



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

**Primera Sala Especializada Permanente competente en las materias
de Minería y Energía**

RESOLUCIÓN N° 033-2014-OEFA/TFA-SEP1

EXPEDIENTE N° : 269-2012-DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN
DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : XSTRATA TINTAYA S.A.¹
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 018-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: “Se confirma la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI, en el extremo que sancionó a Xstrata Tintaya S.A. de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que aprueba la Escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, al haberse acreditado que la referida empresa no evitó ni impidió la dispersión de concentrado al ambiente y la dispersión de mineral curado sobre el suelo, hechos que constituyen infracciones al artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica.

Por otro lado, se revoca la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI, en el extremo que sancionó a Xstrata Tintaya S.A., de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, debido a que no está acreditado que la disposición de mineral y de sedimentos extraídos de la poza de sedimentación del botadero 23 de rípios en el suelo genere daño ambiental.

Finalmente, se fija la multa en cien (100) Unidades Impositivas Tributarias”.

Lima, 20 de noviembre de 2014

I. ANTECEDENTES

1. Xstrata Tintaya S.A.² (en adelante, **Xstrata**) es titular de la Unidad Minera “Tintaya” (en adelante, **UM Tintaya**), ubicada en el distrito y la provincia de Espinar, departamento de Cusco.
2. Entre el 2 y el 6 de noviembre de 2009, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, **Osinergmin**) realizó una supervisión regular en la UM Tintaya, en la cual se constató el incumplimiento de obligaciones ambientales

¹ Ahora denominada Compañía Minera Antapaccay S.A.

² Registro Único de Contribuyente N° 20114915026.

fiscalizables, tal como consta en el Informe N° 018-MA-2009-ACOMISA³ (en adelante, **Informe de Supervisión**)⁴.

3. Sobre la base de los resultados contenidos en el Informe de Supervisión, mediante la Resolución Subdirectoral N° 019-2012-OEFA-DFSAI/SDI⁵ del 12 de diciembre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, **DFSAI**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Xstrata⁶.
4. El 19 de diciembre de 2012, Xstrata presentó sus descargos respecto a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Subdirectoral N° 019-2012-OEFA-DFSAI/SDI⁷.
5. Mediante Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI del 10 de enero de 2013, la DFSAI sancionó a Xstrata con una multa ascendente a doscientos (200) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, **UIT**), por la comisión de cuatro (4) infracciones, conforme se muestra en el Cuadro N° 1 a continuación:

Cuadro N° 1: Detalle de la multa impuesta

N°	Hecho imputado	Norma sustantiva	Norma tipificadora	Sanción
1	Se observa dispersión de concentrado al ambiente, debido a que se encuentra dispuesto en un área que no cuenta con un sistema de control de dispersión.	Artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante, Decreto Supremo N° 016-93-EM) ⁸ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM que aprueba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TULO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, Resolución	50 UIT

³ Dicha supervisión fue realizada a través de la empresa Asesores y Consultores Mineros S.A. - ACOMISA.

⁴ Fojas 7 a 616.

⁵ Fojas 630 a 634.

⁶ Corresponde señalar que el Informe de Supervisión elaborado por el Osinergmin fue puesto a disposición del OEFA como medida establecida en el marco del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM.

⁷ Fojas 637 a 741.

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica**, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo del 1993.
Artículo 5°.- El titular de la actividad minero - metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.



			Ministerial N° 353-2000-EM-VMM) ⁹ .	
2	Se observa disposición de mineral sobre suelo natural, en el sector de aglomerado de la Planta de Óxidos.	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	50 UIT
3	Se observa mineral curado disperso sobre el suelo natural, fuera de la faja transportadora ubicada en la cabeza de faja 23 (sector PAD de lixiviación) de la Planta de Óxidos	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	50 UIT
4	Se observa disposición sobre suelo natural de sedimentos extraídos de la poza de sedimentación del botadero 23 de rípios.	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	50 UIT
MULTA TOTAL				200 UIT

Fuente: Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

6. La Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:

Respecto al incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

- a) El artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM exige al titular minero adoptar medidas de prevención y control a fin de evitar los efectos adversos al ambiente. En este sentido, Xstrata tenía la obligación de evitar e impedir la dispersión de concentrado y mineral curado, así como la disposición de mineral y de sedimentos sobre el suelo y no esperar a que estos hechos fueran detectados por la autoridad fiscalizadora, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de prevención establecido en el artículo IV del

⁹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM, que aprobó la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de septiembre del 2000.

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. (...)

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. (...)

Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**). Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, que aprueba el nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA (en adelante, **Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD**), el cese de la conducta que constituye infracción administrativa no sustrae la materia sancionable, motivo por el cual las acciones ejecutadas por Xstrata para remediar o revertir la situación no modifican el carácter sancionable ni la exime de responsabilidad por los hechos detectados.

Respecto a los hechos imputados descritos en el Cuadro N° 1

- 
- 
- b) Sobre la dispersión de concentrado al ambiente, tal hecho ha quedado acreditado mediante las fotografías N° 118, N° 119, N° 120 y N° 121¹⁰ contenidas en el Informe de Supervisión, por lo que Xstrata incumplió con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. En tal sentido, se ha configurado la infracción grave establecida en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
- c) Con relación a la conducta sobre la disposición de mineral sobre el suelo (en el sector de aglomerado de la Planta de Óxido), no se ha vulnerado el principio de *non bis in idem*, toda vez que el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y el incumplimiento de recomendación, son dos hechos y tienen fundamentos distintos, pese a que se originan de un mismo acto realizado por el administrado; por un lado, se tiene la observación que constituye en sí una infracción a la normativa ambiental y, por otro lado, se tiene el incumplimiento de recomendación detectado en la supervisión posterior.

De esta manera, el artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin¹¹, establece que se puede iniciar el procedimiento

¹⁰ Fojas 112 y 113.

¹¹ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO OSINERGMIN N° 324-2007-OS/CD**, que aprobó el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.

Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

(...)

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.

28.4.- 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, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que

administrativo sancionador por la configuración del hecho detectado como ilícito administrativo y por la configuración de un incumplimiento de recomendación que fue generada por la detección de dicho hecho.

- 
- 
- d) Conforme a las Actas de Supervisión¹² y las fotografías N° 130-A y 130-B¹³ del Informe de Supervisión, Xstrata no evitó la disposición de mineral curado en el suelo, el mismo que se encontraba fuera de la faja transportadora de la Planta de Óxidos. Asimismo, el documento probatorio adjuntado por la administrada respecto a la limpieza de la faja CV-250-023, corresponde a una unidad minera distinta a la inspeccionada en la supervisión materia del presente procedimiento, concluyéndose por tanto que Xstrata incumplió con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. En tal sentido, se ha configurado la infracción grave establecida en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
- e) Durante la supervisión se verificó que los sedimentos extraídos de la poza de sedimentación del botadero 23 de ripios están dispuestos sobre el suelo en un área adyacente a la poza; por tanto, queda acreditado que Xstrata incumplió con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. En tal sentido, se ha configurado la infracción grave establecida en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
7. El 1° de febrero de 2013¹⁴, Xstrata interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI, argumentando lo siguiente:
- a) La norma legal y el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, **EIA**) aprobado son los que determinan las obligaciones y compromisos exigibles al titular minero. En tal sentido, si una medida no está prevista en dicho instrumento de gestión ambiental, no resulta exigible, fiscalizable, ni sancionable a un titular minero.
- b) El objeto de la supervisión es: (i) verificar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre conservación y protección del ambiente contenidas en los instrumentos de gestión ambiental; y, (ii) formular recomendaciones y supervisar el cumplimiento de las mismas. Así, dichas recomendaciones son exigibles desde el momento en que son formuladas, existiendo un

ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo.

Cabe señalar que la referida norma fue dejada sin efecto por el artículo 4° de la Resolución de Osinergmin N° 205-2009-OS-CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de noviembre de 2009.

