

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 075 -2013-OEFA /TFA

Lima, 19 MAR. 2013

VISTO:

El Expediente N° 025-2011-DFSAI/PAS¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa PERUBAR S.A.² (en adelante, PERUBAR) contra la Resolución Directoral N° 086-2012-OEFA/DFSAI del 17 de abril de 2012, el Expediente N° 097-08-MA/R y el Informe N° 078-2013-OEFA/TFA/ST del 08 marzo de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 024-2012-OEFA/DFSAI de fecha 10 de febrero de 2012 (Fojas 64 a 69 del Exp. 025-2011-DFSAI/PAS), notificada el 15 de febrero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a PERUBAR una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental de los Depósitos de Concentrados de Minerales del Puerto del Callao, aprobado por Resolución N° 228-2002-EM/DGAA, toda vez que la	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ³	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁴	10 UIT

¹ El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia del resultado de la supervisión regular del 30 de agosto de 2008, llevada a cabo en el Ex Depósito de Concentrados "Selva Central", ubicado en la Provincia Constitucional del Callao, departamento de Lima de titularidad de PERUBAR S.A., contenido en el Informe de Supervisión Regular 2008 D.C. "Selva Central" Perubar S.A. elaborado por Algon Investment S.R.L. (Fojas 05 a 116).

² PERUBAR S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C) N° 20100136237.

³ 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

losa del patio del Ex – Depósito de Concentrados “Selva Central” presentaba rajaduras, fisuras y hundimientos en algunas partes del piso, las que debieron ser resanadas a fin de evitar la dispersión de partículas.			
MULTA TOTAL			10 UIT

2. A través del documento presentado el 07 de marzo de 2012 con registro N° 2012-E01-005658, PERUBAR interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 024-2012-OEFA/DFSAI.
3. Mediante Resolución Directoral N° 086-2012-OEFA/DFSAI de fecha 17 de abril de 2012 (Fojas 687 a 689 del Exp. 025-2011-DFSAI/PAS), notificada el 18 de abril de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por PERUBAR contra la Resolución Directoral N° 024-2012-OEFA/DFSAI.
4. Por escrito presentado el 09 de mayo de 2012 con registro N° 2012-E01-010553, PERUBAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 086-2012-OEFA/DFSAI del 17 de abril de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:
 - a) No son exigibles las medidas de mitigación y demás compromisos ambientales establecidos en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado mediante Resolución N° 228-2002-EM/DGAA (en adelante, EIA). En efecto, a la fecha de las supervisiones realizadas ya se contaba con un Plan de Cierre para el Depósito de Concentrados de Minerales “Selva Central”, el mismo que fue aprobado mediante Resolución N° 243-2006-MEM/AAM (en adelante, el Plan de Cierre).
 - b) Se cumplió oportunamente con las actividades de limpieza interna y externa previstas en el Plan de Cierre, debido a que éste era el instrumento de gestión ambiental aplicable al haberse culminado con las actividades de almacenamiento de concentrados de minerales.
 - c) A la fecha de la supervisión regular llevada a cabo en el año 2008, la Supervisora Externa comprobó que no se estaba realizando ni mucho

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.

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 aprobada 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 los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.

menos ejecutando proyecto alguno relacionado con el almacenamiento de concentrados de minerales.

- d) La resolución impugnada no ha tomado en cuenta que la Resolución Directoral N° 024-2012-OEFA/DFSAI incurrió en un error, en tanto el artículo 31° del Reglamento para el Cierre de Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-MEM, resulta de aplicación a unidades y/o concesiones mineras; sin embargo, el Depósito de Concentrados de Minerales "Selva Central" (en adelante, el Depósito de Concentrados) constituye un inmueble en donde se desarrollaron actividades que no están sujetas al sistema de concesiones mineras, motivo por el cual dicha norma reglamentaria no era de aplicación al presente caso.
 - e) Se ha transgredido el Principio de Causalidad, previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que el inmueble supervisado ya no se encontraba en posesión del administrado, al haber sido entregado a un tercero el 28 de diciembre de 2004, conforme se acredita con el Acta de Entrega del Inmueble de la misma fecha.
 - f) De haberse detectado la existencia de rajaduras, éstas ocurrieron con posterioridad al cierre y limpieza del Depósito de Concentrados, siendo que no se puede afirmar que dicha condición genere algún tipo de riesgo al ambiente, ya que en el interior del referido depósito no se almacenaban concentrados metálicos desde el 27 de setiembre de 2004.
 - g) Se ha inaplicado el Principio de Razonabilidad, contenido en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que al evaluar la sanción no se consideró lo establecido en el literal b) del numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 y el artículo 136° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, que prevé como sanción una de amonestación; sanción que debió ser aplicada en el presente caso, al no haberse acreditado la afectación y/o daño concreto al ambiente.
 - h) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que la sanción impuesta se ha sustentado en una norma de alcance general.
 - i) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, por cuanto el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no definen con claridad y precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, constituyéndose en normas sancionadoras en blanco.
5. Mediante el Cuarto Otrosí del recurso de apelación, PERUBAR solicitó el uso de la palabra, el mismo que fue concedido mediante Decreto N° 033-2012-OEFA/TFA de fecha 04 de octubre de 2012 (Foja 728 del Exp. 025-2011-DFSAI/PAS), diligencia programada para el 11 de octubre de 2012; la

