

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 007-2013-OEFA/TFA

Lima, 14 ENE. 2013

VISTO:

El Expediente N° 019-08-MA/R¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A.² (en adelante, MINERA PODEROSA) contra la COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A. y el Informe N° 006-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 04 de enero de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 331-2012-OEFA/DFSAI de fecha 22 de octubre de 2012 (Fojas 650 a 657), notificada con fecha 22 de octubre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a MINERA PODEROSA una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una (01) infracción; conforme al siguiente detalle³:

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular de fecha 19 al 20 de setiembre de 2008, llevada a cabo en las instalaciones de la Unidad Minera "La Libertad", ubicada en el distrito de Patate, provincia de Patate y departamento de La Libertad, de titularidad COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A., obrantes en el Informe N° 002-2008-SM/EA (Fojas 16 a 342).

² COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20137025354

³ Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 331-2012-OEFA/DFSAI se dispuso el archivo de las siguientes infracciones:

- Infracción al artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. El almacén de cianuro en la planta de beneficio Santa María I, se encuentra dentro del almacén de insumos químicos, incumpliendo el diseño aprobado en su PAMA.
- Infracción al numeral 3 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. El relleno de residuos sólidos industriales, no cuenta con un instrumento de gestión ambiental aprobado por el Ministerio de Energía y Minas.
- Infracción al artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. Los análisis del laboratorio de la UNI sobre drenaje ácido de los relaves y desmontes datan del año 2004 y no presentan caracterización geoquímica y mineralógica, ni tampoco se han realizado pruebas estáticas ni cinéticas para comprobar la certidumbre sobre la generación de drenajes ácidos, por lo cual no se están adoptando las medidas de control y revisión contenidas en el EIA.
- Infracción al artículo 5° Decreto Supremo N° 016-93-EM y al artículo 43° del Reglamento de, la Ley General de Residuos Sólidos aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM. El titular minero no ha presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros los manifiestos mensuales de los residuos sólidos industriales y peligrosos.
- Infracción a los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. Se observó que en la tolva de gruesos no se tiene instalado un nebulizador y el sistema de riego con agua ubicado en la parrilla de la misma es deficiente.
- Infracción al artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. El sistema de conducción de relaves desde la planta al depósito (conducción y sistema de contención de contingencias) que se encuentra impermeabilizado con geomembrana no está instalado en forma sólida y uniforme conforme al diseño aprobado por el EIA.

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Mina CONSUELO, aprobado por Resolución Directoral N° 353-2001-EM/DGAA, por no construir un canal de escorrentía en la parte inferior del talud de la desmontera Consuelo de nivel 2450	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁴	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵	10 UIT
MULTA TOTAL			10 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-024529 presentado con fecha 14 de noviembre de 2012 (Fojas 660 al 667), MINERA PODEROSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 331-2012-OEFA/DFSAI de fecha 22 de octubre de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) Se han vulnerado los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento establecidos en el numeral 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar; y artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Mina CONSUELO, aprobado por Resolución Directoral N° 353-2001-EM/DGAA (en adelante, EIA) no contempla la construcción de un canal de escorrentía en la parte inferior del talud de la desmontera Consuelo de nivel 2450; sino en la parte alta de dicho componente.
- b) La vista fotográfica N° 34 (Foja 50) no corresponde al pie de la desmontera 2450, razón por la cual no constituye evidencia de la infracción imputada.
- c) MINERA PODEROSA viene cumpliendo con el compromiso establecido en su estudio ambiental referido a contar con infraestructuras para desviar o

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

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

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

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

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM. Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM. Resoluciones Ministeriales Nos. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.

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

interceptar toda agua superficial que corre cerca al botadero para evitar la generación de una fuente ácida.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁶, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁷, 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.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización

⁶ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

⁸ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

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

y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.

7. En adición, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA⁹.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por MINERA PODEROSA, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.
9. Al respecto, cabe indicar que resultan aplicables al presente procedimiento las normas adjetivas contenidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012¹¹.

Análisis

⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

¹⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

¹¹ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

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

Protección constitucional al ambiente

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹².

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹³:

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

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

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos

¹² 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.

¹³ La sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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 otros¹⁴.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁵:

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

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

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

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

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades

¹⁴ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

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

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre el compromiso contenido en el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 353-2001-EM/DGAA

11. Con relación a los argumentos señalados en los literales a), b) y c) del numeral 2, corresponde precisar que por disposición del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas¹⁶.

