

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 289-2013-OEFA/TFA

Lima, 27 DIC. 2013

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por CEMENTOS OTORONGO S.A.C.¹ contra la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 30 de enero de 2013, en el Expediente N° 057-08-MA/E; y el Informe N° 300-2013-OEFA/TFA/ST del 12 de diciembre de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la Supervisión Especial realizada los días 6 y 7 de octubre de 2008, en la Unidad Minera Proyecto Cerro – Cali Carmelo, ubicada en el distrito de La Joya y Mollendo, provincia de Arequipa e Ilay respectivamente, departamento de Arequipa de titularidad de CEMENTOS OTORONGO S.A.C. (en adelante, CEMENTOS OTORONGO), durante la cual se detectó infracciones a la normatividad ambiental del sector minero. En virtud de dicha supervisión la Supervisora Externa Servicios Generales de Seguridad y Ecología S.A. elaboró el Informe de la Supervisión Especial – 2008 "Normas de Protección y Conservación del Ambiente al Proyecto Cerro Cali – Carmelo de Compañía Cementos Otorongo S.A.C." (en adelante, el Informe de Supervisión)².

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20498513086.

² Fojas 111 a 207.

2. Mediante Resolución Directoral N° 363-2012-OEFA/DFSAI del 26 de noviembre de 2012³, notificada el 26 de noviembre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA), impuso a CEMENTOS OTORONGO una multa ascendente a ochenta (80) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
3. Asimismo, a través de la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI del 30 de enero de 2013⁴, notificada el 1 de febrero de 2013, la DFSAI declaró fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por CEMENTOS OTORONGO contra la Resolución Directoral N° 363-2012-OEFA/DFSAI, imponiendo una multa ascendente a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1

HECHOS IMPUTADOS		NORMAS INCUMPLIDAS	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Se inició actividades de exploración minera sin contar con el estudio ambiental correspondiente aprobado por el Ministerio de Energía y Minas	Artículo 5 ^º y Literal a) del Numeral 7.1 del Artículo 7 ^º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.	Numeral 3.1 del punto 3, Medio Ambiente, del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N°353-2000-EM/VMM ⁷ .	10 UIT

³ Fojas 384 al 392.

⁴ Fojas 636 al 642.

⁵ Decreto Supremo N° 020-2008-EM - Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de abril de 2008.-

"Artículo 5º.- Sobre los estudios ambientales comprendidos en este Reglamento

El presente Reglamento norma los requisitos y el procedimiento a considerar para la formulación y evaluación de los estudios ambientales, así como las atribuciones de la DGAAM del Ministerio de Energía y Minas, en lo concerniente a la determinación de la viabilidad ambiental de un proyecto de exploración minera.

Antes de iniciar actividades de exploración minera, el titular debe contar con el correspondiente estudio ambiental aprobado, con excepción de las actividades de cateo y prospección que son libres en todo el territorio nacional, aún cuando no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncias y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario. Es prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público, salvo autorización previa de la entidad competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del TUO de la Ley General de Minería aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM".

⁶ Decreto Supremo N° 020-2008-EM - Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.-

"Artículo 7º.- Obligaciones del titular

7.1. El titular está obligado a contar con los siguientes instrumentos, antes de iniciar sus actividades de exploración minera:

a) El estudio ambiental correspondiente aprobado, de acuerdo a lo señalado en el presente reglamento.

(...)"

⁷ 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, publicada el 2 de setiembre de 2000.-

"3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM. Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM. Resoluciones Ministeriales Nos. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la

2	Se inició actividades de exploración minera sin contar con el derecho a usar el terreno superficial.	Literal c) del Numeral 7.1. del Artículo 7º y Artículo 14º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM	Numeral 3.1 del punto 3, Medio Ambiente, del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	10 UIT
3	Se dispuso en el ambiente desechos provenientes de sus actividades de exploración, sin adoptar medida alguna de previsión y control.	Artículo 6º ¹⁰ y Literal b) del Numeral 7.2 del Artículo 7º ¹¹ del Decreto Supremo N° 020-2008-EM, y Artículo 74º ¹² de la Ley N° 28611.	Numeral 3.1 del punto 3, Medio Ambiente, del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	10 UIT
MULTA TOTAL				30 UIT

4. El 22 de febrero de 2013¹³, CEMENTOS OTORONGO interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción. En estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que teniéndolo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio. (...)

