

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 253 -2012-OEFA/TFA

Lima, 27 NOV. 2012

VISTOS:

El Expediente N° 002-08-MA/R que contiene el recurso de apelación interpuesto por ARASI S.A.C.¹ (en adelante, ARASI) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002784 de fecha 01 de junio de 2009 y el Informe N° 256-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 12 de noviembre de 2012; y,

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002784 de fecha 01 de junio de 2009 (Fojas 498 a 502), notificada con fecha 04 de junio de 2009, se impuso a ARASI una multa de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de seis (06) infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
No presentar el Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos industriales y peligrosos	Rubro 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD		100 UIT

¹ ARASI S.A.C. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20511244995.

Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, toda vez que el talud de la pila de lixiviación se encuentra muy cerca de la berma perimetral del PAD	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ²	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ³	10 UIT
Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, por cuanto se encontraron canales de derivación del depósito de desmonte que no cuentan con las cámaras de disipación, pozas de sedimentación y empedrado	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT
Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, toda vez que el canal de coronación de la pila de lixiviación tiene una	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT

² **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.

³ **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.**

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

pendiente pronunciada, lo que viene ocasionando erosiones hacia la quebrada Joyllone			
Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, por cuanto la cancha de volatización no cuenta con sistema de coleccion y control de drenaje para las épocas de lluvia	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT
<p>Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, toda vez que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falta implementar el sistema de derivación de escorrentías superficiales en la Planta de Transferencia de residuos sólidos. - El piso de los tanques de tratamiento de subdrenajes de la mencionada planta no guarda relación con su diseño. 	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT
MULTA TOTAL			150 UIT

2. Con escrito de registro N° 1194471 presentado con fecha 25 de junio de 2009 (Fojas 505 a 898), ARASI interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002784, en atención a los siguientes fundamentos:

- a) El Supervisor Externo SETEMIN INGENIEROS S.A.C. nunca requirió a la recurrente el Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos industriales y peligrosos, tampoco requirió el Plan de Contingencias para el manejo de residuos domésticos, hecho que puede verificarse de las actas de supervisión de fechas 10 de setiembre y 09 de octubre de 2008, en las cuales no se dejó constancia de la omisión de presentación del Plan de Contingencias, como sí se hizo con otras conductas u omisiones que fueron consideradas como observaciones y recomendaciones.

- b) El fiscalizador no ha considerado la aplicación del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD con relación al acta de supervisión de fecha 10 de setiembre de 2008, considerándose únicamente lo señalado en el Informe de Supervisión N° 17-09/2007/IE/SETEMIN/GFM y no lo informado en la citada acta, debiendo haber prevalecido lo señalado en esta última.
- c) El fiscalizador le ha otorgado al Informe de Supervisión la naturaleza de prueba tasada que no admite prueba en contrario, soslayando el hecho que la recurrente jamás fue requerida para la presentación del Plan de Contingencias ni se le informó de dicha omisión.
- d) No existe norma legal alguna que establezca la obligación de presentar el Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos industriales y peligrosos ante el Supervisor Externo o el OSINERGMIN, deviniendo aplicable el literal a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993.
- e) No existe procedimiento alguno encaminado a la aprobación del Plan de Contingencias regulado por el artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, existiendo libertad con relación al tratamiento y aprobación de dicho instrumento.
- f) En la práctica, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros tiene por cumplida la obligación de contar con un Plan de Contingencias, cuando ésta es considerada como parte del Plan Integral de Manejo de Residuos Sólidos del Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA).
- g) Considerando que el EIA del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM de fecha 23 de febrero de 2007, contiene el Plan Integral de Gestión Ambiental de Residuos Sólidos, que incluye su Plan de Contingencias para el Manejo de Residuos Sólidos, se concluye que la recurrente no incurrió en el incumplimiento sancionado.
- h) El Plan de Contingencias requerido ha sido presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros con fechas 15 de enero de 2008 y 14 de enero de 2009, conjuntamente con las Declaraciones Anuales de Manejo de Residuos Sólidos de la Mina Andrés.
- i) En el Oficio N° 1170-2008-OS-GFM por el cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, se formuló la imputación por no haber presentado el Plan de Contingencias sin efectuar mayor precisión sobre la forma en que se configuró la supuesta infracción, no indicándose cuál era la conducta reprochable que daba lugar al procedimiento administrativo sancionador.
- j) Así, la recurrente señala que el OSINERGMIN no indicó ante qué órgano debió presentarse el Plan de Contingencias, esto es si debió haberse presentado al Supervisor Externo, a OSINERGMIN o al Ministerio de Energía y Minas.

- k) La imputación efectuada en el Oficio N° 1170-2008-OS-GFM, señala la falta de presentación del Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos industriales y peligrosos, resultando contradictorio con lo señalado en el Informe de Supervisión que indicó que no se presentó el Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos domésticos, no permitiendo a la recurrente un adecuado ejercicio de su derecho de defensa.
- l) La sanción impuesta se sustenta en normas de rango infralegal; además, la Resolución N° 185-2008-OS/CD, otorga al OSINERGMIN un margen amplio de discrecionalidad para la determinación de la cuantía de la multa, lo que resulta contrario a la ley.

En efecto, el numeral 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, no establece sanción mínima, sino una máxima de mil (1,000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

- m) Si bien la Resolución N° 893-2008-OS/GG establece criterios específicos para graduar la sanción prevista en el numeral 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, la conducta infractora así tipificada es demasiado vaga, reconociendo una discrecionalidad al fiscalizador que origina la indefensión del administrado, razón por la cual se ha vulnerado el Principio de Legalidad, reconocido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444.
- n) Las infracciones imputadas al interior del presente procedimiento vulneran el Principio de Tipicidad, recogido por el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues en ningún caso se ha descrito en forma exhaustiva las conductas sancionables.