¹² Fojas 147 a 150.

¹³ Foja 118.

¹⁴ Fojas 756 a 800.

incumplimiento de las mismas cuando estas no hayan sido implementadas; por lo tanto, no se debe entender que lo recomendado implica desde ya un incumplimiento.

En este sentido, resulta contrario pretender sancionar a Xstrata por hechos que fueron originados a partir de una recomendación, debido a que se ha verificado que las recomendaciones formuladas en la supervisión 2009 han sido implementadas satisfactoriamente, y además, porque el supervisor en ningún momento determinó el incumplimiento de obligaciones o compromisos que se pudieran derivar de las normas legales o instrumentos de gestión ambiental. Asimismo, no se dejó constancia que las recomendaciones estaban asociadas con algún incumplimiento de norma legal o de algún compromiso del EIA.

- 
- 
- c) No existe ningún sustento técnico que demuestre que los hechos constatados ocasionaron un "impacto negativo al ambiente", tal como lo señala la primera instancia. Esto se debe a que tal impacto no se produjo, pues si hubiese sido el supuesto, el supervisor habría formulado observaciones y no recomendaciones, tal como sucedió en el presente caso.
 - d) No se ha vulnerado el principio de prevención establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 28611, toda vez que Xstrata cuenta con los respectivos estudios ambientales aprobados por la autoridad competente. En tal sentido, los instrumentos de gestión ambiental constituyen la materialización del referido principio, en tanto contienen las medidas preventivas y de control para las contingencias que pudieran derivarse de las operaciones mineras.

Por tal razón, no tiene sustento la afirmación contenida en la resolución apelada, la cual señala que el principio de prevención habría sido contravenido al no adoptarse las acciones destinadas a evitar o impedir efectos adversos al ambiente, pues no existen pruebas que evidencien que estos se hayan generado.

- e) Xstrata cumple con las medidas preventivas contenidas en los estudios ambientales y con aquellas reguladas en la normativa general y sectorial. De esta manera, al no haberse calificado los hechos constatados como incumplimientos a la normativa ambiental o a los compromisos asumidos en el EIA, no se incumplió con ninguna medida de prevención y control.
- f) Xstrata no desconoce la obligación prevista en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM (relacionado con el ámbito de las responsabilidades y obligaciones del titular de la actividad minera); por tanto, asume diversos compromisos en los estudios ambientales. Sin embargo, tal obligación es de carácter general y entender dicha norma de otra manera implica desconocer los límites de la actuación administrativa y los principios de legalidad, tipicidad y razonabilidad.

- g) En el presente caso, resulta contrario al principio de tipicidad invocar el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM para sustentar una sanción, toda vez que la referida norma no regula obligaciones específicas exigibles al titular minero; solo regula una obligación de carácter general respecto de los impactos que puedan generar sus operaciones, a efectos de adoptar las medidas de manejo correspondientes. Por ello, la aplicación de una sanción con base en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM configura un supuesto de interpretación extensiva o analógica, lo cual se encuentra expresamente prohibido por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **Ley N° 27444**).



De manera adicional, la resolución apelada no tiene ninguna motivación que le permita afirmar cómo es que, haciendo uso de un concepto jurídico indeterminado, ha llegado a concluir que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM contiene en sí mismo la obligación de impedir o evitar los hechos constatados y que por tanto tales conductas deban ser sancionadas. Asimismo, la autoridad solo se ha limitado a citar dicho artículo como categoría abstracta y genérica, sin mencionar, sustentar, ni motivar por qué los hechos constatados generan un "impacto negativo al ambiente" o "efectos adversos al ambiente".

- 
- h) Con relación al hecho imputado N° 2 del Cuadro N° 1, sostiene que se ha vulnerado el principio de *non bis in idem*, establecido en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que la sanción por disponer mineral sobre suelo natural en el sector de aglomerado de la Planta de Óxidos ya había sido objeto de otros procedimientos administrativos sancionadores que fueron archivados en las Resoluciones Directorales N° 172-2012-OEFA/DFSAI y N° 187-2012-OEFA/DFSAI. Además, en la resolución apelada, no se ha emitido pronunciamiento respecto de cada uno de los elementos del principio *non bis in idem*.

8. Mediante escrito presentado el 3 de junio de 2013¹⁵, Xstrata presentó alegatos adicionales, señalando lo siguiente:

- a) El OEFA, a través de reiterados pronunciamientos emitidos por la DFSAI y el Tribunal de Fiscalización Ambiental, ha establecido como línea resolutive sancionar el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM (por hechos similares a los imputados en el presente caso) con el tipo legal previsto en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, imponiendo sanciones de diez (10) UIT por cada incumplimiento. Sin embargo, en la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI, se considera que los hechos imputados configuran la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial

¹⁵ Fojas 809 a 846.

N° 353-2000-EM-VMM, imponiendo una sanción de cincuenta (50) UIT por cada incumplimiento, sin justificar por qué razón se habría ocasionado daño ambiental.

En este sentido, el OEFA, al haber aplicado consecuencias jurídicas distintas ante supuestos de hechos similares, sin justificar el cambio de su línea resolutive, ha vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y en consecuencia, el principio de legalidad establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Asimismo, la transgresión del referido principio también vulnera el principio de tipicidad, por tipificar de manera incorrecta los hechos imputados.

- 
- 
- b) La resolución de primera instancia invoca como único medio probatorio el contenido del Informe de Supervisión N° 018-MA-2009-ACOMISA para sancionar los hechos imputados N° 2 y N° 3 del Cuadro N° 1. No obstante, la supervisora, al formular sus observaciones y describir las fotografías, no verificó ni informó en ningún extremo del Informe de Supervisión sobre la presencia de minerales en suelo natural. Por ello, afirmar que se dispuso de minerales en el suelo es una interpretación errónea realizada por la DFSAI, así como un exceso en el ejercicio de su atribución de evaluación de los informes de supervisión, debiendo en todo caso, disponer la actuación de los medios probatorios que acrediten la existencia de suelo natural. Por esta razón, se ha vulnerado los principios de verdad material y presunción de inocencia establecidos en la Ley N° 27444.
- c) El artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM no contiene ninguna obligación cierta, determinable, ni prevé una conducta de hacer o no hacer específica; por ello, establecer una o varias obligaciones a partir del contenido de ese dispositivo legal supone realizar una actividad interpretativa por demás extensiva del contenido de dicha norma, labor que se encuentra proscrita por los principios de legalidad y tipicidad, previstos en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, respectivamente.

9. El 24 de setiembre de 2014, la Primera Sala Especializada Permanente competente en las materias de Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental acordó citar a Xstrata a una nueva audiencia de informe oral, la cual se programó para el 2 de octubre de 2014¹⁶, siendo llevada a cabo en dicha fecha, conforme consta en el acta respectiva¹⁷.

II. COMPETENCIA

¹⁶ Si bien en fecha anterior (el 12 de marzo de 2013), se llevó a cabo la audiencia de informe oral; se acordó citar a Xstrata a una nueva audiencia de informe oral, atendiendo a la recomposición y reorganización interna del Tribunal de Fiscalización Ambiental, y con la finalidad de garantizar el derecho de defensa del referido administrado.

¹⁷ Foja 857.



10. 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 (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)¹⁸, se crea el OEFA.
11. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011 (en adelante, **Ley N° 29325**)¹⁹, 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.
12. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerá las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA²⁰.

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.
Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

¹⁹ **LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013.

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:

(...)

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

²⁰ **LEY N° 29325.**

Disposiciones Complementarias Finales

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

13. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de Supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²² al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²³, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
14. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁴ y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²⁵ disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA.