cual no se llevó a cabo por inasistencia del representante de la recurrente, según consta del Acta de Audiencia de Informe Oral (Foja 729 del Exp. 025-2011-DFSAI/PAS).

Competencia

6. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁵, 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).
7. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁶, 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 ambiental.
8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁷.
9. Mediante 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 ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión,

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

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

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.

PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documental, 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. (...)

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

10. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁸, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

11. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por PERUBAR, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹¹.
12. A la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD; siendo aplicable posteriormente

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.

⁹ 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 interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

¹⁰ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

¹¹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012¹².

Análisis

Protección constitucional al ambiente

13. 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 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”¹³.

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 siguiente¹⁴:

“(…) 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”.

¹² RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, disponible en: <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 otros¹⁵.

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 por¹⁶:

- 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 mencionada 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 cumplimiento de los compromisos asumidos en el EIA

14. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales a), b) y c) del considerando 2 de la presente Resolución, cabe señalar que en el marco de los artículos 2° y 7° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, y artículo 3° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, para el desarrollo de actividades mineras se debe contar con un EIA en el que se evalúe y describa los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente¹⁷.

¹⁷ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.

Artículo 2°.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se define lo siguiente:

- Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente.

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.

3. Los titulares mineros que se encuentren en la etapa de explotación y que requieren ampliar el volumen de sus operaciones extractivas, deberán presentar ante el Ministerio de Energía y Minas la modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado para tal actividad. En el caso de unidades mineras que sólo cuentan con un PAMA aprobado, corresponderá presentar un Estudio de Impacto Ambiental respecto de la ampliación de operaciones a efectuar.

Asimismo, conviene señalar que mediante Resolución Directoral N° 015-95-EM-DGAA publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de marzo de 1995, se aprobó la Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental, como instrumento destinado a establecer los lineamientos fundamentales a seguir para realizar un EIA¹⁸.

Por otro lado, el literal b) del Capítulo I de la Guía antes referida, establece que el EIA debe prever el momento en que ocurrirán los impactos generados por las actividades del proyecto propuesto en cada una de sus etapas, conforme a lo siguiente:

- Etapa de planeamiento y exploración del proyecto;
- Etapa de construcción;
- Etapa de operaciones; y
- Cierre del proyecto (fin de las operaciones).

A su vez, el primer párrafo y el numeral 4 del Capítulo II de la Guía materia de revisión, prescriben que al realizar la descripción del proyecto, el EIA debe presentar dicha información en secciones lógicas para ayudar a proporcionar los detalles adecuados que incluyan, entre otros, el Plan de Manejo Ambiental, el mismo que debe esquematizar las actividades y programas que serán implementados antes y durante el proyecto para garantizar el cumplimiento con los estándares y prácticas ambientales existentes.

Por otra parte, con relación a la etapa de cierre del proyecto, conviene señalar que de acuerdo al sub-numeral 1.4.1 del numeral 1.4 de la Guía para la Elaboración de Planes de Cierre de Minas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 130-2006-AAM, el cierre se define como el conjunto de actividades a ser implementadas en una mina o componentes de la misma, a lo largo de su ciclo de vida y que varían desde la preparación de un plan inicial hasta la ejecución de actividades post minado, con el fin de cumplir objetivos ambientales y sociales específicos¹⁹.

En tal sentido, la citada guía agrega que el cierre incluye actividades que van desde la elaboración del plan de cierre conceptual al inicio del proyecto, la realización de las actividades de cierre progresivo durante la operación, las investigaciones durante la operación de la mina para determinar las mejores técnicas que formarán parte del plan de cierre, las actualizaciones periódicas del plan de cierre, la ejecución de las actividades de cierre final y las actividades post cierre identificadas en el plan.

De acuerdo a lo señalado en la Guía Ambiental para la elaboración del Plan de Cierre, cabe señalar que el plan de cierre conceptual es desarrollado durante el proceso de certificación ambiental (declaración de impacto ambiental o estudio

Cabe precisar que el numeral 3 fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, publicado el 08 noviembre 2009.

