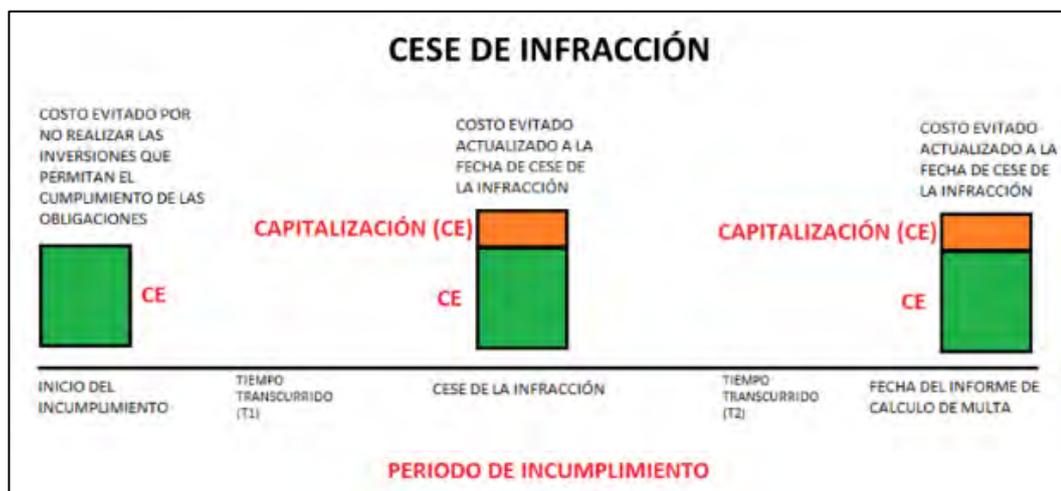
Sobre la aplicación del costo postergado

250. Para la aplicación del costo postergado, es necesario que exista entre todo lo detallado anteriormente, una subsanación o corrección total de la conducta infractora; sin embargo, para el caso en particular, el administrado no subsana o

⁷⁶ Resolución N° 192-2022-OEFA/TFA-SE, Resolución N° 178-2021-OEFA/TFA-SE, Resolución N° 0343-2021-OEFA/TFA-SE y otras.

corrige la conducta infractora, sino realiza un proceso administrativo que culmina con la aprobación de la Tercera Modificación del PCM Atacocha, el 09 de octubre de 2020.

251. Es así que, a través de la aprobación de dicha modificatoria, se produce un cese de la conducta infractora, ya que esta deja de ser una infracción; y el cálculo de multa corresponde al costo evitado más la capitalización generada hasta la fecha de dicho cese:



Elaboración: TFA

252. Además, cabe señalar que no se puede aplicar el criterio de costos postergados, ya que el administrado no realiza ninguna inversión correspondiente al costo evitado de forma posterior a la detección del incumplimiento.
253. En consecuencia, no corresponde aplicar el criterio de costos postergados para la aplicación de multa.
254. Sobre la inversión correspondiente al PCM en un futuro, se debe tener en cuenta que la determinación de las multas se realiza conforme a lo establecido en la Metodología para el Cálculo de Multas; para ello, la sanción incorpora el beneficio ilícito generado, la probabilidad de detección y la aplicación de factores agravantes y atenuantes que buscan aumentar o disminuir el monto de la multa base, los cuales derivan en una fórmula previamente conocida por los administrados.
255. Parte de los componentes para el cálculo del beneficio ilícito corresponde al periodo de incumplimiento de la normativa ambiental, que delimita el inicio y el término de la conducta infractora; según lo detallado anteriormente, la subsanación debe realizarse dentro del periodo de incumplimiento.
256. Es así que el costo postergado es aplicable en un momento futuro que este dentro del periodo de incumplimiento, detalle que el administrado no toma en consideración al presentar el "Caso 1" de la Metodología para el Cálculo de Multas como descargo:

4. INCORRECTO CALCULO DE LA MULTA

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

El concepto de costo evitado incluye: i) el ahorro por no haber realizado las inversiones que permitan el cumplimiento de las obligaciones, y, ii) la "postergación de las inversiones o gastos destinados a prevenir la ocurrencia de los daños ambientales".

Nexa no ha incurrido en un costo evitado, ni en un ahorro al no realizar las actividades del Plan de Cierre de Minas al 2019.

Las medidas que no fueron implementadas como parte del cierre proyectado para los años 2017 y 2018, fueron postergadas para los años 2022 y 2023.

Ejemplo de cálculo de costo postergado:

De esta manera, el beneficio ilícito resulta de la diferencia entre el costo de implementar el sistema dentro del plazo establecido y el costo que efectivamente realizó en un tiempo posterior, por lo que se tomará en consideración que la empresa, al no invertir dentro del plazo establecido, utilizó estos recursos en otras actividades lucrativas alternativas que incrementan el flujo de caja del infractor.⁷⁷

El detalle del beneficio ilícito, calculado a enero de 2013, se presenta a continuación en la Tabla N° 4.