²¹ **DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA**, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

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

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

²² **LEY N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG**, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

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

²³ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, que aprueba los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA**, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

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

²⁴ **LEY N° 29325.**

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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



III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

15. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende 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)²⁶.
16. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2º de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)²⁷, 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 otros.
17. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En dicho contexto, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
18. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional del conjunto de normas jurídicas que regulan los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente²⁸.
19. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como *principio jurídico*, que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como *derecho fundamental*²⁹ cuyo contenido esencial lo integra el

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²⁷ LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

Artículo 2º.- 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.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2º.- 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.

derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve³⁰; y, (iii) como *conjunto de obligaciones* impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³¹.

20. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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 ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
21. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³².
22. Bajo este marco normativo, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculados a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

23. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:
- (i) Si los hechos verificados durante una supervisión pueden dar lugar a una recomendación y configurar a la vez una infracción ambiental.
 - (ii) Si la imposición de la sanción sobre la base del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM contraviene el principio de tipicidad establecido en la Ley N° 27444.

³⁰ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Fundamento jurídico 4) ha señalado lo siguiente:

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

³¹ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.



- (iii) Si Xstrata incumplió con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, y además, configuró el supuesto de infracción grave establecido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Si los hechos verificados durante una supervisión pueden dar lugar a una recomendación y configurar a la vez una infracción ambiental

24. Xstrata argumenta que la autoridad no puede sancionar por hechos que fueron originados a partir de una recomendación, pues esta no configura un incumplimiento desde su formulación sino desde su no implementación. Siendo ello así, se ha verificado que las recomendaciones formuladas en la supervisión 2009 han sido implementadas satisfactoriamente. Por otro lado, el supervisor en ningún momento verificó el incumplimiento de obligaciones o compromisos que se pudieran derivar de las normas legales o instrumentos de gestión ambiental, ni tampoco dejó constancia que las recomendaciones estaban asociadas con algún incumplimiento de norma legal o de algún compromiso del EIA.
25. Con relación a ello, cabe señalar que el objetivo de las supervisiones es verificar el cumplimiento de las normas de protección ambiental y de los compromisos asumidos por los titulares mineros en sus respectivos instrumentos de gestión ambiental. Asimismo, durante la supervisión se pueden formular recomendaciones, las cuales se convierten en exigibles, y cuyo incumplimiento es sancionable.
26. Sobre el particular, entre el 2 y 6 de noviembre de 2009 se llevó a cabo la supervisión regular en la UM Tintaya, en la cual se levantaron dieciséis (16) observaciones de los hechos detectados por el supervisor, formulando las recomendaciones correspondientes, con la indicación del plazo en que debían cumplirse, tal como consta en las Actas de Supervisión³³.
27. De esta manera, dichas observaciones fueron recogidas en el Informe de Supervisión³⁴, el mismo que fue remitido a la autoridad administrativa (DFSAI), la cual se encargó de la revisión y evaluación de las observaciones realizadas durante dicha supervisión. En virtud a ello, esta concluyó, a través de la Resolución Subdirectorial N° 019-2012-DFSAI/SDI, que las observaciones N° 2, N° 6, N° 8 y N° 14 no solo estaban sujetas a recomendación para su subsanación, sino también

³³ Fojas 41 a 48.

³⁴ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 007-2013-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013.

Artículo 5°.- De las definiciones

Para efectos del presente Reglamento, resulta pertinente establecer las siguientes definiciones:

(...)

g) **Informe de Supervisión Directa:** Documento que contiene el análisis de las acciones de supervisión directa, incluyendo la clasificación y valoración de los hallazgos verificados y los medios probatorios que sustentan dicho análisis.

que tales hechos (descritos en el Cuadro N° 1) acreditaban que el administrado no había adoptado las medidas de prevención y control de sus actividades, conducta que configura el incumplimiento una obligación ambiental fiscalizable, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

- 
28. Resulta necesario señalar en este punto que la autoridad administrativa es quien determina si los hechos verificados durante una supervisión configuran un incumplimiento a la normativa ambiental y no la empresa supervisora; por ello, lo contenido en los informes de supervisión, si bien tiene valor probatorio y se presume cierto, no resulta vinculante para la Administración. En esta línea, el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin³⁵ establece que los informes de supervisión son presentados en calidad de recomendación, por lo que será la autoridad administrativa quien determine las infracciones e inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente³⁶.
29. Asimismo, cabe agregar que las recomendaciones establecidas por el supervisor tienen la finalidad de que los titulares mineros adopten de manera inmediata las medidas de prevención y control de los hallazgos detectados. En tal sentido, dichas recomendaciones recogen las condiciones deficientes en los procesos, técnicas u operaciones realizadas para el desarrollo de la actividad minera, así como el incumplimiento a las obligaciones ambientales fiscalizables.
30. En el presente caso, la autoridad instructora evaluó y concluyó que los hechos verificados (descritos en el Cuadro N° 1) durante la supervisión no solo eran objeto de recomendaciones, sino también constituían infracciones a la normativa ambiental (el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM); por tal razón, inició un procedimiento administrativo sancionador contra Xstrata.
31. Siendo ello así, se concluye que los hechos verificados durante la supervisión regular dieron lugar a una recomendación y configuraron a la vez una infracción ambiental; por lo tanto, queda desestimado lo alegado por el administrado en el presente extremo de su recurso.

V.2 Si la imposición de la sanción sobre la base del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM contraviene el principio de tipicidad establecido en la Ley N° 27444

³⁵ Norma vigente al momento de la comisión de la infracción.

³⁶ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 205-2009-OS-CD, que aprueba el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de noviembre de 2009.

Artículo 28°.- Informes de Supervisión

(...)

Los informes son presentados en calidad de recomendación; por lo que no resultan vinculantes para OSINERGMIN, y deberán contener una descripción detallada tanto de los hechos constatados, en calidad de hallazgos, así como de las obligaciones verificadas materia de supervisión (Subrayado agregado).

(...).

32. Xstrata alega que resulta contrario al principio de tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, invocar el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM para sustentar una sanción, toda vez que la referida norma no regula obligaciones específicas exigibles al titular minero, sino una obligación de carácter general respecto de los impactos que puedan generar sus operaciones, a efectos de adoptar las medidas de manejo correspondiente. Por ello, la aplicación de una sanción con base en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM configura un supuesto de interpretación extensiva o analógica, lo cual se encuentra expresamente prohibido por la Ley N° 27444.
33. Al respecto, el principio de tipicidad establecido en el numeral 230.4 del artículo 230° de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa:

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

(...)

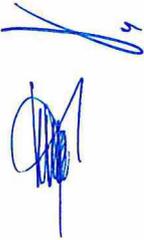
4. Principio de Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar 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".

34. En virtud de ello, este Tribunal considera pertinente señalar que la estructura de los infracciones imputadas se compone de dos elementos:
- 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.
35. En este sentido, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye la norma sustantiva incumplida, la cual establece que el titular minero *"es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos"*.
36. Por su lado, el punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, es la norma tipificadora y establece 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 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. (...) (Resaltado agregado).*

3.2. *Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa".*

- 
37. En esa línea, el principio de tipicidad es aplicable únicamente a la norma que califica dicho incumplimiento como infracción (norma tipificadora), atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. En tal sentido, correspondería determinar si el punto 3 del Anexo 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.
38. A criterio de este Colegiado, conforme se señala en considerando 36 de la presente resolución, el punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, contiene la prohibición de incumplir, entre otras disposiciones legales, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. Como se aprecia, la infracción tipificada resulta plenamente identificable, razón por la cual se verifica el cumplimiento del principio de tipicidad.
39. Además, cabe indicar, que dentro del principio de tipicidad establecido en la Ley N° 27444, se encuentra la exigencia de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta sancionable, la cual implica (de acuerdo con lo señalado por Morón), que la norma legal *"debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable (...)"*³⁷.
40. Conforme a lo expuesto, se concluye que la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM no contraviene el contenido del principio de tipicidad, en el aspecto relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica, por lo que carece de sustento lo alegado por la apelante en este extremo de su apelación.

