

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 281 -2012-OEFA/TFA

Lima, 12 DIC. 2012

VISTO:

El Expediente N° 1647317 que contiene el recurso de apelación interpuesto por PERUBAR S.A. ¹ (en adelante, PERUBAR) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007059 de fecha 19 de abril de 2010 y el Informe N° 295-2012-TFA/ST de fecha 11 de diciembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007059 de fecha 19 de abril de 2010 (Fojas 424 a 428), notificada con fecha 22 de abril de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a PERUBAR una multa de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de tres (03) infracciones; conforme se detalla a continuación²:

N°	HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
01	Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Nuevo Depósito de Concentrados del Callao, aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM, por exceder la	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ³ .	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁴	10 UIT

¹ PERUBAR S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20100136237.

² Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007059 de fecha 19 de abril de 2010, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a una (01) infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.

³ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos,

	humedad de los concentrados que son recibidos en el depósito de concentrados			
02	Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Nuevo Depósito de Concentrados del Callao, aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM, por no contar con un sistema de aspersión de aguas para humedecer las pilas de concentrados			10 UIT
03	Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Nuevo Depósito de Concentrados del Callao, aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM, al no contar con los carteles gráficos y/o letreros visibles, con los que se debe indicar el tipo de concentrado y productor			10 UIT
MULTA TOTAL				30 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 1350155 presentado con fecha 13 de mayo de 2010 (Fojas 431 a 441) PERUBAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 007059 de fecha 19 de abril de 2010, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se ha sancionado a la apelante en virtud del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo

que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos. El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

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

**ANEXO
3. MEDIO AMBIENTE**

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

N° 016-93-EM y la Escala de Multas y Penalidades aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, las mismas que no tienen rango de ley.

- b) Se ha transgredido el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues las infracciones imputadas no se encuentran previa e inequívocamente tipificadas como infracciones pasibles de sanción en alguna norma con rango de ley.

En ese sentido, precisa la recurrente que el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM representan casos típicos de normas sancionadoras en blanco.

- c) Resulta inaplicable al presente caso el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM debido a que el Estudio de Impacto Ambiental del Nuevo Depósito de Concentrados del Callao, aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM es un instrumento ambiental elaborado cuando no se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1048 publicado el 26 de junio de 2008, que precisa la regulación minera ambiental de los depósitos de almacenamiento de concentrado de minerales, y que es posterior a la supervisión efectuada.

En ese sentido, el almacenamiento de concentrado de minerales está referido a una actividad de comercialización de minerales que no está comprendida dentro del sistema de concesiones mineras, ya que se trata de un inmueble ubicado en zona industrial.

- d) No se ha excedido la humedad de los concentrados que son recibidos en el Depósito de Concentrados, no existiendo observación alguna respecto de la infracción referida en el Informe de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente - Primera Inspección 2006, y mas bien se cuenta con el registro de control de junio y agosto de 2006, en el que el promedio de porcentaje de humedad resulta menor al establecido en el Estudio de Impacto Ambiental del Nuevo Depósito de Concentrados del Callao, aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM (en adelante, EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM).

Asimismo, no se ha tomado en cuenta que PERUBAR no ejerce el control sobre la humedad con que son embarcados los concentrados, correspondiendo dicha responsabilidad a los productores y/o exportadores de los concentrados, los mismos que no son de propiedad de la recurrente.

En esta misma línea, la apelante agrega que no es responsable del transporte desde las Unidades Mineras de los productores hasta el Depósito de Concentrados, pues solo ofrece un servicio de almacenamiento de concentrado de minerales.

- e) Durante la supervisión, el sistema de humectación por aspersores se encontraba en proceso de instalación; sin embargo, la humectación de las pilas

de concentrados se venía realizando con un sistema móvil, por lo que sí se cumplió con el objetivo del compromiso ambiental sancionado.

Además de ello, cabe considerar que la red de agua del sistema de aspersores fue instalada a fines del 2006 y se completó la instalación de los equipos y el inicio de funcionamiento en el primer trimestre del 2007, estando a la fecha en operación.

- f) En caso se considere sancionar a PERUBAR por no contar con el sistema de humectación por aspersores, no cabe aplicar el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, sino el último párrafo del numeral 3.1 de dicha norma, toda vez que se trata del incumplimiento de una recomendación.
- g) No se ha incumplido con el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM, ya que la recurrente cuenta con dos áreas claramente identificadas: Área de Almacenamiento de Concentrados de Plomo y Área de Almacenamiento de Concentrados de Zinc y Cobre.

Asimismo los controles ambientales en ambas áreas son específicos y dependen de la naturaleza del material almacenado y de su potencial de afectación al ambiente y a la salud de los trabajadores.

- h) La señalización individual de las rumas de concentrados no forma parte del control ambiental que se realiza en las áreas de almacenamiento existente, pues los clientes solicitan mantener la confidencialidad de sus concentrados por su valor económico, ya que pueden ser objeto de robo o hurto.

Sin embargo, para asegurar la correcta ubicación de los concentrados, se cuenta con un diagrama de rumas y los Jefes de Patio están presentes en toda descarga dentro del Depósito de Concentrados.

- i) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad recogido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que no se han tomado en cuenta los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 230° de dicha norma.

