

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°245-2012-OEFA/TFA

Lima, 13 NOV. 2012

VISTO:

El Expediente N° 033-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA MISKI MAYO S.R.L.¹ (en adelante, MISKI MAYO) contra la Resolución Directoral N° 255-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de agosto de 2012 y el Informe N° 263-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 12 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 154-2012-OEFA/DFSAI de fecha 19 de junio de 2012 (Fojas 593 al 605), notificada con fecha 19 de junio de 2012, rectificadas mediante Resolución Directoral N° 158-2012-OEFA/DFSAI de fecha 26 de junio de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a MISKI MAYO una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de dos (02) infracciones², conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir el compromiso contenido en la Declaración Jurada categoría B del	Numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial	10 UIT

¹ COMPAÑÍA MINERA MISKI MAYO S.R.L. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20506285314

² Cabe señalar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 154-2012-OEFA/DFSAI de fecha 19 de junio de 2012, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a cinco (05) infracciones al numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM y una (01) infracción al literal m) del artículo 23° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD.

Proyecto de Exploración "La Morada", aprobada con Resolución Directoral N° 473-2006-MEM-AAM, toda vez que el titular minero ha construido un acceso de 1,911m, con anchos variables que van desde 3.70m a 5.80m, superando así, las dimensiones aprobadas en el compromiso ambiental	Supremo N° 020-2008-EM ³	N° 353-2000-EM-VMM ⁴	
Incumplir el compromiso contenido en la Declaración Jurada categoría B aprobada con Resolución Directoral N° 473-2006-MEM-AAM del Proyecto de Exploración "La Morada"; por cuanto se han construido las plataformas de perforación en áreas distintas a las ubicaciones aprobadas en su instrumento de gestión ambiental	Numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT
MULTA TOTAL			20 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-014981 presentado con fecha 10 de julio de 2012 (Fojas 630 al 666), MISKI MAYO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral 154-2012-OEFA/DFSAI de fecha 19 de junio de 2012.

³ **DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM – REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA.**

Artículo 7°.- Obligaciones del titular

7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

- Ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad.
- Adoptar medidas y buenas prácticas para prevenir, controlar, monitorear, mitigar, restaurar, rehabilitar o reparar, según corresponda, los impactos y efectos negativos generados por su actividad.

⁴ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.**

3. MEDIO AMBIENTE

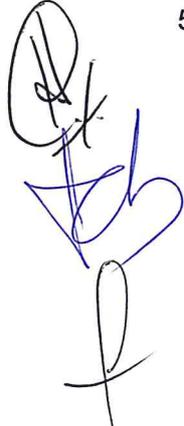
3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016- 93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763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

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

3. A través de Resolución Directoral N° 255-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de agosto de 2012 (Fojas 672 a 674), notificada con fecha 21 de agosto de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente.
4. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-019509 presentado con fecha 13 de setiembre de 2012 (Fojas 677 al 735), MISKI MAYO interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 255-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de agosto de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:
 - a) Se presentó el día 05 de mayo de 2008, la Modificación de la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración "La Morada", aprobada mediante Resolución Directoral N° 473-2006-MEM/AAM de fecha 23 de noviembre de 2006, indicando la nueva ubicación de las plataformas N° 1, 2 y 3, así como determinando las medidas de longitud y ancho de la construcción de los accesos en 3.57 Km y 4 m, respectivamente.
 - b) No es razonable que se ejerza potestad sancionadora en perjuicio de la recurrente toda vez que a la fecha de la imposición de la multa, la modificación de las plataformas de perforación y de los accesos contaban con la aprobación de la autoridad competente.
 - c) Se ha vulnerado el Principio de Irretroactividad establecido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se ha aplicado retroactivamente el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, cuando los incumplimientos relacionados a la construcción de los accesos y las plataformas de perforación son conductas de naturaleza instantánea. Añade que dicha construcción inició entre mayo y julio del año 2007, por lo que la normativa a observarse para un supuesto incumplimiento sería lo establecido en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM.
 - d) La resolución recurrida carece de una debida motivación incurriendo en la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, toda vez que no ha considerado como nueva prueba, diversos documentos presentados por la recurrente en el recurso de reconsideración, aduciendo que al haber sido emitidos con fecha posterior a la realización de la supervisión, no califican como tal.