Sobre el contenido de la citada regla de Derecho, MORÓN URBINA¹⁷ ha señalado lo siguiente:

"(...) Para la noción mínima, exigir la legalidad de la actuación administrativa importa que las decisiones administrativas deben ser compatibles con el sentido de las reglas legislativas y no solo desconocer, contradecir, interferir o infringir disposiciones expresas. Mientras que para la noción máxima, la exigencia de legalidad para los actos administrativos equivale a que las decisiones administrativas deben seguir el procedimiento y tener el contenido pautado o modelados por las normas previas. La disyuntiva es exigir que la Administración actúe de acuerdo con la ley o dentro de la ley (...)"

En esa misma línea, el Principio de Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que los administrados gozan del derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

En este contexto, conviene señalar que de acuerdo a los artículos 18° y 25° de la Ley N° 28611¹⁸, los Estudios de Impacto Ambiental en su calidad de instrumentos de gestión incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter

¹⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

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

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

¹⁷ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Gaceta Jurídica. 2009. Octava Edición. Pág. 61.

¹⁸ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

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

Artículo 25°.- De los Estudios de Impacto Ambiental

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas.

Por su parte, el artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, prevé que dentro del procedimiento de certificación ambiental se debe seguir una serie de etapas, entre las cuales se tiene la de revisión del EIA, lo que significa que luego de la presentación del estudio original por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente¹⁹.

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece las disposiciones que uniformizan los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe²⁰.

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

En efecto, una vez obtenida la Certificación Ambiental, en concordancia con lo señalado en los artículos 29° y 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto

¹⁹ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

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

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

²⁰ DECRETO SUPREMO N° 053-99-EM. ESTABLECEN DISPOSICIONES DESTINADAS A UNIFORMIZAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES.

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

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

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

Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental

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

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

Supremo N° 019-2009-MINAM²¹, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, compromisos y obligaciones señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental, destinadas a prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales derivados de la ejecución del proyecto.

En este contexto, cabe resaltar que en reiterados pronunciamientos este Tribunal Administrativo ha señalado que es el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, la norma que prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en ejecutar la totalidad de las medidas, compromisos y obligaciones ambientales asumidas a través de sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

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

Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que de acuerdo al Recurso con número de Registro 1263960, recibido con fecha 16 de diciembre de 1999 (Fojas 217 a 225 del Exp. N° 1217549), durante el procedimiento de aprobación del EIA del Proyecto Mina CONSUELO, al levantar la Observación N° 2 del Informe N° 051-99-EM/DGAA/FM de fecha 1° de julio de 1999 (Fojas 212 a 213 del Exp. N° 1217549), formulada por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, MINERA PODEROSA asumió el siguiente compromiso ambiental:

“MANEJO DE DESMONTE EN LA MINA CONSUELO

Compañía Minera Poderosa S.A. para iniciar la explotación de la mina Consuelo, presentó a la Dirección General de Minería con recurso N°1217549, el Estudio de Impacto Ambiental - EIA el 12 de enero de 1999, preparado por la Empresa SETEMIN E.I.R.L, actualmente en trámite en el Ministerio de Energía y Minas para su aprobación.

(. . .)

MANEJO AMBIENTAL

²¹ DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM. REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

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.

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

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

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

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

Ante la no disponibilidad de áreas para la ubicación adecuada del depósito y su disposición adecuada del desmonte extraídos de las excavaciones de las labores mineras de la mina Consuelo, se utilizará un área de la Quebrada Honda (Ver Plano de Ubicación)

(. . .)

ESTABILIDAD QUÍMICA

(. . .)

Se continuará realizando evaluaciones geoquímica del desmonte almacenado y se complementará con la construcción de canales colector de coronación a fin de captar las escorrentías pluviales (ver plano)²² y evitar el ingreso de agua a la desmontera, para el cual, se tomará en cuenta la Guía Ambiental para el "Manejo de Drenaje Ácidos de Mina", publicada por el Ministerio de Energía y Minas." (Lo subrayado y nota al pie de página es nuestro)

A su vez, de la revisión del plano contenido a fojas 294, a que se refiere el párrafo anterior, se constata que éste corresponde a la desmontera Consuelo de nivel 2450, el mismo que presenta la construcción de canales en todo el perímetro de la citada instalación.