Asimismo, en el supuesto negado que se determine responsabilidad administrativa, debe tomarse en cuenta las condiciones atenuantes de responsabilidad previstas en el artículo 236°-A de la Ley N° 27444, por la aplicación equivocada del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM en la aprobación del EIA de PERUBAR.

- 3. Mediante el primer otrosí de su recurso de apelación, presentado con escrito de registro N° 1350155 de fecha 13 de mayo de 2010, PERUBAR solicitó el uso de la palabra, el mismo que fue concedido mediante Carta N° 009-2012-OEFA/TFA de fecha 05 de diciembre de 2012 (Foja 447), programándose dicha diligencia para el 12 de diciembre de 2012, a la que no asistió PERUBAR según consta del Acta que acredita su inasistencia de fecha 12 de diciembre de 2012 (Foja 448).

Competencia

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁵, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁶, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁷.
7. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció el 22 de julio de 2010 como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA.

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

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

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

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Primera Disposición Complementaria Final

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

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

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos alegados por PERUBAR, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹¹.
10. En tal sentido, se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-

⁸ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

⁹ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- 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.

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

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

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

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

2007-OS/CD, por lo que corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

11. 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"¹².

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 siguiente¹³:

"(...) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales — vivientes e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

El medio ambiente se define como "(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos".

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

¹² 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.

¹³ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

El 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 otros¹⁴.

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 por¹⁵:

- 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 previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con

¹⁴ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

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

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán." (El resaltado en negrita es nuestro).

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre la vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

12. Sobre lo argumentado en los literales a) y b) del numeral 2, corresponde precisar que por exigencia de los Principios de Legalidad y Tipicidad previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, respectivamente, tanto las conductas sancionables constitutivas de infracción como las consecuencias jurídicas imponibles a título de sanción deben encontrarse previstas en normas con rango de ley; exceptuándose aquellos casos en que la propia ley autorice la tipificación de las conductas sancionables por vía reglamentaria¹⁶.

En tal sentido, a efectos de explicar el cumplimiento de las referidas reglas de Derecho resulta oportuno realizar un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, ya que mientras la primera de éstas prevé la obligación cuyo incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

Así las cosas, resulta oportuno aclarar que en el presente caso el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.

En esta línea, toda vez que los requisitos derivados de los Principios de Legalidad y Tipicidad devienen aplicables únicamente a la norma tipificadora, corresponde a este Tribunal Administrativo verificar su cumplimiento a luz de esta última, careciendo de sustento lo alegado por PERUBAR en el sentido que el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM incumple dichas reglas de Derecho, ya que ésta no tipifica infracciones ni sanciones aplicables.

¹⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

(...)

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

De este modo, cabe señalar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se estableció a través de la Ley General de Minería según su Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero¹⁷.

En efecto, de acuerdo al literal l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente¹⁸.

Es bajo el marco planteado que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley¹⁹.

17 LEY N° 26821. LEY ORGANICA PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. DISPOSICIONES FINALES

Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales

Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...)

- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

18 DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA.

Artículo 101°.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:

l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- En tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley N° 27474 y continuarán aplicándose los procedimientos establecidos en el Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM y sus normas modificatorias, así como la Escala de Sanciones y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, y continuará habilitada la nómina de Fiscalizadores Externos. Para efectos del Arancel de Fiscalización será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7° de la presente Ley, y seguirán vigentes todas las disposiciones reglamentarias y complementarias que no se le opongan.

A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, corresponde señalar que a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, siendo que por medio de su artículo 4° se autorizó a este Organismo a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador²⁰.

Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene válidamente aplicable por el OEFA.

De otro lado, con relación a la vulneración del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, corresponde señalar que dicha regla de derecho comporta el cumplimiento del requisito de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida.

En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisface dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

Al respecto, cabe indicar que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

"3. MEDIO AMBIENTE

3.1 Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM (...) y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT (...).

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

²⁰ 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.

Artículo 4°.- Referencias Normativas

Al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia²¹. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

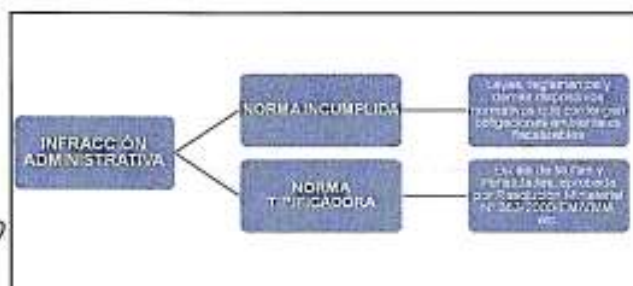
Ahora bien, en reiterados pronunciamientos este Tribunal Administrativo ha señalado que el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en cumplir con todos y cada uno de los compromisos asumidos por el titular minero en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

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

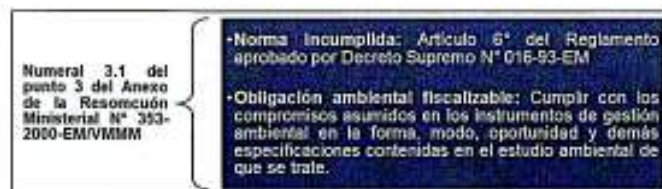
En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que la infracción tipificada en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contraviene el contenido de los Principios de Legalidad y Tipicidad, correspondiendo desestimar los argumentos formulados por la recurrente en este extremo²².