V.3. Si Xstrata incumplió con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, y además configuró el supuesto de infracción grave establecido

³⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 709.



en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM

41. Xstrata sostiene que la resolución apelada no tiene ninguna motivación que le permita afirmar cómo es que ha llegado a concluir que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM contiene la obligación de impedir o evitar los hechos imputados (descritos en el Cuadro N° 1). Señalan además que la autoridad solo se ha limitado a citar dicho artículo como categoría abstracta y genérica, sin mencionar, sustentar, ni motivar por qué los hechos constatados generan "impacto negativo al ambiente" o "efectos adversos al ambiente".
42. Al respecto, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM dispone que el titular de la actividad minero - metalúrgica es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. En este sentido, es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los Límites Máximos Permisibles (en adelante, **LMP**) establecidos (subrayado agregado).
43. Sobre el particular, este Órgano Colegiado ha señalado en la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA³⁸, precedente de observancia obligatoria, que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM impone al titular minero dos obligaciones consistentes en:
- (i) Adoptar con carácter preventivo, las medidas necesarias para evitar e impedir que las emisiones, vertimientos, desechos, residuos u otros que se produzcan como resultado de las actividades realizadas o situaciones generadas en sus instalaciones, puedan tener efectos adversos en el ambiente. Para que se configure el incumplimiento de dicha obligación no es necesario que se acredite la existencia de un daño al ambiente, bastando únicamente la verificación de que el titular minero no adoptó las medidas de prevención necesarias en resguardo del ambiente ante una posible afectación como producto de su actividad minera.
 - (ii) No exceder los límites máximos permisibles.
44. En el presente caso, de acuerdo con lo señalado en el Informe de Supervisión, se verificó: i) la dispersión de concentrado al ambiente; ii) la disposición de mineral en suelo en el sector de aglomerados de la Planta de Óxidos; iii) la disposición de mineral curado fuera de la faja 23 (sector PAD de lixiviación) de la Planta de Óxidos; y, iv) la disposición de sedimentos extraídos de la poza de sedimentación

³⁸

Publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de noviembre de 2014, de acuerdo con lo establecido en el numeral 10.1 del artículo 10° de la Ley N° 29325, concordante con el numeral 1 del artículo VI de la Ley N° 27444 y el literal d) del numeral 8.1 del artículo 8° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD.

sobre suelo natural³⁹. Tales hechos se observan además en las fotografías N° 118, N° 119, N° 128, N° 130-A, N° 130-B, N° 137 y N° 138⁴⁰ contenidas en el Informe de Supervisión⁴¹.

45. En este sentido, corresponde a este Órgano Colegiado analizar cada uno de los hechos imputados a fin de verificar si se incumplió el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, configurando la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, ello en virtud del principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, el cual establece que los pronunciamientos emitidos por las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores solo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados⁴².

Sobre la dispersión de concentrado al ambiente

46. Al respecto, tal como se ha mencionado precedentemente, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM estipula que el titular minero tiene la obligación de cuidado y preservación del medio ambiente. Por tanto, es responsable de las emisiones, vertimientos y disposición de desechos que se produzcan como resultado de todas aquellas actividades efectuadas en el área de su concesión⁴³.

³⁹ Es importante mencionar que este Tribunal ha emitido diversos pronunciamientos sobre el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, de acuerdo con el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, al haberse comprobado que los hechos sancionados ocasionaban daño ambiental (Resolución N° 171-2013-OEFA/TFA, N° 193-2013-OEFA/TFA, N° 050-2014-OEFA/TFA, N° 016-2014-OEFA/TFA-SE1, entre otros).

⁴⁰ Fojas 112, 117, 118 y 123.

⁴¹ Al respecto, de conformidad con el artículo 16° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 165° de la Ley N° 27444, la información contenida en los informes de supervisión realizados por las entidades supervisoras tiene valor probatorio y se presume cierta, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, correspondía a la apelante presentar la evidencia que permitiera desvirtuar los hechos imputados para dejar sin efecto la convicción formada por la Administración; sin embargo, ello no ha ocurrido.

⁴² LEY N° 27444.

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:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas (...).

Sobre la base de lo expuesto, debe mencionarse que el principio de verdad material exige a la autoridad administrativa agotar los medios de prueba para investigar la existencia real de los hechos descritos como infracción administrativa, con la finalidad de que las decisiones adoptadas se encuentren sustentadas en hechos debidamente probados.

⁴³ Cabe señalar que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM establece una segunda obligación que está referida a no exceder los niveles máximos permisibles, en concordancia con el artículo 32° de la Ley N° 28611.



47. Lo expuesto anteriormente se condice con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 75° de la Ley N° 28611⁴⁴, que establece de manera expresa el deber de adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que correspondan en cada una de las etapas de sus operaciones.
48. Sobre la base de lo antes indicado, la obligación de prevención se encuentra directamente dirigida a que el titular minero adopte las medidas necesarias a fin de evitar que se afecte negativamente al ambiente con todas aquellas actividades que se generan al interior de su concesión.
49. Es así que, la empresa supervisora constató en la UM Tintaya del 2 al 6 de noviembre de 2009 lo siguiente⁴⁵:

"(...) en el área de Planta Concentradora – almacenamiento de concentrados, se observa la disposición de concentrados en área que no cuenta con un sistema de control de la dispersión al ambiente (...)

50. Tal observación se complementa con las fotografías N° 118 y N° 119 del Informe de Supervisión, en las que se advierte que el concentrado se dispersó en el aire.
51. Conforme a lo expuesto, queda acreditado que Xstrata no adoptó las medidas de prevención y control respecto a la dispersión del concentrado al ambiente, incumpliendo por tanto con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
52. Ahora bien, resulta oportuno señalar que el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM configura una infracción grave según lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, si se comprueba que la conducta infractora ocasiona daño ambiental.
53. Sobre ello, cabe señalar que el concentrado de mineral es un producto que ha pasado por distintos procesos tanto físicos como químicos⁴⁶, siendo necesario por tanto que se adopten medidas de prevención para evitar la dispersión del

⁴⁴ LEY N° 28611.

Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.

⁴⁵ Foja 36.

⁴⁶ Teniendo en cuenta que la actividad de Xstrata consiste básicamente en el beneficio de cobre contenido en los minerales oxidados, el concentrado de cobre es un producto, resultado de una serie de procesos por los que atravesó el mineral de interés.

concentrado, pues estas emisiones fugitivas se dirigen a la atmósfera y posteriormente se depositan en el suelo⁴⁷, afectando negativamente en dicho proceso no solo al cuerpo receptor (aire y suelo), sino también a la salud de las personas que se encuentren en el camino de las emisiones fugitivas, ello debido a la respiración de este producto. Además, la estadia del concentrado en el suelo mezclado con el agua de las lluvias generará un lixiviado, el cual se infiltraría en el subsuelo⁴⁸.

54. Por esta razón, al haberse comprobado el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, y que la dispersión de concentrado al ambiente genera efectos adversos al ambiente, dicho hecho constituye una infracción grave, correspondiendo por tanto sancionar a Xstrata con una multa de cincuenta (50) UIT. Siendo ello así, corresponde confirmar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI en este extremo.

Sobre la disposición de mineral sobre el suelo en el sector de aglomerado de la Planta de Óxidos

55. Sobre el particular, en el Informe de Supervisión se consignó lo siguiente:

(...) en el sector de aglomerado, se observa disposición de mineral sobre suelo fuera del área del Pad (...)⁴⁹ (Subrayado agregado).

56. Dicha observación se complementa con la fotografía N° 128, señalándose que "Xstrata Tintaya deberá realizar el retiro de la porción de mineral que se encuentra, sobre suelo, fuera de los límites del PAD de lixiviación de minerales, así como implementar las medidas de contingencia a fin de evitar esta disposición (...)".
57. En este sentido, contrariamente a lo alegado por Xstrata, se desprende que no adoptó las medidas de prevención y control para evitar la disposición de mineral sobre el suelo; por lo tanto, dicha empresa incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

⁴⁷ Se busca evitar la dispersión del concentrado, el cual al entrar a la atmósfera la contamina, para luego depositarse en el suelo. Este concentrado degradaría los suelos en los cuales se deposite, pudiendo ocurrir también una lixiviación del mismo. El área de impacto dependerá de la proyección de las partículas.

Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados Minerales del Ministerio de Energía y Minas, pp. 19-22.
Consulta: 17 de noviembre de 2014.
<<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/guiaminera-xviii.pdf>>

⁴⁸ Sobre el particular, es importante precisar que el Ministerio de Energía y Minas ha dejado sentado que el cobre es un metal considerado altamente tóxico, el cual puede generar algunos efectos no deseados en la salud de las personas, y que, dependiendo de la absorción, puede causar dolor en el pecho, disnea, náusea, alteraciones del sistema nervioso, entre otros.

Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados Minerales del Ministerio de Energía y Minas, p. 28.
Consulta: 17 de noviembre de 2014.
<<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/guiaminera-xviii.pdf>>

⁴⁹ Foja 31.



58. Respecto a que sí dicha conducta generó efectos adversos en el ambiente, cabe señalar que el supervisor no hizo referencia alguna sobre si el mineral recibía algún proceso químico y que por tanto al encontrarse en contacto directo con el suelo lo afectara negativamente. Asimismo, el Estudio de Impacto Ambiental de Proyectos de Óxidos (en adelante, **EIA Proyectos de Óxidos**) establece que el mineral es un insumo a ser trabajado en las fases de trituración primaria y secundaria; no obstante, no se indica la adición de sustancia alguna que lo haga contaminante y pueda afectar negativamente el suelo⁵⁰. En este sentido, no se encuentra comprobado que el mineral dispuesto en el suelo ocasione daño ambiental.
59. En virtud de las consideraciones expuestas; corresponde revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL y, en consecuencia, archivar el presente procedimiento administrativo sancionador en este extremo.

Sobre la disposición de mineral curado disperso en el suelo fuera de la faja transportadora ubicada en la cabeza de faja 23 de la Planta de Óxidos

60. Sobre este punto, en el acápite 2.4.7. Lixiviación por Pilas Dinámicas del EIA de Proyectos de Óxidos se establece que⁵¹:

"(...) El material, a la salida de las fajas transportadoras (15-50 Kg de ácido/TM mineral), será pretratado con ácido sulfúrico concentrado iniciándose con esto las reacciones de lixiviación del cobre e inhibiéndose la disolución de sílice en el mineral. A este proceso también se le denomina curado ácido" (Subrayado agregado).

61. No obstante ello, durante la supervisión se verificó lo siguiente:

(...) en el sector cabeza de faja 23 del pad, se observa mineral curado, disperso en área colindante al transformador de energía (...)⁵² (Subrayado agregado).

62. Esta observación se complementa con las fotografías N° 130-A y 130-B, en las cuales se detalla que "Xstrata Tintaya deberá realizar la limpieza del mineral curado que se encuentra fuera del área de la faja transportadora, a fin de evitar su lixiviación y dispersión hacia el entorno".
63. Conforme a lo expuesto, queda acreditado que Xstrata no evito ni impidió la disposición de mineral curado sobre el suelo; por lo tanto, incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
64. Con relación a los efectos adversos sobre el ambiente, resulta importante precisar que en este caso, a diferencia del hecho imputado N° 2, el supervisor detectó la

⁵⁰ Página 2-1 y 2-11 del EIA Proyectos de Óxidos.

⁵¹ Página 2-15 del EIA Proyectos de Óxidos.

⁵² Foja 31.

presencia de mineral curado sobre el suelo. Al respecto, es pertinente mencionar que el mineral curado es el mineral de interés que ha recibido un compuesto químico, el cual, como señala el EIA Proyecto de Óxido, recibe ácido sulfúrico concentrado, por lo que al tener contacto directo con el suelo lo afecta negativamente. A ello se agrega la posibilidad de precipitaciones en la zona, pues esta agua que tiene contacto con el mineral curado generará un lixiviado, el cual se infiltrará al subsuelo.

65. Asimismo, cabe mencionar que en el acápite 5.2.1. Curado y Lixiviación en pilas del Capítulo V Manejo Ambiental y Mitigación de Impactos del EIA Proyectos de Óxidos⁵³ se precisa lo siguiente:

"(...) la primera preocupación ambiental ha sido y será evitar la posibilidad de filtración de soluciones desde las pilas previas (de "curado")

(...)

Esta filtración podría, eventualmente, dependiendo de la gravedad de la falla y de los aspectos hidrogeológicos (ver Cap. 9), contaminar el agua subterránea principalmente con iones de hidrógeno, cobre y hierro si no fuese advertido a tiempo, y permaneciese por un largo periodo de tiempo sin control".

66. Por esta razón, al haberse verificado el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, y que la disposición de mineral curado sobre el suelo genera efectos adversos al ambiente, dicho hecho constituye una infracción grave, correspondiendo por tanto sancionar a Xstrata con una multa de cincuenta (50) UIT. Siendo ello así, corresponde confirmar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL en este extremo.

Sobre la disposición de sedimentos sobre el suelo provenientes de la poza de sedimentación del botadero 23 de rípios⁵⁴

67. En el acápite 5.3.1. Características de los Depósitos de Rípios del EIA Proyectos de Óxidos se consignó lo siguiente⁵⁵:

"(...) los materiales de desmonte presentan un alto potencial de neutralización ácido debido principalmente a su alto contenido de carbonatos. El compósito de rípios presenta también un potencial ácido-base negativo, esto es, la capacidad de neutralización de ácido de los rípios es mayor que su generación de ácido, debido a su contenido de carbonatos aún existente. Esto indica que los residuos de lixiviación o rípios no generarán ácido y no debería ser un problema de disposición" (Subrayado agregado).

68. Sobre el particular, durante la supervisión se verificó lo siguiente:

⁵³ Página 196 del EIA Proyectos de Óxidos.

⁵⁴ Los rípios son los residuos que quedan de las pilas de lixiviación que ya no les sirven en el proceso; por ello, no puede ser mineral curado (Foja 49 del EIA de Proyecto de Óxidos).

⁵⁵ Página 399 del Estudio Complementario del EIA Proyectos de Óxidos.



"(...) en el Bóadero 23 de rípios – Poza de sedimentación.- se observa disposición inadecuada de sedimentos extraídos de la poza de sedimentación del Botadero 23 de Rípios en sector lateral y que se ha ubicado sobre suelo natural⁵⁶ (Subrayado agregado)".

69. Esta observación se complementa con las fotografías N° 137 y N° 138, en las cuales se detalla que *"Xstrata Tintaya deberá efectuar la limpieza y restauración de suelos en el área adyacente a la poza de sedimentación y el área correspondiente a la poza auxiliar, debiendo implementar un sistema de mantenimiento para el retiro adecuado de sedimentos"*.
70. En virtud de lo expuesto, queda acreditado que Xstrata no evito ni impidió la disposición de sedimentos del botadero de rípios 23 sobre el suelo; por lo tanto, incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
71. Sobre este hecho imputado, cabe señalar que dichos sedimentos provienen de la decantación de la poza de sedimentación de un botadero de rípios, el cual ha sido técnicamente preparado para que no genere drenaje ácido. Así, el rípio es el residuo que se retira de las pilas de lixiviación; por ello, los sedimentos decantados son parte del rípio lavado, constituyéndolo en un residuo que ha sido dispuesto de manera inadecuada sobre el suelo. No obstante ello, no se puede verificar que exista daño ambiental, toda vez que el lixiviado del botadero no genera drenaje ácido, tal como se expresa en el referido instrumento de gestión ambiental.
72. Además, el Informe de la Caracterización Geoquímica de los Depósitos de Desmonte⁵⁷ establece que los sedimentos extraídos de la poza de sedimentación del botadero 23 de rípios no pueden causar una afectación ambiental en temas de generación de aguas ácidas, toda vez que las muestras (número 31 a 36)⁵⁸ del Botadero 23 presentan un Potencial Neutro de Neutralización (PNN) superior a 20⁵⁹, lo cual se traduce en que la muestra no generará drenaje ácido.
73. En este sentido, no queda acreditado que el hecho imputado N° 4 del Cuadro N° 1 ha generado daño ambiental, correspondiendo por tanto revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI y, en consecuencia, archivar el presente procedimiento administrativo sancionador en este extremo.
74. De acuerdo con lo expuesto, cabe señalar que la presunción de licitud solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y

⁵⁶ Foja 33.