Por su parte, el numeral 5.3.1 de la Guía Ambiental para el Manejo de Drenaje Acido de Minas, aprobada por Resolución Directoral N° 035-95-EM/DGAA, en cuanto a la desviación del agua superficial dispone que puede realizarse mediante el empleo de zanjas, con el fin de evitar canales de drenaje naturales y minimizar el contacto con el desagüe de agua superficial. Si fuese necesario, se podrán utilizar zanjas, bermas y otras estructuras en el largo plazo, a pesar de que se requerirá de cierto nivel de inspección y mantenimiento permanentes²³.

Adicionalmente, cabe considerar que el numeral 2.8 del citado "documento guía" al identificar las fuentes primarias generadoras de drenaje ácido de roca incluye a las pilas de desmonte, razón por la cual en su sub-numeral 2.8.1, establece que las reacciones de generación de ácido pueden iniciarse en cualquier lugar del botadero de desmontes y que, generalmente, se produce en varios sitios²⁴.

²² Este plano se refiere al plano de Desmontera Consuelo mencionado líneas arriba.

²³ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 035-95-EM/DGAA. GUÍA AMBIENTAL PARA EL MANEJO DE DRENAJE ACIDO DE MINAS

5.3.1 Desviación del Agua Superficial

El agua superficial puede desviarse de la mayoría de áreas de un asiento minero mediante el apilamiento de desmonte en forma de bermas y perfiles superficiales y también a través del empleo de zanjas. La desviación de flujos superficiales, de implementación sencilla, es generalmente difícil de conservar a largo plazo sin mantenimiento. Las zanjas y bermas generalmente requieren mantenimiento anual, particularmente en áreas donde la formación de hielo y los ciclos de hielo/deshielo perturban la integridad física de la estructura. Para el largo plazo, la medida de diseño más efectiva, en cuanto a costos, es la selección apropiada del asiento, con el fin de evitar canales de drenaje naturales y minimizar el contacto con el desagüe de agua superficial. Los asientos favorables para la minimización del desagüe de agua superficial se encuentran en la cresta de los declives o en pequeñas mesetas, cerca del extremo de corriente cuesta arriba de una fuente de agua; sin embargo, podrían presentarse implicancias desfavorables en cuanto a costos, por las distancias o la ubicación con respecto a la mina. Si fuese necesario, se podrán utilizar zanjas, bermas y otras estructuras en el largo plazo, a pesar de que se requerirá de cierto nivel de inspección y mantenimiento permanentes.

²⁴ Sobre la definición del Drenaje Ácido de Roca, el sub-numeral 2.1.1 del numeral 2.1 del Rubro 2 de la Guía aprobada por Resolución Directoral N° 034-98-EM/DGAA señala:

"El fenómeno de drenaje ácido proveniente de minerales sulfurosos es un proceso que ocurre en forma natural. Hace cientos de años, se descubrieron muchos yacimientos minerales por la presencia de agua de drenaje rojiza, indicando la presencia de minerales sulfurosos.

Hace sólo alrededor de 20 años, se desarrolló una preocupación ambiental asociada con esta agua ácida, rica en metales disueltos, así como el término "drenaje ácido de mina" o DAM. No obstante, el drenaje ácido no ocurre únicamente en las minas, por lo que el término "drenaje ácido de roca" o DAR también es usado comúnmente.

En este contexto, del análisis del contenido del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 353-2001-EM/DGAA, de fecha 06 de noviembre de 2001, se observa que éste contempla la construcción “de canales colector de coronación a fin de captar las escorrentías pluviales (ver plano) y evitar el ingreso de agua a la desmontera, para el cual, se tomará en cuenta la Guía Ambiental para el “Manejo de Drenaje Acidos de Mina”, publicada por el Ministerio de Energía y Minas”. (SIC)²⁵

Sobre el particular, el Informe de Supervisión N° 002-2008-SM/EA sobre la Supervisión Ambiental 2008 elaborado por ESPECIALISTAS AMBIENTALES S.A.C., señala a foja 25 del Expediente N° 019-08-MA/R:

“La desmontera de Consuelo Nivel 2450, no tiene canal de escorrentía en la parte inferior del talud”.

La supervisora complementa lo anterior con las fotografía N° 34 (Foja 50) en la que se aprecia la parte inferior del talud de la desmontera de Consuelo Nivel 2450.