²¹ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

²² A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



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



Respecto a la aplicación del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad de Almacenamiento de Concentrado de Minerales

13. Con relación a lo señalado en el literal c) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al literal a) del artículo 1° de la Ley N° 27446²³, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (en adelante, SEIA) constituye un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de los proyectos de inversión.

A su vez, los artículos 2° y 3° de la citada Ley²⁴, prescriben que se encuentran comprendidos dentro del SEIA todos aquellos proyectos de inversión públicos y privados que impliquen el desarrollo de actividades, realización de construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, de modo tal que se encuentra prohibida su ejecución sin contar previamente con la Certificación Ambiental respectiva.

Posteriormente, a través del numeral 17.2 del artículo 17° y artículo 24° de la Ley N° 28611²⁵, Ley General del Ambiente, se ratificó la evaluación del impacto

²³ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 1°.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por finalidad:

- La creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión.
- El establecimiento de un proceso uniforme que comprenda los requerimientos, etapas, y alcances de las evaluaciones del impacto ambiental de proyectos de inversión.
- El establecimiento de los mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental.

²⁴ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

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 impactos 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.

²⁵ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

(...)

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

Artículo 24°.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

ambiental como instrumento de gestión aplicable obligatoriamente a toda actividad humana que implique construcciones y obras susceptibles de causar impactos ambientales significativos; precisándose además, que aún aquellos proyectos o actividades no comprendidos dentro del SEIA deberían cumplir con las normas ambientales específicas.

En este contexto, se aprecia que la única regla para determinar cuáles son las actividades sujetas a evaluación ambiental y que, en consecuencia requieren de Certificación Ambiental, viene dada por su aptitud para causar impactos ambientales negativos, resultando indiferente si para su desarrollo se requiere previamente contar o no con un título habilitante emitido por la autoridad competente.

Ahora bien, con relación al almacenamiento de concentrados de minerales cabe indicar que ésta es una actividad relacionada con el sector minero, la cual es generadora de material particulado que requiere de un manejo ambiental adecuado así como la adopción de medidas de protección de la salud de la población y de los trabajadores que están vinculados a la misma.

A su vez, sobre los impactos ambientales asociados a la etapa de almacenamiento de concentrados de minerales, la Guía Ambiental para el Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2001, indica:

"IV. IMPACTOS AMBIENTALES

*En este capítulo se describen los principales impactos ambientales asociados a las etapas de manejo, almacenamiento y transporte de concentrados; **siendo importante señalar, que los impactos pueden ser mayores cuanto más inadecuadas sean las condiciones en estas etapas.***

*De otro lado, es importante destacar la relación que existe entre merma y contaminación, **ya que todo lo que se pierde por un manejo inadecuado finalmente va al ambiente en alguna forma, contaminando aire, agua o suelo.** La no adopción de prácticas limpias en la línea de concentrados, será también sinónimo de pérdidas económicas importantes, debido a su alto costo de producción y valor de comercialización. (...) (El resaltado es nuestro)*

En esa misma línea, la citada Guía de Manejo Ambiental establece los impactos ambientales por etapas, resultando pertinente describir algunos de los efectos relativos a la fase de almacenamiento:

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

ETAPA	IMPACTO AMBIENTAL
ALMACENAMIENTO	Contaminación del suelo por lixiviados, en caso de no contar con pavimento enlozado.
	Como consecuencia de la condición anterior, contaminación de aguas subterráneas por infiltración de lixiviados.
	En la descarga y por acción mecánica del viento, emisiones fugitivas ²⁶ durante: - las operaciones de secado y arrumaje. - la homogenización con la finalidad de obtener una calidad uniforme.
	Degradación de suelos en áreas circundantes, dependiendo de la proyección de las partículas.
	En depósitos temporales o de litoral: - emisiones fugitivas debido al almacenamiento sin toldo, por el mal estado del mismo o por deficiencias en el sistema de irrigación.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que la actividad de almacenamiento de concentrados de minerales es susceptible de originar efectos adversos al ambiente cuya concreción se verifica de acuerdo a lo indicado en el cuadro anterior, y que justifica la necesidad de contar con un estudio ambiental aprobado para su desarrollo, hecho que fue reconocido por PERUBAR en su oportunidad, toda vez que ésta solicitó al Ministerio de Energía y Minas la Certificación Ambiental a través de la presentación del Estudio de Impacto Ambiental del Nuevo Depósito de Concentrados del Callao para llevar a cabo actividades de almacenamiento de concentrados, con fecha 12 de octubre de 2004, el cual fue aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM.

Así las cosas, este Órgano Colegiado considera oportuno invocar la denominada Teoría de los Actos Propios, derivada del Principio General de la Buena Fe y recogido en el ámbito administrativo dentro del Principio de Conducta Procedimental tipificado en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la

²⁶ En este extremo, cabe citar las siguientes definiciones contenidas en los ANEXOS de la Guía Ambiental objeto de revisión:

***ANEXOS
DEFINICIONES**

Con la finalidad de esclarecer los conceptos definidos por la Guía se establece las siguientes definiciones elementales:
(...)