5. **Decreto Supremo N° 020-2008-EM - Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.-**
"Artículo 7º.- Obligaciones del titular
 7.1. El titular está obligado a contar con los siguientes instrumentos, antes de iniciar sus actividades de exploración minera:
 (...)
 c) El derecho a usar el terreno superficial correspondiente al área en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente.
 (...)
9. **Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.-**
"Artículo 14º.- Protección del patrimonio arqueológico
Está prohibido el inicio de actividades de exploración minera en áreas que constituyan Monumentos Arqueológicos Prehispánicos o Monumentos Históricos Coloniales y Republicanos a los que se refiere el Decreto Supremo 004-2000-ED o sus modificatorias, salvo que el titular cuente con autorización expresa del Instituto Nacional de Cultura".
10. **Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.-**
"Artículo 6º.- Responsabilidad del titular
El titular es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de residuos al medio ambiente, así como por la degradación del mismo o de sus componentes y por los impactos y efectos negativos que se produzcan como resultado de las actividades de exploración minera que realiza o haya realizado".
11. **Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.-**
"Artículo 7º.- Obligaciones del titular
 (...)
 7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:
 (...)
 b) 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.
 (...)
12. **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005**
"Artículo 74º.- De la responsabilidad general
Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generan sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión".
13. Mediante escrito de registro N° 006630 (Fojas 644 a 697).

- a) La resolución apelada se sustenta únicamente en el Informe de Supervisión, pese a que carece de objetividad e imparcialidad, pues todas las fotografías que forman parte del mismo fueron tomadas por quien formuló la denuncia contra CEMENTOS OTORONGO, el señor Marcos Nakagawa, supliendo la labor de la Supervisora Externa.

Incluso se pudo realizar un cambio en la tarjeta de memoria de la cámara digital utilizada por el referido señor durante la Supervisión Especial.

En tal sentido, se debe realizar una nueva supervisión, pues el hecho descrito vulnera los principios de debido procedimiento, imparcialidad e igualdad y, por lo tanto, conlleva la nulidad de la resolución apelada.

- b) CEMENTOS OTORONGO no estaba obligado a contar con un instrumento de gestión ambiental, pues se encontraba realizando actividades de prospección pero no de exploración, tales como perforaciones diamantinas que sí habrían requerido contar con dicho instrumento.

Más aún, cuando se llevó a cabo la supervisión se había ordenado el cese de las labores de prospección que consistieron en cuatro (4) perforaciones con taladro de una profundidad no mayor de cinco (5) metros.

Por lo tanto, no se puede sancionar a CEMENTOS OTORONGO por no tener un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA), pues, en el peor escenario, lo que se le hubiera requerido es tan solo una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, DIA).

- c) No es aplicable el Artículo 7° de la Ley N° 26505¹⁴, en tanto las concesiones mineras no se encuentran superpuestas con tierras de comunidad campesina ni nativa con la cual se deba negociar el acceso al terreno superficial.

Por el contrario, se trata de un terreno eriazos del Estado cuyo acceso para fines mineros se encuentra regulado por el Artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, TUO), el cual establece que las concesiones que se otorguen en terrenos eriazos reciben el uso minero gratuito de la superficie sin necesidad de solicitud adicional alguna. Es decir, el titular minero tiene el derecho a gozar gratuitamente del terreno eriazos sin necesidad de formular otra nueva solicitud, siendo suficiente ostentar la titularidad de la concesión minera.

¹⁴ Ley N° 26505 – Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de julio de 1995.-
"Artículo 7°.- La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.
(...)"

- d) En el Informe de Supervisión no se detalla el tipo de daño que se habría causado al ambiente, a pesar que las normas invocadas por la DFSAI se refieren a la responsabilidad de CEMENTOS OTORONGO como si hubiera ocasionado daño al ambiente, lo que supone que este daño habría sido verificado mediante medios idóneos, lo que no se ha cumplido.
- e) De acuerdo con el Informe de Supervisión, se habría dispuesto lodo seco en el suelo, lo cual sería evidencia de las actividades de exploración efectuadas; sin embargo, ello no ha sido verificado in situ, siendo apreciaciones subjetivas que no constituyen medio probatorio; además, la Supervisora Externa no ha efectuado análisis químicos de los lodos secos para conocer sus efectos contaminantes.
5. Asimismo, cabe agregar que mediante escrito con Registro N° 31369, presentado el 17 de octubre de 2013¹⁵, CEMENTOS OTORONGO solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el cual fue concedido mediante Proveído N° 030-2013/OEFA-TFA-ST notificado el 26 de noviembre de 2013; programándose dicha diligencia para el 10 de diciembre de 2013¹⁶, la cual se realizó con la asistencia del administrado, conforme consta en el Acta respectiva¹⁷.

II. Competencia

6. 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 Ambiente¹⁸, se crea el OEFA.
7. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁹ (en adelante, Ley N°

¹⁵ Foja 716.

¹⁶ Foja 726.

¹⁷ Fojas 743 a 746.

¹⁸ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.-

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

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.

(...)*.

¹⁹ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.-

***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.

29325), el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la 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 OEFA²⁰.
9. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²¹ 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, OSINERGMIN²²) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²³, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

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

(...)

²⁰ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades".

²¹ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM – Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado el 21 de enero de 2010.-

"Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA".

²² Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada el 24 de enero de 2007.-

"Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERGMIN en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN".

²³ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada el 23 de julio de 2010.-

"Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010".