¹⁸ La Guía para Elaborar Estudios de Impacto Ambiental aprobada por Resolución Directoral N° 015-95-EM-DGAA, se encuentra disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/gelaboestuimpacambi.pdf>

¹⁹ La Guía Ambiental para la elaboración de Planes de Cierre, aprobada por Resolución Directoral N° 130-2006-AAM, se encuentra disponible en: http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/guia_cierre.pdf

de impacto ambiental) para proyectos mineros nuevos y según disponga la Autoridad Ambiental para las operaciones existentes. El plan de cierre inicial forma parte de los documentos de certificación ambiental.

Por su parte, el plan de cierre definitivo es la actualización completa de los planes de cierre precedentes. Este plan es considerado definitivo, en tanto es preparado cuando el proyecto se aproxima a su etapa de cierre. Asimismo, dicho plan tiene por finalidad permitir que la empresa minera evalúe más profundamente durante la vida operativa de la mina los riesgos relacionados con el cierre, establezca las especificaciones detalladas de las tareas de cierre, realice consultas con respecto al cierre de mina e incorpore cualquier cambio efectuado a las operaciones mineras²⁰.

En ese contexto, deviene válido concluir que las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, destinadas a, entre otros, prevenir, mitigar, controlar y corregir los efectos o impactos ambientales negativos derivados del desarrollo del proyecto minero, resultan aplicables y, por tanto, exigibles, durante las etapas de construcción y operación del mismo.

Por su parte, las medidas destinadas al cierre deben ser aplicadas durante todas las etapas del proyecto, siendo exigibles durante el cierre progresivo aquellas contenidas, entre otros, en el plan de cierre conceptual -que, conforme se ha indicado, forma parte del EIA-, mientras que durante las etapas de cierre final y post-cierre, son aplicables aquellas descritas en el Plan de Cierre Definitivo, aprobado en el marco de la Ley N° 28090, Ley que regula el Cierre de Minas, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM²¹.

Ahora bien, en el presente caso, conviene indicar que mediante Resolución Directoral N° 243-2006-MEM/AAM de fecha 03 de julio de 2006, el Ministerio de Energía y Minas aprobó el Plan de Cierre Definitivo para del Depósito de

²⁰ De conformidad con lo establecido en el numeral 1.1.4 de la Guía Ambiental para la elaboración de Planes de Cierre, aprobada por Resolución Directoral N° 130-2006-AAM, la misma que encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/quias/guia_cierre.pdf

²¹ Sobre los escenarios de cierre de minas, la Guía aprobada por Resolución Directoral N° 130-2006-AAM, indica lo siguiente:

"1.5.2 Cierre Progresivo

El cierre progresivo es un escenario que ocurre de manera simultánea a la etapa de operación de una mina, cuando un componente o parte de un componente de la actividad minera deja de ser útil. Debido a ello deberá ser sometido a actividades de cierre tales como desmantelamiento, demolición, restablecimiento de la forma del terreno, y/o revegetación.

Las actividades de cierre progresivo han sido diseñadas para lograr los objetivos ambientales y sociales específicos, y deberán describirse en los planes de cierre desde su formulación, hasta un sus futuras actualizaciones. El cierre progresivo es beneficioso tanto para el ambiente como para el titular minero. Beneficia al ambiente al permitir una recuperación rápida del terreno y al controlar la futura degradación ambiental (e.g., generación de drenaje ácido, erosión, etc.). Beneficia al titular reduciendo los costos de las actividades del cierre final debido a la disponibilidad de personal y equipos en el sitio, generando experiencia para la etapa de cierre final y mejorando la imagen pública del titular. Asimismo, el Reglamento promueve el cierre progresivo descontándolo del monto de la garantía financiera (art. 48°)."

"1.5.3 Cierre Final

El cierre final comienza cuando, a consecuencia del agotamiento de los recursos minerales económicos, cesan las operaciones de minado y de procesamiento. El cierre final es la ejecución de las actividades contempladas en la última modificación del Plan de Cierre aprobada por el Ministerio de Energía y Minas para cumplir con los objetivos ambientales y sociales específicos. El cierre final comprende el desarrollo de actividades tales como: diseños de ingeniería requeridos para el desmantelamiento; demoliciones; estudios in-situ para la disposición final y/o el rescate de materiales; estabilización física, geoquímica e hidrológica; restablecimiento de la forma del terreno; revegetación; rehabilitación de hábitats acuáticos; rehabilitación de las áreas de préstamo; reconversión laboral; provisiones para brindar servicios esenciales a la comunidad; transferencia de propiedad y acceso a las tierras; etc.