Al respecto, señala:

- El numeral 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD no precisa cuál es la norma que prevé que la recurrente debe contar con toda la documentación relacionada a sus operaciones, incluso aquella que el Supervisor Externo debió revisar en los archivos de la autoridad minera.

Asimismo, no indica que la presentación de la información deba realizarse durante el procedimiento de supervisión, razón por la cual en aplicación del numeral 9 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, la citada infracción no puede verificarse dentro del procedimiento de supervisión.

- En ningún extremo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se tipifica como infracción sancionable el no poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el EIA y/o PAMA; no siendo suficiente para cumplir con el Principio de Tipicidad, el señalar que todo incumplimiento al Reglamento de la Ley General de Minería, deviene sancionable.

Por lo tanto, la resolución recurrida incurre en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

- o) No se dispuso la implementación de cámaras de disipación, pozas de sedimentación y empedrado debido a la pendiente del terreno y del canal, obedeciendo a la ingeniería de detalle contenida en el EIA.
- p) Los hechos detectados por el supervisor externo no deben ser objeto de sanción, toda vez que sobre ellos se formuló la recomendación de implementación de un sistema de aliviadores en forma de "U", así como de un canal de derivación en la pendiente de la quebrada de Joyllone.
- q) La zona de transferencia de residuos sólidos industriales cuenta con un sistema de captación de subdrenajes de acuerdo con el diseño de ingeniería.
- r) La planta de transferencia de residuos sólidos consta de una cancha de almacenamiento temporal de residuos sólidos industriales no peligrosos cuyo propósito es almacenar temporalmente los residuos para su posterior comercialización. A su vez, la construcción de esta cancha fue aprobada como parte de la infraestructura del servicio de mina con el EIA de ARASI, el mes de febrero de 2007.
- s) Durante la graduación de la multa impuesta a la recurrente no se han aplicado los criterios descritos en el numeral 13.3 del artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, razón por la cual se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.
- t) Con relación a los incumplimientos al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, la recurrente reconoce que durante la supervisión se detectaron algunos incumplimientos, sin embargo éstos fueron subsanados dentro del plazo para la presentación de sus descargos.

Asimismo, habiéndose verificado la existencia de criterios atenuantes deviene irrazonable la aplicación de una multa equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

- u) Con relación a las infracciones al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, que no han sido materia de cuestionamiento por la recurrente, solicita la aplicación de los criterios descritos en el artículo 13° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y, en tal sentido, se le imponga una sanción de amonestación.

Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y

Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁴.

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 Ambiental, 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 ambiental⁵.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, 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 OEFA⁶.
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 OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
7. De otro lado, 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

⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

⁵ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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

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

Artículo 11.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

⁶ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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. (...)

Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁷.

Norma procedimental aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta 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 intervinientes⁸.
9. Siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

⁷ 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.

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

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.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del 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 de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”⁹.

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 siguiente¹⁰:

“(…) 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 —vivos 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

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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

¹⁰ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...)". (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹¹.

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 por¹²:

- 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 ese sentido, la primera manifestación implica que toda intervención del ser humano en el medio ambiente no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación existente entre los elementos que lo integran, de modo tal que éste conserve características adecuadas para el desarrollo de la persona y su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Por su parte, en la segunda acepción el derecho a la preservación del ambiente entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; obligaciones que alcanzan también a los particulares, sobre todo a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración toda vez 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

¹¹ 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 RETREPO:

"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.

¹² 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>

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 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 valor probatorio del Informe y Acta de Supervisión y la presentación del Plan de Contingencias para el Manejo de Residuos Sólidos

11. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) al h) del numeral 2, cabe indicar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y según las reglas de la sana crítica, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, lógica y congruencia de los mismos¹³.

Por su parte, el artículo 43° de la Ley N° 27444, prescribe que son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 165° del mismo cuerpo normativo, señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros,

¹³ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 197°.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa¹⁴.

En este contexto normativo, cabe indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería, modificado por Ley N° 28964, a la fecha de supervisión correspondía al OSINERGMIN el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas, entre otros, en el sector minero¹⁵.

A su vez, en virtud del artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, el regulador se encuentra autorizado a ejercer las citadas funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras, debidamente calificadas y clasificadas por dicho organismo¹⁶.

En esta línea, tenemos que el artículo 27° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable al presente caso, prevé que estas empresas supervisoras se encuentran obligadas a elaborar y presentar los respectivos Informes de Supervisión; que contienen el resultado de las acciones de supervisión y que, por lo tanto, incluyen toda la información relativa a hechos o circunstancias verificadas en las instalaciones de la entidad supervisada¹⁷.

¹⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 43°.- Valor de documentos públicos y privados

43.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.

Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

¹⁵ LEY N° 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG: (...)

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

¹⁶ LEY N° 27699, LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

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

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Empresas Supervisoras

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

¹⁷ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y

Adicionalmente, estas Supervisoras Externas elaboran un Acta de Supervisión, en la que se consigna la información detallada en los numerales 1 y 2 del artículo 156° de la Ley N° 27444, siendo suscrita por sus representantes así como los de la empresa supervisada¹⁸.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Administrativo considera que tanto los Informes de Supervisión como las Actas elaboradas con ocasión del ejercicio de la actividad supervisora, constituyen medios probatorios de los hechos que en ellos se describen.

