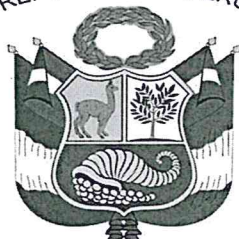


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 259 -2012-OEFA/TFA

Lima, 27 NOV. 2012

VISTO:

El Expediente N° 035-2012-DFSAI/PAS que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EL ROSARIO DE BELÉN¹ (en adelante, ROSARIO DE BELÉN) contra la Resolución Directoral N° 280-2012-OEFA/DFSAI de fecha 06 de setiembre de 2012 y el Informe N° 273-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 26 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 280-2012-OEFA/DFSAI de fecha 06 de setiembre de 2012 (Fojas 781 a 787), notificada con fecha 07 de setiembre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a ROSARIO DE BELÉN una multa de catorce (14) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de siete (07) infracciones, conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA y TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplimiento de la Recomendación N° 2 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: "S.M.R.L. El Rosario	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD ²	02 UIT

¹ SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EL ROSARIO DE BELÉN identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20481021821.

² RESOLUCIÓN N° 185-2008-OS-CD. TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES GENERALES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES DE OSINERGMIN APLICABLE A LA ACTIVIDAD MINERA. MODIFICADA POR RESOLUCIÓN N° 257-2009-OS/CD.
ANEXO 1

Rubro	Tipificación de la Infracción Art. 1° de la Ley 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería	Base Legal	Supervisión y Fiscalización Minera
-------	---	------------	---------------------------------------

de Belén, debe implementar una infraestructura adecuada para el almacenamiento de cal, que cuente con instalaciones de derivación de agua y adecuada protección del intemperismo”		
Incumplimiento de la Recomendación N° 08 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: “S.M.R.L. El Rosario de Belén, deberá contar con un depósito temporal de residuos sólidos en el que realice una adecuada segregación y se implemente entre otros aspectos un control de escorrentías, segregación y señalización correspondiente”	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD	02 UIT
Incumplimiento de la Recomendación N° 09 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: “S.M.R.L. El Rosario de Belén, deberá implementar un adecuado sistema de captación y conducción de las escorrentías superficiales sobre el área de pads, pozas de solución y planta de tratamiento de soluciones merrill-crowe en la Unidad Patibal, de acuerdo a compromisos y diseños establecidos, con la finalidad de prevenir la generación de erosiones en taludes y en las cunetas de acceso en el entorno”	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD	02 UIT
Incumplimiento de la Recomendación N° 10 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: “S.M.R.L. El Rosario de Belén, deberá implementar un adecuado sistema de captación y conducción de las escorrentías superficiales sobre los tajos y desmonteras en la Unidad Patibal de acuerdo a diseños establecidos, con la finalidad de prevenir la generación de erosiones en taludes y en las cunetas de acceso en el entorno y sectores superiores de los tajos y desmonteras”	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD	02 UIT

13	Incumplir las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido por los supervisores.	Artículo 31° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM. Artículo 24° inciso p) del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM. Artículo 23° inciso m) del Reglamento aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 205-2009-OS/CD	Hasta 8 UIT
----	---	--	-------------

Incumplimiento de la Recomendación N° 11 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: "S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá contar con un plan de manejo de residuos sólidos e implementar las instalaciones correspondientes"	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD	02 UIT
Incumplimiento de la Recomendación N° 12 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: "S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá implementar las identificaciones de los puntos de monitoreo de agua superficial y subterránea y la operatividad para efectuar el monitoreo de aguas subterráneas"	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD	02 UIT
Incumplimiento de la Recomendación N° 13 del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, de la Supervisión Regular realizada entre los días 10 y 12 de noviembre del 2009: "S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá realizar el estudio correspondiente que permita identificar e implementar una estación de monitoreo de agua superficial, aguas abajo de las áreas de operación en el río Angasmarca"	Rubro 13 del Anexo 1, Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobado por Resolución N° 185-2008-OS/CD	02 UIT
MULTA TOTAL		14 UIT³

³ Cabe indicar que la multa impuesta en este extremo, se determinó de acuerdo a los criterios específicos aprobados mediante Resolución de Gerencia General N° 527, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 07 de agosto de 2010.

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 527. APRUEBAN CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PREVISTA EN EL RUBRO 13 DE LA ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES POR INFRACCIONES GENERALES CORRESPONDIENTES A LA ACTIVIDAD MINERA, APROBADA POR RES. N° 185-2008-OS/CD.