Tabla N° 4
Detalle del Cálculo del Beneficio Ilícito

Descripción	Valor
Costo de implementar una torre de lavado de gases a la fecha de incumplimiento (diciembre 2010) ^(a)	US\$ 66 642,82
COK en US\$ (anual) ^(b)	17 565
COK en US\$ (mensual)	1 463,75
T: Tiempo transcurrido desde la fecha de incumplimiento hasta la fecha de subsanación en meses (diciembre 2010-diciembre 2011)	12
Costo ajustado con el COK a la fecha de subsanación (diciembre 2011) ^(c)	US\$ 79 370,29
Costo de implementar una torre de lavado de gases a la fecha de subsanación (diciembre 2011) ^(a)	US\$ 69 616,85
Beneficio ilícito a la fecha de subsanación (diciembre 2011) ^(d)	US\$ 9 753,41
Beneficio ilícito ajustado con el COK a la fecha del cálculo de la multa (enero 2013)	US\$ 11 469,80
Tipo de cambio promedio (12 últimos meses) ^(e)	2,64
Beneficio ilícito (S.)	S/. 30 290,27
UIT 2013	S/. 3 760
Beneficio ilícito en UIT	8,19 UIT

(a) Cotización de empresa importadora comercial.
(b) Costo de oportunidad del capital (COK) estimado para el sector minero.
(c) Costo ajustado con el COK a la fecha de subsanación.
(d) Costo ajustado por inflación a fecha de subsanación.
(e) Beneficio ilícito resultante de (c)-(d).
(f) Valor del tipo de cambio referencial.

Fuente: Informe oral

257. De la revisión de la Metodología para el Cálculo de Multas, se detallan los parámetros del "Caso 1":

CASO 1

OBLIGACIÓN AMBIENTAL FISCALIZABLE

"Las instalaciones en que hubiere desprendimiento de polvos, vapores o gases, contarán con sistemas de ventilación, recuperación, neutralización y otros medios que eviten la descarga de contaminantes que afecten negativamente a la calidad de la atmósfera" (Artículo 43° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero - Metalúrgica aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-93-EM⁷⁴).

HECHOS

El OEFA realizó una supervisión regular el 15 de diciembre de 2010 a una empresa que desarrolla la actividad de explotación minero-metalúrgica. En dicha actividad, el supervisor verificó que el proceso de flotación de molibdeno no contaba con un sistema de extracción y lavado de gases (sistema de recuperación) que evitara la emisión de gas de sulfuro de hidrógeno que puede transformarse en dióxido de azufre. Este hecho podría haber generado un daño potencial a la calidad de la atmósfera.

Por su parte, el titular minero, luego de la supervisión realizada el 15 de diciembre de 2010, comunicó al OEFA la subsanación del hallazgo, el cual se realizó el 20 de diciembre de 2011, antes de que se imputaran los cargos.

Fuente: Metodología para el Cálculo de Multas

258. Del caso mencionado en la metodología, se indica que la conducta infractora es detectada en la supervisión regular el 15 de diciembre de 2010, donde, de manera posterior, el administrado realiza la subsanación el 20 de diciembre de 2011, fecha que se encuentra dentro del periodo de incumplimiento, ya que el Beneficio ilícito ajustado con el COK corresponde a la fecha del cálculo de multa en enero 2013⁷⁷.
259. Por lo que sí está configurado el costo postergado en el "Caso 1" cuando está comprendido dentro del periodo de incumplimiento.
260. Por tanto, definir el costo postergado únicamente como una inversión realizada en un futuro no es preciso, ya que, contrario a lo argumentado por el administrado, es necesario que exista una subsanación o corrección total de la conducta infractora realizada dentro del periodo de incumplimiento.

⁷⁷ Tabla N° 4, Beneficio ilícito ajustado con el COK a la fecha del cálculo de la multa (enero 2013).

261. Es así que, para el caso en particular, no corresponde como costo evitado realizar una inversión para los años 2022 y 2023 (según la Tercera Modificación del PCM), ya que dichas fechas se encuentran fuera del periodo de incumplimiento⁷⁸.
262. Adicionalmente, las acciones tomadas por el administrado no subsanan o corrigen la conducta infractora, tampoco realiza ninguna inversión correspondiente al costo evitado de forma posterior a la detección del incumplimiento, sino que realiza un proceso administrativo⁷⁹ que amplía la vida útil de la operación, lo que produce un cese de la conducta infractora ya que esta deja de ser una infracción. En ese sentido, no puede aplicarse el concepto de costos postergados en este extremo.

C.6. Sobre la remediación

263. En el recurso de apelación, Nexa señala que implementó acciones para remediar las consecuencias de las infracciones imputadas, como la obtención de la Tercera Modificación del PCM; no obstante, la DFAI consideró que esta fue tardía (19 meses).
264. En ese sentido, Nexa alega que no resulta posible asumir un cálculo mayor de la multa en razón a un pronunciamiento tardío, cuya demora no debería serle atribuible.
265. Por lo que, en atención a estos alcances, se debería atribuir un factor de -10%, en tanto que el presunto impacto en el ambiente de todas las conductas fue revertido y en el plazo más próximo posible.