En este mismo sentido, el numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, establece que los Informes y las Actas de Supervisión constituyen medios de prueba dentro de los procedimientos administrativos sancionadores y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, resultando de responsabilidad de la supervisada sostener lo contrario, si fuera el caso¹⁹.

Sobre el particular, cabe señalar que en el numeral 6 de la Matriz de Fiscalización del Informe de Supervisión N° 17_09/2007/IE/SETEMIN/GFM (Foja 25), la Supervisora Externa SETEMIN INGENIEROS S.A.C. señala expresamente que ARASI no presentó el Plan de Contingencias de Residuos Sólidos Industriales, razón por la cual, atendiendo al marco legal expuesto y encontrándose acreditados los hechos que sustentan la infracción imputada en este extremo, correspondía a la recurrente desvirtuar el contenido de dicho documento probatorio.

En tal sentido, ARASI indica que no se le habría requerido la presentación del Plan de Contingencias pues ello no consta en las actas de supervisión de fecha 10 de setiembre y 09 de octubre de 2008, las mismas que deberían prevalecer sobre el

MINERAS.

Artículo 27°.- Informes de Supervisión

Las Empresas Supervisoras, están obligadas a presentar informes al OSINERGMIN de acuerdo a los requerimientos de cada Gerencia de Fiscalización o área equivalente. El Informe tendrá carácter de Declaración Jurada y será suscrito por el responsable de la fiscalización y, adicionalmente, por el representante legal de la Empresa Supervisora, cuando corresponda.

Para efecto de lo que establece el artículo 425° del Código Penal, los supervisores responsables de los informes que emitan las Empresas Supervisoras, así como los representantes legales de éstas últimas, serán considerados como funcionarios públicos. Tratándose de consorcios constituidos por personas naturales, las personas que los constituyen serán considerados funcionarios públicos para estos efectos.

¹⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 156°.- Elaboración de actas

Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas:

1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación.
2. Cuando las declaraciones o actuaciones fueren grabadas, por consenso entre la autoridad y los administrados, el acta puede ser concluida dentro del quinto día del acto, o de ser el caso, antes de la decisión final.

¹⁹ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL 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.

Informe de Supervisión. Asimismo, agrega que el regulador consideró el Informe de Supervisión como prueba tasada que no admite prueba en contrario.

Al respecto, resulta oportuno explicar que conforme al marco legal citado precedentemente, tanto el Informe como el Acta de Supervisión constituyen medios probatorios al interior del presente procedimiento sancionador, pues ambos recogen los resultados del ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN (ahora competencia del OEFA), sin que uno de ellos tenga mayor o menor valor probatorio que el otro.

En efecto, mientras el **Acta de Fiscalización Normas de Protección y Conservación del Medio Ambiente** (Fojas 46 a 48), describe de manera sucinta las principales etapas de la supervisión realizada del 08 al 10 de setiembre de 2010 en las instalaciones de la Unidad Minera ARASI; el **Informe de Supervisión N° 17_09/2007/IE/SETEMIN/GFM** contiene el detalle de lo verificado durante este procedimiento, razón por la cual estas resultan complementarias y no contradictorias, como pretende la apelante.

Es por ello que carece de todo asidero lógico y legal lo señalado por ARASI en el sentido de no haberse acreditado el requerimiento a la recurrente de presentar el Plan de Contingencias, al no haberse hecho mención de ello en la referida Acta. Lo mismo ocurre con su afirmación de que dicha Acta deba tener un valor probatorio mayor al del **Informe N° 17_09/2007/IE/SETEMIN/GFM**, pues este último también acredita lo ocurrido durante el procedimiento de supervisión.

A su vez, corresponde precisar que en ningún extremo de la resolución apelada el OSINERGMIN expresó que el Informe de Supervisión tenga la calidad de prueba tasada; por el contrario, en el octavo párrafo del numeral 3.1 del rubro 3 de dicho acto administrativo se indica que el contenido del Informe se presume cierto, lo que significa que admite prueba en contrario. Es por esta razón, además, que en dicho análisis se expresa que en aplicación del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y el artículo 165° de la Ley N° 27444, correspondía a la recurrente acreditar que ésta sí entregó el Plan de Contingencias.

De otro lado, ARASI agrega que no existía obligación legal de presentar el referido instrumento de gestión ambiental al Supervisor Externo o al OSINERGMIN, más aún cuando sí contaba con un Plan de Contingencias aprobado como parte del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, el mismo que a su vez fue presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros conjuntamente con sus Declaraciones Anuales de Manejo de Residuos Sólidos de la Mina Andrés.

Sobre dicho aspecto, corresponde indicar que de conformidad con el literal c) del artículo 22° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, las empresas supervisoras se encuentran facultadas a exigir a las personas jurídicas supervisadas la exhibición o presentación de aquellos documentos que resulten necesarios para el desarrollo de su labor²⁰.

²⁰ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS DE OSINERGMIN.

A su vez, por disposición del artículo 8° de la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de Supervisión y Fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, recae sobre los titulares de las actividades bajo el ámbito de competencia del fiscalizador la obligación de brindar todas las facilidades para el debido ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización, lo que incluye la obligación de presentar y entregar la información solicitada por las empresas supervisoras durante el desarrollo de la supervisión, en la oportunidad, forma y/o modo en que haya sido requerida²¹.

Por tal motivo, el incumplimiento de la citada obligación configura la infracción administrativa tipificada en el numeral 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2007-OS/CD, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, por no proporcionar al OSINERGMIN o hacerlo en forma deficiente, inexacta, incompleta o fuera de plazo, los datos e información que establecen las normas vigentes, así como las directivas, instrucciones y disposiciones del fiscalizador.