Competencia

5. 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)⁵.

6. 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 ambiental⁶.
7. 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 OEFA⁷.
8. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.

⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
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. (...)

⁶ 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.

⁷ 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. (...)

9. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución 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 OEFA⁸.

Norma Procedimental Aplicable

10. 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 intervinientes⁹.
11. 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.

⁸ 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.

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:

- 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.
- Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

⁹ 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

12. 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 “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁰.

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 siguiente¹¹:

“(…) 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 vivos 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 vivos (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”.

¹⁰ 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.

¹¹ 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>

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹².

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 por¹³:

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

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

¹² LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

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

¹³ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

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 previsor de 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.

Respecto a la Modificación de la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración La Morada

13. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, cabe señalar que de acuerdo al artículo 4° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM, modificado por Decreto Supremo N° 014-2007-EM, en concordancia con el artículo 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, para el desarrollo de actividades de exploración en proyectos clasificados con Categoría B, el titular minero debía presentar una Declaración Jurada, que incluya información relativa, entre otros, a programas de actividades, descripción de procedimientos y sistemas de control ambiental, así como planes de recuperación de impactos.

En ese sentido, el artículo 3° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM, establecía que las acciones de previsión y control que deben realizarse durante el desarrollo de las actividades de exploración minera, son las contenidas en los planes de mitigación y recuperación de impactos en la Evaluación Ambiental, según corresponda.

Posteriormente, las citadas obligaciones fueron recogidas en el literal a) de los numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, al prever que todo titular está obligado a contar con un estudio ambiental aprobado antes de iniciar sus actividades de exploración, así como ejecutar las medidas dispuestas en el mismo, respectivamente.

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 incorporen

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 productivas¹⁴.

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 competente¹⁵.

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 apruebe¹⁶.

¹⁴ 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.

¹⁵ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

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

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

¹⁶ 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.

Conforme a lo señalado, a efectos de sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de los instrumentos de gestión ambiental, corresponde identificar el compromiso específico y su ejecución según el cronograma y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.

En ese contexto, debe manifestarse que mediante Resolución Directoral N° 473-2006-MEM-AAM de fecha 23 de noviembre de 2006, se aprobó la Declaración Jurada del Proyecto de Exploración Minera "La Morada" de la Compañía Minera Miski Mayo S.R.L., sustentándose en el Informe N° 088-2006/MEM-AAM/PRN/AV de fecha 23 de noviembre de 2006.

Dicho Informe, estableció que en el proyecto de exploración se ejecutarían 08 perforaciones diamantinas en tres plataformas de acuerdo a las siguientes coordenadas:

Plataforma	Sondaje	Coordenadas UTM	
		Norte	Este
N° 1	DDHH-01	9 183 370	804 050
	DDHH-05	9 183 370	804 050
	DDHH-06	9 183 370	804 050
	DDHH-07	9 183 370	804 050
	DDHH-08	9 183 370	804 050
N° 2	DDHH-02	9 183 600	803 800
N° 3	DDHH-03	9 183 820	804 100
	DDHH-04	9 183 820	804 100

Asimismo, respecto a los accesos a las plataformas de perforación, se formuló el siguiente compromiso:

"Para el acceso a las plataformas de perforación, se habilitarán 2 senderos con 2 m de ancho. Se rehabilitarán 3536 m de accesos".

A fin de verificar el cumplimiento de las medidas de control, mitigación y rehabilitación ejecutadas por MISKI MAYO en cumplimiento de los compromisos asumidos en su Declaración Jurada, se llevó a cabo la supervisión especial efectuada por la empresa supervisora externa Asesores y Consultores Mineros S.A. – ACOMISA (en adelante la empresa supervisora) durante los días 08 y 09 de mayo de 2008.