Análisis del TFA

266. Al respecto, la gestión de solicitud para aprobación Tercera MPCM Atacocha 2020 se realizó recién el 29 de enero de 2020, esto es, nueve (9) meses después de la Supervisión Regular 2019 y para su aprobación en octubre del 2020 (transcurrieron 19 meses), es decir, de la aprobación de la Tercera MPCM Atacocha 2020 ha transcurrido más de un año.
267. Por lo expuesto, su aprobación no puede ser considerada como una medida necesaria e inmediata para remediar los efectos de la conducta infractora; por tanto, no corresponde la valoración de -10% y se confirma la valoración del 20% como una medida tardía.
268. Respecto a la conducta infractora N° 3, se indica que la implementación de un componente no contemplado en un instrumento de gestión ambiental por su naturaleza es no subsanable, en concordancia con lo señalado por el TFA, donde se indica que la implementación de un componente adicional no contemplado implica como mínimo, poner en riesgo al entorno natural donde se desarrollan dichas actividades, pues tal operación se ha realizado sin considerar medidas de prevención o mitigación de impactos ambientales negativos previstos en un estudio de impacto ambiental.

⁷⁸ Corresponde al Informe N° 03997-2021-OEFA/DFAI-SSAG del 29 de noviembre de 2021 ya que se contó con la información necesaria para efectuar el cálculo de multa.

⁷⁹ Resolución Directoral N° 136-2020/MINEM-DGAAM, que aprobó la Tercera Modificación del PCM Atacocha, el 09 de octubre de 2020

D. Revisión del TFA

D.1. Conducta infractora N° 1

Respecto al beneficio ilícito (B)

Sobre el periodo de incumplimiento (T)

269. Respecto al periodo de incumplimiento (T), la primera instancia asigna un valor de 21,23, el cual representa la cantidad de meses transcurridos de incumplimiento, que se contabilizan desde el día siguiente hábil posterior a la fecha de cierre según cronograma (02 de enero del 2019) hasta la fecha del cese de la conducta infractora (09 de octubre del 2020).
270. Respecto a lo anterior, para el conteo de días se debe considerar el día 01 de enero del 2019, en base a los criterios del periodo de incumplimiento y mes comercial⁸⁰.
271. En ese sentido, para brindar un cálculo del beneficio ilícito más ajustado a la temporalidad del periodo de incumplimiento, esta Sala considera no solo mantener el componente T con temporalidad mensual, sino además incluir el conteo de días exactos, dado que el tiempo total transcurrido asciende a 21 meses con 9 días, lo que daría un total de 21,233 meses de incumplimiento; se realizan las actualizaciones correspondientes con respecto a la Metodología para el Cálculo de Multas.

Respecto a la probabilidad de detección (p)

272. Con relación a la probabilidad de detección, este Tribunal considera pertinente aplicar una probabilidad de detección regular⁸¹ (0,5), debido a que la autoridad pudo conocer e identificar esta infracción mediante la Supervisión Regular 2019.
273. Por lo antes mencionado, se confirma el análisis realizado por la DFAI y se mantiene el nivel de probabilidad de detección (p), media (0,5).

Respecto a los factores para la graduación de sanciones (F)

274. Al respecto, de la revisión del Informe del Cálculo de Multa II, los componentes ambientales potencialmente afectados y el impacto que incida en el nivel de pobreza de la zona en la conducta infractora se mantienen invariables.
275. En consecuencia, este Tribunal confirma la calificación dada por la primera instancia para los factores para la graduación de sanciones que equivalen a un total de 200%.

Reformulación de la multa impuesta

276. Toda vez que se ha visto conveniente modificar determinados componentes de la multa impuesta a Nexa – relativos al beneficio –, este Tribunal concluye que se ha de proceder con el recálculo de la multa impuesta.

⁸⁰ La determinación del periodo de incumplimiento y mes comercial se evalúan de acuerdo con el Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas.

⁸¹ Conforme con la Tabla N° 1 del Anexo II de la Metodología para el Cálculo de Multas.

277. Con relación al beneficio ilícito (B), se tiene que, sobre la base de las consideraciones expuestas en los considerandos precedentes, este asciende a 2 283,106 (dos mil doscientos ochenta y tres con 106/1000) UIT, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 6: Cálculo del beneficio ilícito (B)

Descripción	Valor
Costo evitado por no implementar las actividades de cierre en las zonas del Depósito Tíclacayán respecto a: (i) Estabilidad hidrológica (canal de concreto); y, (ii) revegetación en parte del talud y la corona del Depósito Tíclacayán, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental. ^(a)	US\$ 2 035 574,758
COK (anual) ^(b)	15,748%
COK _m (mensual)	1,226%
T: meses transcurridos hasta la fecha de corrección ^(c)	21,233
Costo evitado capitalizado a la fecha del cálculo de la multa $[CE*(1+COK_m)^T]$	US\$ 2 636 657,400
Tipo de cambio (12 últimos meses) ^(d)	3,810
Beneficio ilícito total (S/) ^(e)	S/. 10 045 664,694
Unidad Impositiva Tributaria al año 2021 - UIT ₂₀₂₁ ^(f)	S/. 4 400
Beneficio ilícito (UIT)	2 283,106 UIT

Fuentes:

(a) El costo evitado se estimó en un escenario de cumplimiento para el periodo correspondiente, con sus factores de ajuste respectivos (IPC y Tipo de cambio). Ver Anexo N° 1 del Informe de Cálculo de Multa I.