Así las cosas, se advierte que contrariamente a lo indicado por ARASI, ésta sí se encontraba obligada a presentar a la Supervisora Externa el Plan de Contingencias relativo al manejo de sus residuos sólidos durante el procedimiento de supervisión sobre normas de protección y conservación del ambiente realizado en sus instalaciones, más aún cuando la apelante debía contar con este Plan por disposición expresa del artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.

Lo señalado en el párrafo anterior se justifica, además, en el hecho de que el documento requerido debía encontrarse en posesión de ARASI por tratarse de una obligación ambiental fiscalizable derivada del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM y que se trata de un instrumento de gestión relacionado al objeto del acto de supervisión, esto es, la verificación del cumplimiento de las normativa ambiental minera.

Adicionalmente, si bien la apelante argumenta que sí contaba con un Plan de Contingencias pues éste fue aprobado como parte del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, el cual fue presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros conjuntamente con sus Declaraciones Anuales de Manejo de Residuos Sólidos de la Mina Andrés, y que además no existe procedimiento específico para su aprobación; corresponde

Artículo 22°.- Facultades de las Empresas Supervisoras (...)

- d) Exigir a las personas naturales o jurídicas supervisadas la exhibición o presentación de documentos, incluyendo libros contables, facturas, recibos, comprobantes de pago, registros magnéticos/electrónicos y en general todo lo necesario para su labor de supervisión.

²¹ LEY N° 28964, LEY QUE TRANSFIERE COMPETENCIAS DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS AL OSINERG.

Artículo 8°.- Facilidades para la supervisión y fiscalización

Ninguna persona puede impedir a la empresa supervisora o a un funcionario, designados para estos fines, el desempeño de sus deberes, ocultar información o dar declaraciones falsas, destruir o rehusarse a entregar o a enviar cualquier documento o información relacionado a la supervisión y fiscalización. El incurrir en estos actos es causal para la aplicación de las sanciones correspondientes por parte del OSINERGMIN

precisar que la infracción no consiste ni se fundamenta en no haber contado con el Plan de Contingencias, sino en no haberlo presentado durante la supervisión.

En efecto, no es materia controvertida si ARASI contaba o no con el Plan de Contingencias conforme a las especificaciones del artículo 37° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, sino que ésta no lo entregó a la empresa supervisora, hecho que no ha sido desvirtuado en ninguna etapa del presente procedimiento.

En atención a las consideraciones expuestas, se concluye que ARASI no ha desvirtuado el contenido del **Informe N° 17_09/2007/IE/SETEMIN/GFM** sobre la falta de presentación del Plan de Contingencias durante el procedimiento de supervisión, hecho que no ha sido negado ni desvirtuado en ningún extremo, razón por la cual corresponde desestimar lo alegado sobre el particular.

Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador

12. Respecto a los argumentos contenidos en los literales i) al k) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al numeral 3 de los artículos 234° y 235° de la Ley N° 27444, el procedimiento administrativo sancionador se inicia con la notificación al administrado de los hechos imputados, la calificación de las infracciones que éstos configuran, la expresión de la sanción que pudiera imponerse, así como la autoridad competente y la norma atributiva de su competencia²².

Sobre el particular, de la revisión del Oficio N° 1170-2008-OS-GFM, mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento, se constata que se informó a ARASI lo siguiente:

I. Hechos imputados:

- a) No presentar el Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos industriales y peligrosos.
- b) Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, toda vez que el talud de la pila de lixiviación se encuentra muy cerca de la berma perimetral del PAD

²² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 234°.- Caracteres del procedimiento sancionador

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 construir 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.

Artículo 235°.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones: (...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

- c) Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, toda vez que el canal de coronación de la pila de lixiviación tiene una pendiente pronunciada, lo que viene ocasionando erosiones hacia la quebrada Joyllone
- d) Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, por cuanto la cancha de volatización no cuenta con sistema de colección y control de drenaje para las épocas de lluvia.
- e) Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación y Beneficio Arasi, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, toda vez que:
- Falta implementar el sistema de derivación de escorrentías superficiales en la Planta de Transferencia de residuos sólidos.
 - El piso de los tanques de tratamiento de subdrenajes de la mencionada planta no guarda relación con su diseño.
- II. **Calificación de la infracción:** Los ilícitos descritos en los literales a) al f) precedentes se encuentran previstos en el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada mediante Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM y en el Rubro 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD; respectivamente.
- III. **Autoridad competente, norma atributiva y sanción aplicable:** De corroborarse la comisión del ilícito, la Gerencia General de OSINERGMIN, en uso de las atribuciones otorgadas por el Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, está facultada a sancionar.
- IV. **Plazo para la presentación de descargos:** Se otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles de notificado.

Por lo expuesto, se advierte que al inicio del presente procedimiento sí se trasladó a la apelante la información señalada en el numeral 3 de los artículos 234° y 235° de la Ley N° 27444.

A su vez, pese a que la recurrente alega que no se indicó ante qué órgano debía presentarse el Plan de Contingencias, conviene indicar que conforme se señaló en el párrafo precedente, se ha sancionado a la apelante por no proporcionar al OSINERGMIN el Plan de Contingencias al momento de efectuada la supervisión, resultando impertinente lo señalado por Arasi.