⁵⁷ Foja 178.

⁵⁸ Foja 180.

⁵⁹ Foja 182 (reverso).

un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción⁶⁰.

75. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el expediente N° 2868-2004-AA/TC que:

“El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad (...)”⁶¹ (Subrayado agregado).

76. En efecto, la Administración solo podrá sancionar en la medida que tenga evidencia y certeza de que se han acreditado los elementos integrantes del tipo, de modo tal que no pueda sustentar una imputación en presunciones o medios probatorios que no ofrezcan convicción sobre la ocurrencia de los mismos. Siendo ello así, toda resolución sancionadora requiere contar con la certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos⁶².
77. Por tanto, se desprende que los hechos imputados N° 2 y N° 4 no han generado daño ambiental, razón por la cual no se configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM. Por esta razón, corresponde revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL en dichos extremos y, en consecuencia, archivar el presente procedimiento administrativo sancionador.

VI. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

78. Respecto a la multa impuesta mediante Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL, se debe precisar que, en su recurso de apelación, Xstrata no ha cuestionado dicho extremo del citado pronunciamiento; no obstante ello, el 12 de julio de 2014 fue publicada la Ley N° 30230⁶³, Ley que establece las medidas

⁶⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 725.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de noviembre de 2004, recaída en el expediente N° 2868-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 21.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Lima: Editorial Temis, 2011, p.1084.

⁶³ LEY N° 30230, Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2014.

Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras.

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental –



tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. El artículo 19° del citado dispositivo dispone que, durante un periodo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la referida ley, las sanciones que imponga el OEFA por la existencia de infracciones no podrán ser superiores al cincuenta por ciento (50%) de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo con la metodología de determinación de sanciones.

79. Con la finalidad de establecer las reglas jurídicas que faciliten la aplicación del artículo 19° de la Ley N° 30230, el OEFA expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD (en adelante, **Resolución N° 026-2014-OEFA/CD**), la cual dispone en su artículo 4° que la reducción del cincuenta por ciento (50%) no se aplica a las multas tasadas (o fijas), sino a aquellas que se determinen en aplicación de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD (en adelante, **Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD**)⁶⁴.
80. Al respecto, debe indicarse que en el presente caso, se ha verificado que Xstrata incurrió en las infracciones por el incumplimiento al artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, por lo cual corresponde imponer una multa a dicha empresa por un total de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias⁶⁵, las mismas que constituyen una multa fija en atención a lo dispuesto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM. En tal sentido, no corresponde aplicar la reducción del 50% de la sanción impuesta, tal como lo establece la Ley N° 30230.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación,

OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.
(...)

Mientras dure el periodo de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes (...).

⁶⁴ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 026-2014-OEFA/CD, Normas reglamentarias que facilitan la aplicación del artículo 19° de la Ley N° 30230 – Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2014.**

Artículo 4°.- Sanción tasada y no tasada

La reducción del 50% (cincuenta por ciento) a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 19° de la Ley N° 30230 no se aplica a las multas tasadas (o fijas), sino a aquellas que se determinen en aplicación de la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/CD, o norma que lo sustituya.

⁶⁵ Total de dos (02) infracciones.

Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI del 10 de enero de 2013, en el extremo que sancionó a Xstrata Tintaya S.A. por las infracciones N° 1 y N° 3 del Cuadro N° 1, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI del 10 de enero de 2013, en el extremo que sancionó a Xstrata Tintaya S.A. por las infracciones N° 2 y N° 4 del Cuadro N° 1, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; en consecuencia, archivar el presente procedimiento administrativo sancionador en dicho extremo.

TERCERO.- Fijar la multa en cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y disponer que dicho monto sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a Xstrata Tintaya S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.

.....
JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI
Presidente

**Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental**


.....
HUMBERTO ÁNGEL ZÚÑIGA SCHRODER
Vocal

**Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental**



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

VOTO EN DISCORDIA DEL VOCAL EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ

Guardando el debido respeto por la opinión de los vocales, se considera oportuno señalar que, esta vocalía se encuentra en desacuerdo con lo resuelto en el artículo 1° y el artículo 2° del voto en mayoría, por los fundamentos que se expone a continuación:

1. Durante la supervisión regular realizada entre los días 2 y 6 de noviembre de 2009 en la UM Tintaya, se verificó:
 - La dispersión de concentrado al ambiente;
 - La disposición de mineral en suelo, en el sector de aglomerados de la Planta de Óxidos;
 - La disposición de mineral curado fuera de la faja 23 (sector PAD de lixiviación) de la Planta de Óxidos; y,
 - La disposición de sedimentos extraídos de la poza de sedimentación sobre suelo natural,
2. Los hechos antes mencionados, se corroboraron a través de las fotografías N° 118, N° 119, N° 128, N° 130-A, N° 130-B, N° 137 y N° 138⁶⁶ contenidas en el Informe de Supervisión⁶⁷.
3. Respecto a las conductas descritas en el considerando anterior del presente voto, la DFSAI sancionó a Xstrata por el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que el administrado no adoptó las medidas de prevención y control, imponiendo una multa de cincuenta (50) UIT por cada incumplimiento, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
4. En referencia a la magnitud de la multa, esta vocalía considera importante analizar, si cada una de las conductas configura una infracción grave que merezca ser sancionada con cincuenta (50) UIT. Para lograr el mencionado propósito, resulta necesario:
 - Desarrollar y explicar los alcances de daño ambiental, y
 - Verificar si los hechos que motivaron la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI, ocasionaron daño ambiental, en virtud del principio de verdad

⁶⁶ Fojas 112, 117, 118 y 123.

⁶⁷ Al respecto, de conformidad con el artículo 16° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 165° de la Ley N° 27444, la información contenida en los informes de supervisión realizados por las entidades supervisoras tiene valor probatorio y se presume cierta, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, correspondía a la apelante presentar la evidencia que permitiera desvirtuar los hechos imputados para dejar sin efecto la convicción formada por la Administración; sin embargo, ello no ha ocurrido.

material, previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Alcances de la categoría “Daño ambiental”

5. Para determinar los alcances de daño ambiental, previamente corresponde precisar lo que se entiende por ambiente y cuáles son sus componentes, toda vez que estos son los que resultan afectados de forma directa por las actividades humanas, como las extractivas.
6. Se debe tener presente que, el ambiente se encuentra conformado por tres tipos de “factores ambientales”, los abióticos, los bióticos y socio-culturales y; a su vez, estos factores se encuentran conformados por los denominados componentes ambientales. En tal sentido, el factor abiótico comprende a los componentes agua, aire y suelos; el factor biótico comprende a los componentes flora y fauna y, el factor socio - cultural comprende a los componentes relacionados con la vida humana y sus interrelaciones⁶⁸. En tal sentido, cuando se analizan y evalúan los impactos de las actividades humanas al ambiente, en realidad se están estudiando las repercusiones que tienen las actividades humanas en los componentes ambientales debido que, ellos son los que reciben los elementos residuales de las actividades económicas, como el de la minera.
7. Lo expuesto se observa en el Cuadro N° 2:

Cuadro N° 2



FACTORES	COMPONENTES AMBIENTALES
Abióticos	Agua
	Aire
	Suelo
Bióticos	Flora
	Fauna
Socio-culturales	Paisaje

⁶⁸ ESPINOZA señala que entre los objetos y atributos de naturaleza física, biológica y sociocultural, cuyas interacciones contribuyen a caracterizar al medio ambiente, se pueden mencionar como ejemplos: el aire (tiempo meteorológico y clima, contaminación, etc.), el agua (ciclo hidrológico, características físicas y biológicas, manejo y uso del agua, manejo de cuencas), los recursos naturales renovables y no renovables (los suelos, la flora y la fauna, los recursos minerales-energéticos y biológicos, sus niveles de contaminación y degradación), y los aspectos socioculturales (cantidad y características estructurales y dinámicas de las poblaciones humanas, actividades económicas y culturales, niveles de calidad de vida).