ANEXO					
CRITERIOS ESPECÍFICOS QUE SE DEBERÁN TOMAR EN CUENTA PARA LA APLICACIÓN DE LA ESCALA DE MULTAS APROBADAS POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 185-2008-OS/CD					
Rubro de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones	Infracción	Sanción por Ocurrencia			
		1° vez	2° vez	3° vez	4° vez en adelante
13	Incumplir las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido por los supervisores	2 UIT	4UIT	6UIT	8UIT

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-020836 presentado con fecha 28 de setiembre de 2012 (Fojas 790 a 794), complementado con escrito de registro N° 2012-E01-021438 presentado con fecha 09 de octubre de 2010 (Fojas 803 a 804), ROSARIO DE BELÉN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 280-2012-OEFA/DFSAI de fecha 06 de setiembre de 2012, en atención a los siguientes fundamentos:

- a) Las infracciones detectadas por la Empresa Supervisora no revisten un nivel de gravedad que ponga en peligro algún bien jurídico tutelado por la legislación, pues sólo constituyen recomendaciones de tipo administrativo que coadyuvaban al mejor desarrollo de la actividad minera.

Por este mismo motivo, la propia legislación habilita que sean subsanadas por la empresa supervisada.

- b) Algunas de las recomendaciones no pudieron ser cumplidas dentro del tiempo programado debido a situaciones ajenas a la voluntad de la apelante, como son las lluvias que caen en la zona, entre otras.

Además de ello, ROSARIO DE BELÉN agrega que el objeto de las recomendaciones ha sido cumplido, lo que se evidencia de la documentación que se adjunta en calidad de medio probatorio, razón por la cual no corresponde imponer sanción alguna.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁴.
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental⁵.

⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE. SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

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

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.
7. En adición, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁷.

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

⁶ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES PRIMERA.- (...)

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

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por ROSARIO DE BELÉN, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes⁸.
9. Siendo que a la fecha de inicio⁹ del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 003-2011-OEFA/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁰.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹¹:

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

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

⁹ En el presente caso, el Procedimiento Administrativo Sancionador se dio inicio mediante Carta N° 089-2012-OEFA/DFSAI/SDI de fecha 09 de marzo de 2012.

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

¹¹ La sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

“(...) 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”.

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

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

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

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹³:

¹² LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

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

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

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

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

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

“Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia 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.” (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.

Con relación el carácter sancionable de las Recomendaciones formuladas durante el ejercicio de función supervisora

- 11. En cuanto a lo señalado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, resulta oportuno indicar que a efectos de emitir un pronunciamiento motivado y fundado en las reglas jurídicas vigentes a la fecha en que se produjeron los hechos materia de análisis, como exigencia derivada del Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por tanto es necesario establecer el marco jurídico vigente a la fecha de la supervisión, desarrollada del **10 al 12 de noviembre de 2009**.

Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería, modificado por Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, a la fecha de supervisión correspondía al OSINERGMIN el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas

y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas, entre otras, en el sector minero¹⁴.

Por su parte, en virtud del artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dicha agencia reguladora se encontraba autorizada a ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras, debidamente calificadas y clasificadas¹⁵.

A su vez, se tiene que los principios, criterios, modalidades, sistemas y procedimientos relacionados al ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN -a la fecha de la supervisión durante la cual se formularon las observaciones y se detectó su incumplimiento-, se encontraban regulados por el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD.

Ahora bien, de conformidad con el literal m) del artículo 23° del Reglamento aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD, las empresas supervisoras se encuentran facultadas a formular recomendaciones en materia ambiental, las cuales deberán anotarse en el libro de protección y conservación del ambiente de la empresa supervisada, señalando, entre otros, plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas¹⁶.

¹⁴ LEY N° 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

Artículo 5°.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

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

¹⁵ LEY N° 27699, LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

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

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Empresas Supervisoras

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

¹⁶ RESOLUCIÓN N° 205-2009-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS DE OSINERGMIN.

Artículo 23°.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras

Las empresas supervisoras tienen las siguientes obligaciones:

(...)

m) Para el caso de las actividades mineras, sin perjuicio de lo que se señale en el informe respectivo, los supervisores deberán anotar en los libros de seguridad e higiene minera y de protección y conservación del ambiente, los hallazgos y recomendaciones, con indicación del plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento, de acuerdo con las normas vigentes.

Al respecto, conviene explicar que la formulación de recomendaciones constituye la materialización del Principio de Acciones Correctivas que orienta la actividad de supervisión ambiental en el sector que es objeto de análisis, regulado en el numeral 1.10 del Rubro 4.0 de la Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2001; y tiene como propósito ordenar la solución de las deficiencias detectadas durante la supervisión¹⁷.

En efecto, el establecimiento de una recomendación se justifica en los hallazgos u observaciones verificados en las instalaciones del titular minero, los cuales traducen principalmente las condiciones deficientes en los procesos, técnicas u operaciones realizadas para el desarrollo de la actividad minera, así como la detección de incumplimientos a las obligaciones fiscalizables en materia ambiental, que causan o pueden causar impactos negativos al ambiente.