(b) Costo de Oportunidad del Capital (COK) para el subsector Polimetálicos, estimado a partir del valor promedio de los costos de capital (2011-2015). Información obtenida de: Vásquez, A. y C. Aguirre (2017). El Costo Promedio Ponderado del Capital (WACC): Una estimación para los sectores de Minería, Electricidad, Hidrocarburos Líquidos y Gas Natural en el Perú. Documento de Trabajo N° 37. Gerencia de Políticas y Análisis Económico – Osinergmin, Perú.

(c) El periodo de capitalización se determinó considerando el día siguiente posterior a la fecha de cierre según cronograma (01/01/19) hasta la fecha de cese de la conducta infractora (09/10/20).

(d) Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), 2020. Series Estadísticas. Tipo de Cambio Nominal Interbancario – Promedio de los últimos 12 meses.

<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01210PM/html/2020-11/2021-10/>

(e) Cabe precisar que la información considerada para el IPC y el TC fue a octubre 2021, último mes disponible a la fecha de consulta.

<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01270PM/html/2020-11/2021-10/>

(f) SUNAT - Índices y tasas (<http://www.sunat.gob.pe/indicestatas/uit.html>).

Elaboración: TFA

278. En ese contexto, toda vez que ha sido necesaria la modificación de los componentes de la multa relativos al beneficio ilícito (B); y al haberse ratificado los valores otorgados por la Autoridad Decisora al componente relativo a los factores para la graduación de sanciones (F) y la probabilidad de detección (p), este Tribunal considera que el valor de la multa calculada, tras el recálculo efectuado, será el que se detalla a continuación:

Cuadro N° 7: Nueva multa calculada por el TFA

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	2 283,106 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,5
Factores para la graduación de sanciones $[F] = (1+f_1+f_2+f_3+f_4+f_5+f_6+f_7)$	200%
Valor de la Multa en UIT (B/p)*(F)	9 132,424 UIT

Elaboración: TFA

Aplicación de los principios: tipificación de infracciones y razonabilidad

279. En aplicación a lo previsto en el numeral 3.1 de la Tipificación de Infracciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD, se dispuso que el monto aplicable para una infracción de este tipo está en el rango hasta 15 000 UIT; por lo que la multa calculada (9 132,424 UIT) se encuentra dentro del rango previsto para la norma tipificadora y cuenta con razonabilidad.

280. Por lo tanto, correspondería sancionar a Nexa con una multa ascendente a 9 132,424 (nueve mil ciento treinta y dos con 424/1000) UIT por la conducta infractora N° 1.

D.2. Conducta infractora N° 2

Respecto al beneficio ilícito (B)

Sobre el periodo de incumplimiento (T)

281. Respecto al periodo de incumplimiento (T), la primera instancia asigna un valor de 21,23, el cual representa la cantidad de meses transcurridos de incumplimiento, que se contabilizan desde el día siguiente hábil posterior a la fecha de cierre según cronograma (02 de enero del 2019) hasta la fecha del cese de la conducta infractora (09 de octubre del 2020).
282. Respecto a lo anterior, para el conteo de días se debe considerar el día 01 de enero del 2019, en base a los criterios del periodo de incumplimiento y mes comercial⁸².
283. En ese sentido, para brindar un cálculo del beneficio ilícito más ajustado a la temporalidad del periodo de incumplimiento, esta Sala considera no solo mantener el componente T con temporalidad mensual, sino además incluir el conteo de días exactos, dado que el tiempo total transcurrido asciende a 21 meses con 9 días, lo que daría un total de 21,233 meses de incumplimiento; se realizan las actualizaciones correspondientes con respecto a la Metodología para el Cálculo de Multas.

Respecto a la probabilidad de detección (p)

284. Con relación a la probabilidad de detección, este Tribunal considera pertinente aplicar una probabilidad de detección regular⁸³ (0,5), debido a que la autoridad pudo conocer e identificar esta infracción mediante la Supervisión Regular 2019.
285. Por lo antes mencionado, se confirma el análisis realizado por la DFAI y se mantiene el nivel de probabilidad de detección (p), media (0,5).

Respecto a los factores para la graduación de sanciones (F)

286. Al respecto, de la revisión del Informe del Cálculo de Multa I, los componentes ambientales potencialmente afectados y el impacto que incida en el nivel de pobreza de la zona en la conducta infractora se mantienen invariables.
287. En consecuencia, este Tribunal confirma la calificación dada por la primera instancia para los factores para la graduación de sanciones que equivalen a un total de 180%.