Es así que, en el literal a) del punto 3.1 del Informe de Supervisión N° 12-ES-2008-ACOMISA (Foja 149), la empresa supervisora señaló que:

"De acuerdo al programa de exploración, la ubicación de las plataformas de perforación diamantina y los sondajes efectuados tienen una variación de ubicación en su ejecución"

Asimismo, en la Tabla N° 04 del citado Informe de Supervisión, la empresa supervisora identificó la diferencia en la ubicación de las plataformas ejecutadas con las proyectadas en el instrumento ambiental aprobado, conforme se puede apreciar a continuación:

Plataforma	Sondaje	Coordenadas UTM		Observaciones
		Norte	Este	
N° 1	DDHH-01	9 183 800	804 112	Distancia de Punto de Plataforma proyectada = 434.45 m.
N° 2	DDHH-02	9 183 550	804 074	Distancia de Punto de Plataforma proyectada = 278.53 m.
N° 3	DDHH-03	9 183 504	803 802	Distancia de Punto de Plataforma proyectada = 434.35 m.

Del mismo modo, respecto a los accesos a las plataformas de perforación, la empresa supervisora indica en el literal g del punto 3.1 de su Informe de Supervisión (Fojas 153 a 154), lo siguiente:

“El titular minero ha realizado la construcción de un acceso de 1,911 metros con anchos variables que van desde 3.70 m a 5.80 m. Tal es el caso de la medición del ancho en el acceso entre la Plataforma N° 1 y N° 2, en las coordenadas UTM 9 183 552 Norte y 804 099 Este, en el que se ha registrado un ancho de 5.80 metros.

El acceso construido corresponde a una trocha carrozable que presenta el ancho indicado anteriormente y longitud de 1,911 m. mediante el cual se accede a las 3 plataformas de perforación diamantina. El titular minero no cuenta con un Plano actualizado de las actividades de exploración ejecutadas”

En ese contexto, debe indicarse que durante la supervisión se verificó que la apelante incumplió el compromiso establecido en su Declaración Jurada, determinándose las infracciones por las cuales se ha sancionado a MISKI MAYO.

Sin perjuicio de lo señalado, dado que la apelante alega que la variación en el tamaño de los accesos y la ubicación de las plataformas de perforación se encontraban aprobadas en atención a la presentación de la solicitud de modificación de la Declaración de Impacto Ambiental efectuada con fecha 05 de mayo de 2008; resulta necesario analizar las modificaciones presentadas a la Declaración Jurada del Proyecto de Exploración “La Morada”, aprobada mediante Resolución Directoral N° 473-2006-MEM-AAM.

Al respecto, corresponde indicar que en lo relacionado a la fecha de ejecución de actividades propuesta, la citada Declaración Jurada fue modificada de la siguiente manera:

- Primera Modificación aprobada mediante Resolución Directoral N° 0073-2007-MEM-AAM de fecha 07 de marzo de 2007, ampliando la fecha de ejecución hasta el 07 de junio de 2007.
- Segunda Modificación aprobada con Certificado de Viabilidad Ambiental N° 031-2007-MEM-AAM de fecha 04 de julio de 2007, ampliando la fecha de ejecución hasta el 07 de octubre de 2007
- Tercera Modificación aprobada mediante Certificado de Viabilidad Ambiental N° 068-2007-MEM-AAM de fecha 08 de noviembre de 2007, ampliando la fecha de ejecución hasta el 07 de febrero de 2008
- Cuarta Modificación aprobada con Certificado de Viabilidad N° 031-2008-MEM-AAM de fecha 27 de febrero de 2008, ampliando la fecha de ejecución hasta el 07 de agosto de 2008.

Cabe señalar que a fojas 14 del expediente N° 033-08-MA/E obra la Carta N° MM-094-2008 presentada a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros con fecha 05 de mayo de 2008, mediante la cual, MISKI MAYO presenta la Modificación de la Declaración de Impacto Ambiental, categoría I del prospecto de exploración minera denominado La Morada – Cajamarca, para su revisión y aprobación correspondiente.