ESPINOZA, Guillermo. *Gestión y Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental*. 2da edición. Santiago de Chile.

Consulta: 28 de noviembre de 2014.

Disponible en: <<http://siar.regionpuno.gob.pe/public/docs/1052.pdf>>

FACTORES	COMPONENTES AMBIENTALES
	Aspectos sociales
	Aspectos culturales
	Aspectos económicos

Fuente: Elaboración propia

8. Habiéndose definido el “como” se encuentra conformado el ambiente, se considera de importancia precisar algunos elementos referidos al Impacto Ambiental. Al respecto ESPINOZA⁶⁹ establece que, entre uno de los criterios de clasificación se encuentra la de “causa-efecto”, es decir la de clase primaria, secundaria, terciaria y acumulativa. Asimismo, sostiene que:

“Los componentes ambientales están generalmente interconectados, formando tramas y redes y a menudo se requiere de aproximaciones ecológicas para identificar impactos secundarios y terciarios. (...) El desarrollo de una red requiere indicar los impactos que resultan de cada actividad. Se utilizan, en orden jerárquico, los impactos primarios, los impactos secundarios y terciarios, y así sucesivamente hasta obtener las interacciones respectivas” (Subrayado agregado).

9. Lo expuesto se observa en el Cuadro N° 3:

Cuadro N° 3

FACTORES	COMPONENTES AMBIENTALES	IMPACTOS ACORDE A SU JERARQUÍA		
		PRIMARIO	SECUNDARIO	TERCIARIO
Abióticos	Agua	X		
	Aire	X		
	Suelo	X		
Bióticos	Flora		X	
	Fauna		X	
Socio-culturales	Paisaje		X	
	Aspectos sociales			X
	Aspectos culturales			X
	Aspectos económicos			X

Fuente de elaboración propia

10. En resumen, el ambiente se encuentra conformado por los componentes

⁶⁹ *Ibid.*, p. 132.

ambientales, los mismos que reciben los elementos residuales de las actividades del hombre, cuya interacción (componentes y los elementos residuales), genera como resultado lo que se denomina impacto ambiental.

11. En referencia a los impactos ambientales primarios, estos se configuran cuando los elementos residuales de las actividades del hombre, interactúan con el componente abióticos (aire, agua y suelo) y, a partir de estos impacto ambientales primarios, se puede afectar el componente biótico (flora y fauna), configurándose los impactos ambientales secundarios. Finalmente y a partir de estos, se puede afectar el componente ambiental socio-cultural, dentro del cual se encuentra la salud de las personas, configurándose lo que serían los impactos ambientales terciarios que, en algunos casos dependiendo de las características, puede ser también secundario. (por ejemplo, cuando el ser humano se encuentra en contacto directo con el componente abiótico contaminado y lo respira o consume, se configura el impacto secundario en el hombre).
12. En este sentido, se advierte que los impactos terciarios se originan porque, de forma previa hubo antes un impacto en el nivel secundario, y a su vez, existe un impacto secundario porque, antes hubo uno de nivel primario; todo ello ocasionado por elementos residuales de las actividades del hombre como las extractivas. Por lo tanto, si se reconoce un impacto en cualquiera de las jerarquías antes mencionadas, es porque en un inicio se impactó el componente ambiental abiótico⁷⁰.
13. Ejemplificando lo descrito se puede precisar que, cuando se descargan al ambiente efluentes minero-metalúrgicos con valores superiores a los establecidos en los LMP y, estos entran en contacto con el componente abiótico como el agua, alteran su calidad configurándose el impacto ambiental primario. Si esta agua contaminada, es ingerida por la fauna o utilizada por la flora, se configura el impacto ambiental secundario. Eventualmente, si el ser humano se alimenta de esta fauna y/o flora afectada, se configura el impacto ambiental terciario.
14. Habiéndose expuesto los argumentos donde se explica, en qué medida los componentes ambientales pueden verse afectados, corresponde precisar los alcances del daño ambiental.
15. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁷¹ denomina **daño ambiental**, a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus

⁷⁰ El componente abiótico conformado por el aire, agua y suelo, son los primeros que reciben los residuos, emisiones o descargas, configurándose el impacto ambiental primario y, a través de él, se inicia el proceso de transferencia para configurarse el impacto secundario y terciario de darse el caso.

⁷¹ LEY N° 28611.
Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales
(...)
142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

componentes⁷², tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, y cuyos efectos negativos pueden ser actuales o potenciales. Por tanto, para que se pueda configurar el daño ambiental, debe existir el menoscabo en uno de los componentes ambientales, de acuerdo a la siguiente Función N° 01:

$$D = f(m)$$

D = Daño ambiental.
F = función de ().
m = menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes.

16. Por otro lado, el menoscabo a los componentes ambientales, se manifiesta mediante la alteración de sus condiciones físicas y/o químicas de acuerdo a la siguiente Función N° 02:

$$m = f(\text{alt})$$

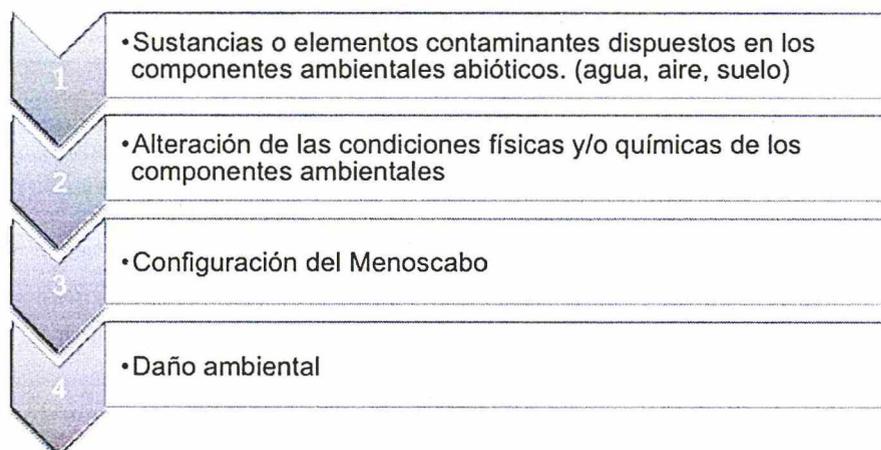
m = menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes.
f = función de ().
alt = alteración de las condiciones físicas y/o químicas de los componentes ambientales.

- 
17. Al mismo tiempo, es importante precisar que, existe una relación directamente proporcional entre el daño, el menoscabo y la alteración; es decir; mientras mayor sea la alteración, mayor será el menoscabo, y por ende, mayor la magnitud del daño.
18. En virtud de lo manifestado en los considerados precedentes, queda establecido que:
- Cuando se liberan al ambiente, sustancias o elementos residuales de las actividades del hombre y, estos superan los LMP, se configura una **alteración** a las condiciones físicas y/o químicas del cuerpo receptor (agua, aire o suelo).
 - Como consecuencia de la alteración del cuerpo receptor y en virtud de la función 02, se configura el **menoscabo**.
 - Como consecuencia del menoscabo del cuerpo receptor y en virtud de la función 01, se configura el **daño**.
19. Por tanto, y de acuerdo con lo expuesto se concluye que, la sola disposición de sustancias contaminantes al ambiente (agua, aire, suelo) que superen los límites

⁷² Según el numeral 2.3 del artículo 2° de la mencionada norma, toda mención 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.

establecidos, genera daño ambiental. Lo expuesto se puede apreciar en el siguiente gráfico 01:

Gráfico 01



Fuente: Elaboración propia

20. Habiéndose definido el concepto y la manifestación del daño ambiental, resulta necesario analizar cada una de las conductas del administrado, a fin de verificar si se ha configurado el daño ambiental, en concordancia a lo expuesto en los considerandos anteriores.