⁸² La determinación del periodo de incumplimiento y mes comercial se evalúan de acuerdo con el Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas.

⁸³ Conforme con la Tabla N° 1 del Anexo II de la Metodología para el Cálculo de Multas.

Reformulación de la multa impuesta

288. Toda vez que se ha visto conveniente modificar determinados componentes de la multa impuesta a Nexa – relativos al beneficio –, este Tribunal concluye que se ha de proceder con el recálculo de la multa impuesta.
289. Con relación al beneficio ilícito (B), se tiene que, sobre la base de las consideraciones expuestas en los considerandos precedentes, este asciende a 26,653 (veinte seis con 653/1000) UIT, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 8: Cálculo del beneficio ilícito (B)

Descripción	Valor
CE: Costo evitado por no implementar las actividades de cierre en zonas del Depósito Chicrín Actual respecto a: (i) revegetación, toda vez que se verificaron sectores que no contaba con cobertura ni revegetación, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental. (a)	US\$ 20 530,447
COK (anual) (b)	15,748%
COK _m (mensual)	1,226%
T: meses transcurridos hasta la fecha de corrección (c)	33,233
Costo evitado capitalizado a la fecha del cálculo de la multa $[CE \cdot (1 + COK_m)^T]$	US\$ 30 780,095
Tipo de cambio (12 últimos meses) (d)	3,810
Beneficio ilícito total (S/) (e)	S/. 117 272,162
Unidad Impositiva Tributaria al año 2021 - UIT ₂₀₂₁ (f)	S/. 4 400
Beneficio ilícito (UIT)	26,653 UIT

Fuentes:

(a) El costo evitado se estimó en un escenario de cumplimiento para el periodo correspondiente, con sus factores de ajuste respectivos (IPC y Tipo de cambio). Ver Anexo N° 1 del Informe de Cálculo de Multa I.

(b) Costo de Oportunidad del Capital (COK) para el subsector Polimetálicos, estimado a partir del valor promedio de los costos de capital (2011-2015). Información obtenida de: Vásquez, A. y C. Aguirre (2017). El Costo Promedio Ponderado del Capital (WACC): Una estimación para los sectores de Minería, Electricidad, Hidrocarburos Líquidos y Gas Natural en el Perú. Documento de Trabajo N° 37. Gerencia de Políticas y Análisis Económico – Osineergmin, Perú.

(c) El periodo de capitalización se determinó considerando el día siguiente hábil posterior a la fecha de cierre según cronograma (01/01/18) hasta la fecha de cese de la conducta infractora (09/10/20).

(d) Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), 2020. Series Estadísticas. Tipo de Cambio Nominal Interbancario – Promedio de los últimos 12 meses.

<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01207PM/html/2020-11/2021-10/>

(e) Cabe precisar que, si bien la fecha de emisión del informe corresponde al mes de febrero de 2022, la información considerada para el IPC y el TC fue a octubre 2021, último mes disponible a la fecha de consulta.

<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01270PM/html/2020-11/2021-10/>

(f) SUNAT - Índices y tasas (<http://www.sunat.gob.pe/indicestasa/uit.html>).

Elaboración: TFA

290. En ese contexto, toda vez que ha sido necesaria la modificación de los componentes de la multa relativos al beneficio ilícito (B); y al haberse ratificado los valores otorgados por la Autoridad Decisora al componente relativo a los factores para la graduación de sanciones (F) y la probabilidad de detección (p), este Tribunal considera que el valor de la multa calculada, tras el recálculo efectuado, será el que se detalla a continuación:

Cuadro N° 9: Nueva multa calculada por el TFA

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	26,653 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,5
Factores para la graduación de sanciones $[F] = (1+f_1+f_2+f_3+f_4+f_5+f_6+f_7)$	180%
Valor de la Multa en UIT (B/p)*(F)	95,951 UIT

Elaboración: TFA

Aplicación de los principios: tipificación de infracciones y razonabilidad

291. En aplicación a lo previsto en el numeral 3.1 de la Tipificación de Infracciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD, se dispuso que el monto aplicable para una infracción de este tipo está en el rango hasta 15 000 UIT; por lo que la multa calculada (95,951 UIT) se encuentra dentro del rango previsto para la norma tipificadora y cuenta con razonabilidad.
292. Por lo tanto, correspondería sancionar a Nexa con una multa ascendente a 95,951 (noventa y cinco con 951/1000) UIT por la conducta infractora N° 2.

D.3. Conducta infractora N° 3

Respecto al beneficio ilícito (B)

Sobre el periodo de incumplimiento (T)

293. Respecto al periodo de incumplimiento (T), la primera instancia asigna un valor de 21,23, el cual representa la cantidad de meses transcurridos de incumplimiento, que se contabilizan desde el día siguiente hábil posterior a la fecha de cierre según cronograma (02 de enero del 2019) hasta la fecha del cese de la conducta infractora (09 de octubre del 2020).
294. Respecto a lo anterior, para el conteo de días se debe considerar el día 01 de enero del 2019, en base a los criterios del periodo de incumplimiento y mes comercial⁸⁴.
295. En ese sentido, para brindar un cálculo del beneficio ilícito más ajustado a la temporalidad del periodo de incumplimiento, esta Sala considera no solo mantener el componente T con temporalidad mensual, sino además incluir el conteo de días exactos, dado que el tiempo total transcurrido asciende a 21 meses con 9 días, lo que daría un total de 21,233 meses de incumplimiento; se realizan las actualizaciones correspondientes con respecto a la Metodología para el Cálculo de Multas.