En este punto, es necesario precisar que el Decreto Supremo N° 038-98-EM, fue derogado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM, mediante el cual se aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (en adelante RPAAEM). Es así que la tercera disposición transitoria del RPAAEM establece que las Declaraciones Juradas, son equivalentes para efectos legales a las Declaraciones de Impacto Ambiental.

Por ello, es pertinente indicar que con relación a las modificaciones la norma precitada establece en su artículo 33° que el titular podrá modificar el alcance de la Declaración de Impacto Ambiental aprobada sin exceder los parámetros descritos en el artículo 20, numeral 20.1 para la Categoría I, debiendo comunicar previamente a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros y al OSINERGMIN los cambios a efectuar.

Sobre el particular, se debe tener presente que conforme al artículo 30° del RPAAEM, la solicitud de aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental está sujeta a un procedimiento de aprobación automática, para lo cual el titular de la misma deberá cumplir con todos los requisitos exigidos por el TUPA. El citado artículo agrega que juntamente con la solicitud, el administrado presentará el formato de la Declaración Jurada referido en la Ley N° 29060, con la finalidad de hacer valer la aprobación automática ante ella o terceras entidades de la administración, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de su solicitud. Asimismo, también se señala que el titular podrá solicitar mediante la

misma Declaración Jurada, una Constancia de Aprobación Automática de la Declaración de Impacto Ambiental.

Conforme a la normativa expuesta, corresponde señalar que el proceso de modificación de la Declaración de Impacto Ambiental se encuentra sujeto al procedimiento de aprobación automática, el mismo que se encuentra obligado a cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA correspondiente, e incluye el formato de Declaración Jurada referido en el párrafo anterior.

Atendiendo a ello, debe indicarse que mediante Carta N° MM-201-2008 presentada con escrito de registro N° 1078824 de fecha 23 de octubre de 2008, MISKI MAYO presentó la Modificación de Declaración de Impacto Ambiental, Categoría I, del proyecto de exploración La Morada – Cajamarca.

Dicho escrito fue complementado mediante Carta N° MM-205 presentado con escrito de registro N° 1834116 de fecha 04 de noviembre de 2008, adjuntando la Ficha Resumen del Proyecto en la que se rectifica el área del Proyecto y la delimitación de su perímetro, así como el Formato de Declaración Jurada de silencio Administrativo Positivo.

En atención a ello, mediante la Constancia N° 024-2008-MEM-AAM de fecha 11 de noviembre de 2008, se otorga la Aprobación Automática a MISKI MAYO, al haber presentado la Quinta Modificación de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto de exploración “La Morada” mediante escritos con registros 1832478 y 1834116 de fechas 28 de octubre y 04 de noviembre de 2008, respectivamente.

En ese contexto, se determina que la Quinta Modificación de la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración “La Morada”, aprobada mediante Resolución Directoral N° 473-2006-MEM-AAM, se efectuó a través de los escritos con registros 1832478 y 1834116 de fechas **28 de octubre y 04 de noviembre de 2008**; y no así con la Carta N° MM-094-2008 presentada con fecha **05 de mayo de 2008**, por lo que debe desestimarse lo señalado por la recurrente. De esta manera, la modificación que se alega fue realizada con posterioridad a los hechos que son objeto de análisis, verificados durante la supervisión efectuada los días 08 y 09 de mayo de 2008.

Sin perjuicio de lo señalado, debe manifestarse también que existe una diferencia entre lo indicado en la Ficha Resumen del Proyecto adjunta a la modificación de la Declaración de Impacto Ambiental presentada con fecha **05 de mayo de 2008** y lo identificado por el supervisor respecto de la ubicación de las plataformas y el tamaño de los accesos, conforme se puede apreciar de los siguientes cuadros:



Plataforma	DJ		Verificado en la Supervisión		Documento de Modif. 05/05/2012	
	Norte	Este	Norte	Este	Norte	Este
1	9 183 370	804 050	9 183 800	804 112	9 183 800	804 100
2	9 183 600	803 800	9 183 550	804 074	9 183 550	804 100
3	9 183 820	804 100	9 183 504	803 802	9 183 550	804 100

Construcción de Accesos	DJ	Verificado en la Supervisión	Documento de Modificación
Ancho	2	3.70 m a 5.80 m.	4
Longitud	3536	1911	3570

En ese contexto, corresponde desestimar los argumentos señalados por la recurrente en estos extremos.

En cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Irretroactividad

14. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, cabe señalar que el Principio de Irretroactividad establecido en el numeral 230.5) del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores normas le sean más favorables.

Sobre el particular, MORON URBINA indica lo siguiente:

“Las disposiciones sancionadoras sólo son válidas para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos ilícitos y siempre que estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad”

Atendiendo ello, debe tenerse presente que se ha sancionado a la apelante por incumplir los compromisos ambientales establecidos en la Declaración Jurada del Proyecto de Exploración Minera “La Morada”, aprobada mediante Resolución Directoral N° 473-2006-MEM-AAM de fecha 23 de noviembre de 2006, consistentes en:

- No cumplir con las medidas establecidas para los accesos a las plataformas de perforación, y,
- Ubicar las plataformas de perforación en lugares distintos a los aprobados.

En ese sentido, deviene pertinente resaltar que las infracciones antes señaladas fueron detectadas al momento de efectuarse la supervisión, es decir durante los días 08 y 09 de mayo de 2008, fecha en la cual se encontraba vigente el RPAAM, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, por lo que no se ha vulnerado de modo alguno el principio bajo análisis.

Por lo señalado, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la recurrente en este extremo.

Respecto a la nueva prueba presentada en el Recurso de Reconsideración

15. Sobre lo alegado en el literal d) del numeral 2, corresponde señalar que el artículo 208° de la Ley N° 27444 establece que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba.

Sobre el particular, este Tribunal Administrativo considera que el empleo de dicho medio impugnatorio debe fundamentarse con un medio probatorio nuevo, el mismo que no ha sido materia de revisión por parte del órgano sancionador y cuya valoración justificaría un cambio de criterio por parte de dicha autoridad.

En ese mismo sentido, MORÓN URBINA indica que la interposición del recurso de reconsideración debe fundarse en un hecho tangible o circunstancia no evaluada con anterioridad dentro del procedimiento, soportada en una nueva prueba instrumental:

“Precisamente para nuestro legislador no cabe la posibilidad que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso concreto y que ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismo hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.”

En ese sentido, considerando que los medios probatorios presentados por MISKI MAYO en su recurso de reconsideración están relacionados a la Modificación de la Declaración de Impacto Ambiental presentada en octubre y noviembre de 2008, se constata que dichos documentos están relacionados a hechos ocurridos con posterioridad a la supervisión realizada del 08 al 09 de mayo de 2008, durante la cual se detectaron la infracciones imputadas, razón por la cual no tiene la condición de “nueva prueba”.

Por lo expuesto, debe desestimarse lo alegado por la recurrente.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley N° 27444; 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 Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

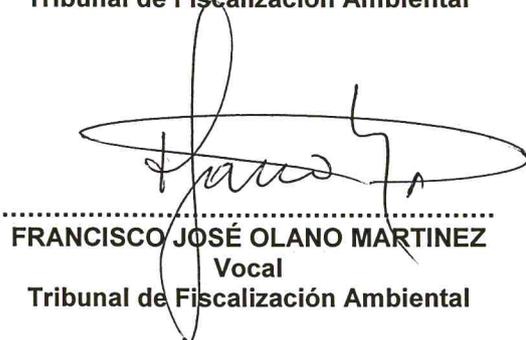
Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA MISKI MAYO S.R.L. contra la Resolución Directoral N° 255-2012-OEFA/DFSAI de fecha 21 de agosto de 2012 por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA MISKI MAYO S.R.L. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


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


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