Asimismo, aunque la apelante alude que en el Informe de Supervisión se indicó que no se presentó el Plan de Contingencias para el manejo adecuado de residuos sólidos domésticos, lo cual sería contradictorio con la imputación materia de análisis; resulta necesario precisar que si bien en el numeral 8) del Cuadro de Incumplimientos a la Normatividad Ambiental del Informe de Supervisión N°

17_09/2007/IE/SETEMIN/GFM se señala que la unidad operativa no presentó el Plan de Contingencia para residuos sólidos domésticos (Foja 32), también se indica expresamente en el numeral 6 de la Matriz de Fiscalización del citado Informe que ARASI no presentó el Plan de Contingencias de Residuos Sólidos Industriales, razón por la cual no existiría contradicción alguna con la imputación efectuada.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la apelante sobre el particular.

Sobre la legalidad de la infracciones tipificadas en el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD

13. En cuanto a lo argumentado en los literales l) al n) del numeral 2, corresponde señalar que en virtud del Principio de Legalidad, establecido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora así como prever las consecuencias jurídicas que a título de sanción devienen aplicables a los administrados²³.

Por su parte, el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, exige que las conductas que constituyen infracciones administrativas sancionables deben encontrarse tipificadas como tales en normas con rango de ley, salvo que ésta autorice su tipificación por vía reglamentaria.

Al respecto, corresponde señalar que en el marco del literal d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos, en concordancia con el literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, a la fecha de la supervisión, el OSINERGMIN gozaba de la potestad sancionadora por el incumplimiento de obligaciones derivadas de las disposiciones técnicas y legales relativas a la protección y conservación del ambiente, en materia minera²⁴.

²³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad

4. **Tipicidad.**- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

²⁴ LEY N° 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 3°.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones: (...)

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

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

Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

A su vez, mediante el artículo 15° de la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, en concordancia con el literal c) del artículo 3° la Ley N° 27332 y el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, se autorizó al OSINERGMIN para que a través del Consejo Directivo formule la tipificación de los hechos y omisiones constitutivos de infracciones relativas a las actividades mineras, las consecuencias jurídicas aplicables a título de infracción, así como a graduar las sanciones respectivas²⁵.

Es en dicho contexto normativo, que se expidió la Resolución N° 185-2008-OS/CD, cuyo Anexo 1 prevé la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera; así como la Resolución N° 893-2008-OS-GG, que aprobó los criterios específicos que se deberán tomar en cuenta para la aplicación de la escala de multas aprobada por la Resolución N° 185-2008-OS/CD.

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

25 LEY N° 28964. LEY QUE TRANSFIERE COMPETENCIAS DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS AL OSINERG.

Artículo 13°.- Facultades del organismo competente

Para efectos de las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras, el Consejo Directivo del OSINERGMIN está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones que apruebe el Consejo Directivo del OSINERGMIN, la cual podrá contemplar entre otras, sanciones pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de equipos y maquinarias, cierre de establecimientos, paralización de obras o labores y de funcionamiento de instalaciones, conforme se establece en la Ley N° 27699

LEY N° 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 3°.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador

LEY N° 27699. LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA (OSINERG).

Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras. El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados.

Sobre el particular, el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, en su rubro 4, tipificó como infracción administrativa la siguiente:

Rubro	Tipificación de la Infracción Art. 1° de la Ley 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería	Base Legal	Supervisión y Fiscalización Minera
4	No proporcionar a OSINERGMIN o a los organismos normativos o hacerlo en forma deficiente, inexacta, incompleta o fuera de plazo, los datos e información que establecen las normas vigentes, incluyendo las directivas, instrucciones y disposiciones de OSINERGMIN.	Art. 5° de la Ley N° 27332; Art. 8° de la Ley N° 28964. Art. 22° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD.	Hasta 1000 UIT

Asimismo, el Anexo de la Resolución N° 893-2008-OS-GG fijó como criterio para la aplicación de la sanción descrita en el cuadro precedente, la siguiente:

Sanción por ocurrencia			
1° vez	2° vez	3° vez	4° vez en adelante
100 UIT	250 UIT	500 UIT	1000 UIT

De igual modo, prescribe como atenuante que si luego de la comisión de la infracción y antes de la imposición de la sanción, el infractor brinda la documentación o información requerida, se aplicará el setenta y cinco por ciento (75%) de la multa que corresponda.

Así las cosas, este Cuerpo Colegiado considera oportuno precisar lo que sigue:

- a) *Respecto a la conducta prohibida*, ésta consiste en no proporcionar o entregar en forma deficiente, inexacta, incompleta o fuera de plazo, los datos o información que hayan sido requeridos previamente por el Supervisor Externo o el personal del OSINERGMIN durante el ejercicio de la función supervisora y fiscalizadora.

Además, los datos e información a solicitar deberán estar referidos a aquellos con que deben contar los titulares mineros por disposición del marco jurídico aplicable en materia ambiental, lo que incluye a las directivas, instrucciones y disposiciones dictadas por el regulador.

En este contexto, cabe precisar que deviene innecesario establecer una relación completa de las normas que prevén la obligación de contar con información específica por parte de los titulares mineros, en aplicación del Principio de Publicidad consagrado en el artículo 109° de la Constitución Política de 1993, del cual se desprende la presunción del conocimiento de

las normas por parte de los particulares una vez efectuada la publicación en el Diario Oficial El Peruano²⁶.

- b) *En cuanto a la consecuencia jurídica*, conviene indicar que la multa aplicable cuenta con un tope máximo fijado en mil (1,000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), cuya graduación al interior de los procedimientos administrativos sancionadores se realiza en el marco de los criterios aprobados por la citada Resolución N° 893-2008-OS-GG, la que fue expedida -a su vez- en el marco de la Ley N° 28964, asegurándose así la aplicación del Principio de Predictibilidad, a que se refiere el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²⁷.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se desprende que la tipificación de la infracción y sanción correspondiente al rubro 4 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD se realizó en aplicación de normas con rango de ley y con un nivel de precisión adecuado para el entendimiento de los administrados, no habiéndose producido vulneración alguna a los Principios de Legalidad y Tipicidad.