Fuentes de polvos fugitivos

Emisiones atmosféricas que presentan riesgo de contaminación al ambiente, producto de manipuleo, almacenaje, transferencia u otros manejos de un concentrado de mineral.

Polvos fugitivos

Material particulado arrastrado por el viento hacia al ambiente, ocasionado por actividades humanas durante su manipuleo o por falta de control de sus características físicas."

(Handwritten signatures and initials)

Ley N° 27444, en virtud del cual los administrados deben seguir una misma línea de actuación que tenga concordancia con su declaración de voluntad inicial²⁷.

Al respecto, MORÓN URBINA sostiene que una de las afectaciones a dicho Principio, se configura cuando se produce un actuar en sentido contrario a los propios actos, es decir, con un acto posterior de ir en contra de esa confianza ya generada por el propio actuar anterior²⁸.

En tal sentido, la citada Teoría de los Actos Propios implica la vinculación del autor a su declaración de voluntad inicial y a la imposibilidad de adoptar luego un comportamiento contradictorio, toda vez que la primera declaración ha generado una seguridad o expectativa (confianza) en otro individuo sobre dicho actuar inicial.

Por lo tanto, en el presente caso, al haber solicitado PERUBAR la aprobación de un EIA para poder desarrollar la actividad de almacenamiento de concentrados de mineral, no sólo reconoció la necesidad de contar con Certificación Ambiental previa sino además puso de manifiesto su voluntad de cumplir los compromisos asumidos en el EIA presentado para su evaluación ante el Ministerio de Energía y Minas, de modo tal que mal podría contrariar dicha conducta inicial pretendiendo desconocer su obligatoriedad.

Asimismo, es necesario aclarar que si bien la actividad de almacenamiento de concentrados de minerales no se realiza bajo el sistema de concesiones, ello no lo excluye del SEIA ni, por tanto, de la obligación de contar con un estudio ambiental previo a su ejecución. En efecto, además de lo indicado al inicio del presente numeral, resultaría contrario al propósito de dicho sistema, permitir la ejecución de actividades productivas susceptibles de causar impactos ambientales significativos, sin que se hayan establecido previamente las medidas de previsión y control aplicables para mitigar, restaurar, reparar o compensar dichos impactos.

En atención a lo expuesto, se concluye que los compromisos asumidos en el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM son plenamente exigibles a PERUBAR, correspondiendo agregar que esta situación de obligatoriedad se encuentra expresamente recogida en el artículo 2° de la parte resolutive de dicha resolución, el segundo párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, así como sus propios actos (Solicitud de aprobación del estudio

²⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

²⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Editorial Gaceta Jurídica. 9na. Ed. Lima, julio 2011. p. 79.

ambiental y ejecución del mismo durante el desarrollo de la actividad de almacenamiento).

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, cabe indicar que de acuerdo al artículo X del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo N° 613²⁹, vigente a la fecha de presentación y aprobación del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM, las normas relativas a la protección y conservación del ambiente son de orden público, esto es, de observancia obligatoria; lo que fue recogido posteriormente en el vigente numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 28611.

Por su parte, el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en cumplir con los compromisos asumidos en el estudio ambiental; obligación cuyo incumplimiento constituye infracción administrativa conforme al tipo legal previsto en el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el mismo que recoge la exigibilidad de dicho reglamento así como de las medidas comprometidas en el Estudio de Impacto Ambiental.

En este contexto, considerando que el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, vigente a la fecha de presentación y aprobación del estudio ambiental de PERUBAR, forma parte del ordenamiento jurídico ambiental e incluye la obligación materia de sanción, resultaba aplicable al presente caso.

En efecto, la obligatoriedad del referido reglamento para la actividad de almacenamiento de concentrados de minerales no surge con la dación del Decreto Legislativo N° 1048, como alega la apelante, sino que se deriva de su propia naturaleza normativa, esto es, por aplicación del artículo 109° de la Constitución Política de 1993; lo que ha sido reconocido expresamente en la parte expositiva y el artículo 1° de dicho Decreto Legislativo, al señalar que la actividad de almacenamiento se encuentra relacionada a la minería, por lo que correspondía precisar qué normas y procedimientos vigentes le resultan aplicables.

En tal sentido, debe señalarse que las normas y procedimientos aplicables al caso son precisamente el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, así como la Guía Ambiental para el Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA.

A su vez, conviene señalar que resulta contrario al Principio de Conducta Procedimental, lo indicado por PERUBAR en el sentido que si bien se aplicó el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM para la aprobación de su EIA, ello no implicó el reconocimiento de su aplicación para el ejercicio de la

²⁹ DECRETO LEGISLATIVO N° 613. CÓDIGO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES.

TÍTULO PRELIMINAR

NORMAS AMBIENTALES SON DE ORDEN PÚBLICO.

X. Las normas relativas a la protección y conservación del medio ambiente y sus recursos son de orden público.

potestad sancionadora en caso de incumplimiento; pues el otorgamiento de la Certificación Ambiental se realizó bajo la condición de que ésta cumpliera su contenido, conforme se desprende del artículo 2° de la Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM, careciendo de sustento lo alegado sobre el particular.

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos formulados por PERUBAR en estos extremos.