El desmantelamiento y cierre de una mina es un proceso que usualmente toma varios años. El cierre final de la mina es seguido de un programa de mantenimiento, monitoreo y seguimiento post cierre, con la finalidad de medir la efectividad del cierre, el cual debe durar al menos cinco (5) años bajo responsabilidad del titular minero (art. 31°)."

Concentrados de Minerales "Selva Central" de titularidad de PERUBAR S.A. (Fojas 15 a 16 del Exp. 097-08-MA/R)

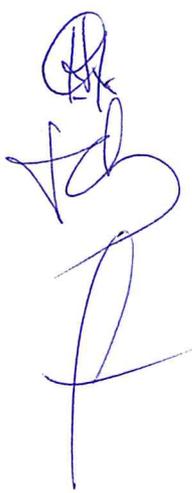
En ese sentido, y atendiendo a la aprobación del Plan de Cierre antes descrito, la entidad fiscalizadora estableció como objetivo de las supervisiones realizadas²², la verificación del cumplimiento del Plan de Cierre arriba citado y no así de las obligaciones contenidas en el EIA; circunstancia que se desprende de los Términos de Referencia para las Supervisiones Regular y Especial Complementaria sobre Normas de Conservación del Ambiente de 2008 (Fojas 01 y 128 del Exp. 097-08-MA/R).

Por otro lado, cabe señalar que a la fecha de las supervisiones realizadas, PERUBAR S.A. no se encontraba realizando ningún tipo de actividad minera relacionada con el almacenamiento de minerales en el Depósito de Concentrados; por el contrario, se observó que el referido depósito venía siendo utilizado para el almacenamiento de contenedores vacíos de insumos, así como para vehículos provenientes de la Aduana, según consta del Acta de Supervisión Regular del Depósito de Concentrados Selva Central del año 2008 (Foja 104 del Exp. 097-08-MA/R) y del numeral 2 del Informe de Supervisión Especial Complementario (Foja 137 del Exp. 097-08-MA/R).

En ese orden de ideas, aun cuando la autoridad supervisora tenía pleno conocimiento de la existencia de un Plan de Cierre Definitivo y habiéndose determinado que el objetivo de las citadas supervisiones era la verificación del cumplimiento del referido plan, se aprecia que el ente fiscalizador estableció en una de las conclusiones del Informe de Supervisión, el presunto incumplimiento del EIA, en tanto la losa del patio del Depósito de Concentrados presentaba rajaduras, fisuras y hundimientos en algunas partes del piso (Foja 11 del Exp. 097-08-MA/R).



En ese sentido, este órgano colegiado considera que al no encontrarse PERUBAR S.A. en etapa de operación del Depósito de Concentrados, no le eran exigibles las medidas contenidas en el EIA aprobado mediante Resolución Directoral N° 228-2002-EM/DGAA; sino el cumplimiento de las medidas dispuestas en el Plan de Cierre aprobado mediante Resolución Directoral N° 243-2006-MEM/AAM.



En efecto; conforme ha quedado establecido de los párrafos que preceden, el objetivo de las supervisiones realizadas era la verificación del cumplimiento del Plan de Cierre Definitivo y no de las obligaciones contenidas en el EIA, ello a la luz de la etapa en la que se encontraba el proyecto minero del administrado, a saber, la etapa de cierre.

Por lo expuesto, corresponde estimar los argumentos de la apelante, declarando fundado el recurso de apelación.

En cuanto a las alegaciones contenidas en los literales del d) al i) del numeral 4, cabe precisar que habiéndose declarado fundado el recurso de apelación por los

²² La supervisión regular fue realizada el 30 de diciembre de 2008. Por su parte, la supervisión especial complementaria fue realizada durante los días 20, 21 y 22 de mayo de 2009.

argumentos antes expuestos, carece de sentido pronunciarse sobre la argumentación esgrimida por PERUBAR en los referidos literales.

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, modificada por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los señores vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas, Héctor Adrián Chávarry Rojas, Francisco José Olano Martínez y Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

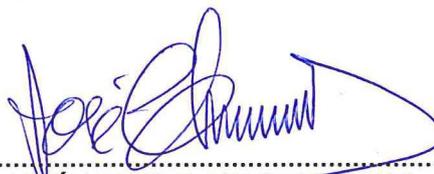
Artículo Primero.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la empresa PERUBAR S.A. contra la Resolución Directoral N° 086-2012-OEFA/DFSAI de fecha 17 de abril de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a PERUBAR S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y Comuníquese



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



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



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



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



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