Al respecto, MINERA PODEROSA en su recurso (Foja 665) señala que:

“(…) PODEROSA NO HA INCUMPLIDO CON EL DISEÑO APROBADO POR EL EIA. DADO QUE EN EL MISMO -CONTRARIO A LO ESTABLECIDO EN LA INFRACCIÓN- NO SE HA OBLIGADO A CONSTRUIR CANALES DE ESCORRENTÍAS AL PIE DE LA DESMONTERA. SINO CONTROLES EFICIENTES, como lo establece el ITEM 7.3 Actividades de Cierre para el Control de las Instalaciones del EIA Mina Consuelo” (SIC).

De esta manera, MINERA PODEROSA no reconoce incumplimiento alguno, afirmando que viene cumpliendo con los compromisos establecidos en su EIA, entre ellos aquel que consiste en desviar o interceptar toda agua superficial mediante canal de escorrentía en la parte alta, para evitar el ingreso de agua a la desmontera²⁶, por lo que considera erróneo se sancione por no construir un canal de escorrentía en la parte inferior del talud, máxime si no se encuentra establecido en el EIA.

Cualquiera sea el término empleado -DAM o DAR- el drenaje ácido se refiere a: drenaje contaminado que resulta de la oxidación de minerales sulfurados y lixiviación de metales asociados, provenientes de las rocas sulfurosas cuando son expuestas al aire y al agua. El desarrollo del DAR es un proceso dependiente del tiempo y que involucra procesos de oxidación tanto química como biológica y fenómenos físico-químicos asociados, incluyendo la precipitación y el encapsulamiento (...)

²⁵ Recurso con número de Registro 1263960, recibido con fecha 16 de diciembre de 1999 (Fojas 217 a 225 del Exp. N° 1217549)

²⁶ MINERA PODEROSA afirma que cumple con el siguiente compromiso asumido en el EIA:

7. PLAN DE CIERRE

(...)

7.3 Actividades de Cierre para el Control de las Instalaciones

- Los controles de la infraestructura es desviar o interceptar toda agua superficial que corre cerca al botadero para que no genere una fuente acida

Al respecto, la obligación contenida en el numeral 7.3 del rubro 7 del EIA de Mina Consuelo, consiste en implementar como medio de control la infraestructura necesaria a fin de desviar o interceptar toda agua superficial que corre cerca al botadero para que no genere una fuente ácida; lo cual involucra la construcción de canales colectores de coronación a fin de captar las escorrentías pluviales señalada en el décimo primer párrafo del presente numeral.

En cuanto a lo alegado por la recurrente, que la fotografía (vista N° 34 de foja 50) no corresponde al pie de la desmontera 2450, y por lo tanto no es sustento o evidencia para la aplicación de la supuesta infracción, se puede verificar que el informe de supervisión incluye las vistas fotográficas N° 16 y N° 17 (Fojas 40 y 41) correspondientes al pie de la desmontera 2450, las cuales no han sido cuestionadas por la recurrente, no obstante que dichas fotografías complementan la vista N° 34 y evidencian que la misma sí corresponde al pie de la desmontera 2450. De esta forma, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que sustenten sus alegaciones para desvirtuar el contenido del Informe de supervisión, lo que no ocurrió.

Así las cosas, se tiene que el contenido del Informe de Supervisión y las vistas fotográficas que forman parte del mismo, constituyen medios probatorios al interior del presente procedimiento sancionador por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD²⁷, por lo que se ha acreditado que la desmontera de Consuelo Nivel 2450 no tiene canal de escorrentía en la parte inferior del talud.

De este modo, encontrándose acreditado el hecho que sustenta la infracción imputada, al tratarse de hechos comprobados con ocasión del ejercicio de la función supervisora del OEFA, conforme a lo dispuesto en el artículo 165° de la Ley N° 27444 se ha configurado el incumplimiento que motiva la sanción aplicada, ya que la recurrente no siguió la modalidad o forma en que debió ejecutarse el compromiso ambiental arriba descrito, de conformidad con el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 353-2001-EM/DGAA, por lo que debe desestimarse lo alegado, manteniéndose la infracción imputada.

Por consiguiente, se ha constatado que los hechos materia de sanción al interior del presente procedimiento sancionador son atribuibles a MINERA PODEROSA, y que se respetaron los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento establecidos en el numeral 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar; y artículo 230° de la Ley N° 27444, por lo que corresponde desestimar lo alegado por MINERA PODEROSA en estos extremos.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el

²⁷ RESOLUCION N° 640-2007-OS-CD. Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

(...)

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

del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA; la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA-CD;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A. contra la Resolución Directoral N° 331-2012-OEFA/DFSAI de fecha 22 de octubre de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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



.....
HECTOR ADRIAN CHAVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