Sobre la dispersión de concentrado al ambiente

21. Durante la Supervisión se constató lo siguiente⁷³:

(...) en el área de Planta Concentradora – almacenamiento de concentrados, se observa la disposición de concentrados en área que no cuenta con un sistema de control de la dispersión al ambiente (...)

22. Lo señalado se complementa con las fotografías N° 118 y N° 119 del Informe de Supervisión, en las que se advierte que el concentrado se dispersó en el aire.
23. Conforme a lo señalado en el voto en mayoría con el que se coincide, queda acreditado que Xstrata no adoptó las medidas de prevención y control, respecto a la dispersión del concentrado al ambiente, incumpliendo por tanto con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
24. No obstante, se está en desacuerdo con el voto en mayoría en el sentido que, confirmó la sanción impuesta en primera instancia al considerar que, se ha configurado una infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, pues si bien se comprobó que hubo una dispersión de minerales al ambiente, no se puede afirmar que este acto

⁷³ Foja 36.

haya originado daño ambiental, toda vez que no existe un informe técnico que sustente la concentración de los elementos que se encuentran dispersos en el aire, que pueda ser comparado con los LMP para demostrar que lo altera de forma negativa.

25. A modo de ejemplo, cuando se descarga un flujo que contiene sustancias contaminantes, a un cuerpo receptor, y se verifica que el mismo ha excedido los Límites Máximos Permisibles (en adelante, **LMP**)⁷⁴, el supervisor prueba mediante informes de laboratorio y/o de campo, la concentración de los parámetros excedidos o las sustancias contaminantes que contienen dicho flujo, para así sustentar el daño ambiental.
26. Por tanto, para el presente hallazgo, no existe informe técnico alguno o valor límite que permita acreditar que la dispersión de concentrado al ambiente haya superado los límites máximos permisibles, y por tanto, haya generado daño ambiental.
27. En tal sentido, por las consideraciones expuestas, el voto en discordia es por revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAI, en el presente extremo.

Sobre la disposición de mineral sobre el suelo en el sector de aglomerado de la Planta de Óxidos

28. Sobre el particular, en el Informe de Supervisión se indicó que:

(...) en el sector de aglomerado, se observa disposición de mineral sobre suelo fuera del área del Pad (...)⁷⁵ (Subrayado agregado).

29. Dicha observación se complementa con la fotografía N° 128, señalándose que, "Xstrata Tintaya deberá realizar el retiro de la porción de mineral que se encuentra, sobre suelo, fuera de los límites del PAD de lixiviación de minerales, así como implementar las medidas de contingencia a fin de evitar esta disposición (...)".
30. En el presente hallazgo, se encuentra comprobado que Xstrata no adoptó las medidas de prevención y control para evitar la disposición de mineral sobre el suelo dentro de su área de influencia directa; por lo tanto, dicha empresa incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
31. En cuanto a si la conducta generó daño ambiental, conforme se ha expuesto en el considerando 24 del presente voto, es necesario contar con informe técnico donde se acredite que se ha impactado negativamente el suelo dentro del área de influencia directa del proyecto. De esta manera, para el presente hallazgo, no se encuentra acreditado mediante un informe técnico, la alteración del componente

⁷⁴ Los LMP para efluentes líquidos minero metalúrgicos son recogidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y actualmente se encuentran regulados en el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM.

⁷⁵ Foja 31.

ambiental suelo, motivo por el cual, no se puede acreditar el menoscabo ni tampoco el daño ambiental

32. En virtud de las consideraciones expuestas, el presente voto en discordia es por revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL en el extremo que sanciona la conducta como infracción grave, toda vez que no se ha acreditado el daño ambiental.

Sobre la disposición de mineral curado disperso en el suelo fuera de la faja transportadora ubicada en la cabeza de faja 23 de la Planta de Óxidos

33. Respecto a esta infracción, durante la supervisión se verificó lo siguiente:

(...) en el sector cabeza de faja 23 del pad, se observa mineral curado, disperso en área colindante al transformador de energía (...)⁷⁶ (Subrayado agregado).

34. Esta observación se complementa con las fotografías N° 130-A y 130-B, en las cuales se detalla que "Xstrata Tintaya deberá realizar la limpieza del mineral curado que se encuentra fuera del área de la faja transportadora, a fin de evitar su lixiviación y dispersión hacia el entorno". (Subrayado agregado).

35. En tal sentido, queda acreditado que Xstrata no evito ni impidió la disposición de mineral curado sobre el suelo; por lo tanto, incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

36. En cuanto a si la conducta generó daño ambiental, conforme se ha expuesto anteriormente, es necesario contar con informe técnico donde se acredite que se ha impactado negativamente el suelo dentro del área de influencia directa del proyecto. De esta manera, para el presente hallazgo, no se encuentra acreditado mediante un informe técnico, la alteración del componente ambiental suelo, motivo por el cual, no se puede acreditar el menoscabo ni tampoco el daño ambiental

37. Por esta razón, si bien se está de acuerdo con el voto en mayoría en el sentido que se encuentra acreditado que Xstrata no adoptó las medidas de prevención y control sobre la disposición de mineral en el suelo, el voto en discordia es por revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL en el extremo que sanciona la conducta como infracción grave, pues no se ha acreditado el daño ambiental.

Sobre la disposición de sedimentos sobre el suelo provenientes de la poza de sedimentación del botadero 23 de ripios

38. Sobre el particular, durante la supervisión se verificó lo siguiente:

(...) en el Botadero 23 de ripios – Poza de sedimentación.- se observa disposición inadecuada de sedimentos extraídos de la poza de sedimentación del Botadero 23 de

⁷⁶ Foja 31.

Ripios en sector lateral y que se ha ubicado sobre suelo natural⁷⁷ (Subrayado agregado).

39. La presente observación se complementa con las fotografías N° 137 y N° 138, en las cuales se detalla que *"Xstrata Tintaya deberá efectuar la limpieza y restauración de suelos en el área adyacente a la poza de sedimentación y el área correspondiente a la poza auxiliar, debiendo implementar un sistema de mantenimiento para el retiro adecuado de sedimentos"*.
40. En virtud de lo expuesto, queda acreditado que Xstrata no evito ni impidió la disposición de sedimentos del botadero de ripios 23 sobre el suelo; por lo tanto, incumplió lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
41. Con relación al daño ambiental, no existe un informe técnico que acredite que se ha impactado negativamente al componente ambiental suelo dentro del área de influencia del proyecto, que permita comparar con los límites establecido por ley, toda vez que mediante estos informes se podría verificar si se han superado dichos límites, y por tanto, si se ha ocasionado daño ambiental. Por ello, el voto en discordia en el presente hallazgo, es por revocar la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL en el extremo que sanciona la presente conducta como infracción grave, debido a que no se ha acreditado el daño ambiental.
42. Por las consideraciones expuestas, el presente voto en discordia es por **REVOCAR** la Resolución Directoral N° 018-2013-OEFA/DFSAL en todos sus extremos, en aplicación del principio verdad material⁷⁸ contemplado en el artículo 230° de la Ley N° 27444.

EMILIO JOSÉ MEDRANO SÁNCHEZ

Vocal

Primera Sala Especializada Permanente
competente en las materias de Minería y Energía
Tribunal de Fiscalización Ambiental

⁷⁷ Foja 33.

⁷⁸ LEY N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.