Sobre los compromisos asumidos en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N°241-2005-MEM/AAM

14. En cuanto a los argumentos recogidos en los literales d) al h) del numeral 2, cabe señalar que de acuerdo a los artículos 9° y 12° del Decreto Legislativo N° 613, vigente a la fecha de presentación y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/DGAAM, los estudios de impacto ambiental incorporan aquellas medidas que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al ambiente generado por las actividades productivas³⁰.

Por su parte, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dentro del procedimiento de certificación ambiental se debe seguir una serie de etapas, entre las cuales se tiene la revisión del EIA, lo que significa que luego de la presentación del estudio original presentado por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente³¹.

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece las disposiciones que uniformizan los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe³².

³⁰ DECRETO LEGISLATIVO N° 613. CÓDIGO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES.

Artículo 9°.- CONTENIDO DE LOS EIA

Los estudios de impacto ambiental contendrán una descripción de la actividad propuesta, y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deberán indicar igualmente, las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables, e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad.

La autoridad competente señalará los demás requisitos que deban contener los EIA.

Artículo 12°.- AUTORIZACION DE LA OBRA O ACTIVIDAD.

La autorización de la obra o actividad indicará las condiciones de cumplimiento obligatorio para la ejecución del proyecto.

³¹ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

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

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

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

Lo expuesto en el párrafo precedente se explica en el sentido que tanto la formulación como el levantamiento de observaciones al EIA propuesto por el titular minero, se realizan mediante la expedición de informes por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros al interior del procedimiento de aprobación; siendo que en el caso de informes de levantamiento de observaciones, éstos recogen los compromisos asumidos por dicho titular en respuesta a dichas observaciones, razón por la cual tales informes integran el EIA finalmente aprobado por la resolución directoral emitida al efecto, la que constituye la Certificación Ambiental.

Así las cosas, resulta oportuno señalar que una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM y publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de marzo de 2009, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el EIA³³.

En este contexto normativo, conviene indicar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en el EIA por parte del titular minero se derivan de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese EIA y/o Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental

12.1 Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, la autoridad competente emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental si las hubiera.

12.2 La resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto.

DECRETO SUPREMO N°053-99-EM. ESTABLECEN DISPOSICIONES DESTINADAS A UNIFORMIZAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES.

Artículo 5°.- De existir observaciones en el EIA, EIAP, EA, PEMA, Plan de Cierre o Abandono, así como en su ampliación o modificación, y en la modificación del PAMA, la Dirección General de Asuntos Ambientales notificará por escrito al titular de la actividad para que en un plazo máximo de noventa (90) días pueda levantar las observaciones planteadas, después de los cuales la autoridad podrá declarar en abandono la solicitud de aprobación.

Artículo 6°.- Si, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la recepción del levantamiento de las observaciones, la DGAA no se pronuncia sobre dicho levantamiento, los estudios y documentos a que se refiere el artículo anterior, se darán por aprobados.

33 REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley. (El subrayado es nuestro)

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

En tal sentido, considerando que las infracciones sancionadas en el presente caso, se refieren a compromisos ambientales derivados del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM de fecha 10 de junio de 2005, resulta oportuno realizar el análisis sobre cada uno de éstos:

a) Exceder la humedad de los concentrados que son recibidos en el Depósito de Concentrados.

Al respecto, en el literal b, Manejo de Concentrados en Depósitos, del sub-numeral 6.1.1.2 "Aspectos ambientales Operativos" del Plan de Manejo Ambiental, inserto en el Capítulo 6 sobre Manejo Ambiental del Proyecto (Foja 101 del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM) se indica lo siguiente:

"La humedad de recepción de concentrados en depósito no será superior al 13%, aquel % (Sic) que según condiciones particulares de manejo garantice que: (i) no se generen fluidos o efluentes líquidos provenientes de los concentrados por exceso de humedad; y (ii) no se levante polvo que genere emisiones fugitivas fuera de los límites del depósito." (El resaltado en negrita es nuestro)

En este contexto, se tiene que PERUBAR debía mantener la humedad de recepción de concentrados en el Depósito de Concentrados en un porcentaje no mayor al 13% (Trece por ciento).

Sobre el particular, corresponde precisar que en el décimo acápite del Cuadro 3.1.A Verificación de los Compromisos Ambientales Adquiridos en el EIA del numeral 3. Desarrollo y Sustento de la Verificación de los Compromisos y Obligaciones Ambientales del Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente elaborado por CONSORCIO CLETECH S.A.C. & EQUAS S.A. con ocasión de la supervisión realizada en el nuevo Depósito de Concentrados "Nuevo D.C. Callao" del 23 al 24 de agosto de 2006, dicha supervisora señala lo siguiente (Foja 68):

Manejo de Concentrados en el Depósito	Actividades Realizadas	Cumplimiento (%)
La humedad de recepción de concentrados no será superior al 13%	Se realiza un control de calidad del material de concentrado que ingresa a la planta	En el anexo 3.1.3, se adjunta registro de control del mes de junio y agosto

Asimismo, revisado el Registro del Control del Porcentaje de Humedad de los Concentrados que ingresan al Depósito de Concentrados que figura en el anexo 3.1.3 del Informe de Supervisión (Fojas 116 a 130), a los que remite la supervisora, se advierten los siguientes excesos:

Fecha	Producto	Promedio	tms	tmh	Humedad
01/07/2006	Zinc Concentrado	29.13	23.53	29.13	19.22
03/07/2006	Zinc Concentrado	26.93	22.40	26.93	16.82
03/07/2006	Zinc Concentrado	24.73	42.73	49.46	13.61
08/07/2006	Zinc Concentrado	26.78	69.72	80.33	13.21
10/07/2006	Zinc Concentrado	25.61	20.71	25.61	19.14
11/07/2006	Zinc Concentrado	24.97	43.32	49.94	13.26
13/07/2006	Zinc Concentrado	29.69	24.24	29.69	18.37
13/07/2006	Zinc Concentrado	24.98	65.08	74.94	13.16
17/07/2006	Zinc Concentrado	20.88	16.48	20.88	21.07
20/07/2006	Zinc Concentrado	24.04	18.92	24.04	21.32
31/07/2006	Zinc Concentrado	28.53	47.06	57.06	17.51
01/08/2006	Zinc Concentrado	25.63	66.67	76.88	13.29
02/08/2006	Zinc Concentrado	26.70	46.40	53.39	13.13
08/08/2006	Zinc Concentrado	27.04	21.88	27.04	19.10
08/08/2006	Zinc Concentrado	28.81	25.02	28.81	13.14
12/08/2006	Zinc Concentrado	31.92	25.83	31.92	19.08
08/08/2006	Zinc Concentrado	27.52	23.93	27.52	13.05
14/08/2006	Zinc Concentrado	30.09	26.13	30.09	13.16
15/08/2006	Zinc Concentrado	30.61	26.53	30.61	13.34
15/08/2006	Zinc Concentrado	30.66	239.97	275.94	13.04
16/08/2006	Zinc Concentrado	33.07	26.57	33.07	19.66
16/08/2006	Zinc Concentrado	29.89	51.96	59.77	13.06
17/08/2006	Zinc Concentrado	30.78	53.53	61.56	13.05
18/08/2006	Zinc Concentrado	28.11	73.08	84.32	13.32
19/08/2006	Zinc Concentrado	27.97	24.31	27.97	13.07
22/08/2006	Zinc Concentrado	33.14	27.52	33.14	16.95
22/08/2006	Zinc Concentrado	26.14	45.46	52.27	13.04
25/08/2006	Zinc Concentrado	27.20	70.29	81.59	13.86
26/08/2006	Zinc Concentrado	27.17	22.95	27.17	15.52
29/08/2006	Zinc Concentrado	30.48	25.46	30.48	16.47
29/08/2006	Zinc Concentrado	29.11	50.59	58.21	13.10

De este modo, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en este extremo, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD³⁴, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuarán el contenido del mencionado informe.

En tal sentido, la recurrente señala que no se ha excedido la humedad de los concentrados que son recibidos en el Depósito, no existiendo observación alguna respecto de la infracción referida en el informe de la fiscalizadora y mas bien se cuenta con el registro de control de junio y agosto de 2006, en los que el promedio de humedad resulta menor al establecido en el EIA.

³⁴ RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA Y MINERIA OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD.

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.

Al respecto, cabe señalar que la inexistencia de una observación formulada por la Supervisora Externa con relación al exceso del porcentaje de humedad de los concentrados en Depósito, verificado durante la supervisión, no implica que este hecho no pueda ser calificado como incumplimiento, en caso se determine que el mismo contraviene alguna obligación ambiental fiscalizable. Esto es lo que ocurrió en el presente caso pues, conforme se ha señalado previamente, el EIA aprobado por Resolución N° 241-2005-MEM/AAM estableció como compromiso específico mantener la humedad de recepción de concentrados en el Depósito en un porcentaje no mayor al 13%, razón por la cual su cumplimiento deviene exigible y, por tanto, sancionable por la autoridad fiscalizadora en caso de excederse.

A su vez, si bien PERUBAR alega que de acuerdo a los registros de control presentados no excedería el promedio de humedad previsto en su estudio ambiental, corresponde aclarar que el compromiso específico contenido en el EIA arriba citado no establece que el nivel de 13% se refiere o debe considerarse como "promedio"; por el contrario, de la lectura del compromiso se advierte que éste se trata de un nivel de humedad que debe cumplirse permanentemente, razón por la cual corresponde desestimar lo alegado al respecto.

Finalmente, PERUBAR alega que no se ha tomado en cuenta que ésta no ejerce el control sobre la humedad con que son embarcados los concentrados, correspondiendo dicha responsabilidad a los productores y/o exportadores de dichos concentrados, que éstos concentrados no son de propiedad de PERUBAR y no es responsable del transporte desde las Unidades Mineras de los productores hasta el Depósito de Concentrados, pues solo ofrece un servicio de almacenamiento de concentrado de minerales.

Sobre el particular, cabe recordar que los compromisos ambientales contenidos en el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM, son exigibles y aplicables desde la etapa de recepción de los concentrados de minerales, razón por la cual corresponde a PERUBAR, como responsable de la actividad, disponer las medidas que resulten pertinentes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones propuestas por ella misma en dicho instrumento de gestión ambiental; caso contrario, el citado EIA carecería de utilidad para los fines con que fue aprobado.