- ✓
10. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325²⁴, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²⁵, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD²⁶, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma Procedimental Aplicable

11. Previamente al análisis de los argumentos formulados por CEMENTOS OTORONGO, este Órgano Colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²⁷, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo.

²⁴ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento, y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a Ley".

²⁵ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.-

"Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

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 normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley".

²⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.-

"Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defectos de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia".

²⁷ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"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 solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)"

12. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012²⁸.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

13. De acuerdo con el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú²⁹, toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
14. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

“En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”³⁰.

15. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”³¹, de las que se deriva un conjunto

²⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 13 de diciembre de 2012.-

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

²⁹ Constitución Política del Perú de 1993, publicada el 30 de diciembre 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.

(...)”.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover frente a las actividades humanas que pudieran afectar el ambiente. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

*"Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras"*³² (Resaltado agregado).

*"(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor 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"*³³ (Resaltado agregado).

16. En ese sentido, Sen advierte que: *"un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones"*³⁴.
17. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha definido el medio ambiente en los siguientes términos:

*"(...) 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)"*³⁵.

18. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente³⁶, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos,

³² Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.

³³ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

³⁴ SEN, Amartya: "Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns". Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (Traducción nuestra)

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

³⁶ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.- "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

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.

19. En tal 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. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
20. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2. Respecto a la validez del Informe de Supervisión como medio probatorio

21. Con relación a lo señalado en el Literal a) del Considerando 4 de la presente Resolución, respecto a que el Informe de Supervisión carece de objetividad e imparcialidad, pues todas las fotografías que forman parte del mismo fueron tomadas por el señor Marcos Nakagawa³⁷, quien formuló la denuncia contra CEMENTOS OTORONGO; es preciso señalar que este Órgano Colegiado considera que la participación del referido denunciante no determina la invalidez del Informe de Supervisión.
22. Al respecto, cabe indicar que durante la Supervisión Especial realizada los días 6 y 7 de octubre de 2008, en la Unidad Minera Proyecto Cerro – Cali Carmelo, la empresa Servicios Generales de Seguridad y Ecología S.A. observó lo siguiente:

"5.3 Perforaciones. - Se encontraron 6 puntos de perforación, cada uno de ellos con su respectiva codificación y con las siguientes características³⁸:

Tabla N° 1. Perforaciones encontradas en campo

<u>Código</u>	<u>Coord. Este</u>	<u>Coord. Norte</u>	<u>Profundidad</u>	<u>Inclinación</u>	
S-N1	212 037	8 152 395	60.30 m	45°	Foto 1, 2

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."

Conforme a lo señalado en el Informe de Supervisión, la denuncia formulada por el Señor Marcos Nakagawa Marroquín dio origen a la supervisión especial, por el presunto desarrollo de actividades de perforación diamantina, habilitación y construcción de accesos por parte de la Empresa Cementos Otorongo S.A.C.

³⁸ Foja 116.

S-N2	212 071	8 152 508	66.00 m	70°	Foto 3, 4, 5, 6
S-N3	212 396	8 152 255	72.25 m	60°	Foto 7, 8
S-N4	212 450	8 152 355	63.70 m	70°	Foto 9, 10, 11
S-N5	212 823	8 152 088	74.65 m	60°	Foto 13, 14, 15
S-N6	212 869	8 152 172	67.00 m	70°	Foto 16, 17, 18

23. En esa medida, tal como se verifica de la revisión de las conclusiones del Informe de Supervisión, se encontraron 6 Puntos de Perforación (identificados con los códigos S-N 1, S-N 2, S-N 3, S-N 4, S-N 5 y S-N 6), todos con evidencia de haber sido efectivamente perforados, debido a la presencia de lodos de perforación en su entorno y dispuestos directamente sobre el suelo.
24. Tal observación se complementa con las 42 fotografías del Anexo N° 2 del Informe de Supervisión, en las cuales se advierten los Puntos de Perforación S-N1, S-N2, S-N3, S-N4, S-N5, S-N6, así como los accesos (camino) habilitados, una poza de lodos de perforación y una calicata.
25. En tal sentido, se desprende que los hechos imputados en el presente procedimiento administrativo sancionador están referidos al inicio de actividades de exploración minera sin contar con el estudio ambiental correspondiente, previamente aprobado por el Ministerio de Energía y Minas, incumpliendo, de esta forma, la obligación establecida en el Artículo 5° y Literal a) del Numeral 7.1 del Artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM (en adelante, Decreto Supremo N° 020-2008-EM). Asimismo, dichas imputaciones se encuentran debidamente acreditadas con la constatación realizada en campo por parte de la Supervisora Externa, conforme consta del Informe de supervisión, complementado con las fotografías anexas al mismo.
26. Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por CEMENTOS OTORONGO, si bien algunas de las fotografías anexas al Informe de Supervisión fueron tomadas por el señor Marcos Nakagawa; ello no invalida la constatación efectuada en campo por la Supervisora Externa³⁹ ni las conclusiones a las cuales arribó⁴⁰ y, por ende, tampoco invalida el valor probatorio del Informe de Supervisión.