De este modo, con el propósito de superar estas condiciones o incumplimientos detectados durante la supervisión, el Supervisor Externo se encuentra habilitado a formular las recomendaciones que considere adecuadas para subsanar las mismas y así evitar o disminuir el impacto negativo que tales condiciones causan o puedan causar al ambiente, correspondiendo precisar que la obligación de hacer o no hacer en que consiste la recomendación no sólo puede encontrar sustento en la normativa del sector sino además en criterios técnicos y tecnologías disponibles, que resulten aplicables.

A su vez, cabe agregar que la labor de determinación sobre el cumplimiento o no de las recomendaciones formuladas por los Supervisores Externos en la forma,

¹⁷ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 009-2001-EM-DGAA. GUÍA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – SUBSECTOR MINERÍA.

PRINCIPIOS DE LA FISCALIZACIÓN

1.10 Acciones Correctivas

Las acciones correctivas se refieren a los procedimientos que rectificarán el no-cumplimiento. Cuando sea apropiado, el fiscalizador deberá recomendar medidas de acción correctivas basadas en los resultados encontrados. (...)

1.27 Organización y Preparación del Reporte Final

La organización del informe final de fiscalización es crítica para completar el programa de fiscalización. De acuerdo con lo aprobado en la Resolución Directoral 129-96-EM/DGM, el

Informe de fiscalización elaborado por las Empresas de Auditoría e Inspectoría deberán tener en cuenta la siguiente estructura: (...)

VI) Recomendaciones

Las recomendaciones constituyen las medidas a implementar por la entidad fiscalizada y deben estar orientadas a corregir las deficiencias emergentes de la fiscalización realizada.

Estarán dirigidas al Ministerio de Energía y Minas y a los funcionarios de la entidad fiscalizada, que tengan competencia para disponer lo conveniente.

Los plazos de ejecución de las recomendaciones, serán computados a partir de la fecha de presentación del informe de fiscalización a las empresas mineras.

Las recomendaciones deben fundamentarse en lo observado durante la inspección in situ y en las conclusiones del informe; indicando el plazo de ejecución.

Las recomendaciones estarán dirigidas a los responsables de ordenar la solución de las deficiencias y deben ser técnica y económicamente factibles de implementar.

Al formular las recomendaciones se enfatizará en precisar las medidas necesarias para la acción correctiva, aplicando criterios de oportunidad, de acuerdo a la naturaleza de las observaciones.

Se deberá incluir recomendaciones que mejoren los controles internos cuando se detecte deficiencias de control.

También se deberá incluir en este rubro las recomendaciones determinadas en auditorías anteriores que no hayan sido corregidas.

La Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA se encuentra disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/quiamineriaxix.pdf>

modo y/o plazo especificados para su ejecución, corresponde a la autoridad encargada de supervisión, fiscalización y sanción, siendo posible en caso de verificar una situación de incumplimiento, imponer la sanción correspondiente, según lo indicado en el párrafo anterior de acuerdo a lo establecido por el numeral 29.4 del artículo 29 del Reglamento aprobado por Resolución N° 205-2009-OS-CD¹⁸.

Es por estos motivos que una vez formulada la recomendación en ejercicio de la potestad supervisora, ésta se constituye en una auténtica obligación ambiental fiscalizable, resultando exigible y sancionable de conformidad con el tipo infractor previsto en el Rubro 13 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable para la Supervisión y Fiscalización de la Actividad Minera, aprobada por Resolución N° 185-2008-OS/CD.

En el presente caso, conforme se advierte del Rubro Verificación de las Recomendaciones de Supervisión Anterior– Recomendaciones Verificadas (Fojas 42 y 43), de los formatos de fiscalización contenidos en el Informe de Supervisión N° 016-MA-2010-ACOMISA, durante la supervisión practicada en la Unidad de Producción PATIBAL se determinó lo siguiente:

N°	INCUMPLIMIENTOS	PLAZO VENCIDO	DETALLE	GRADO DE CUMPLIMIENTO %
2	S.M.R.L. El Rosario de Belén, debe Implementar una infraestructura adecuada para el almacenamiento de cal, que cuente con instalaciones de derivación de agua y adecuada protección del intemperismo.	SI	Se realizó la limpieza correspondiente y se implementó el sistema de contención, para posibles derrames de hidrocarburos. Ver Foto N°01	70%
8	S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá contar con un depósito temporal de residuos sólidos en el que se realice una adecuada segregación y se implemente entre otros aspectos un control de escorrentías, segregación y señalización correspondiente.	SI	EEl Titular, cumplió parcialmente con la implementación de un depósito temporal de residuos sólidos, falta una segregación adecuada de los residuos sólidos. Ver Foto N°08 y N°09	50%

¹⁸ RESOLUCION N° 205-2009-OS-CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS DE OSINERGMIN.