Respecto a la probabilidad de detección (p)

296. Con relación a la probabilidad de detección, este Tribunal considera pertinente aplicar una probabilidad de detección regular⁸⁵ (0,5), debido a que la autoridad pudo conocer e identificar esta infracción mediante la Supervisión Regular 2019.

Respecto a los factores para la graduación de sanciones (F)

297. Al respecto, de la revisión del Informe del Cálculo de Multa II, los componentes ambientales potencialmente afectados y el impacto que incida en el nivel de pobreza de la zona en la conducta infractora se mantienen invariables.
298. En consecuencia, este Tribunal confirma la calificación dada por la primera instancia para los factores para la graduación de sanciones que equivalen a un total de 190%.

⁸⁴ La determinación del periodo de incumplimiento y mes comercial se evalúan de acuerdo con el Manual de Criterios de la Metodología para el Cálculo de Multas.

⁸⁵ Conforme con la Tabla N° 1 del Anexo II de la Metodología para el Cálculo de Multas.

Reformulación de la multa impuesta

299. Toda vez que se ha visto conveniente modificar determinados componentes de la multa impuesta a Nexa – relativos al beneficio ilícito –, este Tribunal concluye que se ha de proceder con el recálculo de la multa impuesta.
300. Con relación al beneficio ilícito (B), se tiene que, sobre la base de las consideraciones expuestas en los considerandos precedentes, este asciende a 56,153 (cincuenta y seis con 153/1000) UIT, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 10: Cálculo del beneficio ilícito (B)

Descripción	Valor
CE: Costo evitado por implementar una labor minera no contemplada, ubicada en las coordenadas UTM (Datum WGS84-18L): 366308E, 8830184N, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental. ^(a)	US\$ 49 861,240
COK (anual) ^(b)	15,748%
COK _m (mensual)	1,226%
T: meses transcurridos hasta la fecha de corrección ^(c)	21,567
Costo evitado capitalizado a la fecha del cálculo de la multa [CE*(1+COK _m) ^T]	US\$ 64 848,103
Tipo de cambio (12 últimos meses) ^(d)	3,810
Beneficio ilícito total (S/) ^(e)	S/. 247 071,272
Unidad Impositiva Tributaria al año 2021 - UIT ₂₀₂₁ ^(f)	S/. 4 400
Beneficio ilícito (UIT)	56,153 UIT

Fuentes:

(a) El costo evitado se estimó en un escenario de cumplimiento para el periodo correspondiente, con sus factores de ajuste respectivos (IPC y Tipo de cambio). Ver Anexo N° 1 del Informe de Cálculo de Multa I.

(b) Costo de Oportunidad del Capital (COK) para el subsector Polimetálicos, estimado a partir del valor promedio de los costos de capital (2011-2015). Información obtenida de: Vásquez, A. y C. Aguirre (2017). El Costo Promedio Ponderado del Capital (WACC): Una estimación para los sectores de Minería, Electricidad, Hidrocarburos Líquidos y Gas Natural en el Perú. Documento de Trabajo N° 37. Gerencia de Políticas y Análisis Económico – Osinergmin, Perú.

(c) El periodo de capitalización se determinó considerando la fecha de supervisión (18/03/19) hasta la fecha de cese de la conducta infractora (04/01/21).

(d) Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), 2020. Series Estadísticas. Tipo de Cambio Nominal Interbancario – Promedio de los últimos 12 meses.

<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01207PM/html/2020-11/2021-10/>

(e) Cabe precisar que, si bien la fecha de emisión del informe corresponde al mes de febrero de 2022, la información considerada para el IPC y el TC fue a octubre 2021, último mes disponible a la fecha de consulta.

<https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01270PM/html/2020-11/2021-10/>

(f) SUNAT - Índices y tasas (<http://www.sunat.gob.pe/indicestasa/uit.html>).