³⁹ Se debe mencionar que la ubicación de los Puntos de Perforación constatados en campo por la Supervisora Externa fueron geo-referenciados, a través de sus respectivas coordenadas UTM, estableciéndose la profundidad de cada una y su inclinación; de igual manera se repitió el mismo procedimiento con los accesos y las áreas disturbadas conforme se puede advertir de la revisión del Informe de Supervisión (Fojas 114 a 119).

⁴⁰ Conclusiones:
 "A. Cementos Otorongo S.A.C. es titular de la concesión minera pero no tiene autorización de uso de terreno superficial.
 (...)
 E. El titular minero no tenía la autorización para el inicio de actividades de exploración al momento de haber efectuado actividades.
 (...) Foja 124.

27. Ello, toda vez que conforme a lo señalado en el Artículo 165° de la Ley N° 27444⁴¹, los informes de supervisión cuentan con la presunción de veracidad por tratarse de hechos comprobados con ocasiones del ejercicio de la función supervisora.
28. Además, no todas las fotografías anexas al Informe de Supervisión fueron tomadas por el referido señor, siendo que la Supervisora Externa señaló lo siguiente:
- "(...) Para el caso de las fotos de las perforaciones S-N5 y S-N6, debo precisar que fueron tomadas por el asistente del señor Marco Nakagawa, a quien le proporcioné mi cámara fotográfica y GPS, después de haber ubicado los mencionados puntos de perforación tal y como puede apreciar en la foto N° 12"⁴².*
29. En tal sentido, cabe señalar que en aplicación del Numeral 21.4 del Artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS-CD⁴³, los informes 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.
30. Es así que, de acuerdo con el Numeral 162.2. del Artículo 162° de la Ley N° 27444, correspondía al apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del referido informe de supervisión, lo que no ocurrió; por lo cual corresponde desestimar lo alegado por el recurrente.
31. En ese sentido, es pertinente señalar que los informes emitidos en mérito a una visita de inspección por parte de la autoridad competente constituyen un documento mediante el cual se pone en consideración la presunta existencia de infracciones administrativas, acompañando los medios probatorios obtenidos durante el trabajo

G. Se encontraron 6 perforaciones, toda con evidencias de haber sido perforadas debido a la presencia de lodos de perforación en su entorno y dispuestos directamente al suelo.

H. Cementos Otorongo ejecutó sus actividades de exploración sin adoptar medidas de prevención y control ambiental en la disposición de los residuos de las actividades de exploración que realizó dentro del área del proyecto. (...)"

⁴¹ Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"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".

⁴² Foja 116.

⁴³ Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS-CD - Aprueba el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de octubre de 2007.-

"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.

(...)"

de campo, dejándose constancia de todo aquello que ha sido objeto de verificación durante la supervisión⁴⁴.

32. Por lo tanto, corresponde manifestar que si bien las fotografías constituyen un medio que complementa los hallazgos realizados en el campo por el supervisor, no constituyen en sí mismas el elemento determinante de la sanción; por el contrario, éstas se conjugan con otros elementos y hechos expuestos en el Informe de Supervisión.
33. Igualmente, corresponde señalar que el órgano instructor tiene la potestad de evaluar el contenido de los informes de supervisión y determinar la naturaleza de los hechos constatados por la Supervisora Externa, contando con la facultad de iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador de considerar que éstos constituyen infracción administrativa⁴⁵.
34. En atención a lo señalado, este Tribunal considera que no se ha vulnerado los principios de debido procedimiento administrativo, imparcialidad e igualdad de partes; en tanto que CEMENTOS OTORONGO no ha podido acreditar mediante medios probatorios pertinentes que el Informe de Supervisión carece de la idoneidad suficiente para acreditar la comisión de infracciones administrativas a la normatividad ambiental.

En consecuencia, conforme a los argumentos señalados se desestima el pedido de nulidad formulado por el recurrente.

IV.3. Respecto al inicio de actividades de exploración minera sin contar con el estudio ambiental correspondiente aprobado por el Ministerio de Energía y Minas

35. Con relación a los argumentos expuestos en el Literal b) del Considerando 4, de la presente Resolución, respecto a que no se estaba realizando labor de exploración, sino que se venía ejecutando labores de prospección las cuales consistían en perforaciones con taladros de una profundidad no mayor de cinco (5) metros; se debe manifestar que del análisis del Informe de Supervisión se ha determinado que durante la Supervisión Especial realizada los días 6 y 7 de octubre de 2008, en la Unidad Minera Proyecto Cerro – Cali Carmelo, la Supervisora Externa verificó que CEMENTOS OTORONGO no solo había realizado actividades de prospección en la

⁴⁴ Asimismo, refuerza dicho argumento que las vistas de las perforaciones encontradas en campo hayan sido debidamente identificadas con sus respectivas fotografías, en cuya obtención solamente participó el supervisor; asimismo, fueron geo-referenciadas a través de sus respectivas coordenadas UTM, estableciéndose la profundidad de cada una y su inclinación; de manera igual se repitió el mismo procedimiento con los Accesos y las áreas disturbadas, conforme se puede advertir de la revisión del Informe de Supervisión.

Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.-

"Artículo 6° De las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador

(...)

b) **Autoridad Instructora:** Es el órgano facultado para imputar cargos, solicitar el dictado de medidas cautelares, desarrollar las labores de instrucción y actuación de pruebas durante la investigación en primera instancia, y formular la correspondiente propuesta de resolución"

referida unidad minera sino también actividades de exploración, sin contar con el estudio ambiental correspondiente.

36. Con relación a ello, cabe indicar que de acuerdo con el 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 sancionadores, sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados⁴⁶.
37. En tal sentido, recae sobre la Administración el deber de acreditar la concurrencia de cada uno de los elementos que integran el ilícito administrativo, de modo tal que los elementos mediante los cuales se desestimen los argumentos expuestos por los apelantes contengan la idoneidad necesaria para desvirtuar la presunción de licitud reconocida a favor de éstos.
38. Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado en los Artículos 2° y 3° de la Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, modificado por Decreto Legislativo N° 1078, no podrá iniciarse la ejecución de proyectos que puedan causar impactos ambientales significativos y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas, si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la respectiva autoridad competente⁴⁷.
39. Este mandato general es recogido en el Artículo 5° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, el cual establece que antes de iniciar actividades de exploración minera el titular debe contar con el correspondiente estudio ambiental aprobado. Asimismo, en el Literal a) del Numeral 7.1. del Artículo 7° del referido Reglamento se establece que

⁴⁶ 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".

⁴⁷ Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 2001.-

"Artículo 2°.- Ámbito de la ley

Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos.

El Reglamento señalará los proyectos y actividades comerciales y de servicios que se sujetarán a la presente disposición.

Artículo 3°.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente".

el titular minero está obligado a contar con el estudio ambiental correspondiente aprobado antes de iniciar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a lo señalado en dicho Reglamento.

40. En el presente caso, del Informe de Supervisión se advierte que la Supervisora Externa constató lo siguiente:

a. El 7 de octubre de 2008 se solicitó al encargado de asuntos ambientales de CEMENTOS OTORONGO las autorizaciones requeridas para efectuar trabajos de exploración, las cuales no fueron entregadas.

Posteriormente, durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador se corroboraría que CEMENTOS OTORONGO a la fecha de la supervisión no contaba con certificación ambiental para el desarrollo de actividades de exploración en el Proyecto Cerro Cali-Carmelo; el mismo que recién sería aprobado el 13 de octubre de 2008, mediante Constancia de Aprobación Automática N° 014-2008-MEM-AAM.

b. Tal como se detalló líneas arriba, se encontraron 6 Puntos de Perforación identificados con sus respectivos códigos, habiéndose tomado las respectivas coordenadas, así como medido su profundidad e inclinación. De manera tal que la constatación de cada Punto de Perforación por parte de la Supervisora Externa fue complementada por dos o más tomas fotográficas conforme al siguiente detalle:

<u>Código</u>	<u>Fotografía</u>
S-N1	Foto 1, 2 ⁴⁸
S-N2	Foto 3, 4, 5, 6 ⁴⁹
S-N3	Foto 7, 8 ⁵⁰
S-N4	Foto 9, 10, 11 ⁵¹
S-N5	Foto 13, 14, 15 ⁵²
S-N6	Foto 16, 17, 18 ⁵³

c. Asimismo, se verificó la presencia de residuos de perforación en cada uno de los 6 Puntos de Perforación encontrados, lo cual constituía una evidencia de que habían realizado actividades de exploración.