Ahora bien, con relación a la observancia del citado Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, en el caso del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM, corresponde indicar que dicho tipo legal establece lo siguiente:

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 otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT (...).

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

²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Artículo 109°. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

²⁷ En este punto, resulta oportuno señalar que si bien el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, no establece – en ninguno de sus rubros- un límite mínimo para la aplicación de las sanciones; considerando que el archivamiento de una infracción equivale a cero (0), se entiende que el mínimo aplicable será la cantidad inmediata superior a dicho monto.

LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia²⁸. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

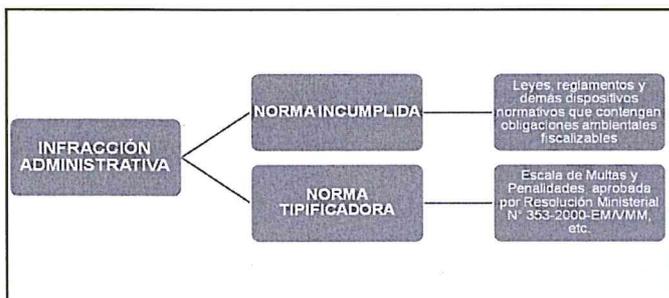
Adicionalmente, en reiterados pronunciamientos este Tribunal Administrativo ha señalado que el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en cumplir con todos y cada uno de los compromisos asumidos por el titular minero en su Estudio de Impacto Ambiental, los mismos que deben ejecutarse en la forma, modo, oportunidad y demás condiciones previstas en dicho instrumento de gestión ambiental.

Por tales motivos, el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM prevé como infracciones sancionables el incumplimiento de los compromisos asumidos en el Estudio de Impacto Ambiental, lo que se desprende claramente de su texto normativo.

En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que las infracciones tipificadas en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contravienen el contenido del Principio de Tipicidad, correspondiendo desestimar los argumentos formulados por la recurrente en estos extremos²⁹.

²⁸ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

²⁹ A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



En tal sentido, cabe indicar que las infracciones materia de sanción al interior del presente procedimiento administrativo sancionador se configuraron de la siguiente manera:

Sobre las infracciones al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM

14. Respecto a lo alegado por la apelante en los literales o) al r) del numeral 2, resulta necesario señalar que de acuerdo al numeral 2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, para el inicio de actividades de explotación el titular minero deberá contar con un EIA, el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y abarcar, entre otros, los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente³⁰.

En ese mismo sentido, los artículos 18° y 25° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prevén que los Estudios de Impacto Ambiental en su calidad de instrumentos de gestión incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas³¹.

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

Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMMM	<ul style="list-style-type: none">• Norma incumplida: Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM• Obligación ambiental fiscalizable: Cumplir con los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental en la forma, modo, oportunidad y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.
--	---

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

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

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

31 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.

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

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

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

Lo expuesto en el párrafo precedente, se explica en el sentido que tanto la formulación como el levantamiento de observaciones al EIA propuesto por el titular minero, se realiza 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, se recoge los compromisos asumidos por dicho titular en respuesta a estas últimas, razón por la cual dichos informes integran el EIA finalmente aprobado por la resolución directoral emitida al respecto.

En este contexto, conviene indicar que la exigibilidad sobre la puesta en marcha de los compromisos ambientales asumidos en los EIA, por parte del titular minero, se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, razón por la cual a efectos de valorar los hechos imputados a la recurrente en este extremo resulta indispensable conocer los términos en que fue aprobado su respectivo EIA.

Atendiendo a lo señalado, corresponde a este Tribunal desvirtuar cada uno de los incumplimientos a los compromisos ambientales:

i. Respetto a la falta de construcción de cunetas y canales de coronación

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

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

³³ 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.

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.

Al respecto, debe precisarse que el EIA del Proyecto de Explotación y Beneficio ARASI, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM de fecha 23 de febrero de 2007, contiene la obligación de:

"(...) construir cunetas y canales de coronación y derivación en los botaderos de desmonte, a fin de evitar el transporte de materiales y los fenómenos erosivos y de sedimentación en los botaderos de desmonte, además en los planos M-20.4 y M-30.1 se señala que la estructura de los canales de coronación será de rip rap y que se construirán pozas de sedimentación"

Sin embargo, conforme se advierte de la observación N° 3 del Informe de Supervisión N° 17-09/2007/IE/SETEMIN/GFM (foja 29), durante la supervisión se constató que los canales de derivación no contaban con cámaras de disipación, pozas de sedimentación y empedrado, conforme se aprecia de las vistas fotográficas 3A, 3B, 3C y 3D (fojas 54 y 55).