En efecto, no puede considerarse que dicho instrumento de gestión ambiental tenga como único propósito habilitar al titular el ejercicio de la actividad de almacenamiento, obviando las medidas de prevención, mitigación o corrección contenidas en el mismo, para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria y el ambiente.

Por lo tanto, no habiéndose desvirtuado el contenido y medios de prueba obrantes en el Informe de Supervisión, corresponde mantener la infracción sancionada en este extremo, careciendo de sustento lo alegado por la impugnante sobre el particular.



b) No contar con un sistema de aspersión de aguas para humedecer las pilas de concentrados.

Al respecto, en el literal b, Manejo de Concentrados en Depósitos, del sub-numeral 6.1.1.2 "Aspectos Ambientales Operativos" del Plan de Manejo Ambiental, inserto en el Capítulo 6 sobre Manejo Ambiental del Proyecto (Foja 101 del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM) se indica lo siguiente:

"El sistema de humectación de las pilas consistirá en grifos conectados a aspersores ubicados sobre la altura de las pilas. El sistema deberá contar con la presión suficiente para garantizar que el último aspersor de la red, funcionando todos los aspersores simultáneamente, también funcione correctamente. Esta red de aspersores servirá para humedecer los concentrados donde se detecte una disminución de humedad por debajo del 8%, posteriormente deberán ser cubiertos por mantas."

En este contexto, se tiene que PERUBAR debía contar con un sistema de humectación de las pilas consistente en grifos conectados a una red de aspersores.

Sobre el particular, corresponde precisar que en el décimo tercer acápite del Cuadro 3.1.A Verificación de los Compromisos Ambientales Adquiridos en el EIA del numeral 3. Desarrollo y Sustento de la Verificación de los Compromisos y Obligaciones Ambientales del Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente elaborado por CONSORCIO CLETECH S.A.C. & EQUAS S.A., con ocasión de la supervisión realizada en el nuevo Depósito de Concentrados "Nuevo D.C. Callao" del 23 al 24 de agosto de 2006, dicha supervisora señala lo siguiente (Foja 68):

Manejo de Concentrados en el Depósito	Actividades Realizadas	Cumplimiento (%)
El sistema de humectación de las pilas consistirá en grifos conectados a los aspersores ubicados sobre la altura de las pilas	Aún no se ha instalado	0%

La observación realizada se acredita con la fotografía N° 3.1.10 (Foja 107) en la que se muestra el proceso de humedecimiento de los concentrados, mediante riego con manguera y carro cisterna, actividad que está a cargo de un personal designado.

De este modo, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en este extremo, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe.

Al respecto, la recurrente señala que el sistema de humectación por aspersores se encontraba en proceso de instalación; sin embargo, la humectación de las pilas de concentrados se venía realizando con un sistema móvil, por lo que sí se habría cumplido con el objetivo del compromiso ambiental sancionado, precisando que la red de agua del sistema de aspersores fue instalada a fines del 2006 y se completó la instalación de los equipos y el inicio de funcionamiento en el primer trimestre del 2007, estando a la fecha en operación.

En tal sentido, lo alegado por la impugnante confirma la configuración del incumplimiento materia de sanción en este extremo, ya que la recurrente reconoce que el sistema de humectación por aspersores fue instalado completamente en el primer trimestre del 2007, es decir con posterioridad a la supervisión, la misma que fue realizada el 23 y 24 de agosto de 2006.

Adicionalmente, PERUBAR alega que no corresponde aplicar el artículo 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM sino, en todo caso, el último párrafo del numeral 3.1 de dicha norma, toda vez que se trataría de un incumplimiento de recomendación formulada como consecuencia de una supervisión, cuya multa asciende a 2 UIT, configurándose un exceso de punición.

Al respecto, es pertinente señalar que lo alegado por PERUBAR no resulta exacto pues la sanción impuesta por la presente infracción es de 10 UIT, en aplicación del numeral 3.1 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y no el numeral 3.2. Además, la sanción no obedece a un incumplimiento de recomendación, sino a un incumplimiento de compromiso ambiental derivado del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM, conforme al segundo párrafo del numeral 3.1 de la norma antes citada.

Por lo tanto, no habiéndose desvirtuado el contenido y medios de prueba obrantes en el Informe de Supervisión, corresponde mantener la infracción sancionada en este extremo, careciendo de sustento lo alegado por la impugnante sobre el particular.

c) No contar con los carteles gráficos y/o letreros visibles, con los que se debe indicar el tipo de concentrado y productor.

Al respecto, en el acápite b, Manejo de Concentrados en Depósitos, del sub-numeral 6.1.1.2 "Aspectos Ambientales Operativos" del Plan de Manejo Ambiental, inserto en el Capítulo 6 sobre Manejo Ambiental del Proyecto (Foja 101 del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM) se indica lo siguiente:

"Los diferentes tipos de concentrados se almacenarán en áreas distintas. Dichas áreas estarán marcadas con carteles gráficos y letreros visibles, indicando el tipo de concentrado y productor."

En este contexto, se tiene que PERUBAR debía contar con áreas identificadas con carteles gráficos y letreros visibles donde se indique el tipo de concentrado y el productor del mismo.