48 Foja 129.

49 Foja 130 al 131.

50 Foja 132.

51 Foja 133 al 134.

52 Foja 136 al 137.

53 Foja 137 al 138.

- d. Más aún, se apreció que CEMENTOS OTORONGO habilitó accesos a través de trochas que en su momento permitieron el acceso a las plataformas de perforación.
41. En tal sentido, durante la Supervisión Especial en cuestión se verificó que CEMENTOS OTORONGO realizó actividades de exploración, sin contar con el estudio ambiental correspondiente, incumpliendo con lo dispuesto en el Artículo 5° y el Literal a) del Numeral 7.1. del Artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.
42. Por lo tanto, conforme a lo dispuesto por el Numeral 162.2 del Artículo 162° de la Ley N° 27444, corresponde a los administrados presentar los medios de prueba que permitan desvirtuar los hechos imputados⁵⁴; sin embargo, CEMENTOS OTORONGO no ha presentado medio probatorio alguno para acreditar que solo realizó actividades de prospección.
43. No obstante, cabe precisar que de acuerdo con el Artículo 19° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2008-EM, las actividades de cateo y prospección no requieren la previa aprobación de un estudio ambiental, en tanto se entiende que causan ninguna o ligera alteración a la superficie, a través de los estudios geológicos, geofísicos, geoquímicos, levantamientos topográficos, la recolección de pequeñas cantidades de muestras de rocas y minerales de superficie. Asimismo, dicha norma establece que para estas actividades se utiliza instrumentos o equipos que pueden ser transportados a mano sobre la superficie y **sin causar mayor alteración que la originada por el tránsito ordinario de las personas** y que no se incluye dentro de estas actividades la realización de trincheras. (Resaltado agregado)
44. En este punto conviene recalcar que el desarrollo de las actividades de exploración minera no solamente se restringe al desarrollo de perforaciones diamantinas, sino además que se configura a partir de trabajos que van más allá de lo permitido para el desarrollo de actividades de prospección; en ese sentido, su realización requiere contar con los permisos respectivos, tal como ha sido señalado líneas arriba y verificado *in extenso* conforme a lo detallado en el Informe de Supervisión.
45. Por lo tanto, tal como se ha señalado en los considerandos precedentes, ha quedado acreditado que CEMENTOS OTORONGO no solo realizó actividades descritas en el Artículo 19° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, sino también actividades que causaron mayor alteración que la originada por el tránsito ordinario de las personas.

En consecuencia, corresponde no amparar lo sostenido por CEMENTOS OTORONGO.

⁵⁴ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones".

IV.4. Respecto al inicio de actividades sin contar con el derecho a usar el terreno superficial

46. Según lo señalado en el Literal c) del Considerando 4 de la presente Resolución, CEMENTOS OTORONGO alega que no corresponde la aplicación del Artículo 7° de la Ley N° 26505, toda vez que su concesión minera no se encuentra ubicada dentro de los terrenos de una comunidad campesina o nativa, sino en un terreno eriazos del Estado cuyo acceso para fines mineros se encuentra regulado por el Artículo 37° del TUO, el cual establece que no se requiere permiso adicional a la propia concesión minera para hacer uso libre de dichos terrenos.
47. Al respecto, cabe señalar que por disposición del principio del debido procedimiento, establecido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los administrados tienen el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica, entre otros, que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.
48. Respecto a estos argumentos, la DFSAI señaló que la infracción materia de cuestionamiento se refiere al incumplimiento del Literal c) del Numeral 7.1 del Artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, es decir, sobre el derecho a usar el terreno superficial correspondiente al área de concesión. En ese sentido, en cuanto a la obligación de CEMENTOS OTORONGO para acceder al terreno eriazos, ésta deberá interpretarse de manera conjunta entre el Artículo 37° del TUO y el Artículo 7° de la Ley N° 26505⁵⁵.
49. Más aún, de acuerdo con el órgano instructor, si bien el Artículo 37° del TUO de la LGM establece que el concesionario minero puede usar terrenos eriazos, el Artículo 7° de la Ley N° 26505 y sus disposiciones reglamentarias establecen que para el uso de dichos terrenos, el concesionario previamente deberá solicitar a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) que le adjudique el predio.
50. En ese sentido, a fin de cumplir con aplicar adecuadamente el ordenamiento jurídico, este Órgano Colegiado conforme a lo establecido en el Artículo 76° de la Ley N° 27444 solicitó información a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, DGM)⁵⁶ que emitiera opinión legal sobre el uso de terrenos eriazos de propiedad del Estado ubicados dentro de concesiones mineras hasta antes de la aprobación del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM.
51. Como respuesta a la consulta formulada, la DGM remitió el Informe N° 842-2013-MEM-DGM/DNM⁵⁷ exponiendo las siguientes conclusiones:

3.2 *Con la entrada en vigencia de la Ley N° 26505 – Ley de la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de*

⁵⁵ Considerando N° 43 de la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI.

⁵⁶ Oficio N° 057-2013-OEFA-TFA/ST

⁵⁷ Mediante Oficio N° 1714-2013-MEM-DGM (Foja 713 al 714)

las comunidades campesinas y nativas, modificada por Ley N° 26570, todos los terrenos eriazos, que no fueron excluidos del registro elaborado por el Ministerio de Energía y Minas, de acuerdo a los requisitos mencionados anteriormente, pasan a ser de propiedad del Estado y serán otorgados a quienes los soliciten mediante venta o concesiones en subasta pública. En ese sentido, el titular de una concesión minera otorgada en terrenos eriazos del Estado, para hacer uso de éstos debía solicitarlos a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales – SBN, de acuerdo a lo previsto en el literal g) del numeral 14.1 del artículo 14° de la Ley N° 29151 – Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales. (Resaltado agregado)

(...)