Asimismo, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente se verifica que el hecho imputado fue admitido por la apelante en el numeral 2.2 de su escrito de descargos, presentado con registro N° 1105652 de fecha 18 de diciembre de 2008, en el cual ARASI señaló lo siguiente:

*"2.2. Respecto de los canales de derivación del depósito de desmonte
(...) Al respecto, debemos indicar que, apenas dicha observación fue detectada, nuestra empresa procedió a subsanarla, de modo que los canales de derivación se han revestido con roca, de acuerdo a los diseños del consultor y, además, se han implementado cámaras de disipación y pozas de sedimentación. Esto queda demostrado con las Fotografías N° 4, N° 5 y N° 6, todas ellas consignadas en el Anexo 2 antes anotado."* (SIC)

Cabe agregar también que revisado el Estudio de Ingeniería del depósito de desmontes del proyecto minero Arasi³⁴, se observa el Estudio Geotécnico y Diseño a nivel de detalle de los Botaderos N° 1 y 2: Secciones y detalles generales / Cód. 1005-2005-160, mediante el cual se muestra la ingeniería que contempla el diseño de los botaderos incluido el canal de coronación y derivación, no mencionándose alguna exclusión por el porcentaje de pendiente³⁵.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo argumentado por la recurrente sobre el particular.

ii. Sobre la pila de lixiviación

Al respecto, corresponde manifestar que el EIA del Proyecto de Explotación y Beneficio ARASI, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM de fecha 23 de febrero de 2007, establece lo siguiente:

³⁴ Cabe señalar que mediante Oficio N° 095-2012-MEM-DGM-DTM, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas remite en archivo digital (CD) el Estudio de Ingeniería del Depósito de Desmonte del Proyecto Arasi, el mismo que se encuentra anexo a fojas 1008 al expediente N° 002-08-MA/R.

³⁵ El porcentaje de la citada pendiente ya se encontraba identificado desde la presentación del Estudio con un valor igual a 1% (Cuadro 9.1 Criterios de diseño de los Botaderos N° 1 y N° 2); por lo que no tiene sustento mencionar que no se debía construir cunetas ni canales de coronación en los botaderos de desmonte debido a la pendiente del terreno.

"(...) la pila de lixiviación contará con un canal y cunetas de derivación con estructuras para el control de la erosión"

Sobre el particular, durante la supervisión realizada del 08 al 10 de setiembre de 2008 la empresa supervisora externa verificó la descarga de sedimentos desde el canal de coronación de la pila de lixiviación hacia la quebrada Joyllone, evidenciándose la ausencia de estructuras para el control de erosión, conforme se aprecia de la vista fotográfica N° 4 (foja 38), así como de la afirmación contenida en el numeral 4 del rubro "Recomendaciones - Supervisión 2008" del Informe de Supervisión N° 17-09/2007/IE/SETEMIN/GFM (foja 29). Por tanto, ARASI incumplió su compromiso incluido en el EIA arriba citado.

Además de lo señalado, cabe indicar que los hechos descritos fueron admitidos por la apelante en el numeral 2.3 de su escrito de descargos (foja 456), presentado con registro N° 1105652 de fecha 18 de diciembre de 2008. En dicha oportunidad, ARASI señaló lo siguiente:

"(...) Sobre esta observación, nuestra empresa procedió a subsanarla en forma inmediata, adoptando como medida de presión y control frente a la erosión de en la zona de la quebrada Joyllone, la ampliación del canal de coronación existente de la Pila de Lixiviación, con elementos para controlar la erosión, tales como disipadores de energía. Esta acción destinada a adoptar las medidas de presión y control pertinentes puede apreciarse de la Fotografías N° 8, N° 9 y N° 11, todas ellas consignadas en el Anexo 2." (SIC)

En tal sentido, la recurrente admitió la veracidad de los hechos imputados en este extremo, los que encontrándose contrastados con los medios de prueba arriba descritos adquirieron la condición de hechos probados que sustentaron válidamente la sanción impuesta.

De otro lado, si bien la apelante aduce que los hechos detectados por el Supervisor Externo no debieron ser objeto de sanción toda vez que éste formuló una recomendación al respecto, debe precisarse que la formulación de una recomendación no es óbice para calificar los hechos o condiciones que la originaron como incumplimiento sancionable.

En efecto, en el marco del literal m) del artículo 23° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable por encontrarse vigente a la fecha en que se desarrolló la supervisión, recae sobre las empresas supervisoras la obligación de dejar constancia, en el libro de protección y conservación del ambiente, de los hallazgos y recomendaciones que correspondan, con indicación del plazo e identificación del responsable de su cumplimiento³⁶.

³⁶ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 23°.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras

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

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

Al respecto, conviene precisar que los hallazgos u observaciones presentados en la supervisión efectuada a las instalaciones del titular minero se sustentan principalmente en la identificación de condiciones deficientes en los procesos, técnicas u operaciones realizadas para el desarrollo de la actividad minera, así como la detección de incumplimientos a las obligaciones fiscalizables en materia ambiental, que causan o pueden causar impactos negativos al ambiente. En tal sentido, corresponde al Supervisor Externo ofrecer una descripción de los hechos constatados, seguido de los medios probatorios que evidencien lo descubierto durante el curso de la supervisión, respaldando el hallazgo u observación.

De este modo, con el propósito de superar estas condiciones o incumplimientos detectados durante la supervisión, el Supervisor Externo se encuentra habilitado a formular las recomendaciones que considere necesarias para subsanar lo observado y así evitar o disminuir el impacto negativo que tales condiciones causan o puedan causar³⁷.

En este contexto, no cabe confundir la figura de la observación o hallazgo con la recomendación que se formula para corregir la primera de éstas, más aún cuando ambas son sancionables por sí mismas, de acuerdo a lo señalado en los numerales 28.4 y 28.5 del artículo 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD³⁸.

Por lo expuesto, considerando que los hechos verificados en este extremo constituían incumplimiento al EIA del Proyecto de Explotación y Beneficio ARASI, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM, sí correspondía imputar los mismos a título de infracción e imponer la sanción respectiva, careciendo de sustento lo alegado por la impugnante sobre el particular.

³⁷ Debe precisarse que la obligación de hacer o no hacer en que consiste la recomendación no sólo puede encontrar sustento en la normativa del sector sino además en criterios técnicos y tecnologías disponibles, que resulten aplicables al caso concreto.