Artículo 29.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

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

9	S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá implementar un adecuado sistema de captación y conducción de las escorrentías superficiales sobre el área de Pads, Pozas de Solución y Planta de Tratamiento de Soluciones Merrill-Crowe en la Unidad Patibal, de acuerdo a compromisos y diseños establecidos, con la finalidad de prevenir la generación erosiones en taludes y en las cunetas de acceso en entorno de Pads, Pozas de Solución y Planta de Tratamiento de Soluciones Merrill- Crowe.	SI	El Titular implemento parcialmente el sistema de captación y conducción de las escorrentías superficiales sobre el PAD y Otros, a través de cunetas de las vías de acceso. Ver Foto N°10 y N°11	30%
10	S.M.R.L. Ei Rosario de Belén deberá implementar un adecuado sistema de captación y conducción de las escorrentías superficiales sobre los tajos y desmonteras en la Unidad Patibal de acuerdo a diseños establecidos, con la finalidad de prevenir la generación erosiones en taludes y en las cunetas de acceso en entorno y sectores superiores de los tajos y desmonteras	SI	El Titular implemento parcialmente el sistema de captación y conducción de las escorrentías superficiales sobre el Tajo Abierto, a través de cunetas de las vías de acceso, mas no de coronación, como se indica en su EIA. Ver Foto N°12 y N°13	20%
11	S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá contar con un Plan de Manejo de Residuos Sólidos e implementar las instalaciones correspondientes.	SI	El Titular Minero cuenta con un estudio del Plan de Manejo de Residuos Sólidos, falta la implementación, a la fecha no cuenta con las instalaciones según hace referencia en su Plan de Manejo de residuos. Ver Foto N°14	30%
12	S.M.R.L. El Rosario de Belén deberá implementar las identificaciones de los puntos de monitoreo de agua superficial y subterránea y la operatividad para efectuar el monitoreo de aguas subterráneas.	SI	El Titular Minero, cumplió con implementar las identificaciones de los puntos de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas. Ver Foto N°15 al N°18	95%

13	VR.L. El Rosario de Belén deberá realizar el estudio correspondiente que permita identificar y aumentar una estación de monitoreo de agua superficial, aguas abajo de las áreas de operación en el río Angasmarca	SI	El Titular Minero no ha realizado el estudio correspondiente que permita identificar e implementar una estación de monitoreo de aguas superficiales, aguas abajo de las áreas de operaciones, en el Río Angasmarca. Ver Foto N°19	0%
----	---	----	---	----

De lo expuesto en el cuadro precedente, se desprende que el OEFA, a través del Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. - ACOMISA, luego de supervisar el cumplimiento de las recomendaciones materia de fiscalización determinó que éstas no fueron cumplidas, lo que se verifica a su vez con las vistas fotográficas N° 02, 08 al 19 del Informe de Supervisión N° 016-MA-2010-ACOMISA (Fojas 92, 96 al 102).

En este contexto, encontrándose acreditados los hechos que sustentaron el incumplimiento de las Recomendaciones del Informe de Supervisión N° 12-MA-2009-ACOMISA, al haber sido comprobados en ejercicio de la función supervisora; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió; y, por el contrario la recurrente reconoce que no ejecutó lo dispuesto por el OSINERGMIN a través de las recomendaciones citadas precedentemente¹⁹.

En consecuencia, habiéndose acreditado la obligatoriedad de las recomendaciones formuladas en ejercicio de la potestad supervisora, éstas se constituyen en auténticas obligaciones ambiental fiscalizables, cuyo cumplimiento resultaba exigible y, por tanto, su incumplimiento era sancionable de conformidad con el tipo infractor previsto en el Rubro 13 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, por lo corresponde desestimar los argumentos expuestos por la apelante en estos extremos.

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

¹⁹ 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.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los vocales Lenin William Postigo de la Motta, Verónica Violeta Rojas Montes, José Augusto Chirinos Cubas, Francisco José Olano Martínez y Héctor Adrián Chavarry Rojas.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EL ROSARIO DE BELÉN, contra la Resolución Directoral N° 280-2012-OEFA/DFSAI de fecha 06 de setiembre 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 SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EL ROSARIO DE BELÉN, y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



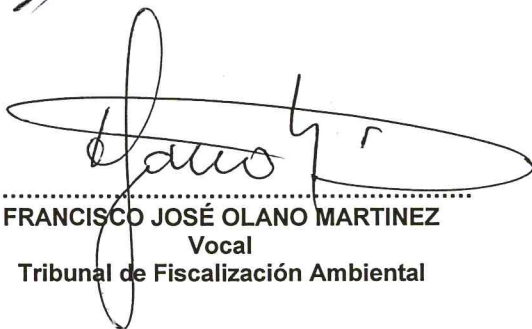
.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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



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



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