- 3.4 Durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley N° 26505 (...) y el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, el titular minero no estaba facultado a hacer uso automático de los terrenos eriazos de propiedad del Estado ubicados sobre su concesión, sino que necesitaba solicitarlos a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales – SBN. (Resaltado agregado)

52. En ese sentido, lo señalado en el párrafo precedente guarda concordancia con la interpretación realizada por la DFSAI; ante lo cual, corresponderá analizar su alcance a fin de resolver lo alegado por el administrado en ese extremo.
53. De la revisión de los actuados del presente procedimiento administrativo sancionador, se verifica que la Supervisión Especial fue realizada por OSINERGMIN entre el 6 y 7 de octubre del año 2008, identificándose el inicio de actividades de exploración minera sin contar con el derecho a usar el terreno superficial, hecho que fue recogido y sancionado por la DFSAI conforme a lo establecido en la Resolución materia de apelación.
54. No obstante ello, este Órgano Colegiado ha advertido que en la fecha en que se realizó dicha supervisión la legislación de carácter administrativo que brindaba contenido al Literal c) del Numeral 7.1. del Artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM se encontraba derogada. Así, el 28 de junio de 2008, mediante Decreto Legislativo N° 1064 se aprobó el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario⁵⁸, el cual derogó la Ley N° 26505⁵⁹ y todas sus normas complementarias, con excepción del Artículo 10° modificado por Decreto Legislativo N° 1015⁶⁰.
55. De lo expresado en el párrafo precedente, se puede concluir que si bien durante el periodo en que se realizó la Supervisión Especial, el mandato de contar con el

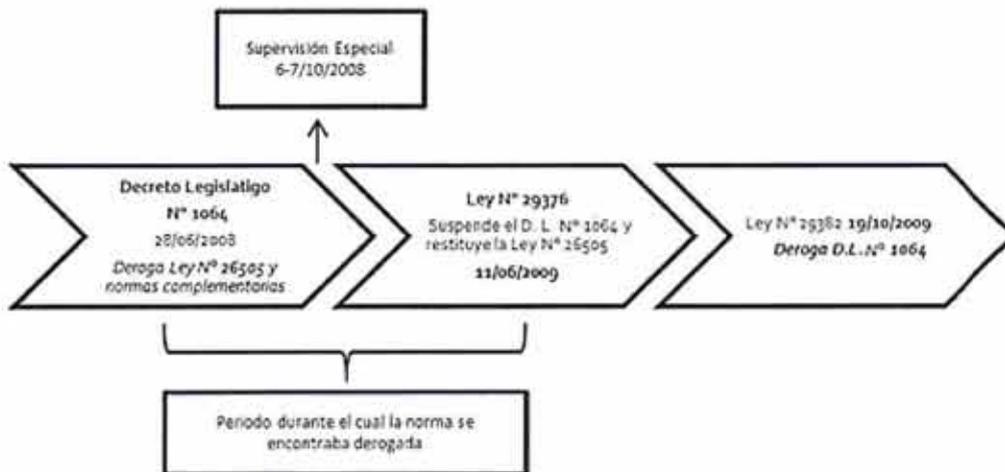
⁵⁸ Decreto Legislativo N° 1064 - Decreto Legislativo que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario, publicado en el diario oficial El Peruano, el 28 de junio de 2008

⁵⁹ Ley N° 26505 - Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, publicado en el diario oficial El Peruano, el 18 de julio de 1995.

⁶⁰ Decreto Legislativo N° 1015 - Decreto Legislativo que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria.

derecho a usar el terreno superficial se mantenía, la legislación que daba contenido a esta obligación se encontraba expresamente derogada.

56. En ese sentido, verificada esta situación jurídica, no corresponde concluir que derogada la Ley N° 26505 y sus normas complementarias, retomaba vigencia el Artículo 37° del TUO, que en su momento había sido derogado tácitamente por dicha Ley; no resultando aplicable, en ese sentido, dicho mandato legal, conforme a lo señalado por el administrado.
57. Por lo tanto, para este Órgano Colegiado, al carecer de contenido la norma incumplida, no se cuenta con los elementos suficientes para configurar la infracción administrativa, en tanto que la obligación establecida por la disposición de mandato general, cuyo incumplimiento se imputa, no se encontraba vigente en dicho momento.
58. Asimismo, sin perjuicio de lo señalado, posteriormente se suspendió el Decreto Legislativo N° 1064, mediante Ley N° 29376 de fecha 11 de junio de 2009, la cual dio fuerza de ley y restituyó la Ley N° 26505 y sus normas complementarias. Asimismo, mediante Ley N° 29382, de fecha 19 de octubre de 2009, se derogó el Decreto Legislativo N° 1064, no quedando duda respecto a la vigencia de la Ley N° 26505 y la exigibilidad de las normas que esta contiene, lo cual se grafica en el siguiente diagrama:



59. Por lo tanto, debe concluirse que dentro del ordenamiento jurídico se presentó un periodo durante el cual la Ley N° 26505 y sus normas complementarias se encontraban derogadas. En tal sentido, esta situación jurídica proscribió que dichas normas formaran parte de la legislación aplicable para imputar como infracción administrativa el incumplimiento de contar con el derecho a usar el terreno superficial de las tierras eriazas de propiedad del Estado.
60. Por lo tanto, si bien está acreditado el hecho imputado a CEMENTOS OTORONGO, referido a la realización de actividades de exploración minera sin contar con el derecho a usar el terreno superficial, no correspondía sancionar a dicha empresa por

el incumplimiento de los Artículos 7° y 14° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, pues la norma que desarrollaba el procedimiento para el cumplimiento de esta obligación no se encontraba vigente por derogación expresa, durante el periodo en que se realizó la Supervisión Especial.