Elaboración: TFA

301. En ese contexto, toda vez que ha sido necesaria la modificación de los componentes de la multa relativos al beneficio ilícito (B); y al haberse ratificado los valores otorgados por la Autoridad Decisora al componente relativo a la probabilidad de detección (p) y los factores para la graduación de sanciones (F), este Tribunal considera que el valor de la multa calculada, tras el recálculo efectuado, será el que se detalla a continuación:

Cuadro N° 11: Nueva multa calculada por el TFA

RESUMEN DE LA SANCIÓN IMPUESTA	
Componentes	Valor
Beneficio Ilícito (B)	56,153 UIT
Probabilidad de detección (p)	0,5
Factores para la graduación de sanciones [F] = (1+f ₁ +f ₂ +f ₃ +f ₄ +f ₅ +f ₆ +f ₇)	190%
Valor de la Multa en UIT (B/p)*(F)	213,381 UIT

Elaboración: TFA

Aplicación de los principios: tipificación de infracciones y razonabilidad

302. En aplicación a lo previsto en el numeral 3.1 del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas a los instrumentos de gestión ambiental, aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2018-OEFA/CD, se dispuso que el monto aplicable para una infracción de este tipo está en el rango hasta 15 000 UIT; por lo que la multa calculada (213,381 UIT) se encuentra dentro del rango previsto para la norma tipificadora y cuenta con razonabilidad.
303. Sin embargo, de la revisión de la multa recalculada, se advierte que la misma resulta ser superior a la multa impuesta por la primera instancia mediante la Resolución Directoral N° 0121-2022-OEFA/DFAI.
304. Por lo tanto, en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor previsto en el numeral 258.3 del artículo 258 del TUO de la LPAG⁸⁶, correspondería sancionar a Nexa con una multa ascendente a 213,381 (doscientos trece con 381/1000) UIT por la conducta infractora N° 3.

E. Análisis de no Confiscatoriedad

305. Multa que, en aplicación a lo previsto en el numeral 12.2 del artículo 12 del RPAS, no puede ser mayor al diez por ciento (10 %) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción. Asimismo, los ingresos deberán ser debidamente acreditados por el administrado.
306. Al respecto, cabe precisar que la SFEM solicitó al administrado sus ingresos brutos correspondientes; de acuerdo con la información reportada por el administrado en su Declaración Anual de Renta, sus ingresos brutos percibidos en el ejercicio gravable 2018⁸⁷ resulta confiscatoria para el administrado.
307. Por lo tanto, se ha procedido a prorratear el monto calculado respecto al tope del 10%, entre las imputaciones materia de análisis en la presente resolución, como sigue:

⁸⁶ **TUO de la LPAG**
Artículo 258.- Resolución
(...)

258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

⁸⁷ Mediante escrito con Registro N° 2022-E01-024156, presentado el 21 de marzo de 2022, el administrado presentó sus ingresos netos percibidos durante el año 2018. Cabe señalar que, de acuerdo con el literal b) del artículo 180 del Código Tributario, para el caso de los contribuyentes que se encuentren en el Régimen General, se considera como ingreso a la información contenida en los campos o casillas de la Declaración Jurada Anual en las que se consignan los conceptos de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables de acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta.

Cuadro N° 12: Análisis de confiscatoriedad

Conducta infractora	Multa Calculada	Prorrrateado %	Prorrrateo porcentual (no confiscatoriedad)	No reforma en peor	Monto Final
N° 1	9 132,424 UIT	96,724%	7343,009 UIT	-	7 343,009 UIT
N° 2	95,951 UIT	1,016%	77,132 UIT	-	77,132 UIT
N° 3	213,381 UIT	2,260%	171,573 UIT	129,363 UIT	129,363 UIT
Total	9 441,756 UIT	100%			7 549,504 UIT

Elaboración: TFA

308. Para el valor de la multa de la conducta infractora N° 3 se advierte que esta es superior a la correspondiente en el Informe de Cálculo de Multa I; por lo que en concordancia con el principio de no reforma en peor⁸⁸, se ha considerado este último valor para la determinación del monto total de la sanción.

Valor de la multa

309. En base al principio de razonabilidad que rige la potestad sancionadora del OEFA, luego de aplicar la Metodología para el Cálculo de Multas, el análisis tope de multas por tipificación de infracciones, el análisis de no confiscatoriedad y la prohibición de reforma en peor, se determina una sanción total de 7 549,504 UIT por el incumplimiento de las infracciones materia de análisis, de acuerdo con el siguiente detalle:

Cuadro N° 13: Resumen de Multa

Infracción	Monto
Conducta infractora N° 1	7 343,009 UIT
Conducta infractora N° 2	77,132 UIT
Conducta infractora N° 3	129,363 UIT
Total	7 549,504 UIT

Elaboración: TFA

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y, la Resolución N° 020-2019-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA⁸⁹.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR Se confirma la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral N° 0229-2021-OEFA/DFAI del 26 de febrero de 2021, en el extremo declaró la responsabilidad administrativa de Nexa Resources Atacocha S.A.A. por la comisión de las conductas infractoras detalladas en los numerales 1, 2 y 3 en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma; quedando agotada la

⁸⁸ STC N° 1803-2004-AA. MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décimo Cuarta edición, Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2019. p. 529.

⁸⁹ Modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 00006-2020-OEFA/CD, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de mayo de 2020.

vía administrativa.