³⁸ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

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

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.

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

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo.

iii. En cuanto al canal de la zona de almacenamiento temporal de residuos sólidos

En este respecto, corresponde indicar que el EIA del Proyecto de Explotación y Beneficio ARASI, aprobado por Resolución Directoral N° 0064-2007-MEM/AAM de fecha 23 de febrero de 2007, contiene la obligación de:

"(...) construir una zona de almacenamiento temporal de los residuos sólidos industriales, el cual debe contar con un canal para la derivación de aguas pluviales y trampa de aceites y grasas a fin de evitar impactos adversos al ambiente al entrar en contacto las aguas con los residuos"

Por su parte, el Informe N° 206-2007/MEM-AAM/EA/FVF/MLI/PRR, que sustenta el citado EIA, determinó que el piso de los tanques de tratamiento de subdrenaje de la Planta de Transferencia de Residuos Sólidos debía encontrarse impermeabilizado con geomembrana.

Sobre lo señalado, debe manifestarse que durante la supervisión desarrollada en las instalaciones de la recurrente, la empresa supervisora externa constató que en la Planta de Transferencia de Residuos Sólidos faltó implementar el sistema de derivación de escorrentías superficiales y que los tanques de tratamiento no guardan relación con el diseño aprobado por el Ministerio de Energía y Minas, al no encontrarse impermeabilizados.

La constatación efectuada por el supervisor se aprecia en las fotografías N° 6A y 6B (fojas 40 y 41); así como en la afirmación realizada en el numeral 6 del rubro "Incumplimientos a la normatividad ambiental" (foja 32) del Informe de Supervisión N° 17-09/2007/IE/SETEMIN/GFM; lo cual sustenta el incumplimiento de lo comprometido en el EIA de ARASI.

Sobre el particular, cabe indicar que estos hechos fueron admitidos por la apelante en el numeral 2.5 de su escrito de descargos (fojas 456 y 457), al señalar lo siguiente:

"2.5. Respecto del sistema de derivación de escorrentías superficiales (...)

Sobre el particular, cabe destacar que nuestra empresa procedió a subsanar, dicha observación de inmediato, de modo que, como medida de de previsión y control para el manejo de escorrentías, se han tomado las siguientes acciones:

- *Se ha construido el sistema de derivación de escorrentías superficiales (ver Fotografías N° 15 y N° 18 del Anexo 2).*
- *Se han puesto en situación de operatividad los tanques de tratamiento de subdrenajes para escorrentías provenientes de la cancha de disposición temporal de residuos sólidos (ver Fotografía N° 17 del Anexo 2).*
- *Los tanques han sido techados para evitar el ingreso de agua de lluvia a los mismos (ver Fotografía N° 18 del Anexo 2)." (SIC)*

En tal sentido, la recurrente admitió la veracidad de los hechos imputados en este extremo, los que encontrándose contrastados con los medios de prueba arriba descritos adquirieron la condición de hechos probados que sustentaron válidamente la sanción impuesta.

Ahora bien, en este extremo resulta oportuno señalar que de conformidad con el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria conforme a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo normativo, corresponde a los administrados aportar los medios de prueba que sustenten sus alegaciones³⁹.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados⁴⁰.

Sobre el particular, si bien la apelante señala que la zona de transferencia de residuos sólidos industriales cuenta con un sistema de captación de subdrenajes de acuerdo con el diseño de ingeniería, ésta no ha adjuntado medio probatorio alguno que permita a este Órgano Colegiado valorar la certeza o no de dicho argumento.

En tal sentido, no habiéndose desvirtuado el contenido del Informe de Supervisión N° 17-09/2007/IE/SETEMIN/GFM en los extremos citados al inicio del presente numeral, en aplicación del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponde mantener la infracción imputada⁴¹.

³⁹ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 190°.- Pertinencia e improcedencia.-

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez (...)

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.-

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza

⁴⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

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

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá 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. (...)

⁴¹ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL 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.

Finalmente, con relación a lo alegado por la impugnante respecto a que la Planta de Transferencia de Residuos Sólidos es una instalación destinada al almacenamiento temporal de residuos industriales para su posterior comercialización y que se encuentra aprobada por su respectivo EIA, debe señalarse que tales hechos no han sido materia de controversia al interior del presente procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar su valoración por inconducentes⁴².

Por lo expuesto, carecen de sustento los argumentos expuestos por la recurrente en este extremo.

Con relación a la vulneración del Principio de Razonabilidad

15. Respecto a los argumentos contenidos en los literales s) al u) del numeral 2, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica el ilícito administrativo imputado a la apelante en este extremo, dicho ilícito se encuentra sancionado con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incurrió en cinco (05) infracciones al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en los términos descritos en el cuadro detalle contenido en el primer numeral de la presente resolución, correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM por cada incumplimiento, razón por la cual el monto de la multa por los referidos ilícitos administrativos ascendió a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

De otro lado, resulta oportuno precisar que si bien la recurrente solicita la aplicación de una sanción de amonestación, la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no prevé dicha sanción como consecuencia jurídica aplicable por la infracción tipificada en el numeral 3.1 del punto 3, razón por la cual en observancia del Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, carece de sustento lo alegado al respecto.

Conforme a lo expuesto, se constata que la multa total impuesta se determinó de acuerdo al rango establecido en la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, correspondiendo declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

⁴² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163°.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

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

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por ARASI S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 002784 de fecha 01 de junio de 2009, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa 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 ARASI S.A.C. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y Comuníquese



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



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



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



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



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