61. Siguiendo este orden de ideas, resulta oportuno especificar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidos en la Ley N° 27444. Por tanto, habiéndose constatado que la Resolución Directoral N° 363-2012-OEFA/DFSAI y la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI⁶¹ se emitieron vulnerando los principios de legalidad y del debido procedimiento, contenidos en los Numerales 1.1 y 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444; corresponde declarar la nulidad de dichos actos administrativo en este extremo, al haberse configurado la causal prevista en el Numeral 2 del Artículo 10° de la Ley N° 27444.

IV.5. Respecto a la disposición en el ambiente de desechos provenientes de sus actividades de exploración sin adoptar medida de previsión y control

62. Con relación a los argumentos expuestos en los Literales d) y e) del Considerando 4 de la presente Resolución, para CEMENTOS OTORONGO, el Informe de Supervisión no detalla el tipo de daño causado, solo refiere que si bien la disposición de lodo seco evidenciaría el trabajo efectuado, ello no fue verificado in situ, constituyendo un apreciación subjetiva que no debería tomarse como medio probatorio válido; más aún cuando no se realizó análisis químicos de los lodos secos para conocer sus efectos contaminantes.

63. En cuanto a lo señalado, corresponde indicar que ello no se ajusta a la naturaleza de la imputación y los hechos verificados en campo, debiendo desestimarse conforme a los argumentos que se detallan a continuación.

64. Conforme 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 sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

65. En ese sentido, en el presente caso se ha calificado como infracción sancionable la disposición de desechos en el ambiente producto de las actividades de exploración, sin haberse adoptado medida alguna de previsión y control; lo cual constituye un incumplimiento del Artículo 6° y Literal b) del Numeral 7.2. del Artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM, y el Artículo 74° de la Ley N° 28611.

66. En esa medida, se verifica que la entidad instructora no ha considerado el componente daño al ambiente en la presente imputación, por lo que no resultaba necesario realizar evaluaciones químicas, a fin de comprobar que efectivamente se

⁶¹ Ello conforme a lo señalado en el Numeral 13.1 del Artículo 13° de la Ley N° 27444, el cual precisa que la nulidad de un acto administrativo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estos estén vinculados a él.

incumplieron las obligaciones ambientales que regulan el desarrollo de la actividad de exploración minera.

67. Más aún, ello se confirma con la norma tipificadora aplicada, es decir, el Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la cual establece como infracciones los incumplimientos de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en normas de carácter general y específico, así como aquellas disposiciones modificadoras y complementarias, que sean detectados como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales. A esta infracción le corresponde una multa fija de 10 UIT.
68. En consecuencia, de la revisión del Informe de Supervisión y conforme a los considerandos precedentes, ha quedado debidamente acreditado que se dispuso en el ambiente desechos provenientes de las actividades de exploración minera sin adoptar las medidas de previsión y control ambiental establecidas en las normas que regulan el desarrollo de la actividad de exploración minera y en la Ley General del Ambiente.
69. Asimismo, corresponde precisar que el administrado ha alegado que debe realizarse una interpretación acorde con el Numeral 149.1 del Artículo 149° de la Ley N° 28611; al respecto, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse en dicho extremo, en tanto este Artículo versa sobre el procedimiento para la emisión de informes técnicos fundamentados en el ámbito de investigaciones por la presunta comisión de delitos ambientales, establecidos en el Título XIII del Código Penal.

Por lo tanto, en base a las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por el apelante en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- Declarar la **NULIDAD DE OFICIO** de la Resolución Directoral N° 363-2012-OEFA/DFSAI del 26 de noviembre de 2012 y la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI del 30 de enero de 2013, en el extremo de la infracción por iniciar actividades de exploración minera sin contar con el derecho a usar el terreno superficial, de acuerdo con los Considerandos 46 a 61 de la presente Resolución, y retrotraer el procedimiento administrativo sancionador, respecto a dicha infracción, hasta el momento en que el vicio se produjo.

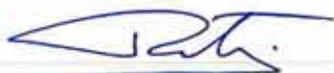
Artículo segundo.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 050-2013-OEFA/DFSAI del 30 de enero de 2013, en los demás extremos no contemplados en el artículo anterior, por

los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo tercero.- FIJAR el monto de la multa en veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y **DISPONER** que dicho monto sea depositado por CEMENTOS OTORONGO S.A.C. en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo cuarto.- NOTIFICAR la presente Resolución a CEMENTOS OTORONGO S.A.C. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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