SEGUNDO.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, en el extremo que sancionó a Nexa Resources Atacocha S.A.A. con una multa ascendente a 7 343,313 (siete mil trescientos cuarenta y tres con 313/1000) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la conducta infractora N° 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución; **REFORMÁNDOLA** con una multa ascendente a 7 343,009 (siete mil trescientos cuarenta y tres con 009/1000) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma; quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, en el extremo que sancionó a Nexa Resources Atacocha S.A.A. con una multa ascendente a 77,360 (setenta y siete con 360/1000) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la conducta infractora N° 2 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución; **REFORMÁNDOLA** con una multa ascendente a 77,132 (setenta y siete con 132/1000) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma; quedando agotada la vía administrativa.

CUARTO.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 00121-2022-OEFA/DFAI del 25 de febrero de 2022, en el extremo referido a los fundamentos del cálculo por la primera instancia de las multas impuestas a Nexa Resources Atacocha S.A.A., por la comisión de la conducta infractora N° 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución; multa que, en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor, corresponde **MANTENER** en el monto de 129,363 (ciento veinte nueve con 363/1000) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma; quedando agotada la vía administrativa.

QUINTO.- DISPONER que el monto de la multa total impuesta a Nexa Resources Atacocha S.A.A., ascendente a 7 549,504 (siete mil quinientos cuarenta y nueve con 504/1000) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago, 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 el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

SEXTO.- Notificar la presente resolución a Nexa Resources Atacocha S.A.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos del OEFA, para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese,

[MROJASC]

[RIBERICO]

[RRAMIREZA]



ANEXO N° 1
Conducta infractora N° 1

CE: Actividades de cierre en las zonas del Depósito de Relaves Tíclacayán

Descripción	Unidad	Cantidad	Precio Unitario (US\$)	Precio (US\$)	Precio (S/)	Factor de ajuste	Costo (a fecha de incumplimiento) (S/)	Costo (a fecha de incumplimiento) (US\$)
Depósito de Relaves Tíclacayán								
Estabilidad hidrológica (canal de concreto)				US\$ 1 779 534,930	S/ 6 239 049,465	1,064	S/ 6 638 348,631	US\$ 1 985 152,103
Revegetación	m2	40000	US\$ 1,130	US\$ 45 200,000	S/ 158 471,200	1,064	S/ 168 613,357	US\$ 50 422,655
Total							S/ 6 806 961,988	US\$ 2 035 574,758

1/. El factor de ajuste, a partir del Índice de Precios al Consumidor (IPC), permite actualizar a la fecha del incumplimiento el valor de la fuente de información. Al respecto, en el presente caso, el factor de ajuste se obtiene de la división del IPC a fecha de la fuente de información y el IPC a fecha de incumplimiento.

Segunda MEIA Atacocha 2018

Elaboración: TFA

Conducta infractora N° 2

CE: Actividades de cierre en zonas del Depósito de Relaves Chicrín

Descripción	Unidad	Cantidad	Precio Unitario (US\$)	Precio (US\$)	Precio (S/)	Factor de ajuste	Costo (a fecha de incumplimiento) (S/)	Costo (a fecha de incumplimiento) (US\$)
Revegetación	m2	15989	US\$ 1,130	US\$ 18 067,570	S/ 63 344,900	1,042	S/ 66 005,386	US\$ 20 530,447
Total							S/ 66 005,386	US\$ 20 530,447

1/. El factor de ajuste, a partir del Índice de Precios al Consumidor (IPC), permite actualizar a la fecha del incumplimiento el valor de la fuente de información. Al respecto, en el presente caso, el factor de ajuste se obtiene de la división del IPC a fecha de la fuente de información y el IPC a fecha de incumplimiento.

Segunda MEIA Atacocha 2018

Elaboración: TFA

Conducta infractora N° 3

Costo Evitado: Modificación de EIA

Descripción	Precio (US\$) 1/	Precio (S/) 1/	Factor de ajuste	Valor (S/) 3/	Valor (US\$) 3/
CE1: Modificación de Estudio de Impacto Ambiental	US\$ 29 500,000	S/ 98 353,000	1,065	US\$ 104 745,945	US\$ 31 699,707
CE2: Trámite para aprobación de MEIA (SENACE)		S/ 60 011,500	1,000	US\$ 60 011,500	US\$ 18 161,533
Total				S/ 164 757,445	US\$ 49 861,240

Fuente:

1/. A fecha de costeo.

2/. El factor de ajuste, a partir del Índice de Precios al Consumidor (IPC), permite actualizar a la fecha del incumplimiento el valor de la fuente de información. Al respecto, en el presente caso, el factor de ajuste se obtiene de la división del IPC a fecha de la fuente de información y el IPC a fecha de incumplimiento.

3/. A fecha de incumplimiento.

- El costo (se incluyó IGV 18 %) por realizar Modificación de un Estudio de Impacto Ambiental (MEIA) es considerada de manera referencial y se obtuvo de la propuesta técnica de la empresa Asesores y Consultores Mineros S.A. - ACOMISA de fecha 31 de mayo de 2016.

- Texto Único de Procedimientos Administrativos - Tupa del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2018-MINAM

Elaboración: TFA





"Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el OEFA, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. N° 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sistemas.oefa.gob.pe/verifica> e ingresando la siguiente clave: 00579841"



00579841