Sobre el particular, corresponde precisar que en el décimo octavo acápite del Cuadro 3.1.A Verificación de los Compromisos Ambientales Adquiridos en el EIA del numeral 3. Desarrollo y Sustento de la Verificación de los Compromisos y Obligaciones Ambientales del Primer Informe 2006 de Fiscalización de las Normas de Protección y Conservación del Ambiente elaborado por CONSORCIO CLETECH S.A.C. & EQUAS S.A., con ocasión de la supervisión realizada en el nuevo Depósito de Concentrados "Nuevo D.C. Callao" del 23 al 24 de agosto de 2006, la supervisora señala lo siguiente (Foja 68):

Manejo de Concentrados en el Depósito	Actividades Realizadas	Cumplimiento (%)
<i>Los diferentes tipos de concentrados se almacenarán en áreas distintas. Dichas áreas estarán marcadas con carteles gráficos y letreros visibles, indicando el tipo de concentrado y productor</i>	<i>No se mantiene cartel de información del tipo de concentrados de mineral y productor</i>	0%

De este modo, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en este extremo, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe.

Sobre el particular, la recurrente señala que no se ha incumplido con el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM, toda vez que cuenta con dos áreas de almacenamiento: Área de Almacenamiento de Concentrados de Plomo y Área de Almacenamiento de Concentrados de Zinc y Cobre, que están claramente identificadas. Asimismo los controles ambientales en ambas áreas son específicos y dependen de la naturaleza del material almacenado y su potencial de afectación al ambiente y a la salud de los trabajadores.

En tal sentido, lo alegado por la impugnante confirma la configuración del incumplimiento parcial materia de sanción en este extremo, pues si bien cuenta con áreas de almacenamiento debidamente identificadas, no desconoce la infracción respecto al compromiso de señalizar las áreas indicando el tipo de concentrado y productor.

Por el contrario, PERUBAR alega que la señalización individual de las rumas de concentrados no forma parte del control ambiental que se realiza en las áreas de almacenamiento existentes, pues los clientes solicitan mantener la confidencialidad de sus concentrados (tanto por Ley como por su procedencia)

debido a su valor económico, pues pueden ser objeto de robo o hurto. Sin embargo, para asegurar la correcta ubicación de los concentrados, se cuenta con un diagrama de rumas y los Jefes de Patio están presentes en toda descarga dentro del depósito.

Al respecto, lo alegado por PERUBAR no ha sido acreditado con medios probatorios que desvirtúen el contenido del Informe de supervisión, de conformidad con el artículo 165° de la Ley N° 27444³⁵, demostrando la imposibilidad material de cumplir con lo comprometido, lo que en todo caso ameritaría solicitar la modificación al EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM. Esto, además debería ser aprobado por la autoridad competente, cuestión que no ha sido acreditada por la recurrente.

Por lo tanto, no habiéndose desvirtuado el contenido y medios de prueba obrantes en el Informe de Supervisión, corresponde mantener la infracción sancionada en este extremo, careciendo de sustento lo alegado por la impugnante sobre el particular.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos formulados por PERUBAR en este extremo.

Sobre la transgresión al Principio de Razonabilidad

15. Respecto al argumento contenido en el literal i) del numeral 2, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica los ilícitos administrativos imputados a la apelante, éstos se encuentran sancionados con multa de diez (10) UIT por cada incumplimiento de compromiso asumido en el EIA.

Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incumplió con el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, pues no se adoptaron medidas de previsión y control contenidos en el EIA, correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, por cada una de estas conductas, lo que asciende a un total de treinta (30) UIT.

Conforme a lo expuesto, se constata que la multa total impuesta por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, se determinó de acuerdo al rango establecido en la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, razón por la cual no puede entenderse que se

³⁵ 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

Al respecto, cabe indicar que por disposición del artículo 165° de la Ley N° 27444, constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa.

haya hecho un ejercicio abusivo y arbitrario de la potestad sancionadora, toda vez que el pronunciamiento se sustentó en la aplicación del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444³⁶.

Al respecto, PERUBAR alega que debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 236°-A de la Ley N° 27444, como condición atenuante de responsabilidad, por la aplicación equivocada del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM por parte del Ministerio de Energía y Minas en la aprobación del EIA de PERUBAR.

Sobre el particular, debe señalarse que de conformidad con lo indicado en el numeral 14 de la presente resolución, no resulta de aplicación el numeral 2 del artículo 236-A de la Ley N° 27444³⁷ que establece el error inducido por la Administración como una de las condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas, por cuanto no existe error alguno por parte de la Administración en la aplicación del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM al EIA de PERUBAR.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el EIA aprobado por Resolución Directoral N° 241-2005-MEM/AAM es de cumplimiento obligatorio por parte de la recurrente, siendo exigible a ésta el cumplimiento de los compromisos ambientales contenidos en dicho EIA de conformidad con el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, conforme a lo expuesto en el numeral 13 de la presente resolución.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la apelante en este extremo.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional 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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

³⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

³⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 236°-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:
(...)

2.- Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por PERUBAR S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007059 de fecha 19 de abril de 2010, por los considerados expuestos en la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a PERUBAR S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos 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



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



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